

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL

LA AFECTACIÓN DE LA PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RESPECTO
AL DELITO CONTINUADO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Área de Investigación:

DERECHO PENAL

Autor:

Br. LEON RUIZ JEAN CARLO STED

Jurado Evaluador:

Presidente: CASTAÑEDA FERRADAS CARLOS ROBERTO

Secretario: ESPINOLA OTINIANO DIOMEDES HERNANDO

Vocal: SEMINARIO MAURICIO JORGE FERNANDO

Asesor:

HECTOR MARTIN REBAZA CARRASCO

Código Orcid: 0000-0001-5928-7067

TRUJILLO – PERÚ2021

Fecha de sustentación: 2021/DICIEMBRE/10

I. INTRODUCCIÓN

1. Realidad Problemática.

El delito continuado es una figura delictiva que desde su primera modificación con la Ley N° 26683 del 11 de noviembre de 1996, no ha sido objeto de mayor debate dogmático jurídico; sin embargo, su modificatoria se produjo a raíz del famoso caso CLAE, incorporándose por ello el delito masa en el segundo párrafo del artículo 49 del Código Penal, posteriormente no ha existido mayores incidencias en su estructura.

La figura preclásica del delito continuado, que cierta parte de la doctrina actual la denomina como unidad de acción continuada (para mayor abreviatura se referirá como DC), se materializa en la teoría jurídica, cuando un sujeto realiza diversos actos ejecutivos parciales de manera continua o seriada, casi parecidos o similares y de la misma naturaleza típica, estos son los aspectos objetivos a grandes rasgos, además de conectarse entre sí por un elemento subjetivo de unificación, dando forma a un único delito de acuerdo con la valoración jurídica que admite tanto el correspondiente sentido social del tipo penal como el bien jurídico tutelado el cual fue vulnerado, asimismo, no se puede dejar de lado el aspecto valorativo o también como se le conoce normativo de la unificación típica. Por ello, estos tres elementos conforman lo que se denomina el nexo de continuidad.

En ese orden de ideas, durante mucho tiempo la aplicación de dicha figura se le ha considerado que carece de seguridad jurídica, ello fue provocado especialmente por dos razones relacionadas entre sí: a) El DC no siempre ha sido objeto de una doctrina teórica afortunada, muchos consideran que su estructura normativa es polifacética en la que se encuentran dos perspectivas distintas, la primera la considera como una institución sustancial que se materializa en una particular forma seriada o continua de realización del tipo penal, sin embargo, existe una disociación de las diversas posturas dogmáticas y político criminales que llegan a una misma conclusión la evolución de la figura, relacionadas con diferentes construcciones teóricas sobre la acción, la norma y el delito. b) La segunda causa que origina la ambigüedad se puede señalar que la aplicación judicial del DC tiene una peculiaridad, y esa es su excesiva fragmentariedad, su notoria inseguridad y, desde luego, su excesivo casuismo, ello, sin dejar de lado el abuso político proporcionado en la práctica judicial al aplicar dicha figura a modalidades delictivas en las cuales no procede la continuidad delictiva, este último punto, será el objeto central de la presente tesis respecto a su aplicación a los delitos contemplados en la legislación peruana.

Lo mencionado anteriormente, no solo en su consecuencia de la necesidad de utilizar dicho instituto, supuestamente por motivos de economía procesal, sino también por diversas razones preventivas o por las connotaciones de la política penal que impera en su momento, en sintonía con el pensamiento social vigente, por ello, es de advertir cómo la jurisprudencia ha llegado al extremo de trastocar algunos requisitos considerados secundarios del DC en elementos dogmáticos principales con la finalidad de ampliar o restringir de manera injustificada su aplicación y en otros supuestos aplicar esa figura en delitos que no debería proceder confundiendo delito continuado con delito permanente, las cuales trae distintas consecuencias jurídicas respecto a la pena, la prescripción de la acción penal, el momento de la consumación y la participación de cómplices e instigadores, esto sucede específicamente en los últimos pronunciamientos de la corte suprema, 01) Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116, 02) Casación N° 1121-2016-Puno, Juez Supremo Ponente Pariona Arana, 03) Casación 97 – 2017 Arequipa, Juez Supremo ponente el doctor Chávez Mella, 04) Recurso de Nulidad N° 480 – 2017 Lima Norte, Juez Supremo ponente el doctor José Luis Lecaros Cornejo y 05) Casación N° 683 – 2018/Nacional, Juez Supremo ponente el doctor Cesar San Martin Castro, por ello, se procederá analizar si realmente existe una afectación a la predictibilidad de las resoluciones judiciales con las jurisprudencias anteriormente mencionadas, siendo objeto de análisis durante el desarrollo de la presente tesis.

Finalmente, con la presente investigación se buscará establecer correctamente cuales son los presupuestos materiales del delito continuado según su fundamento jurídico dogmático y practico, los cuales no se encuentran debidamente establecidos, obteniendo como resultado que solamente es posible su aplicación en ciertos delitos según su naturaleza o morfología típica de estos últimos y no como por el contrario la decisión judicial en los diferentes niveles la ha desarrollado últimamente.

2. Enunciado del Problema

¿Cómo evitamos la afectación de la predictibilidad de las resoluciones judiciales respecto al delito continuado en nuestra jurisprudencia nacional?

3. Hipótesis

La afectación de la predictibilidad de las resoluciones judiciales respecto al delito continuado en nuestra jurisprudencia nacional se evitaría siempre y cuando se determine claramente sus presupuestos materiales y a la clase de delitos que va dirigido dicha institución, proscribiendo su utilización a todos los hechos punibles de nuestro ordenamiento jurídico penal.

4. Justificación

La presente tesis es conveniente porque permitirá que los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados), puedan establecer claramente cuando nos encontramos ante un delito continuado y de esa manera se aplique sus consecuencias jurídicas oportunamente, ya que, es una figura jurídica altamente beneficiosa al sujeto que realiza varios comportamientos delictivos, y solo procede cuando se encuentran entrelazados por una unidad típica de acción y designio criminal, llegando a concluir con la presente investigación que solo se configurara en algunos delitos de naturaleza lesiva.

Además, tiene una relevancia dogmática, a fin de establecer los correctos lineamientos establecidos por la doctrina y jurisprudencia para la aplicación del delito continuado en los hechos punibles establecidos en nuestro ordenamiento penal. Logrando finalmente llegar a una conclusión teórica que permita sostener de manera unitaria cuando nos encontramos ante dicha institución en un supuesto factico, evitando de esa manera la inseguridad jurídica que actualmente los pronunciamientos de la Corte Suprema han generado con sus decisiones divergentes, ello, teniendo en cuenta que la doctrina nacional y extranjera aún debaten su legitimidad, pero han llegado a la actualidad a un punto en común que será explicado en la presente investigación.

5. Variables

Variable independiente: predictibilidad de las resoluciones judiciales.

Variable Dependiente: delito continuado.

Tabla 01: Operacionalización de Variables:

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES
	Dicha figura aparece cuando el sujeto activo realiza diversos actos ejecutivos parciales seriados, más o menos parecidos y que tiene la misma naturaleza típica, por su parte en su aspecto objetivo de continuidad ejecutiva, estas se	Para determinar si realmente son estos los elementos normativos tenidos en cuenta, se recolectará material	Legislativa	Analizar el delito continuado según nuestra normativa.

<p>Delito Continuo</p>	<p>encuentran conectados entre ellos por un plan criminal y un elemento subjetivo que los abarca en una unidad de fin y por último el aspecto subjetivo de unificación, debiendo entenderse como un delito único de acuerdo con la valoración jurídica que admite el correspondiente tipo penal y el bien jurídico vulnerado, es decir en una acepción valorativo o normativo de integración típica (Posada Maya, 2012)</p>	<p>bibliográfico consistente en doctrina nacional y extranjera que respalden o contradigan la definición planteada.</p>	<p>Elementos normativos del delito continuo.</p>	<p>Determinar su alcance jurídico.</p>
<p>Predictibilidad de las resoluciones judiciales.</p>	<p>El principio de predictibilidad y certeza de las resoluciones judiciales en cuanto que manifestación del principio de seguridad jurídica implica la exigencia de coherencia o regularidad de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, salvo justificada y razonable diferenciación (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03950 2012-PA/TC PIURA).</p> <p>La casación tiene una finalidad eminentemente defensora del ius constitutionis, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función nomofiláctica, que importa la</p>	<p>Establecer parámetros para que existe predictibilidad de las resoluciones judiciales.</p> <p>Recopilar doctrina referente a la fuerza vinculante de los pronunciamientos emitidos por la corte Suprema.</p> <p>Recolectar pronunciamientos jurisprudenciales sobre el delito</p>	<p>Función Unificadora de la jurisprudencia.</p> <p>El delito continuo según la perspectiva jurisprudencial.</p>	<p>Determinar si en todos los supuestos se cumple esta función unificadora.</p> <p>Establecer si existe un criterio unánime en que hechos punibles se puede aplicar la figura del delito continuo.</p>

	protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; y, b) la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (San Martín Castro, 2001).	continuado.		
--	---	-------------	--	--

FUENTE: Elaboración Propia

6. Objetivos

General

Determinar la afectación de la predictibilidad de las resoluciones judiciales respecto al delito continuado en nuestra jurisprudencia nacional.

Específicos

- Establecer doctrinaria y legalmente el alcance del delito continuado en nuestra legislación penal.
- Analizar la teoría de la predictibilidad de las resoluciones judiciales, el alcance y fuerza vinculante de los pronunciamientos de la Corte Suprema.
- Identificar los principales pronunciamientos de la Corte Suprema respecto al delito Continuado.

II. MARCO TEORICO

Alcances del delito continuado a nivel nacional y extranjero

1. Determinación de los presupuestos materiales del Delito Continuado.

El delito continuado es una institución jurídica dogmática que se encuentra prevista en el artículo 49 del código penal, el cual tiene la siguiente regulación “*cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados un solo delito y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista por el delito más grave (...)*”, ahora bien, con la regulación prevista en nuestro ordenamiento penal, debemos asumir una definición de la misma, sin embargo, ello implicara acoger una teoría, que puede ser objetiva, subjetiva o mixta, la doctrina las define de la siguiente manera:

“Debido a ello, si se desea adoptar las concepciones de índole subjetiva, su elemento principal sería la unidad de fin, nombrado como un nexo psicológico o interno, asimismo de obtener unidad de resolución o voluntad, unidad de deseo, de plan criminal, de pensamiento, de designio criminal, de propósito, dolo global o total y dolo continuado. Por último, existe una posición ecléctica o mixta como hacen las corrientes actuales, concluyendo que se tienen como elementos constitutivos todos ellos, sin embargo, con algún énfasis determinado al estructurar la unidad de conducta en sentido amplio y la unidad de infracción típica. Por otro lado, si se asevera que dicha creación tiene Índole únicamente objetiva, en su análisis se han de proyectar elementos como la semejanza de tipo realizado, la posibilidad de afectar de forma progresiva el bien jurídico amenazado o afectado, la similitud de la ejecución, la conexidad temporal, la utilización de medios y ocasiones similares, o la satisfacción de juicios hipotéticos que permitan establecer que los hechos seriados podrían haberse realizado mediante un hecho único”. (Posada Maya, 2012).

“ Finalmente, las teorías mixtas, establece que su esencia jurídica del DC, se puede aseverar que dicha institución aparece cuando el agente ejecuta diversidad de actos ejecutivos parciales seriados, parecidos en algunos elementos y que tiene la misma naturaleza típica, por su parte en su vertiente objetiva de ejecutiva continuidad, estas se encuentran vinculadas entre ellas por un plan criminal y un rasgo subjetivo que los enmarca en una unidad de fin, por último, el aspecto subjetivo de unificación, debiendo

entenderse como un hecho punible único de acuerdo con la valoración jurídica que permite el tipo penal correspondiente y el objeto de protección vulnerado, es decir en una acepción valorativo o normativo de integración típica” (Posada Maya, 2012).

De las definiciones anteriormente expuestas, podemos apreciar que nuestra legislación asume una tesis ecléctica o mixta sobre el DC, ya que requiere las exigencias objetivas referente a la pluralidad de conductas, actos seriados, naturaleza típica, homogeneidad del bien jurídico protegido y en su aspecto subjetivo, la misma resolución criminal que sería conocida como el dolo continuado o unificador.

Dicha institución jurídica, genera gran escepticismo en la dogmática contemporánea, porque no existe claridad sobre su existencia a pesar de ser muy aplicada en los órganos jurisdiccionales. Por ello, es que la gran mayoría de fundamentos teóricos justificadores sobre dicha figura no han sido aceptadas o en su defecto reformuladas por la doctrina, eso lo observamos con las tendencias de unificarlos en posturas mixtas que sin embargo no convence del todo. El caso más relevante que cabe recordar es la experiencia de Alemania que disminuyó la figura hasta su eliminación ya que trataba de evitar consecuencias negativas que generaba su aplicación en un determinado tiempo, sin contar con la garantía del principio de confianza.

Continuando con el desarrollo de la presente investigación, debemos referirnos a teorías fundamentales que sustentan la esencia del objeto de protección, ya que ellas permiten atribuirle a dicha institución determinadas finalidades, aunque sea de manera aproximada, entre estas encontramos posturas de la realidad natural, ficción y finalmente la realidad jurídica.

Según Castiñeira María (1977), sostuvo que se trata de una ficción originada por un dispositivo legal con el objetivo de dosificar las penalidades cuando existe una pluralidad de hechos y otros requisitos necesarios, el nacimiento de esta figura fue consolidada y traída por los glosadores prácticos, especialmente por Farinaccio, quien sostuvo que para evitar la pena de muerte o ahorcamiento del autor cuando cometía tres hurtos, se ideó esta figura con el fin de entender que solamente existe un solo hecho punible.

Sin embargo, su afirmación la entendemos que no hay ontología que configure el DC, porque ante unos acontecimientos criminales plurales el derecho aplicara sus consecuencias como si se tratara de un único hecho punible.

Por el contrario, la doctrina asumió otra postura, con la finalidad de negar que se tratara de un solo delito, siendo esta la siguiente:

“La teoría de la unidad por ficción absoluta o material, cuya razón de ser está en considerar el delito continuado como un nuevo delito único ficticio, un verdadero título delictivo o una modalidad particular de delito complejo, que tendría como límite la unidad de la sanción; una penalidad también única en consideración al favor rei, en virtud del cual se deroga la regla punitiva de acumulación de penas propia del concurso material de delitos. Esta ficción limitada o formal, que ve el delito continuado como un instrumento para marginar los distintos delitos del tratamiento muchas veces severo del concurso real de delitos”. (Posada Maya, 2012).

Podemos observar, que esas sub corrientes sostenidas por el autor, tienen efecto en la pena, señalando que es uno solo, únicamente diferenciando la última postura estableciendo al DC figura de mayor proporcionalidad que una mermada ficción instrumental.

Esta teoría es asumida por la doctrina nacional peruana, conceptualizándola de la siguiente manera:

“El DC, importa genuina ficción jurídica, mediante la cual se comprende en un único tratamiento punitivo, una conducta de un autor que vulnera sistemáticamente en el tiempo, una ley penal igual o de semejante naturaleza, en cuanto acciones u omisiones, conectadas temporalmente en mérito a una unidad de resolución criminal” (Peña Cabrera Freyre, 2015).

Sin embargo, dicho autor no desarrolla más sobre la teoría asumida en nuestro país, es más, en su análisis del delito continuado la desarrolla muy someramente en una página sin describir los elementos de dicha institución, lo que nos permite inferir que el tratamiento dogmático de la figura para otorgarle carácter científico es muy poco desarrollado en nuestra nación.

Bajo la misma línea encontramos una postura nacional que considera a la pluralidad de acciones y omisiones como una previsión típica por lo siguiente:

“Deben tratarse de varias conductas que contemplen la descripción típica y antijurídica, es decir, cada una de las acciones constituya una previsión típica; donde hipotéticamente al agente se le pueda atribuir cada una de las acciones, aisladamente, y debe tenerse en cuenta los supuestos de unidad de acción. En este delito, la valoración de todas las acciones, es en conjunto, integrable en una acción compleja o continuada que representa el aprovechamiento de una misma oportunidad, de modo tal que configuren un único delito” (Villavicencio Terreros, 2006).

Respecto a la segunda teoría básicamente sostiene al DC en una unidad natural - real, es decir, observamos la no existencia de una pluralidad de comportamientos, solamente uno, la concretada por unificación del dolo, la doctrina fundamenta respecto a este último elemento de la siguiente manera:

“Al existir un dolo unitario, los distintos actos conforman una unidad natural de acción, la que no es más que “el medio de comisión, el instrumento usado por el delincuente para conseguir el resultado querido por su acto y siendo este querer único, única también es su resolución, aunque de hecho múltiple sean las herramientas y se fraccione el hacer en el tiempo” (Camargo Hernandez, 1951) .

Es decir, lo anteriormente citado recurre a un concepto de unidad de dolo como presupuesto unificador de las distintas acciones, que como acción única pasan a considerarse como meras partes de ella, fomentándose dicha unidad como real y verdadera, de tal manera que las diversas acciones a pesar de constituir cada una por sí un delito, no es más que una parte realizada del resultado integro o total por haber sido efectuada de una única resolución, por lo tanto, no sería una excepción al concurso de delitos sino una categoría sui generis que se ejecuta de forma gradual. Es decir, se podría justificar penalidades más altas cuando esas conductas no se encuentren dentro de un dolo único que las aglutine. Por ello, esta teoría ha permitido sostener la construcción del delito continuado desde una perspectiva del principio de legalidad como también justifica las razones de justicia material.

Finalmente, respecto a la tercera teoría podemos observar que se basa en que la pluralidad de acciones podría unificarse por la normativa cuando se proceda con ciertos requisitos, es decir, parece que no tiene mayor diferencia con la teoría de ficción jurídica que considera una institución ficticia al delito continuado y esto es según el derecho. Tal vez esta relación se origina debido a que la teoría de la realidad jurídica su fuente principal para la unificación es formal, es decir la ley, en tanto que la tesis de la ficción nació producto del gran esfuerzo de los jueces con el fin de disminuir las penas, pero como solución extra legal, siendo esto así, esta última podría llegar a una pena más benigna vulnerando el principio de legalidad ya que no se encuentra contemplada en la ley. En tanto, la segunda teoría podría aplicar sanciones tanto severas como benignas, pero ello dependerá de la voluntad legislativa; sin embargo, la doctrina establece otras diferencias, como las siguientes:

“La principal diferencia entre ambas corrientes estará dada por sus objetivos, pues la teoría de la ficción tiene un propósito humanista que busca aminorar las penas en aquellos

casos donde la pluralidad de delitos llevaría a penas absurdamente altas. En tanto, la teoría de la realidad jurídica tendía en un comienzo un propósito bastante menos altruista, esto es, simplemente simplificar el trabajo jurisdiccional en aquellos casos donde la prueba resulta insuficiente para asentar claramente la existencia de cada uno de los hechos cometidos (o supuestamente cometidos, pues si no se pudieron acreditar fehacientemente es poco riguroso estimar que efectivamente ocurrieron). En todo caso, no es posible afirmar categóricamente que esta corriente posibilite un tratamiento únicamente perjudicial en contra del encausado, al permitir que se le condene por hechos que no fueron debidamente acreditados, ya que existen otros efectos que eventualmente lo podrían beneficiar, como por ejemplo, si el acusado es condenado por una serie de hechos relativamente acreditados entre un período de tiempo determinado, con ello resultaría amparado con la excepción de cosa juzgada respecto de todos los hechos que en circunstancias similares se develen posteriormente. Es más, incluso en hechos ocurridos con posterioridad, se podría solicitar que se extienda el efecto de cosa juzgada si se logra acreditar que se cometieron en el mismo contexto que permitió unificar los hechos anteriores, pues en ese caso resultará arbitrario que el organismo acusador corte la secuencia unitaria a su discreción”. (Fernández Carrasquilla, 1984).

Por lo anteriormente expuesto, podríamos sostener que la teoría de la realidad jurídica sería una plasmación de forma agravada de la ficción jurídica, sobre todo en sus defectos, ya que ignora la realidad de la vida y se remite únicamente a la decisión del ordenamiento jurídico penal, el cual como sabemos se encuentra sujeta a una política criminal creada por legisladores que solamente buscan mayor aceptación social, por ello, carecería de carácter científico el delito continuado. Pero se podría decir que la gravedad de la pena para algún sector se encuentra justificada por la mayor culpabilidad respecto al delito único o también por una menor responsabilidad referente al concurso de delitos.

En ese orden de ideas, para Camargo Hernández (1951), parte que de la diversas teorías del DC se puede encontrar, en primer lugar, las que explican la figura como un carácter privilegiado, es decir una institución humanitaria, así fue concebido en un inicio por la pragmática italiana con el fin de dosificar la pena impuesta al sujeto activo por haber realizado diversos delitos contra el patrimonio.

Es consecuencia, esa institución se deberá aplicar únicamente por razones humanitarias adicionalmente a la culpabilidad del autor, evitando de esta manera las penas que son

desproporcionadas a delitos menos lesivos.

Ahora bien, después de haber realizado una división de la doctrina en corrientes subjetivas, objetivas y mixtas, para entender los elementos del delito continuado, hay a mi parecer dos componentes que concurren de manera conjunta entre ellas, las que cuales se determinan a través de un común denominador o presupuesto básico, es por ello, que antes de analizar los siguientes requisitos, debemos avocarnos a dos fundamentales de manera breve.

Este tema trata de precisar una multilateralidad de postulados teóricos que son muy contradictorias sobre la unidad y pluralidad de conductas, debido a que cada una reflejan una construcción material particular sobre la norma, la acción y el delito, pretenden otorgar una respuesta al asunto de en qué momento el Derecho penal deberá considerar la existencia de *“una conducta única, una unidad de conducta independiente en sus distintas modalidades, la misma acción o varias de unas y otras en el ámbito del Derecho penal”*. Postulados que son cruciales, ya que posibilitan distinguir diferentes instituciones en el ámbito de la teoría de la unidad y pluralidad de tipos como sería el caso de las modalidades de delito permanente, el delito continuado – masa, y pluralidad de tipicidades, entre otras.

Debe quedar claro, que dichas teorías únicamente son orientadoras para el operador jurídico, es decir interpretativas o hermenéuticas, elaboradas para su mejor manejo en los tribunales de justicia cuando se procede a dar una solución dogmática que sea justa en los casos que se presentan de manera diaria, por ello, no se puede menospreciar la importancia político criminal, ya que el estudio de la misma posibilita la verificación de la vigencia de principios trascendentales como la legalidad, la ofensividad material y la proporcionalidad, y su alcance frente a ciertas situaciones e instituciones jurídico penales más allá del espacio concursal y que su incorrecta aplicación puede poner en dificultad las garantías constitucionales y legales de los sujetos procesales

En consecuencia, abordaremos el estudio de algunos criterios más importantes desarrollados por la doctrina penal respecto a la unidad y pluralidad de conductas, estableciendo sus límites y sus críticas respectivas.

En consecuencia, abordaremos el estudio de algunos criterios más importantes desarrollados por la doctrina penal respecto a la unidad y pluralidad de conductas, estableciendo sus límites y sus críticas respectivas.

Teoría de la Acción Ontológica: A grandes rasgos sostendré que es una teoría causal y

prejurídica que se origina de un concepto científico de acción, concepto que me baso en los juristas de mayor trascendencia en su tiempo, es decir de Von Liszt - Beling que sostuvieron lo siguiente:

“En virtud del cual, se afirma que la acción es la conducta como manifestación de voluntad que trasciende el derecho, en la medida en que sus consecuencias pueden ser imputadas al agente porque producen un resultado o un cambio en el mundo exterior que se relaciona objetiva subjetivamente con dicha manifestación de voluntad; sostiene a su turno, en el ámbito de la unidad y pluralidad de acciones, que existirán tantas acciones o conductas naturales independientes y autónomas, como cuantos actos fisiológicos individuales y voluntarios haya realizado el sujeto en el mundo exterior, siempre y cuando estos puedan ser verificados de manera científica o experimental. En términos de VON LISZT: de un lado, de parte del hombre, un solo acto; de otro, según la ley, una sola infracción. En la línea de la actividad, el acto puro; en el plano de la ley, la pura infracción; sin sobrecarga ni complejidades, en la acción; sin rozamientos ni multiplicidades legales”

Es decir, con esta teoría podríamos aseverar que un sujeto que realiza agresiones sexuales ejecutara tantas acciones únicas del tipo penal de violación (en su modalidad de acceso carnal violento), como varios actos únicos productos de penetraciones violentas efectuadas contra la víctima del delito o por ejemplo como el que roba propinando diez golpes causando el fallecimiento del agraviado, se considerara que realizó nueve conductas tentadas de homicidio (lesiones consumadas) y finalmente una configurarían el homicidio consumado.

Entender a esta institución jurídica bajo dicha concepción implicaría dos cosas, “primero limitar el problema jurídico de la pluralidad de tipicidades a una determinada posición teórica superficial y caprichosa que restringe al operador jurídico constate de forma causal, mecánica y descriptiva lo que ocurrió en el mundo externo, sin realizar valoraciones jurídicas necesarias, es decir, solamente haría una cuenta cronológica de movimientos físicos para luego adecuar dichas conductas a los preceptos penales y sanciones como expresiones del número de tipos penales relacionados a los diversos impulsos musculares. En segundo lugar, implica configurar la unidad de acción como varios movimientos musculares continuos, sucesivos y eso ampliaría de manera excesiva el concepto de pluralidad de conductas abarcando en dichos supuestos de actos materiales discontinuos pero sucesivos con restringida conexión temporal, como si se tratara de diversos procesos ejecutivos autónomos, sin poderlos estructurar como un único proceso ejecutivo material en sentido amplio”.

En ese sentido, las meras acciones humanas independientemente de su naturaleza, no son solamente procesos naturales, por el contrario, consiste una sola unidad de sentido desde un ámbito social.

Teoría Jurídica del número de resultados: Es una concepción idealista, basada desde un ámbito metódico que parte desde una configuración causal de la acción y concreta normativa del delito, es decir, la conducta o acción en el ámbito concursal es una unidad de hecho, esto se entenderá como la manifestación de la voluntad concretizada del sujeto, en tanto el comportamiento que realizó el contenido del hecho punible que se trate, con independencia si se materializa otros tipos penales mediante la misma conducta.

Según, Cordoba Roda (1965), sostiene, por un lado, que los delitos de resultado material la cantidad de unidades de hecho o de la objetividad real del delito, pertenece como expresión concreta de la voluntad del sujeto, del correlativo número de resultados materiales, efectos reales o eventos integrados o producidos en el tipo de injusto, por el contrario, en los preceptos de mera conducta su realización comprende los resultados de peligro que incluye únicamente al supuesto de hecho.

En efecto, para mayor entendimiento de esta teoría la doctrina lo conceptúa de la siguiente manera:

“Se puede advertir que esta posición no tiene en cuenta la conducta como una manifestación integral para determinar su unidad o pluralidad, si no que considera aquella parte o fragmento de la acción que, como medio, causa la realización del resultado perseguido en forma voluntaria. Con lo cual, el residuo de la acción u omisión común por fuera de los resultados ontológicos materializados cuando sea del caso se considera como un aspecto sólo ontológico que no tiene significado respecto del número de delitos, dado que su función es satisfacer los demás presupuestos objetivos del tipo de injusto” (Gómez Méndez, 1978).

En consecuencia, esta teoría se basa en que la conducta en su sentido individual o plural deberá ser entendida como un fragmento o parte de la acción que es lo general con el objetivo de alcanzar un resultado.

“Esta teoría contiene una serie de críticas, entre ellas que trasgrede el principio de culpabilidad por el hecho, por otro lado, el resultado típico no explicaría de forma satisfactoria los supuestos facticos en los que el sujeto activo no desea de manera directa los resultados personales

derivados de la conducta, por lo cual, deberá ser tratada como un concurso de delitos, por ello, las teorías subjetivas requieren unidad dolosa de resolución por cada hecho. Finalmente, se impide explicar de manera coherente los casos de unidad de comportamiento en supuestos delitos dolosos con pluralidad de resultados parciales, como ocurre en la institución del delito continuado. La única forma de explicarlo sería como ficción producto de un concurso real delitos, ello no es aceptable en la actual dogmática penal”.

Teoría Normativa del número de lesiones y peligros para el bien jurídico como realidad social:

Existen posturas doctrinarias en contra a esta teoría, la más importante consiste en la siguiente:

“Esta perspectiva de análisis rechaza que la pluralidad de conductas se determine por la unidad o la pluralidad de resultados materiales existentes. En efecto, si para dicha teoría el concepto de acción es sólo óntico, también lo será el resultado que le es inherente; es más, este último componente no sería útil para el Derecho penal si, al mismo tiempo, no se analiza en qué consiste la afectación a la vida de relación social como consecuencia del daño para el bien jurídico protegido por la norma. En efecto, para estas construcciones el resultado típico es en esencia jurídico, dicho lo cual al legislador no le deben interesar las simples modificaciones que el sujeto cause en el mundo exterior, sino las consecuencias normativas de la afectación de un bien jurídico concreto” (Reyes Alvarado, 1990).

En ese sentido, podemos apreciar que utilizar una teoría normativista trasgrede lo que realmente sucede en la realidad, actuando en ocasiones de manera arbitraria generando impunidad de conductas o por el contrario agravándolas sin necesidad para el orden social.

Teoría de la Unidad de Acción natural: “Esta teoría es muy conocida por su aplicación por la doctrina y podría decirse en los tribunales alemanes, ya que según Harro Otto (2017) , sostiene que existe una unidad de acción naturalístico, cuando distintos actos homogéneos que conforman el curso de un mismo acontecimiento criminal progresivo, entendido como una linealidad causal divisible en actos similares diversos interconectados desde un ámbito temporal y espacial, de manera estrecha, se encuentra orientada por una única voluntad unitaria, unidad motivacional o resolución volitiva unitaria, que implicaría el sucesivo desarrollo de una misma unidad situacional que objetiva llamado para aumentar el mismo injusto unitario”.

Podría aseverar que esta teoría considera a la unidad global de sentido como unidad objetiva de importancia desde el ámbito jurídico, construida por diversas acciones individuales de estructura compleja con solución de continuidad y una estrecha vinculación subjetiva, por ello, se verifica en la praxis mediante criterios metodológicos extensivos como la concepción natural de la vida, el uso general del lenguaje de las acciones en la sociedad en el sentido social del acto y la experiencia cotidiana, todo ello, a partir de la perspectiva de un observador social no participe según los usos sociales normales y en función del momento de valoración.

La doctrina mayoritaria construye esta teoría de la siguiente manera:

“Considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción. En este sentido se ha señalado que esta solución está prevista para casos en los que un primer acto encadenado estrictamente a otros que hace posible o supone la preparación para un determinado objetivo, o cuando los actos siguientes se desarrollan o procedan directamente del precedente. En dichas hipótesis no resulta pertinente valorar cada acto complejo de manera aislada, como distintas formas imperfectas o perfectas del tipo, sino desde el punto de vista del conjunto de lo actuado en continuidad, bajo el mismo fin y con voluntad única”. (Valle Muñiz, 2006).

Es interesante como la doctrina construye a la unidad natural de acción a través de las conexiones espaciales y temporales estrechas de las conductas que pueden ser activas y omisivas, pero requiriendo un elemento vinculante subjetivo que es la voluntad única por parte del autor, de esa manera podríamos sostener que se configura el primer presupuesto del delito continuado.

Sin embargo, esta teoría tiene serias críticas por la doctrina mayoritaria, entre ellas, tenemos lo siguiente:

“Asume pautas de valor imprecisas y subjetivas desde una perspectiva político criminal, como por ejemplo la concepción natural de la vida social o la opinión de un observador natural, que esconden el verdadero sentido no declarado del enjuiciamiento global de varias acciones en sentido natural, incluso dispersas, como un objeto unitario y uniforme de valoración en el proceso penal (teoría de la impresión global del hecho procesal o pragmática de la percepción contextualista de los hechos). Por ello, si bien la jurisprudencia alemana exige que los actos realizados con la misma motivación o voluntad sean homogéneos al menos en una tercera parte, tiene razón REYES ALVARADO cuando afirma que el problema es que la selección de esa finalidad resulta arbitraria si no se señalan cuáles son los elementos que deben tenerse en cuenta para ello., al menos frente a los diferentes actos parciales que pueden constituir las otras dos terceras partes de los episodios seriados realizados por el autor.” (Posada Maya, 2012).

“Bajo el argumento anteriormente expuesto dicha teoría resulta imprecisa, debido a sus criterios valorativos, al ser interpretados de distintas formas, resultando impracticables cuando confunden los límites materiales sistemáticos existentes entre la “unidad de acción, acción única y pluralidad de acciones”. Además, es subjetiva ya que establece el ámbito concluyente a la manifestación de la personalidad del autor que realiza el hecho y, en consecuencia, desde una perspectiva valorativa de un observador social que no intervino, en este caso, nos referimos al juez quien de manera discrecional determinara en forma intuitiva el número global de las acciones suficientes o necesarias para que configure de manera idónea una unidad prejurídica de acción”.

Teoría de la Unidad de sentido típico de la acción: “La presente teoría, también se la conoce como unidad jurídica de acción y es adoptada por la mayoría de la comunidad doctrinal penal moderna, partiendo del concepto de unidad de acción natural, sin embargo, encuentra cuestionamientos”, debido a lo siguiente:

Según Harro Otto (2017), se la crítica debido a que desde un punto de vista valorativo resulta insuficiente, “ya que los elementos prejurídicos se configuran de la unidad de fin o el plan del autor y la unidad situacional o contextual, por ello, no abrazan o aglutinan o de forma adecuada, todos los casos posibles de acciones diversas en natural sentido como un objeto unitario de valoración frente a un determinado tipo penal de injusto. La jurisprudencia alemana a título de

ilustración establece la inexistencia de una relación natural de acción entre unas lesiones personales y un hecho de homicidio, aun cuando aquellas sean ejecutadas en una estrecha relación espacial y temporal”.

“Ello, porque tales acciones carecen, aunque desde un punto de vista social se puedan considerar unidas de los elementos objetivos y subjetivos uniformes que las conectan como un todo antijurídico, al ser realizadas sobre sujetos distintos”.

Por otro lado, existen posturas que respaldan esta teoría tratando de normativizarlas como la que a continuación se detalla:

“Con el propósito de legitimar la teoría del número de afectaciones contra el bien jurídico como realidad social que si en materia penal es necesario adoptar un concepto óntico de acción, es inaceptable admitir que sea el sentido de los tipos penales el que permita determinar dicha unidad porque la conducta debe ser considerada en sentido naturalístico y el solo hecho de que la determinación suponga un juicio de valor no hace perder a la acción su carácter óntico; en otras palabras, si bien la unidad de acción es un concepto jurídico y la conducta es una noción óntica, ello no quiere decir que un criterio jurídico de unidad de acción deba prescindir de la conducta en su sentido naturalístico” (Reyes Alvarado, 1990).

Es decir, resultaría admisible dicha teoría si adoptados conceptualmente que la conducta es creada por el mismo dispositivo jurídico en virtud del sentido del tipo. Ya que la norma jurídica determina si la conducta se divide o unifica, pero llegamos a la aseveración que los conceptos jurídicos no pueden dejar de lado los elementos ontológicos.

Por ello, el gran inconveniente de dicha teoría, no sería únicamente que la conducta valorada es creada por la norma, “sino su falta de capacidad para determinar cuándo diversas acciones en sentido natural, como progresiones de una lesión jurídica simple, podrían o no fundirse para establecer en virtud del sentido del tipo la unidad legal de hecho y cómo debería interpretarse el “sentido del tipo”, para luego establecer la “unidad o la pluralidad de conductas”, máxime cuando cada tipo penal supone una conducta diferente que no siempre involucra la misma interpretación que las demás. En ese sentido, deberíamos acudir a la teoría de la unidad natural de la acción con el objetivo de extraer su interpretación referente la exigencia de una “estrecha o razonable temporal y espacial entre las acciones seriadas” y uniéndolas con los criterios asumidos en el presente no podría desvincularse de la valoración legal que se encuentra implícito en el tipo”.

Este tipo de interpretación es seguida en la doctrina mayoritaria que establece la siguiente conclusión:

“Así las cosas, si lo buscado es aglutinar una serie de actos parciales mediante el sentido del tipo penal infringido por el agente, su reunión en una unidad debe estar precedida, como es natural, por el mismo sentido subjetivo requerido por el tipo legal respectivo y no por factores atinentes a la culpabilidad. Ello, salvo si se entiende que el injusto penal constituye un presupuesto o un elemento de la culpabilidad entendida en un sentido sólo normativo. En cualquier caso, se trata de una teoría con marcado acento objetivo aceptada por la doctrina española adviértase: con alguna divergencia que la consideró, en su momento, innecesaria a partir de la interpretación de la voz hecho, no solo por su versatilidad o flexibilidad para decidir mediante criterios normativos, cuándo se está en presencia de una unidad o pluralidad de conductas lo que se podría llegar a considerar como un rezago del relativismo valorativo, sino también porque permite matizar desde el punto de vista normativo criterios prejurídicos, vale decir ontológico-subjetivos necesarios, como el plan del autor que según se afirma oscurecen la definición de la unidad y pluralidad de acciones naturales” (Posada Maya, 2012).

Considero que con este criterio asumido en esta teoría se está llegando a la conclusión que para interpretar la unidad de acción deberá tenerse en cuenta los aspectos ontológicos y normativos que posteriormente se asumirá en la presente investigación.

Teoría final o teleológica de la acción: Según Cerezo Mir (2008), el inicio parte desde la concepción de la unidad final del sentido en relación con el enjuiciamiento social jurídico que se extrae de la valoración material y formal de los respectivos tipos penales. Es decir, la unidad de acción para determinar su existencia no entendiéndola como conducta única, de manera cuidadosa, deberá examinar dos elementos distintos pero que se complementan: primero el plan criminal concreto y el fin voluntario demarcados de manera anticipada por el sujeto activo, esto sería el elemento ontológico, ellos configurarían el “factor final o subjetivo de sentido o de conexión” que determina la ejecución o desarrollo de diversos actos ejecutivos parciales concretos que configuran la unidad de conducta humana, al igual que les otorga un lugar determinado y estable en su acontecimiento, es un orden de sucesión final y precisión. En segundo lugar, requiere que, para la materialidad del tipo o tipos penales con similitud correspondientes, elemento normativo o valorativo de integración típica una valoración jurídico social, permitiendo de esta manera la precisión si los actos parciales homogéneos

seriados conectados por la planificación del autor se encuentran abarcados como un único proceso ejecutivo final, es decir, la misma acción por las normas penales.

Podemos entender que el tipo penal establece el significado de la realización final desde un punto de vista social.

Esta postura teórica es entendida por la comunidad doctrinaria de la siguiente manera:

“El método de las estructuras lógico-objetivas no postula ninguna separación absoluta entre realidad y valor, sino que más bien indaga acerca de cuáles son las relaciones posibles y, por ello, correctas que pueden establecerse entre ambas esferas, y sintetiza luego esas relaciones mediante el puente de las estructuras lógico-objetivas”. (Gracia Martín, 2005).

“Es decir, la teoría finalística en ningún modo se conforma con señalar el carácter ontológico de la acción humana, sino antes de efectuar las valoraciones a través del concepto ontológico de la acción (imputativitas) a la que añade criterios de significación social extraídos de la realidad social es ordenarla”.

Finalmente, esta teoría ha sido objeto de críticas porque: “1) Constituye, en su primer nivel como acción final, una estructura lógico-objetiva, que al ser abarcada por los tipos penales se transforma en un elemento normativo; 2) Que se trata de un modelo racionalista y restringido, que no explica otras formas de acción, y 3) No abarca con fluidez los delitos culposos ni ciertas formas de omisión”.

Teoría Ontológica Normativa: Según Posada Maya (2012), la unidad o pluralidad de conductas, “con algunas precisiones y adiciones a partir de la teoría social parte de la construcción de la acción final. Por ello, la relevancia social no define la conducta”, “ya que es incapaz sola de dar un sentido de acción, sin la finalidad. En virtud del cual, la acción sería un comportamiento final voluntario, controlable o susceptible de manipular que genera efectos en el mundo exterior, y que tiene relevancia, según el sentido social y contextual del comportamiento”.

Podemos decir que se trata de una conceptualización funcional y coherente que no solo determina su relevancia de la conducta y existencia, sino, además, “la unidad y pluralidad de acciones” limita los eventos de unidad de conducta en sentido estricto y amplio adecuadamente, en relación con la distinción que debe hacerse entre las teorías de la unidad y pluralidad de

acciones y tipicidades”.

Según Bettioli Giuseppe (1965) “La postura aquí acogida también involucra aspectos ontológicos en su estructura (la finalidad), que limitan y permitan fijar, más allá de una simple interpretación de adecuación social, el objeto a valorar, sin embargo, esta postura no coincide necesariamente con aquel otro que entiende la unidad de acción, en forma exclusiva, como una unidad de valoración conforme a la descripción típica del injusto en sentido formal o material, Debe tenerse en cuenta, que el rechazo de un modelo ontológico de acción no implica acoger de modo inevitable un concepto estrictamente normativo, que afirme la acción sólo como un presupuesto no autónomo del delito y, por ello, esencialmente fraccionable”.

Según Muñoz Conde y García Aran (2015), señalaron que es evidente que “las teorías del tipo de acción basada en la teoría significativa de esta no abandonan el modelo final; sino más bien, se unifican teorías finales y sociales, por ello, se parte de un concepto mixto, que no acoge posturas puramente normativas como aquellas teorías sobre la unidad y pluralidad de conductas basadas en la evitabilidad de los resultados individualmente evitables o, a pesar de su cercanía a la perspectiva garantista”.

En ese orden de ideas, se considera que “el concepto de acción es en cualquier caso necesario en sentido sistemático (garantía de legalidad), si quiere hablarse de acción típica e incluso de tipo de acción; o si se quiere seguir manejando un concepto como el de desvalor de acción en el análisis de la teoría material del delito. Por ello, se asume un concepto prejurídico, pretípico de acción, aunque no necesariamente en un sentido ontológico puro, cuya función no es incompatible con aquella función de la acción liminal en sentido negativo”.

Asimismo, Reyes Alvarado (1990), señala que si recurrimos “al mecanismo valorativo seleccionado para determinar la unidad o pluralidad de acciones baste por sí mismo, requeriría partir de posturas extremas entre el puro ontologismo o el normativismo radical, que en nada ayudan a solucionar el problema teórico y político-criminal examinado. Por ello, reconoce que esta postura dogmática con claras repercusiones político-criminales no cubre todas las hipótesis, sin necesidad de recurrir a variaciones elaboradas por la ciencia penal para casos límite o extremos (unidad típica de acción, en cuanto voluntad prescriptiva, autónoma y libre del legislador)”.

Por ello, puedo señalar que dicho concepto, “continúa con la dinámica de la unidad y pluralidad de acciones, es decir, teniendo en cuenta sus elementos: Un elemento (normativo) de sentido y relevancia social – contextual y un elemento ontológico (la finalidad)”.

Esta teoría permite realizar una diferencia entre tipos de acciones en sentido estricto y amplio como a continuación se conceptualizo:

“La diferencia entre la unidad de acción en estricto sentido (varias acciones únicas continuas y única decisión final-social) y la unidad de acción en sentido amplio (varias unidades de acción finales-sociales discontinuas con cierta unidad de fin y sentido contextual) partiría de los conceptos contrapuestos de continuidad y discontinuidad contextual (pues la finalidad de sentido puede ser equivalente en ambos supuestos). Continuidad contextual que, en la unidad de acción en estricto sentido (por ejemplo: varias penetraciones en la violación y una o varias puñaladas en la causación naturalística de la muerte), supone el desarrollo de una misma unidad situacional objetiva y subjetiva, y el mismo injusto; y discontinuidad en la unidad de acción en sentido amplio que, por el contrario, permite valorar como unidad un incremento sustancial progresivo del mismo injusto, por cuenta de varias acciones naturalísticas conjuntadas y discontinuas. Apenas ver, se trata de nociones teóricas que permiten valorar la acción como una conducta en el mundo real, en la que la voluntad, la finalidad del autor entendida como un propósito direccional voluntario consciente que dirija la actividad continua, y el bien jurídico afectado, constituyen criterios fundamentales a tener en cuenta por el operador jurídico en esta materia.” (Posada Maya, 2012).

Sin embargo, lo anteriormente señalado parte de una conceptualización naturalística de la acción, pero también se puede apreciar desde una perspectiva de unidad jurídica de acción, clasificándolo como una unidad de conducta en sentido amplio o proceso ejecutivo unitario. Esto tiene relevancia debido a que existe tipos penales “complejos, de conceptos o descripciones globales, así como también de varios actos compuestos de carácter mixto o complejos en sentido estricto, tipos de medios simbólicos y finalmente a la unidad de conducta omisiva”, por ello, podemos darnos cuenta que de no ser por la voluntad de los parlamentarios dichos comportamientos estarían comprendidos como pluralidad de acciones en muchos casos inconexas o independientes entre sí.

Por ello, “el delito continuado, según la doctrina lo considera una modalidad de acción en sentido amplio siempre que suponga acciones homogéneas de manera sucesiva, relativa y finalmente dependientes, no pareciendo equivocado calificarlos como unidad típica incluso como un supuesto amplio”.

“Aún más, si la doctrina penal considera el delito continuado como una modalidad de acción en

sentido amplio, aun cuando ésta suponga acciones homogéneas en forma relativa, sucesivas y finalmente dependientes, entonces no parece equivocado calificar la unidad típica como un supuesto incluso más amplio”. Sin embargo, siempre resultara difícil establecer si los actos sucesivos responden a una única decisión voluntaria y se encuentran vinculados espacial – temporal afirmando “una unidad natural de acción que permita una unitaria valoración del suceso, o cuando dichos actos deban unificarse como objeto de valoración según el sentido de los tipos penales”.

En ese orden de ideas, también un sector de la doctrina considera a la acción como un único proceso ejecutivo que se configura de la siguiente manera:

“Entre los actos ejecutivos exista solución de continuidad, cuando tal unidad se deduzca de la interpretación, conexión y proyección final de la manifestación externa de diversos actos ejecutivos seriados y progresivos desde la perspectiva social. Y luego, en sede de tipicidad, como proceso unitario que igualmente se compadece con el contexto situacional final-social de acción u omisión que requiere formal y materialmente el hecho concreto, tomando como referente el bien jurídico tutelado. Proceso ejecutivo unitario que comporta un solo injusto material en sentido normativo. Es decir, nace de una acción natural llevada a cabo en cámara lenta, en la que el aspecto subjetivo y el sentido situacional de la acción en la realidad social, que luego coincidirá con el del tipo, sirven como conexión o factores de unificación. En este caso, se presenta una unidad de sentido comportamental que bien puede conducir a la afectación unitaria o plural de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, como sucede en las hipótesis de: (i) delito continuado; (ii) delito permanente; (iii) delitos colectivos; (iv) delitos de organización; (v) unidad de acción por abrazadera o unidad de acción medial” (Zaffaroni, 2011).

En consecuencia, “la unidad de conducta ejecutiva, la conducta única, y el proceso ejecutivo unitario, pertenecen a los conceptos de sentido valorativo de una misma categoría: unidad de acción ontológico-normativa. Ello permite señalar conceptos que no se rigen por la subsidiariedad o alteridad, sino por la alternatividad que se deriva de su propia estructura material, en razón de la estrechez o amplitud valorativa para abarcar la conducta objeto de análisis típico, por lo cual la aplicación de una u otra categoría no se da por exclusión sino en virtud de la interferencia que suponen entre sí. De manera concreta: Así las cosas, la inaplicabilidad de la unidad de acción para dar cabida a una conducta única sólo supone reconocer los verdaderos presupuestos objetivos y subjetivos de la clase de unidad, sin salirse

de la valoración de la unidad. La clasificación de unidad son objetos de adecuación que se solapan entre sí, desde el rango de la unidad de conducta más amplia hasta el de la conducta única”.

Por ello, el autor que más escribió sobre esta teoría sostiene lo siguiente: “Advertimos cuando en el nivel de análisis de la “unidad o pluralidad de tipicidades”, el criterio normativo de la interpretación de la identidad aparente que se corresponderían con el sentido social situacional cognoscible del contexto de acción u omisión final de determinada clase, particularmente la que denota el tipo penal infringido, ya no se analiza a título de prognosis como referente que permite verificar si las acciones son realmente homogéneas como para poder ser consideradas como un proceso ejecutivo unitario, como ocurre en la teoría de la unidad de conducta en sentido amplio o estricto, sino que en verdad determina la atribución de valoración típica de la infracción penal, al ser complementado por los baremos normativos de: la naturaleza del bien jurídico, la necesidad político-criminal de abarcar completamente el injusto total de la conducta y la prohibición de doble valoración del hecho” (POSADA MAYA, 2010).

Esto significa que los casos de unidad de conducta en sentido amplio llegarían a ser delitos continuados o concurso ideal o la acción única podría configurar un concurso ideal sin necesidad de ir a los casos “unidad de acción en sentido amplio” o los eventos de “unidad de conducta en sentido estricto”, también configurarían concurso ideal o delito único.

Si deseamos que la unidad o pluralidad de acciones en su forma comisiva y omisiva sea aglutinada jurídicamente, es indispensable que configure un tipo penal semejante y que lesione el mismo bien jurídico protegido o de su misma naturaleza.

Cuando sostenemos que la conducta prohibida tenga la misma semejanza, nos referimos que exista parecido entre los elementos objetivos y subjetivos en su conjunto que configure la norma de prohibición de cada hecho punible.

Según Choclan Montalvo, solo se exige la similitud y no, en cambio, identidad perfecta, esto deberá ser interpretado de manera amplia debido a que este elemento lo permite, por ello, se estima delito continuado, aunque algunas acciones constituyan formas atenuadas o agravadas del mismo hecho punible, siempre que se trate del mismo tipo de delito.

En consecuencia, podemos afirmar que cuando las conductas infringen el mismo delito base y, además, tipos penales formados con base a la suscripción de elementos cualificativos, puede

observarse identidad objetiva a los efectos de la unión por continuidad. Es decir, tiene que existir una simetría típica entre el hecho punible base y el derivado. Sin embargo, existen supuestos en que los delitos privilegiados y agravados en su núcleo típico es sustancialmente idéntica, pero aparece como una construcción delictiva autónoma nueva, debido a ello, en estos casos no procede el delito continuado.

Por otro lado, Polaino Navarrete, sostiene que el “injusto de la consumación y el injusto de tentativa son ambos ya una perfecta infracción de norma”. Dicho esto, el delito continuado presupone una repetición de varias conductas, configurando cada una la violación de la ley, pero según nuestra primera premisa resulta discutible ya que cada injusto perfecciona la conducta prohibida; sin embargo, considero que perfectamente podría existir continuidad entre delitos consumados y tentados pues la exigencia de identidad o similitud del tipo en escrito rigor la tentativa “no es un tipo punible autónomo, sino una forma de aparición de un delito al que le faltaba la parte conclusiva, esto es, un tipo dependiente”.

En consecuencia, unificarse una acción que configure un delito consumado con otra que se subsume a un delito tentado, no se encontrara deslegitimando el precepto factual que los une ni tampoco está sancionando finalmente por una figura que desnaturalice el injusto penal, siempre y cuando se considere en la medida la figura perfecta como la que permitirá la base que determine la sanción penal, pues si fuera al contrario, evidentemente la solución impediría abarcar toda la complejidad del ilícito cometido.

Otro supuesto, sucede cuando se ejecutan acciones de similar naturaleza teniendo el interviniente distintos títulos de imputación penal, la doctrina considera lo siguiente:

“La realización del tipo no es semejante cuando se ejecuta a título de autor y cuando se interviene como cómplice o encubridor; resultando difícil poder encontrar en tales acciones una identidad objetiva que permita reunir las de manera jurídica o ficta; de esta forma, “para que se pueda considerar existente el elemento de identidad objetiva de las diversas acciones es necesario que el sujeto activo haya intervenido en todas las acciones en virtud del mismo título de imputación. En sentido contrario, se ha estimado la procedencia del delito continuado en acciones ejecutadas mediante distintas formas de participación, siempre que la calificación se haga con base en elementos del tipo presentes en todos los actos de unidad. Finalmente, para aquellos que adscriben a las teorías subjetivas o mixtas y fundan el elemento interno de unificación en el dolo total o global, deberán concluir que no será posible entender homogeneidad entre distintas modalidades

de participación, porque el dolo de cometer el hecho ‘como propio’ no puede existir unitariamente con el dolo de cometer un hecho ‘como ajeno’ (Posada Maya, 2012).

En consecuencia, considero que resulta procedente aplicar el delito continuado al sujeto activo que realiza la conducta a título de imputación como autor y cómplice siempre y cuando haya intervenido en todos los actos de unidad o pluralidad de conductas.

Cuando nos referimos que se trate de la lesión del mismo bien jurídico protegido, requiere según Posada Maya (2012), “una unidad de injusto del resultado jurídico”. Este presupuesto implícito toma relevancia cuando las diferentes acciones configuran tipos no idénticos, es decir similares, ya que en tales circunstancias la modalidad es diferente y podría conllevar eventualmente una afectación a objetos de protección distintos. La doctrina señala que ese presupuesto es de necesaria identificación, pero no suficiente, porque siempre necesitara de manera adicional la concurrencia de un idéntico o similar tipo penal.

Esta justificación la extraemos según Choclan Montalvo (2005), “El delito continuado habrá de tener como límite la unidad del bien jurídico, debido a que la idea de que lo que el Derecho fragmenta y separa objetivamente en atención a cada uno de los valores específicos que quiere proteger, no puede ser unificado en función del proceso volitivo del agente”.

En ese orden de ideas, dicha justificación coincide claramente cuando hablamos de bienes jurídicos personalísimos, en la que se agrega la participación de un mismo sujeto pasivo.

En el mismo orden coherente con la identidad típica, pero diferente fundamento, no se vería mermada este presupuesto implícito cuando los hechos punibles se encuentran en distinto grado de afectación o puesta de peligro, ya que entendemos que son especies de menoscabo al objeto de protección de distinta entidad. En consecuencia, consideramos que también el injusto consumado con el de tentativa es claramente igual, ambos se dirigen a un resultado que genera un desvalor normativo, generando el quebrantamiento de expectativas normativas.

Finalmente, pocos autores nacionales desarrollan plenamente esta institución jurídica y cuando la estudian, la hacen de manera muy sucinta, como, por ejemplo, el siguiente autor:

“Lo que importa es la afectación (lesión o puesta en peligro) del mismo bien jurídico protegido por las diferentes conductas, a ello, la misma Corte Suprema ha indicado que es la unidad del bien jurídico. Pues de los cuatro delitos mencionados, hay un común denominador: el bien jurídico protegido – el patrimonio-.” (Calcina Hanco , 2019).

Observamos que la doctrina nacional asume que el presupuesto más importante es la identidad del bien jurídico protegido más que la paridad del tipo penal semejante, es decir, contradice lo que establece la doctrina mayoritaria, que, si bien ambas se complementan, sin embargo, es de obligatoria concurrencia que la conducta típica sea igual o semejante. Este mismo criterio, es asumido por el artículo 49 del código penal que señala “[...] *la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción [...]*”, en ningún momento refiere al bien jurídico protegido, pero que, si bien es cierto, es indispensable tenerla en cuenta, pero no suficiente, realmente considero que ese error se ha ido considerando por mucho tiempo en la doctrina nacional y en las jurisprudencias de la corte suprema.

Ahora bien, respecto a este presupuesto indispensable debo realizar la siguiente precisión que servirá para el desarrollo de la presente tesis:

Para el cumplimiento de dicho requisito se necesita determinar la unidad del injusto exteriorizado por el aumento progresivo del resultado jurídico que implica la lesión seriada del mismo bien jurídico protegido. Esto significa, que esa progresión no es referente a la reiterada realización del tipo o por la unidad artificiosa de una pluralidad de tipicidades, porque desde la base de los principios de necesidad y proporcionalidad estos casos no implicarían varias valoraciones autónomas. En ese orden de ideas, la continuación circunscrita es de exigencia aplicativa únicamente a bienes jurídicos que posibiliten incrementos cuantitativos en la consumación de su trasgresión progresiva en sentido concreto. En consecuencia, no se podría permitir la aplicación cualitativa de lesión del objeto de protección, dentro de estos estarían los bienes jurídicos eminentemente personales. Debemos ser lo más claros posibles en este punto, pues el injusto unitario no requiere de la posibilidad exclusiva de acumulación o adición de los objetos materiales sobre los cuales recae la unidad de acción o el proceso ejecutivo unitario, sino de la naturaleza del bien jurídico.

Según Zafarroni (2011), “la naturaleza del bien jurídico protegido por la norma penal admita progresiones de afectación y esto permitirá configurar un injusto unitario continuado. Por ello, sin que se pierda la identidad y la trascendencia normativa del sustrato sobre el cual se materializa la protección típica, tal afectación la considera como un todo. Descartando de esta manera la infracción penal continuada cuando la ratio de protección diferente cada vez que se ataque por completo el sustrato material del bien jurídico que impida estructurar un injusto unitario”.

En consecuencia, podría afirmar que al referirnos progresión de afectación es usual relacionarlo

con los delitos patrimoniales, sin embargo, no son exclusivas de ellos. Si no admitiéramos esta posibilidad que puedan abarcar otros delitos, sería dificultoso o imposible aplicar la relación de continuidad cuando los distintos actos parciales se subsumen a un mismo precepto penal o preceptos similares, que, desde el primer acto parcial, la lesión del objeto de protección no personalísimo resultaría completa desde una perspectiva causal, ejemplo, los delitos contra la fe pública. “Así mismo, no se puede confundir el concepto de progresiones de afectación con la idea de curso de una progresión delictiva unitaria: desde actos previos ya punibles hasta la consumación total del tipo final; es más, tampoco es lo mismo una ejecución progresiva del tipo que una ejecución progresiva de la misma consumación típica”.

La doctrina aceptada mayoritariamente considera lo que venimos desarrollando lo siguiente:

“[...] afirmar que el delito continuado sólo admite comportamientos seriados que lesionan de manera progresiva el mismo bien jurídico, no significa que el concepto de lesión progresiva implique —por su esencia o sustancia inherente— solo una intensificación sólo cuantitativa del bien jurídico, ello es, sumas acumulables desde el punto de vista de la descripción comportamental respectiva. Ello, por dos razones: i) dicha exigencia solo tendría importancia relativa en algunos supuestos de continuación delictiva, siempre que el bien jurídico admita con anterioridad progresiones de afectación; ii) una ampliación desmesurada de este criterio a toda clase de continuación complicaría más la postura asumida sobre la naturaleza del bien jurídico que, bien entendida, resulta suficiente para estorbar la unificación típica, con la directriz agregada e innecesaria de la unidad de sujeto pasivo [...]”. (Posada Maya, 2012).

En ese orden de ideas, no podríamos explicarnos con coherencia los supuestos de objetos de protección no patrimoniales que si permiten la continuación. En ese sentido, en nuestra realidad jurídica se puede admitir aplicar esta institución a delitos colectivos, incluso, “se pueden advertir hipótesis de lesión o peligro contra bienes jurídicos colectivos, cuya afectación progresiva no comporta por su naturaleza ni la acumulación de injerencias físicas, ni una acumulación cuantificable de su lesión, sino intensificaciones que comportan una lesión progresiva de la esencia misma del bien jurídico, casos frente a los cuales no parece existir ningún impedimento político criminal para formar un injusto unitario continuado”.

En consecuencia, con todo lo expuesto, en nuestra legislación estaría permitido la aplicación del delito continuado en los siguientes supuestos: “Artículo 427 primer y segundo párrafo - Falsificación de documentos” – “Artículo 428 primer y segundo párrafo – Falsedad

Ideológica”, también podría aplicarse este instituto cuando la falsedad este en concurso ideal con el “delito de estafa”, en el supuesto de utilizar documentos dentro de un planteamiento general de actividades que defraudar de índole patrimonial – “ artículo 416 Fraude Procesal” – “Artículo 194 Receptación” – “ Artículo 409-A Obstrucción a la justicia” – “ artículo 387 Peculado Doloso por Apropiación” – “Artículo 384 – Segundo párrafo - Colusión agravada” – “Artículo 393 – Primer párrafo – Cohecho”- “Artículo 376 – Abuso de Autoridad” y de manera restringida y excepcional los “delitos contra la libertad sexual y salud pública – tráfico ilícito de drogas (en ciertos comportamientos)”, en este último supuesto, solamente procederá “cuando se trate de conductas parciales y fragmentadas según el plan criminal preconcebido que aparece en la práctica desarrollándose en ocasiones de manera distinta, caso contrario, se trataría dichas hipótesis como meras conductas y de peligro que son tratados como unidad típica”.

Finalmente, en los casos del delito de violación sexual de acceso violento, “sería considerado una hipótesis de continuación no patrimonial, es decir la lesión progresiva es cualitativa. Desde esta perspectiva, “los actos ejecutivos parciales” que conformarían en sentido amplio la unidad de conducta no podrían ser valorados como una infracción del tipo penal única, ya que no se puede formular un desvalor de resultado unitario, por la múltiple desvaloración político-criminal que exige el bien jurídico afectado. Por ello, se puede reiterar que el delito continuado es una figura jurídica extraña a las hipótesis de concurrencia delictiva y deberá sostener la existencia de un concurso ideal de tipos en el cual existe concurrencia de tipicidades con ocasión de una unidad de conducta. Por ello, se puede reiterar que el delito continuado es una figura jurídica extraña a las hipótesis de concurrencia delictiva”.

Continuando, con los elementos del delito continuado, encontramos que legal, jurisprudencial y doctrinariamente, se acepta de manera pacífica que para dicha institución jurídica exista uniformidad de sujeto. Por ello, se requiere que actué de inicio a fin, dominando el hecho o infringiendo su deber institucional en los actos seriados que conformarían “la unidad de acción comisiva u omisiva continuada, unidad de acción en sentido amplio, hasta completar el dolo global o lograr el plan preconcebido”. En consecuencia, lógicamente significa que el autor deba ser único, equivalente a una persona natural o física, esto imposibilitaría castigar aquellos actos seriados “(unidad de acción en sentido amplio)”, realizados de manera uniforme por el sujeto activo a título de coautoría o autoría mediata.

Otro elemento importante y fundamental en el delito continuado será el sujeto pasivo. Además,

existe la posibilidad que sean diferentes sujetos pasivos afectados de manera uniforme cuando la conducta continuada afecte bienes jurídicos de igual naturaleza con la restricción de que no se trate de objetos de protección eminentemente personales.

La posibilidad de existir pluralidad de sujetos en el delito continuado se fundamenta en la doctrina de la siguiente manera:

“Como es evidente, la estructura de esta regla parte de la idea de que la pluralidad de resultados materiales producidos en forma sucesiva, en contra de un mismo bien jurídico que admite lesiones cumulativas, no afectan la unidad de acción en sentido amplio o el proceso ejecutivo unitario, en el delito continuado. Por ello, hay casos como los de los delitos contra el patrimonio económico, en los que puede haber unidad de injusto típico por la lesión progresiva del mismo bien jurídico, aunque exista una diversidad de sujetos pasivos afectados, sin que lo último represente alguna interferencia que anule la unidad de injusto en favor de la autonomía de las diferentes lesiones o puestas en peligro. Ello, pues lo que exige el legislador en el delito continuado es que el sujeto activo vulnere de forma progresiva el mismo supuesto de hecho con identidad de aspecto subjetivo y de bien jurídico afectado, sin que sea necesaria una vinculación concreta y rígida a un número determinado de titulares de ese bien jurídico” (Posada Maya, 2012).

Es por ello, que existe la posibilidad de la concurrencia de diferentes sujetos pasivos sobre quien recae la acción y de perjudicados distintos. Además, en nuestra legislación existe la posibilidad de aplicar la figura del delito masa en la cual claramente se permite este supuesto.

Ahora bien, además de los requisitos expuestos, la jurisprudencia y parte de la doctrina adicionan una serie de presupuestos de hecho o accesorios, los cuales no afectan la perspectiva dogmática del delito continuado, por el contrario, en el ámbito procesal son utilizados como indicios procesales, lo que permite deducir en varias oportunidades la “homogeneidad objetiva o el elemento subjetivo”. Estos elementos son los siguientes:

El empleo de medios o procedimientos semejantes: Se podría aseverar que consiste en la utilización de instrumentos, técnicas o medios operativos que no implican la realización de otros hechos punibles, aunado a ello, la doctrina lo considera de la siguiente manera:

“Se trata, en realidad, de un factor indiciario que sugiere: (i) la identidad de realización objetiva de la conducta u homogeneidad típica relativa, como se explicó antes o, (ii) la modalidad del elemento subjetivo. De este modo, dicho elemento no constituye un

requisito independiente, cuando se analiza la estructura del delito continuado, porque no puede confundirse la identidad de tipo con el modus operandi de los sujetos, pues estos no guardan necesaria equivalencia estructural” (Zaffaroni, 2011).

Además, existen autores que requieren que existan circunstancias fácticas homogéneas realizadas por el autor y así afirmar la continuidad delictiva. Pero aquellas exigencias objetivas, puede fácilmente ser reconducido a la identidad de la realización del mismo tipo penal y o supuesto delictivo.

Continuando, con el desarrollo exista cierta conexión espacial y temporal entre los actos parciales seriados realizados por el agente: La primera es entendida como el lugar donde los actos parciales son realizados por el autor. Sin embargo, dicho elemento ha sufrido de reiteradas críticas, especialmente, porque se entiende que el plan preconcebido del autor puede continuar o persistir y ser ejecutado en cualquier lugar, incluso en diferentes lugares, por ejemplo, puede comenzar en México y terminar en Perú o viceversa.

Por otro lado, la segunda deberá entenderse según la relación de las teorías asumidas del delito continuado, que en este caso será de la “ficción” y realidad jurídica que establecen lo siguiente:

“De hecho, la duración de la separación temporal entre cada uno de los diversos actos parciales realizados por el autor, cobra relevancia en dos aspectos fundamentales: por una parte, en la construcción de la unidad jurídica de acción en sentido amplio y, por otra, en el aspecto subjetivo del nexo de continuidad, en especial cuando se asume la teoría del dolo continuado por aprovechamiento de idénticas ocasiones”. (Reyes Alvarado, 1990).

“Sin embargo, ese elemento temporal tiene que ser evaluado por el operador jurídico en cada caso específico, porque desde la perspectiva del hombre medio en el supuesto concreto que sobrepasaría su capacidad de previsión y planeación del elemento que congloba los diversos actos parciales que es la finalidad, sería muy difícil que esta se pueda mantener”.

“Por último, ambos elementos serían orientadoras indirectas para el operador jurídico, en especial para los tribunales, en sintonía con el plan criminal y cierto desarrollo homogéneo en cada caso concreto la utilizarán para verificar si se cumple o no el propósito del sujeto activo”.

Finalmente, respecto al elemento subjetivo que requiere el delito continuado, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha determinado acoger la teoría que mayor se adecua a las exigencias político – criminal de la institución, además de ser coherente con el fundamento de unidad ontológico – normativo asumido durante esta investigación, esta es “el dolo total, global o de

conjunto”, “pues, su construcción representa de alguna forma la existencia de un dolo unitario. Además, de ser el único que se adecua con aquel elemento necesario sistemático para unir los actos parciales realizados por el sujeto activo, como unidad de infracción o conducta, en concordancia con el plan preconcebido”.

Según la doctrina, respecto al “dolo global o conjunto”, sostiene lo siguiente:

“El único requisito subjetivo requerido para configurar el delito continuado es un nexo psíquico que suponga una homogeneidad motivacional, el aprovechamiento de la misma o idéntica ocasión y la ideación como designio criminal intelectual, implica aceptar que la teoría del dolo continuado y el delito continuado mismo, no tienen relación con la exigencia de homogeneidad de la voluntad de realización, que para estas teorías sería el sustrato subjetivo para unir desde el punto de vista jurídico diversos actos seriados como una infracción única continuada. Por ello, si por definición el dolo es voluntad de realización y en cuanto realización del hecho, es posible sostener que el sujeto activo siempre tuvo sólo una voluntad o intención homogénea de realización respecto del contenido de un único delito continuado, aunque la voluntad del dolo global se convierta sólo de manera gradual en cuanto realización cada vez que se ejecuta un acto parcial de la unidad de acción, conforme al plan criminal. Es en este sentido que se asimila el dolo continuado al dolo global, como homogeneidad de la voluntad de realización en la acción progresiva unitaria, pero no desde la perspectiva del nexo psíquico que supone la simple motivación homogénea que no es reconducible a la homogeneidad volitiva de la que se habla aquí” (Posada Maya, 2012).

En consecuencia, “lo coherente es sostener que lo único que impediría la responsabilidad objetiva de cada conducta del delito continuado sería la voluntad de realización de los actos parciales que conforman el dolo global. En este sentido, desde la perspectiva subjetiva no existen diferencias sustanciales entre un delito único doloso y otro continuado, con la salvedad que el sujeto decida realizar la conducta progresiva de distinta forma: “El primero, de manera inmediata o continua; y, el otro, de forma seriada o discontinua”, pero, en ambos supuestos, el autor lleva a cabo la misma finalidad preconcebida y voluntad homogénea”. “Variando únicamente la voluntad sobre la forma de ejecución del delito, pero que ese delito se realice de manera discontinua no significa minimizar el significado normativo de la “unidad de voluntad que precede a la unidad ontológico normativa de conducta y a la única infracción continuada”.

Aspectos fundamentales sobre la predictibilidad de las resoluciones judiciales, pronunciamientos de la Corte Suprema y su fuerza vinculante.

2. Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales.

El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales es una manifestación en cuanto al principio de seguridad jurídica, implicando la exigencia de requerir regularidad en la coherencia de criterios de órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, salvo justificable y razonable diferencia. Por ello, la finalidad de esta exigencia funcional no es otra que la contribución en la fundamentación del orden constitucional y el aseguramiento de la realización de los derechos fundamentales.

Si bien, este principio de seguridad jurídica no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución, ello, no ha impedido que el Tribunal Constitucional reconocer en él a un principio constitucional implícito que se deriva del Estado Constitucional de Derecho (artículos 3° y 4.3 de la Constitución). Ahora bien, no se pone en duda de que esta exigencia constitucional de predictibilidad y certeza de resoluciones judiciales se ve concretizada con la denominada doctrina jurisprudencial constitucional, la que solo se tendrá por cumplida si se respetan tales decisiones judiciales.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 04853-2004- AA-TC\ FJ 15, estableció lo siguiente respecto a la predictibilidad de las resoluciones judiciales:

“(…) debe entenderse: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscipciones interpretativas, esto es, las "anulaciones" de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir, las que

establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde”.

Con lo citado anteriormente, queda claro que el principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales se ve seriamente afectado, siendo no menos evidente la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación del derecho allí donde en el ordenamiento jurídico se producen dos o más interpretaciones dispares (que en ocasiones son forzadas, distorsionadas y antojadizas) en torno al sentido de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, establecida en virtud del I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición Final de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, o simplemente, cuando se omite o inobserva deliberadamente la aplicación de dicha doctrina jurisprudencial.

3. Casación Penal y su fuerza vinculante.

El término casación nace del vocablo latino “cassare”, que deriva del verbo latino “cassus”, el cual significa abrogación, quebrantamiento, derogación o anulación, por ello, casar podría ser entendido como anular, invalidar sentencias definitivas o equiparables, por sus efectos, a estas.

Esta perspectiva histórica es seguida por Gonzáles Novillo (1993), quien sostiene que “Casar equivale a suprimir la resolución recurrida, proviniendo del latín cassare, de cassus, vano, nulo, significado en el lenguaje forense, anular, abrogar, derogar”.

Posteriormente, el maestro Gimeno Sendra y otros (2000), definieron a la casación “como un recurso devolutivo y extraordinario ante el Órgano Supremo de la Jurisdicción”.

Citando como últimos referentes extranjeros, tenemos a Niño Esequio y Sánchez Herrera, quienes sostuvieron lo siguiente:

“la casación es un medio de impugnación, extraordinaria, discrecional y de efecto suspensivo que se interpone contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los tribunales superiores, para que uno de carácter supremo (la Corte Suprema de Justicia), revise y corrija los errores *in iudicando* o *in procedendo* existentes en la decisión de mérito, para buscar y procurar la aplicación exacta de la ley sustancial, reparar los agravios inferidos en una decisión injusta y unificar la jurisprudencia nacional” (Velásquez Niño & Sánchez Herrera, 1995).

De las definiciones citadas por los autores antes mencionados podemos apreciar que resaltan

varias características principales, entre ellas, su carácter devolutivo, debido que es el órgano supremo el competente para resolver el recurso, no se pronuncia sobre el fondo de la controversia, tiene una naturaleza extraordinaria y busca unificar criterios jurisprudenciales, esa es la perspectiva de la doctrina extranjera.

En nuestra doctrina nacional, los autores Carlos Calderón y Rosario Alfaro (2001), definen a la casación como: “El recurso extraordinario que tiene por objeto que la Corte Casatoria anule resoluciones que ponen fin al proceso y que contiene fundamentalmente vicios de derecho”.

En consecuencia, producto de la recopilación de definiciones citadas considero a la casación un recurso de impugnación de carácter extraordinario, limitado e inimpugnable, que se recurre para ser resuelto por la Corte Suprema de la República, como el último escaño del Poder Judicial, a fin de anular determinadas sentencias o autos que ponen fin al proceso, cuando contravienen la Constitución, las normas legales de carácter sustancial o procesal cuyo incumplimiento es sancionado con nulidad, la lógica o jurisprudencia de carácter vinculante emitida por la Corte Suprema o Tribunal Constitucional.

Ahora bien, sus principales características del recurso de casación son a) Naturaleza Jurisdiccional, b) Recurso de impugnación extraordinario, c) Sin efecto suspensivo, d) No constituye un reexamen de la controversia, e) Limitado y por último es inimpugnable.

Por otro lado, respecto a los tipos de recursos encontramos el de la casación discrecional y citando otra vez a los profesores Niño Esequio y Sánchez Herrera, señalaron lo siguiente:

“El recurso de casación recibe el nombre de discrecional porque no es un imperativo concederlo, sino que la Corte, a su arbitrio, decide si admite o no el recurso cuando considere que es conveniente para el desarrollo de la jurisprudencia o como garantía de los derechos fundamentales” (Velásquez Niño & Sánchez Herrera, 1995).

Es decir, este tipo de recurso discrecional no se aplicará en todos los casos, solamente cuando exista la necesidad de admitirlo para elaborar un criterio jurisprudencial sobre dicho asunto y cuando se afectó alguna garantía constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, este tipo de casación se encuentra prescrito en el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal, disponiendo expresamente lo siguiente:

“Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos a los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere

necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”

Es decir, en nuestro caso, a diferencia de la legislación colombiana, la casación discrecional solo se da en los supuestos en que la Corte Suprema considere que resulte necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, mas no como garantía de los derechos fundamentales, pues este último supuesto es motivo de una casación ordinaria.

Por ello, la famosa casación ordinaria o legal, se encuentra reconocida legalmente en el artículo 429 numerales 2 y 3 del Código Procesal cuando dispone como causal interponer el recurso de casación cuando la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad o cuando importa una indebida aplicación una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

En ese orden de ideas, debemos establecer de manera sucinta los fines del recurso de casación penal, para ello, citare al maestro Gimeno Sendra, Conde Pumpido Tourón y Garberi Llobregat, como postura internacional señalaron lo siguiente:

“Cumple dos funciones esenciales: una función nomofiláctica, consistente en salvaguardar la unidad del ordenamiento jurídico unificando la jurisprudencia y una función de tutela de intereses de las partes, ya que el recurso de casación puede ser utilizado como un medio de impugnación contra aquellas resoluciones que la parte que presenta el recurso estime perjudicial” (Gimeno Sendra, Conde Pumpido Touron, & Garberí Llobregat, 2000).

Considero que esa postura se relaciona enormemente con un Estado Constitucional de Derecho en el que se garantiza el principio de seguridad jurídica y se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad en la aplicación de la ley.

Por su parte, en nuestro ámbito nacional, encontramos la postura del maestro César San Martín, quien sostiene finalmente lo siguiente:

“La casación tiene una finalidad eminentemente defensora del ius constitutionis, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico: y, b) la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

Es decir, para el doctor, la única finalidad del recurso de casación es la defensa del

ordenamiento jurídico, sea por medio de la uniformización de la jurisprudencia o la función nomofiláctica.

Finalmente, sobre este punto considero que el recurso de casación cumple con una finalidad directa o inmediata y mediata, siendo la primera la tutela de intereses de las partes, y las segundas, necesariamente las siguientes funciones: a) Nomofiláctica o defensa de la orden jurídica en su conjunto, b) Unificadora de la jurisprudencia nacional y c) Control de logicidad.

Considero que es sumamente importante citar la perspectiva crítica de profesor Daniel Pastor, quien sostiene respecto a la unificación jurisprudencial lo siguiente:

“El ideal de unificar la jurisprudencia es, por lo apuntado, más que una aspiración que una realidad comprobable. La demora crónica de los tribunales superiores en resolver los recursos (...) ha herido de muerte toda función nomofiláctica; asimismo, la sobrecarga de casos (...) y la delegación de funciones ha provocado también la proliferación inadvertida de resoluciones de un mismo tribunal superior, a veces dictada el mismo día, que resuelven contradictoriamente casos análogos, con lo cual queda suprimida toda función uniformadora de la jurisprudencia. Por último, las desviaciones de la interpretación de la Corte de Casación en cuestiones de derecho cometidas por los tribunales de mérito pueden quedar sin control y eliminación (...) no solo por la inactividad del agraviado por vicio, sino también ante recursos planteados defectuosamente, algo que en extremo frecuente en un medio de impugnación tan sobrecargado de solemnidades” (Pastor, 2001).

En ese orden de ideas, producto de todo lo sostenido sobre la casación penal, lo principal para nuestra investigación es este último punto, debido a que una de las finalidades de dicho recurso, es la búsqueda por parte de la Corte Suprema para unificar los criterios jurisprudenciales al ser estos contradictorios en las distintas instancias, sin embargo, con la crítica realizada en su momento por el profesor Pastor, llegamos a la conclusión que una razón importante de la falta de uniformidad es producto de la sobrecarga de casos, factor muy importante al momento de resolver, lo que genera contradicción en los pronunciamientos y ello es una realidad latente en nuestros tiempos. Sin embargo, nos formulamos una interrogante sobre las jurisprudencias emitidas por la Corte Suprema para unificar criterios y esa es si todas tienen efectos vinculantes para todos los casos, es decir, si tiene efecto erga omnes, y de ser afirmativa o negativa su respuesta, conocer las razones. Resultado que será satisfactorio al momento de analizar los pronunciamientos contradictorios emitidos por dicha instancia respecto a la configuración del

delito continuado.

En esta parte analizaremos lo anteriormente planteado, pero primero formulemos la interrogante correspondiente, la cual quedaría de la siguiente manera:

¿Por qué el legislador prefirió denominar doctrina jurisprudencial vinculante y no precedente a la facultad de la Corte Suprema de establecer resoluciones de cumplimiento obligatorio?, ¿son lo mismo o son diferentes?

Según el profesor Alejandro Nieto (2002) señala que no son lo mismo o, dicho de otro modo, son instituciones diferentes. Así, la doctrina jurisprudencial es una proposición jurídica afirmada en una o varias sentencias; mientras que el precedente se refiere a una resolución judicial que ha resuelto ya un caso sustancialmente idéntico al que se debate.

Siguiendo la definición mencionada de doctrina jurisprudencial, podemos afirmar que la misma está presente en toda decisión de la Corte Suprema, pero no todas, por nuestra tradición jurídica, serán vinculantes. Para que lo sean es necesario que, por disposición legal expresa, así lo establezca la Corte Suprema.

Si bien la doctrina jurisprudencial vinculante posee los mismos efectos que el precedente, lo cierto es que no son lo mismo, pues aquella le otorga importancia, más que a los hechos, a la interpretación que ha realizado la Corte Suprema de las cuestiones jurídicas; mientras que este, el precedente, no puede desligarse de los hechos, de ahí que afirme la doctora Moretti Francesca (2000) que “la decisión precedente debe ser ante todo *in point* respecto a la posterior, esto es, no deben encontrarse diferencias relevantes en punto de hecho y de derecho, tales que impidan someter ambos supuestos de hecho al mismo régimen jurídico”.

En cuanto a la segunda pregunta, ¿por qué el legislador optó por regular la doctrina jurisprudencial y no el precedente en el Código Procesal Penal? La verdad es que responder dicha pregunta no es posible, pues el mencionado cuerpo normativo carece de una exposición de motivos que explique las razones que llevaron al legislador a regular, en lugar del precedente, la señalada doctrina jurisprudencial vinculante. No obstante, podría afirmarse que dicha opción responde a que no tenemos la tradición del precedente, es decir, no se les otorga mucha importancia a los hechos del caso anterior.

Ahora bien, el artículo 433.3 del Código Procesal Penal prescribe que la Sala Penal Suprema puede disponer que su decisión constituya doctrina jurisprudencial vinculante. Dicha facultad responde o conjuga, claramente, con la función uniformadora del recurso de casación. Y es

que, precisamente, esta es una de las funciones esenciales que cumple la Corte Suprema al momento de resolver el recurso de casación. Si no existiera dicha facultad, podría ocurrir que no se cumpla con la mencionada función y, en consecuencia, resulte afectada la seguridad jurídica. Por tal motivo, consideramos que resulta razonable que la Corte Suprema pueda establecer, al momento de resolver un caso, que su decisión constituya doctrina jurisprudencial vinculante.

Sin embargo, existe la posibilidad de la desvinculación o apartamiento de la doctrina jurisprudencial o precedente no es otra cosa que inaplicar lo dispuesto como criterio vinculante por la Corte Suprema. Siendo esto así, la pregunta a responder es: ¿cabe la posibilidad de desvincularse de la doctrina jurisprudencial vinculante y el pleno casatorio de la Corte Suprema?

Para responder, debemos remitirnos a la doctrina extranjera que hemos citado y consideramos que es importante hacer referencia a los países en donde se tiene la tradición del precedente: Inglaterra y Estados Unidos, principalmente. En estos países, según la doctrina uniforme, cabe la posibilidad de que los jueces puedan apartarse del precedente. En efecto, según Magaloni Kerpel (2001), en Inglaterra, país donde surgió el precedente, a partir de 1966, la Cámara de los Lores determinó, mediante una famosa Declaración de Práctica, no encontrarse obligada por sus fallos. Así, el Lord Chancellor, en representación del House of Lords, sostuvo lo siguiente: “Sus señorías reconocen que la adhesión rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también puede restringir excesivamente el desarrollo correcto del derecho. Se declara por consiguiente la modificación de la práctica vigente: en principio las decisiones de este tribunal deben considerarse vinculantes sin embargo cabe aceptarse de ellas cuando parezca correcto hacerlo”.

En Estados Unidos el precedente funciona de modo muy similar, pues no es inexorablemente vinculante, dado que existe la posibilidad de que el juez pueda desvincularse del mismo. Lo afirmado se corrobora con lo apuntado por el juez Lurton (2004), para quien “la regla del stare decisis, aunque provoca a la consistencia y uniformidad de la decisión, no es inflexible. Si ella debe ser seguida o abandonada es una cuestión enteramente librada a la discreción del tribunal llamado a considerar una cuestión ya decidida alguna vez”.

En atención de lo expuesto, consideramos que no resulta recomendable adoptar una posición extrema ni para admitir la vinculatoriedad de la doctrina jurisprudencial ni para permitir su apartamiento. En efecto, se debe buscar que haya armonía entre la facultad de la Suprema de

emitir decisiones vinculantes y la posibilidad de desvincularse por parte de los otros jueces. Por ello, nuestra posición es que la regla es que los jueces sigan la doctrina jurisprudencial vinculante y la excepción es que se permita su desvinculación, siempre –y esto es importante no perderlo de vista que haya motivos o razones fundados, que deben ser explicitados de manera precisa, que justifiquen ello.

Lo manifestado compagina con lo que afirma el profesor Taruffo (2012), esto es, que las resoluciones de la Corte Suprema constituyen “precedente aunque no es determinante en atención a relación institucional de tipo jerárquico que existe entre este órgano y los otros”. Añade que la autoridad científica del precedente, y no la autoridad que se deriva del principio de autoridad o del principio de jerarquía burocrática, es la que determina que una decisión constituya precedente.

En consecuencia, siguiendo lo manifestado por el citado autor, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema será vinculante en función de los argumentos que los sustenten y no solamente por provenir de la máxima autoridad jurisdiccional; es decir, la doctrina jurisprudencial debe ser seguido por todos los órganos jurisdiccionales cuando resuelven un caso sustancialmente similar no porque hayan sido emitidos por la Corte Suprema, sino porque los argumentos expuestos así lo determinan.

En suma, la doctrina jurisprudencial vinculante sí debe permitir su desvinculación, pese a que legalmente no se haya establecido tal posibilidad, pues así lo determina la independencia judicial. Tal posibilidad, sin embargo, debe ser excepcional y debe cumplir con una motivación adecuada, pues lo contrario significaría prácticamente que una vez que sea recurrida tal decisión sea revocada, en un primer momento, siguiendo la doctrina jurisprudencial vinculante, por la instancia superior; y si este no lo hiciera, pues la Corte Suprema lo más seguro es que lo haga. Y es que resultaría poco probable que la parte que ha sido perjudicada por la inaplicación de la doctrina no recurra en casación ante la Corte Suprema. Entonces, para no generar una afectación a la economía procesal, a la seguridad jurídica, resulta imprescindible que el juez que se aparte de la decisión vinculante de la Corte Suprema lo haga excepcionalmente y con una adecuada motivación.

Análisis de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios relacionados al Delito Continuado

4. Acuerdos Plenarios y Casaciones.

4.1. Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116,

Este acuerdo fue emitido el 13 de noviembre de 2009, las circunstancias que conllevó a la reunión de los 15 Jueces Supremos, fue resolver el problema incidente en la implicancia cuantitativa que tiene las circunstancias agravantes previstas en los artículos 46° al 49°, último inciso del primer párrafo, a efectos del cómputo del plazo de prescripción penal, *“por cuanto, éstas incrementan, en el primer caso: en un tercio la pena por encima del máximo legal de pena fijado para el delito cometido; y en el segundo: en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave”*, en consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar acuerdos plenarios a fin de unificar criterios, por ello, se procedió a la creación de este pronunciamiento.

Los fundamentos jurídicos se dividen en el apartado N° 06 y 07, el primero hace referencia al artículo 46° del código penal, el cual está referido a la circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo, es decir, en que supuestos procede aplicar dicha condición cuando se trata de un agente público, pero dichos párrafos no es materia de análisis de la presente investigación, por ello, no abordaremos más. El siguiente apartado establece resumidamente cuales son los presupuestos materiales del Delito Continuado asumido por nuestros Jueces Supremas hasta esa fecha, siendo literalmente los siguientes:

“El artículo 49° CP, cuyo texto fue modificado por la Ley número 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito “continuado”. Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: el “delito masa”.

“En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley –delito continuado- por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el Juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. El delito continuado consiste en la

realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden el mismo tipo legal [RAÚL PEÑA CABRERA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 686]”.

“Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAMÓN RAGUÉS Y VALLÉS: La prescripción penal: fundamentos y aplicación, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004. Página 126]. No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, **“sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...)**. No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro” [JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS, Obra citada, página 689]”

De la cita anteriormente transcrita será nuestro punto de partida para las discusiones de nuestros resultados en el capítulo pertinente, debido a que, claramente observamos que los Jueces Supremos en ese momento establecen que el Delito Continuado únicamente procederá en delitos que sean cuantificables, es decir, para la doctrina y jurisprudencia, esa exigencia de cuantificación solamente procederá en ilícitos penales de lesividad o puesta en peligro concreto al bien jurídico protegido a las que también se denomina hechos punibles de resultado, dejando fuera a los delitos de mera actividad, en esos casos no configurarían según la postura asumida por los magistrados.

Considero acertada la postura asumida por los Jueces Supremos en su momento, además de establecerlo como doctrina legal, más allá, de la teoría que pueda asumir respecto de “la violación de la misma ley penal”, presupuesto material del delito continuado, que será discutida en su momento, pero muchos se preguntaran que sucede con los delitos de mera actividad que realizan pluralidad de conductas, pero que existe una misma resolución criminal. Si bien los magistrados en ese momento no abarcaron ese supuesto, puedo sostener mediante la siguiente cita de un autor reconocido internacionalmente por el gran aporte que ha brindado a la dogmática penal, que ese factico configura un delito permanente, por lo siguiente:

“Son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor por tanto tiempo como subsiste el estado

antijurídico creado por el mismo. Por ejemplo, un delito permanente es el allanamiento de morada, con la intromisión del autor ya se da un hecho consumado, pero dura tanto tiempo como el sujeto se mantiene dentro del ámbito protegido. Lo mismo ocurre en la detención ilegal, como sigue siendo actual hasta que el autor pone en libertad a la víctima o éste es liberada, o en la conducción en estado de embriaguez, ya que es punible como delito consumado con el comienzo del viaje, pero pese a ello no concluye mientras dura la conducción bajo influencia de bebidas. Los delitos permanentes son en su mayoría delitos de mera actividad, pero también puede ser delitos de resultado en caso de que un determinado resultado constantemente vuelva a realizarse de nuevo al mantenerse el estado antijurídico; por ejemplo, peligro de seguridad del tráfico viario” (Roxin, 2010).

En consecuencia, no es apropiado confundir al delito continuado con el permanente, porque ambos tienen efectos diferentes al momento de establecer el inicio de la prescripción de la acción penal, según el artículo 82 de nuestra normativa que establece que el primero comienza desde el día que terminó la actividad delictiva y el segundo desde que cesó la permanencia. Un ejemplo claro de delito permanente es el secuestro prescrito en el artículo 152 del Código Penal.

4.2. Casación N° 1121-2016-Puno, Juez Supremo Ponente Pariona Arana

Este pronunciamiento fue emitido el 12 de Julio de 2017, por la Corte Suprema - Sala Penal Permanente, conformada por el Juez ponente Pariona Arana, Neyra Flores, Calderón Castillo, Sequeiro Vargas y Figueroa Navarro, respecto al siguiente hecho que fue configurado como delito de Falsificación de Documentos previsto en el artículo 427 del Código Penal:

“El primero de julio de 2011, en el marco del Concurso Público N° 002- 2011-ELPU, a fin de ganar la buena pro, el citado imputado —Gerente General de la Empresa RMJK Contratistas y Consultores—, en representación del consorcio conformado supuestamente por 1) RMJK Contratistas y Consultores EIRL, 2) Corporación Service Perú Ingenieros SAC, y 3) M&C Contratistas Generales S.A.C. a sabiendas entregó en su propuesta técnica como documentos privados falsos consistentes en 3 declaraciones juradas, una carta de presentación y una promesa formal de Cumplimiento; que supuestamente habían sido firmados por Maritza Victoria Flores Catacora. Llevado a cabo el referido concurso público se dio como ganador al citado consorcio; así en la ciudad de Puno el 18 de julio de 2011 Electro Puno SAA suscribió el contrato N° 041-2011 ELPU-GG con el denunciado Roberto Huamán Puértolas, representante legal del consorcio, siendo que para celebrar el contrato previamente presentó y usó el documento privado falso denominado

«Asociación en participación, que otorgan RMJK Contratistas y Consultores E.I.R.L., Corporación Service Perú Ingenieros S.A.C. y M&C Contratistas Generales S.A.C. del 14/07/2011, en la que supuestamente firmaba Maritza Victoria Flores Catacora. Evidenciándose de lo señalado el perjuicio generado al Estado y a Maritza Victoria Flores Catacora”.

El fundamento principal de esta casación, fue unificar criterios respecto a la configuración del delito de Falsedad de Documentos, hecho punible que para la Corte Suprema no exige la materialización de un perjuicio, siendo suficiente un perjuicio potencial. También determino que no puede configurarse un delito masa cuando solo existen dos sujetos pasivos, en tanto doctrinariamente se exige una pluralidad considerable de agraviados. Si bien es cierto, son aclaraciones muy importantes para el desarrollo jurisprudencial, sin embargo, no entraremos en mayor detalle porque lo relevante para nuestra investigación se encuentra en el fundamento Decimo Primero que establece lo siguiente:

“Los requisitos que se deben cumplir para la configuración del delito continuado son: 1) pluralidad de acciones delictivas —pasibles de individualización—; 2) afectación del mismo bien jurídico; 3) identidad de sujeto activo, es decir, se trata de un mismo sujeto infractor: y, 4) unidad de designio criminal. Así, precisa García Cavero que en el delito continuado tienen lugar varias acciones, cada una configuradora de una infracción penal, pero que, por una relación de continuidad, se considera un solo delito”.

Mediante el pronunciamiento anteriormente señalado, la Corte Suprema señala que cada acción delictiva es la configuración de una infracción penal, esa interpretación es basada bajo una teoría de la ficción, sin embargo, considero que una postura ontológica normativa podría establecer que cada conducta acción es una parte de la conducta en sentido amplio del delito de resultado que se aplicara la institución investigada. Por otro lado, considero correcta la individualización de los presupuestos materiales de la configuración del Delito continuado, pero faltaría establecer con mayor precisión en que hechos punibles procede su aplicación, pero por principio de buena fe, creo que deja al lector recurra al acuerdo plenario anteriormente analizado.

4.3. Casación 97 – 2017 Arequipa, Juez Supremo ponente el doctor Chávez Mella

Este pronunciamiento fue emitido el 23 de octubre de 2018, por la Corte Suprema - Sala Penal Permanente, conformada por el Juez ponente Chávez Mella, San Martín Castro, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo y Sequeiros Vargas, respecto a las siguientes acciones que fueron

configurados como delitos independientes el primero Microcomercialización y el segundo de Promoción o Favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas:

“El diecinueve de diciembre de dos mil catorce, a las veintiún horas con veinte minutos, en circunstancias en que los efectivos policiales Juan Ventura Mayorga, Víctor Quispe Quispe, Heidy Janet Arango Arias, Dalmer López Cóceres y Juan Carlos Cárdenas Yucra, integrantes del Grupo de Inteligencia Táctico Urbano-Terna G siete, se encontraban de servicio realizando acciones operativas contra el tráfico ilícito de drogas, por las inmediaciones de la calle Sánchez Cerro, en el distrito de Hunter, al costado del colegio San Juan de Dios, observaron estacionado el vehículo de placa de rodaje número V dos E-cuatrocientos veintinueve, en cuyo interior se encontraban el procesado Luis FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO y Orlando Daniel Tunco Condemayta. Este último fue intervenido luego de bajar del citado vehículo. Al practicársele el registro personal se le encontró en el bolsillo izquierdo de su pantalón cuatro envoltorios tipo kete, que contenían pasta básica de cocaína. Dicho estupefaciente le había sido vendido momentos antes por el acusado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO. El imputado Luis Fernando López Troncoso fue detenido al interior del mencionado vehículo. Se le realizó el registro correspondiente y se halló en el bolsillo izquierdo de su casaca, ciento cuarenta envoltorios de papel periódico, tipo kete: además, en la puerta del conductor se encontró una bolsa de plástico de color negro con otros doscientos cincuenta envoltorios, así como un billete de cien soles, tres billetes de veinte soles, cuatro billetes de diez soles, dos billetes de un dólar, siete monedas de cinco soles, once monedas de dos soles, veinticuatro monedas de un sol, once monedas de cincuenta céntimos, treinta monedas de diez céntimos y trece monedas de veinte céntimos”.

“El diecinueve de marzo de dos mil quince, a las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos, personal policial de la DEPANDRO se ubicó en el ingreso de los sectores conocidos como Bellovisto Hunter y Chilpinillo. En ese contexto, apareció el vehículo de placa de rodaje número V uno X-trescientos cincuenta y nueve, conducido por Wilber Rene Quispe Calla, en el cual iba como copiloto el encausado Luis FERNANDO López TRONCOSO. Ambos fueron intervenidos en la cuadra uno del pasaje Los Andes. Se efectuó el registro al referido procesado y se le halló en sus partes íntimas una bolsa con quinientos envoltorios de pasta básica de cocaína, con un peso de sesenta y tres punto veintiséis gramos. Dicha droga era comercializada bajo la modalidad de delivery, en el distrito de Hunter”.

Los fundamentos principales de esta casación, fue establecer que el procesado Luis Fernando López Troncoso ha sido condenado como autor de dos ilícitos plenamente independientes; de un lado, de un lado delito de microcomercialización por el hecho ocurrido el 19 de noviembre de 2014; y, el otro por el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, por el hecho acaecido el 19 de marzo de 2015. Por el primer delito se le impuso una pena de tres años. Mientras por el segundo por el segundo delito se le impuso una pena de siete años. La sumatoria de ambas sanciones sumo un total de 10 años de Pena Privativa de Libertad (pena conjunta). Lo relevante para nuestra investigación se encuentra en el fundamento tercero, cuarto y quinto que establece lo siguiente:

“Conviene recordar, a tenor con la jurisprudencia emitida por esta Sala Penal Suprema, la diferencia entre un concurso real homogéneo y un delito continuado. En el primero, existe pluralidad de delitos relacionados con infracciones de la misma especie. Pero estos delitos, salvo la vinculación que tienen a través de su autor (vinculación subjetiva), no guardan entre si conexión alguna. En cambio, en el segundo, la pluralidad de acciones homogéneas (que infringen la misma norma penal o una de igual o semejante naturaleza), si bien se realizan en distinto tiempo, se dan análogas ocasiones y todas responden a una misma resolución criminal. **Hay identidad específica del comportamiento delictivo, así como un nexo temporal-especial de los actos individuales. En términos dogmáticos, el delito continuado opera impidiendo la aplicación de las consecuencias punitivas del concurso real**”.

“Los requisitos legales del concurso real son los siguientes: pluralidad de acciones: pluralidad de delitos independientes: y, unidad de autor. Del mismo modo, el delito continuado requiere, sustancialmente: **a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables: b) identidad de sujeto activo: c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; d) homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito: e) elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f) una cierta conexidad espacio-temporal**”.

“Refuerza lo expuesto que el delito continuado exige no solo la afectación del mismo bien jurídico (verbigracia: queda descartada la continuación entre el hurto y el robo,

o entre las lesiones y el homicidio). Además, resulta necesario que los diversos hechos tengan una cierta similitud exterior. Es posible, por lo tanto, que entre ellos haya diferentes modalidades, mientras por lo menos exista una cierta cercanía temporal y especial”.

Los fundamentos establecidos en este pronunciamiento respecto al delito continuado tienen mayor precisión, procediendo a clarificarla de manera relevante, debido a que señala que existe elementos adicionales que deben tenerse en cuenta como la homogeneidad del bien jurídico protegido, cierta conexidad espacio temporal y el mismo modus operandi, lo que a nuestro parecer es correcto, permitiendo al lector u operador jurídico llegar a la conclusión que no es posible aplicar dicha figura a todos los delitos del código penal donde presuntamente existe pluralidad de conductas con una misma resolución criminal (dolo unitario o continuado). De cierto modo coincidió con lo planteado por los Jueces Supremos en la presente jurisprudencia, porque mi objetivo es limitar la excesiva aplicación del delito continuado, evitando la inseguridad jurídica, pero considero que es necesario utilizar como criterio adicional que solamente procede esa figura en hechos punibles de resultados. Esta jurisprudencia no estableció en su decisión que sea doctrina vinculante.

Finalmente, en la casación, bajo los fundamentos expuestos, se estableció lo siguiente para el hecho concreto.

“Se materializaron dos delitos autónomos. No se trató de un solo hecho delictivo, disgregado en distintas acciones materiales encaminadas y/o conectadas, en su vertiente subjetiva, por el mismo designio criminal. Por el contrario, existió fragmentación táctica en la ejecución de los delitos y se forjaron dos periodos escindibles en el tiempo. Entre ellos emerge una diferencia de tres meses, lo que evidenció una desconexión temporal absoluta. La producción de acciones delictuales distantes en su cronología no refleja una continuidad delictiva plena, sino diferentes actuaciones que dan lugar a ilícitos individuales. Además, si bien ambos constituyen delitos contra la salud pública (similar bien jurídico), no es tangible que en su perpetración haya existido una mecánica común (distinto modus operandi).”

4.4.Recurso de Nulidad N° 480 – 2017 Lima Norte, Juez Supremo ponente el doctor José Luis Lecaros Cornejo

Este pronunciamiento fue emitido el 04 de setiembre de 2017, por la Corte Suprema – Primera Sala Penal Transitoria, conformada por el Juez ponente José Luis Lecaros Cornejo, Barrios

Alvarado, Príncipe Trujillo, Chaves Zapater y Calderón Castillo, respecto a las siguientes acciones que fueron configurados como delito contra la Libertad Sexual Actos contra el Pudor que se subsume en el delito de Violación sexual de menor de edad:

“Se imputa al procesado Marcial Mariano Mejía haber realizado tocamientos indebidos a la menor L. E. P. T., aprovechando la confianza que esta le tenía por ser amigo de sus padres y su padrino de promoción de primaria, hecho que ocurrió por primera vez en el interior del inmueble de la agraviada ubicado en el Asentamiento Humano Señor de los Milagros, manzana D, lote tres, en la IV Zona de Collique, distrito de Comas, cuando la menor tenía doce años de edad en el dos mil diez. Se registra que el acusado, con el pretexto de que le revisaba su cuaderno, le tocaba las piernas, los glúteos y a la fuerza la besaba”.

“Asimismo, se le imputa al procesado Marcial Mariano Mejía haber abusado sexualmente de la menor de iniciales L. E. P. T. en varias oportunidades. La primera vez cuando la menor contaba con trece años de edad en el año dos mil once; en esa oportunidad la llevó con engaños y cerró la puerta, la sujetó a la fuerza y le introdujo su pene. La segunda vez se produjo cuando la menor contaba con trece años de edad, entre los meses enero y febrero del año dos mil doce, en el domicilio del procesado en la avenida Los Ángeles, Urbanización La Libertad, interior tres, en Comas. La tercera vez fue el treinta y uno de marzo de dos mil trece, cuando la menor contaba con quince años de edad, hecho ocurrido al interior del cuarto del procesado”.

Los fundamentos principales de esta casación, fue establece que el artículo 49 del Código Penal señala tres requisitos en el delito continuado: a) pluralidad de acciones u omisiones; b) unidad de resolución criminal; y, c) unidad de delito. El delito contra la Libertad Sexual Actos contra el Pudor se subsume en el delito de Violación sexual de menor de edad, por lo que constituye un delito continuado al tener la misma resolución criminal.), lo cual es relevante para nuestra investigación, pero además se debe tener en cuenta los fundamentos décimo quinto y décimo sexto que establecen lo siguiente:

“Respecto a la unidad de sujeto activo, el delito continuado solo es factible cuando se presenta un agente ejecutor único, esto es, se requiere uniformidad del sujeto que ejecuta la conducta típica; asimismo, los diversos actos o hechos —sean comisivos u omisivos—, sea que encajen completamente en el tipo penal respectivo o apenas impliquen un comienzo de ejecución de la conducta punible, conforman una sola conducta llevada a cabo en un determinado contexto social y animada por una finalidad también única.”.

“Es indispensable tener en cuenta la unidad normativa relativa, esto es, infracción de la misma disposición o de una semejante, además de que los diversos actos constitutivos de una unidad de acción infrinjan de manera reiterada la misma figura típica, aunque nada se opone a que se pueda llevar a cabo una de naturaleza semejante, a condición de que el bien jurídico afectado sea el mismo. Así las cosas, puede haber un nexo de continuación entre un tipo simple y uno calificado; entre una conducta tentada y otra realizadora del tipo penal, o al revés (acto completado seguido de tentativa); o entre la ejecución del tipo básico y el agravado, etc. Lo importante es que los diversos actos obedezcan a una misma finalidad, encajen en un mismo supuesto de hecho o tipo penal, y se lleven a cabo con igual dinámica comisiva u omisiva. Asimismo, se exige que la conducta solo recaiga sobre el mismo titular del bien jurídico”.

Los fundamentos establecidos en este pronunciamiento respecto al delito continuado es muy interesante, porque a diferencia de la casación anterior, en este supuesto considera que realmente se configura la institución investigada, basándose que debe existir una unidad normativa relativa, es decir, la infracción de un mismo tipo penal o semejante siempre que comparta el mismo bien jurídico protegido, lo cual es correcto, pero lo único que añadiría sería que los dos delitos en mención son de resultado, requieren una lesión efectiva y una puesta en peligro concreto del objeto de protección, reduciendo notablemente los supuestos en que se puede adecuar la institución delictiva. Lo divergente de este pronunciamiento con el anterior es que, este caso aplica la figura del Delito Continuado a pesar que no exista conexión temporal, porque los hechos ocurrieron con una diferencia de un año, y la otra casación establece que para su configuración requiere ese vínculo de tiempo. Desde mi perspectiva que también será pronunciada en la discusión de resultados, considero que la naturaleza del delito continuado se configura para hechos delictivos con estrecha relación de tiempo, porque es el agraviado producto de haber sufrido un menoscabo en su esfera jurídica de protección que la vuelve a sufrir después de comenzar o terminar su recuperación de su objeto de protección; es decir, mientras restablecía su confianza en la vigencia de la norma, esta volvió a ser menoscabada, por lo tanto, es otro ilícito distinto.

4.5.Casación N° 683 – 2018/Nacional, Juez Supremo ponente el doctor Cesar San Martin Castro

Este pronunciamiento fue emitido el 17 de julio de 2019, por la Corte Suprema –Sala Penal Permanente, conformada por el Juez ponente Cesar San Martin Castro, Figueroa Navarro,

Castañeda Espinoza, Zequeiros Vargas y Chaves Mella, respecto a las siguientes acciones que fueron configurados como delito Trafico de Influencias:

“Los hechos en mención ocurrieron entre los años dos mil once al dos mil catorce, fechas en la que este último ostentaba el cargo de Asesor II del Despacho Viceministerial de Traspotes del Ministerio de Traspotes y Telecomunicaciones. Se imputa al acusado Nicolay Castillo Gutzalenko, como representante de la empresa Graña y Montero, haber formado parte o integrante de la organización criminal El Club. En tal virtud, realizo tres consumos en las fechas que se reunían las empresas para concretar el reparto de las obras. Como consecuencia de estas reuniones logró la adjudicación de dos obras a favor de Graña y Montero (i) LP N° 1-2011-AATEE, de fecha ocho de julio del dos mil once según contrato adjuntado en el expediente y (ii) LP N° 06-2011-MTC/20, con firma de contrato el veintitrés de noviembre de 2011. Los delitos atribuidos al acusado son tráfico de influencias agravado y de organización criminal – en calidad de autor- en concurso real”.

El fundamento principal de esta casación, fue unificar criterios de los siguientes aspectos referido a la excepción de la prescripción:

- (i) el relato fáctico, como elemento esencial de carácter objetivo a tomar en cuenta; y, en principio, pero de modo relativo,
- (ii) el título de imputación, esto es, el delito o delitos materia de subsunción jurídico penal, las formas de intervención delictiva —principal o secundaria, según los casos—, las fases de realización del delito y las reglas concursales correspondientes. Solo en los casos de error patente y claridad evidente de los hechos postulados será posible que el órgano jurisdiccional pueda apartarse del aspecto normativo (título de imputación) de la disposición fiscal.
- (iii) Para definir si la acción penal ha prescrito o no, debe examinarse el cuadro de hechos o suceso histórico global planteado por la Fiscalía, en especial la fecha de su comisión, y aplicar las reglas sobre prescripción establecidas en el Código Penal. El criterio de análisis es, pues, formal.
- (iv) El delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcional y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de “influencia real» el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública. Es un tipo penal instantáneo, de simple

actividad, de resultado corto y de tendencia. Exige una conducta precisa, con independencia de que la misma forme parte o no de un plan delictivo que lleva a la constatación de una empresa criminal.

- (v) No rige la regla de la duplica del plazo de prescripción, prevista en el párrafo final de dicho precepto, porque el delito de tráfico de influencias es un delito de mera actividad, en función a la aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada al autor. No es propiamente un delito contra el patrimonio del Estado.
- (vi) El artículo 26 del Código Penal es aplicable en el presente caso, pues la conducta del recurrente (extreus) ha sido calificada de instigación del delito de tráfico de influencias. En el caso concreto la condición de funcionario público del autor (intraneus) solo agrava la punibilidad —la afecta, en todo caso, pero no la fundamenta—, pues se erige en una circunstancia agravante específica. La cualidad de funcionario público del autor es un elemento personal especial, que, en el caso del delito de tráfico de influencias, como ya se anotó, agrava la pena, pero no la fundamenta —en cuyo caso, si la fundamentaría, la solución necesariamente sería distinta—. Entonces, no se da en el partícipe este elemento personal especial no puede ser penado por el tipo agravado sino por el básico.

Si bien es cierto, son argumentos muy importantes para el desarrollo jurisprudencial, sin embargo, no entraremos en mayor detalle porque lo relevante para nuestra investigación se encuentra en el fundamento tercero y quinto que establecen lo siguiente:

“Que, ahora bien, con independencia del delito de organización criminal – ajeno a esta excepción- y en orden a la autonomía del delito de tráfico de influencias, conforme se precisó en el fundamento jurídico precedente, se tiene – atento a los cargos – lo siguiente: **Los dos actos presuntamente configurados del referido delito se cometieron en el año dos mil once. El último acto continuado – así, artículo 82, numeral 3, del código penal – se habría agotado en la celebración del respectivo contrato el día veintitrés de noviembre del dos mil once, aunque el acuerdo delictivo tuvo lugar antes, pero en ese mismo año.** – (3) No rige la regla de la duplica del plazo de prescripción, prevista en el párrafo final de dicho precepto, porque el delito de tráfico de influencias es un **delito de mera actividad**, en función a la aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada al autor”.

“Que, en tal virtud, el delito de tráfico de influencias se cometió en el año dos mil once, y

la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria se expidió el diecinueve de enero de dos mil dieciocho, se tiene lo siguiente: Primero no se configuró la causal de suspensión de la acción penal a que se refiere el artículo 339, apartado 1) del Código Procesal Penal. Segundo, la acción penal, conforme al artículo 83 del Código Penal, recién se interrumpió al dictarse la disposición número uno, del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, de iniciación de diligencias preliminares. Los seis años transcurridos luego de cometido el delito de tráfico de influencias se cumplió en el dos mil diecisiete, necesariamente antes del mes de diciembre de ese año – recuérdese que el último acto de tráfico de influencias ocurrió antes de noviembre de dos mil diecisiete; es decir, antes de la interrupción de la acción penal, y, desde luego, con anterioridad a la inculpación formal. Consecuentemente, la acción penal por el delito de tráfico de influencias prescribió incluso previamente al inicio de las diligencias preliminares”.

Mediante el pronunciamiento anteriormente señalado, la Sala Suprema estableció primero que el delito de tráfico de influencias es de carácter instantáneo y de mera actividad, sin embargo, en su fundamento para explicar la interrupción del plazo prescriptorio sostiene que existen dos acciones, siendo el último acto continuado cometido en el mes de noviembre del año 2011, utilizando como argumento legal el artículo 82 numeral 3, que específicamente desarrolla el inicio de los plazos de prescripción del delito continuado. Es decir, la Sala, parte que nos encontramos ante un delito continuado, fundamento que contraviene todos los pronunciamientos anteriores que fueron analizados, debido a que, únicamente procede dicha figura cuando el injusto penal se pueda **graduar**, es decir, se trate de un hecho delictivo de carácter lesivo o de peligro concreto que se pueda escindir, lo cual, no ocurre en el presente caso. Por el contrario, el ilícito de tráfico de influencias claramente se podría aplicar la figura del delito permanente. En consecuencia, no existe un criterio uniforme por parte de la Corte Suprema que delimite cuales son los presupuestos materiales del delito continuado que deberá ser aplicado a todos hechos punibles en nuestro ordenamiento jurídico penal.

5. Antecedentes Nacionales e Internacionales

Para mi investigación encontré los siguientes antecedentes internacionales relacionado a mi tema, el primero denominado “**El Delito Continuado**”, realizado en la Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho – Departamento de Derecho Público General Área de Derecho Penal, elaborado en el 2010, la cual concluye lo siguiente:

“El delito continuado es de naturaleza compleja y de sus antecedentes históricos, se ha

construido a partir de dos formas distintas aunque complementarias entre sí; la primera es una institución sustantiva y cuya esencia legal requiere un mayor detalle teórico y dogmático duro, que permita configurar con seguridad jurídica sus presupuestos fundamentales y sus límites político criminales, es decir, haciendo frente a otras categorías jurídicas como el concurso real de tipicidades; en consecuencia, es errado definir al delito continuado como si se tratase sólo una figura de carácter jurisprudencial o un simple problema de interpretación de la ley penal” (POSADA MAYA, 2010).

El tesista concluye que el delito continuado es una estructura jurídica compleja debido a ello para lograr su configuración se requiere un análisis copulativo y rígido de sus presupuestos a fin de no afectar la seguridad jurídica y su aplicación irracional.

La segunda titulada “El delito continuado”, realizado en el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología de la Universidad de Sevilla, elaborado en el año 2015, la cual concluye lo siguiente:

“En relación a sus componentes, la doctrina mayoritaria centra sus esfuerzos en posicionar el elemento subjetivo como el factor determinante en la unificación de las distintas acciones. El problema es que al no existir consenso o, derechamente, haber una gran confusión respecto de lo que debe entenderse por el elemento interno de esta figura, en la práctica su concurrencia está supeditada al buen criterio de los tribunales, los que según sea su postura respecto del ejercicio del *ius puniendi* respecto a determinados delitos, acogerán o rechazarán dicha figura, arguyendo la existencia o no de aquel vínculo aglutinador. Por lo demás, ya se le consideré como un *designio criminoso*, *dolo común* o *dolo de continuación*, lo cierto es que en casos muy contados se podrá contar con prueba directa respecto a su concurrencia. Se trata de un elemento que por su esencia resulta de difícil constatación. Muy probablemente aquel acusado que considera que los distintos hechos que se le imputan serán acreditados con seguridad en el juicio, si es bien asesorado por su defensor, se decida a declarar y señale que todos los hechos cometidos estaban vinculados por un plan preconcebido. De esta forma, atendido lo feble que resulta apoyar la concurrencia del delito continuado en la verificación del elemento psicológico, estimo que la mejor solución es sentar las bases de esta institución únicamente en elementos objetivos. No estoy proponiendo con esto establecer como dogma que no existe en estos casos un elemento unificador de carácter interno. Lo que estoy diciendo es simplemente que, al ser dicho elemento de muy difícil prueba, lo más razonable es que se establezcan una serie de requisitos objetivos que al concurrir exista acuerdo en que aseguran, con una plausibilidad importante, la existencia de un vínculo interno. Con ello se evitaría la

incertidumbre que produce no saber si en el caso concreto procede o no esta figura, pues en último término siempre se podrá argumentar que concurría o no el elemento subjetivo. Por lo demás, para aquellos que pregonan que el elemento subjetivo es determinante, resulta pertinente preguntarles entonces cuál es el rol que cumplen los elementos objetivos. Si falta uno de ellos, por qué razón en muchos casos se entiende que no concurre la hipótesis continuada. Por qué se apoyan en dichos elementos para descartar la continuidad. La respuesta es muy simple, porque tales elementos son indiciarios de la unidad de acción, y, por lo tanto, dependerá del número y entidad de los elementos objetivos que se exijan, la mayor o menor seguridad con que en el caso concreto se estará aplicando correctamente la figura”. (Freyre Gavilan, 2015).

La conclusión que se llegó en esta investigación es interesante debido a que tiene razón cuando sostiene que los tribunales de manera arbitraria consideran en un supuesto factico y en otro no la configuración del delito continuado, ya que acreditar el elemento subjetivo de dolo continuado o único es casi imposible, por ello, su solución es objetivizar sus presupuestos, en ese sentido, su postura es normativizar dicha figura jurídica, sin embargo, si asumimos ese postulado se pondría en duda el principio de culpabilidad, propio de un estado democrático y social de derecho.

El tercer trabajo como antecedente nacional, encontré la tesis titulada “La desaparición forzosa como de personas como Delito Permanente: Consecuencias Dogmático Penales”, realizado en la Universidad Pontificia Católica de Perú (PUCP), elaborado en el año 2009, con las siguientes conclusiones:

“Este delito, además, posee naturaleza permanente pues la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo debido al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente. Esto opera por dos factores: la naturaleza comprimible o elástica del bien jurídico y su forma de ataque descrita en el tipo penal. Desde esta perspectiva el momento de la consumación del delito de desaparición forzada, en tanto concepto formal, no difiere del resto de delitos instantáneos o delitos estado. Por su parte, sobre la forma de ataque al bien jurídico descrita en el tipo penal, no cabe duda que, en la desaparición forzada de personas, ésta perdura en el tiempo, se mantiene o sostiene por la actividad del autor pues lo que se extiende en los delitos permanentes no es la consumación formal del delito sino la consumación material (terminación) del mismo”. (Montoya Vivanco, 2009)

Las conclusiones de este autor respecto al delito permanente son asumibles en el sentido que para su configuración es necesario la elasticidad del objeto de protección, por ello, su

afectación deberá permitir que perdure en el tiempo.

III. METODOLOGIA

1. Escenario de Estudio

En este caso, el lugar donde se recopiló el material bibliográfico será en bibliotecas, paginas oficiales que brindan capacitación jurídica, revistas digitales, además se revisó los pronunciamientos contradictorios materia de estudio emitidos por la Corte Suprema en la que hayan aplicado la figura del Delito Continuado, los cuales se encuentran publicados en la página oficial del Poder Judicial.

2. Instrumentos y Técnicas de Recolección de Datos, Validez y Confiabilidad:

En el tema que investigare me agencie de tesis, libros, documentos, informes, pronunciamientos de la Corte Suprema, con ello se obtendrá la validez de nuestras variables.

2.1. Población:

La presente investigación al ser de naturaleza jurídico descriptiva y que tiene una justificación teórica, no requerirá una población o muestra de sentencias emitidas por los diferentes niveles de los órganos jurisdiccionales, debido a que, solamente se requiere material bibliográfico respecto a las teorías autorizadas del Delito Continuado, la casación y recolectar los pronunciamientos contradictorios emitidos por la Corte Suprema que son en realidad pocos y a partir de ellos fijar un criterio uniforme que evite generar inseguridad jurídica en los operadores jurídicos, quienes diariamente recurren a los pronunciamientos del más alto ente del Poder Judicial para aplicar a sus casos, encontrando divergencia de posturas.

2.2. Formas de recolección de Datos:

ANALISIS DE FUENTE DOCUMENTAL: Podríamos aseverar que son opiniones de los autores que desarrollan sobre un asunto o tema en particular, para luego analizarlos de manera detallado en los párrafos correspondientes.

Además, bajo el mismo procedimiento se obtuvo y analizó los pronunciamientos de la Corte Suprema referente al delito continuado en su aplicación a los hechos punibles prescritos en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Además, siempre que se inicia una investigación se debe tener en cuenta la información que se encuentra en la realidad y copulativamente con los antecedentes que sea pertinentes para el tema.

2.3. Instrumentos para la Recolección de la Información:

Esto se refiere a los recursos empleados por el investigador para la recolección de la información que será importante en nuestra investigación.

Como precisa HERNANDEZ M. (2012), para toda investigación se debe aplicar determinados instrumentos con la finalidad de medir, también son efectivos cuando el instrumento de recolección de datos realmente expresa a las variables que se utiliza en la investigación.

Guía de análisis de fuente documental: El presente instrumento debe contener cita textual, parafraseo, un análisis de la cita y las conclusiones que se aproximen a nuestro tema de investigación. Además, debe tener Validez Confiabilidad: Esto quiere decir que todo instrumento que sirva para recolectar datos debe tener dos requisitos esenciales, en este caso que sea válido y confiable. Es por ello, que la validez lo definimos como la precisión de los resultados, además de ser eficientes y auténticos. Asimismo, deben ser confiables, es decir, brindar seguridad de los resultados obtenidos.

Por tales consideraciones deberá utilizarse para la presente investigación los siguientes Métodos:

- a. **Analítico:** Al ser una investigación cualitativa el análisis de estudio fue jurídico descriptivo, ello, porque se trató de indagar las conductas de las variables y de esa manera proceder a conocer los datos correspondientes del delito continuado y su afectación producto de los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema, para concluir finalmente como se podría evitar tal afectación. En consecuencia, fue indispensable detenerse para el análisis sustantivo dogmático del delito continuado.

Según Fernández (2012), este análisis crítico, que da respuesta a la problemática planteada.

- b. **Científico:** El tipo de conocimiento que se estudió respecto al delito continuado, con su naturaleza jurídica, permitirá la recopilación correspondiente, acerca de las teorías conducentes al tema, tales como la doctrina Ontológica Normativa, Pluralidad de Conductas, Nexo de Continuidad y el Designio Criminal, los cuales no fueron tomados en cuenta en los pronunciamientos de la Corte Suprema, permitiendo así describir esta anómala situación jurídica con fines de que se corrija.
- c. **Inductivo:** Se procedió al estudio de los elementos del delito continuado y su no observación o aplicación en los pronunciamientos de la Corte Suprema.
- d. **Interpretativo:** Con la finalidad de comprender la legislación en el ordenamiento interno y externo, no basta con una lectura literal de la norma, necesariamente se tiene que evaluar y determinar las razones de político criminal. Interpretando a los juristas nacionales-extranjeros que despliegan esfuerzos para diferenciar los términos objeto de estudio.
- e. **Histórico:** Se evaluó cual fue la razón de ser para crear la figura del delito continuado, bajo la misma lógica respecto a la institución de la Casación, obteniendo como resultado que actualmente se ha tergiversado notoriamente su naturaleza.
- f. **Comparativo:** Coadyuvará a la interpretación de la opinión vertida de los juristas, quienes a través de sus libros y publicaciones contribuyen a la comunidad jurídica, pues pueden tener concepciones iguales o diferentes. Se confrontarán las normas externas que tengan similitud y misma tendencia o técnica legislativa, con ello se verificarán cual es la corriente legislativa que predomina, donde nos encontramos los legisladores y operadores jurídico peruanos.
- g. **Doctrinario:** Se seleccionó a los juristas pertinentes y especializados a nivel nacional y extranjero que por su trayectoria son los idóneos para explicar a la figura del delito continuado, lo mismo sucederá con la institución de la casación. Esto se dará con la finalidad de determinar según la doctrina autorizada en que supuestos facticos procede la configuración del delito continuado y en qué casos podemos apartarnos de la doctrina jurisprudencial que aplica dicha figura sin seguir un criterio uniforme.

3. Procedimiento

En las áreas de las ciencias sociales y específicamente en la investigación cualitativa, encontramos la famosa triangulación metodológica, la cual debe ser entendida de la siguiente manera:

“Estas perspectivas se deben tratar y aplicar en la medida de lo posible en pie de igualdad y siguiendo por igual los dictados de la lógica. Al mismo tiempo, la triangulación (de diferentes métodos o tipos de datos) debe permitir un excedente importante de conocimiento. Incluye la adopción por los investigadores de diferentes perspectivas sobre un problema sometido a estudio o, de modo más general, en la respuesta a las preguntas de investigación. Estas perspectivas se pueden sustanciar utilizando varios métodos, en varios enfoques teóricos o de ambas maneras. Las dos están o deben estar vinculadas. Además, la triangulación se refiere a la combinación de diferentes clases de datos sobre el fondo de las perspectivas teóricas que se aplican a ellos”. (Flick, 2014).

En ese sentido, la triangulación se refiere al uso de varios métodos, de teorías, de fuentes de datos, de ambientes, de investigadores o estudio de un fenómeno.

En consecuencia, para nuestra investigación se ha recopilado teorías respecto al delito continuado tanto nacional como extranjera, además de aspectos dogmáticos sobre los efectos de los pronunciamientos de la Corte Suprema y sentencias emitidas por la instancia en mención sobre el tema materia de tesis, por ello, se tuvo que recurrir a consulta de bibliografía y recolectar jurisprudencia.

3.1. Rigor Científico

Esto quiere decir que todo instrumento que sirva para recolectar datos debe tener dos requisitos esenciales, en este caso que sea válido y confiable. Es por ello, que la validez lo definimos como la precisión de los resultados, además de ser eficientes y auténticos. En ese sentido, lo obtenido se determina según el material bibliográfico utilizado para nuestro planteamiento del problema y los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo, deben ser confiables, es decir, brindar seguridad de los resultados obtenidos. En consecuencia, la fuente de información es confiable según la bibliografía consultada

y las sentencias de la Corte Suprema.

3.2. Método Analítico de Datos

Al ser una tesis Jurídico Descriptiva el análisis de estudio fue descriptivo, ello, porque se trata de indagar las conductas de las variables y de esa manera proceder a conocer los datos correspondientes de tales fenómenos o acontecimientos. En ese sentido, también se aplicó un método analítico con el fin de identificar dentro de la doctrina y jurisprudencia, los criterios adecuados para la aplicación del delito continuado en nuestro ordenamiento jurídico penal.

3.2.1. Tratamiento de la Información: Unidades temáticas y categorización

En el momento de la interpretación se realizó un análisis, es decir una inferencia o razonamiento, obteniendo conclusiones a favor o en contra de nuestra realidad problemática.

Referente a los primeros, son estructuras referenciales que permiten fundar los efectos referidos a los objetivos de la investigación además de la táctica que se encamina y él estudió de la información que se obtuvo.

Respecto a la categorización se procede al análisis de la recolección de datos, para ello, se debe verificar que se encuentre debidamente seleccionado para el objetivo del tema.

3.3. Aspectos éticos

El presente investigador declara que respecto a este punto los mismos implican:

Respecto a los autores nombrados en la investigación, estos fueron citados con APA, sin tener que concurrir en copia de cualquier manera.

Ahora bien, los datos y resultados se determinan de acuerdo a la manifestación de la voluntad de los entrevistados y a la fiabilidad del material bibliográfico al cual se concurrió.

IV. RESULTADOS

Del análisis de la doctrina y pronunciamientos de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional se logró obtener los siguientes resultados respecto a cada objetivo general y específico:

Objetivo General:

Determinar si se produce la afectación de la predictibilidad de las resoluciones judiciales respecto al delito continuado en nuestra jurisprudencia nacional.

Tabla 02

Doctrina nacional y extranjera	Jurisprudencia nacional	Pronunciamiento del Tribunal Constitucional
<p>“Se puede aseverar que dicha institución aparece cuando el agente ejecuta diversidad de actos ejecutivos parciales seriados, parecidos en algunos elementos y que tiene la misma naturaleza típica, por su parte en su vertiente objetiva de ejecutiva continuidad, estas se encuentran vinculadas entre ellas por un plan criminal y un rasgo subjetivo que los enmarca en una unidad de fin, por último, el aspecto subjetivo de unificación, debiendo entenderse como un hecho punible único de acuerdo con la valoración jurídica que permite el tipo penal correspondiente y el objeto de protección vulnerado, es decir en una acepción valorativo o normativo de integración típica” (Posada Maya, 2012).</p>	<p>Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 - “sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva”.</p>	<p>“STC EXP N° 03950 – 2012-PA/TC – Piura. El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales es una manifestación en cuanto al principio de seguridad jurídica, implicando la exigencia de requerir regularidad en la coherencia de criterios de órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, salvo justificable y razonable diferencia. Por ello, la finalidad de esta exigencia funcional no es otra que la contribución en la fundamentación del orden constitucional y el aseguramiento de la realización de los derechos</p>

<p>El delito continuado, importa una genuina ficción jurídica, mediante la cual se comprende en un único tratamiento punitivo, una conducta de un autor que vulnera sistemáticamente en el tiempo, una ley penal igual o de semejante naturaleza, en cuanto acciones u omisiones, conectadas temporalmente en mérito a una unidad de resolución criminal” (Peña Cabrera Freyre, 2015).</p> <p>“Deben tratarse de varias conductas que contemplen la descripción típica y antijurídica, es decir, cada una de las acciones constituya una previsión típica; donde hipotéticamente al agente se le pueda atribuir cada una de las acciones, aisladamente, y debe tenerse en cuenta los supuestos de unidad de acción. En este delito, la valoración de todas las acciones, es en conjunto, integrable en una acción compleja o continuada que representa el aprovechamiento de una misma oportunidad, de modo tal que configuren un único delito” (Villavicencio Terreros, 2006).</p>		<p>fundamentales”.</p>
---	--	------------------------

Elaboración propia

Primer Objetivo Específico:

Establecer doctrinaria y legalmente el alcance del delito continuado en nuestra legislación penal.

Tabla 03

Violación de la misma ley penal o de una de igual o semejante naturaleza.	Unidad del Bien Jurídico Protegido
<p>“Entre los actos ejecutivos exista solución de continuidad, cuando tal unidad se deduzca de la interpretación, conexión y proyección final de la manifestación externa de diversos actos ejecutivos seriados y progresivos desde la perspectiva social. Y luego, en sede de tipicidad, como proceso unitario que igualmente se compadece con el contexto situacional final-social de acción u omisión que requiere formal y materialmente el hecho concreto, tomando como referente el bien jurídico tutelado. Proceso ejecutivo unitario que comporta un solo injusto material en sentido normativo. Es decir, nace de una acción natural llevada a cabo en cámara lenta, en la que el aspecto subjetivo y el sentido situacional de la acción en la realidad social, que luego coincidirá con el del tipo, sirven como conexión o factores de unificación. En este caso, se presenta una unidad de sentido comportamental que bien puede conducir a la afectación unitaria o plural de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, como sucede en las hipótesis de: (i) delito continuado; (ii) delito permanente; (iii) delitos colectivos; (iv)</p>	<p>Según choclan Montalvo (2005), “El delito continuado habrá de tener como límite la unidad del bien jurídico, debido a que la idea de que lo que el Derecho fragmenta y separa objetivamente en atención a cada uno de los valores específicos que quiere proteger, no puede ser unificado en función del proceso volitivo del agente”.</p> <p>“Lo que importa es la afectación (lesión o puesta en peligro) del mismo bien jurídico protegido por las diferentes conductas, a ello, la misma Corte Suprema ha indicado que es la unidad del bien jurídico. Pues de los cuatro delitos mencionados, hay un común denominador: el bien jurídico protegido – el patrimonio-.” (Calcina Hancoo , 2019).</p> <p>Según Zafarroni (2011), “la naturaleza del bien jurídico protegido por la norma penal admita progresiones de afectación y esto permitirá configurar un injusto unitario continuado. Por ello, sin que se pierda la identidad y la trascendencia normativa del sustrato sobre el cual se materializa la protección típica, tal afectación la considera como un todo. Descartando de esta manera la infracción penal continuada cuando la ratio</p>

<p>delitos de organización; (v) unidad de acción por abrazadera o unidad de acción medial”. (Zaffaroni, 2011).</p> <p>“Advertimos cuando en el nivel de análisis de la “unidad o pluralidad de tipicidades”, el criterio normativo de la interpretación de la identidad aparente que se corresponderían con el sentido social situacional cognoscible del contexto de acción u omisión final de determinada clase, particularmente la que denota el tipo penal infringido, ya no se analiza a título de prognosis como referente que permite verificar si las acciones son realmente homogéneas como para poder ser consideradas como un proceso ejecutivo unitario, como ocurre en la teoría de la unidad de conducta en sentido amplio o estricto, sino que en verdad determina la atribución de valoración típica de la infracción penal, al ser complementado por los baremos normativos de: la naturaleza del bien jurídico, la necesidad político-criminal de abarcar completamente el injusto total de la conducta y la prohibición de doble valoración del hecho” (Posada Maya, 2012).</p>	<p>de protección diferente cada vez que se ataque por completo el sustrato material del bien jurídico que impida estructurar un injusto unitario”.</p> <p>“[...] afirmar que el delito continuado sólo admite comportamientos seriados que lesionan de manera progresiva el mismo bien jurídico, no significa que el concepto de lesión progresiva implique —por su esencia o sustancia inherente— solo una intensificación sólo cuantitativa del bien jurídico, ello es, sumas acumulables desde el punto de vista de la descripción comportamental respectiva. Ello, por dos razones: i) dicha exigencia solo tendría importancia relativa en algunos supuestos de continuación delictiva, siempre que el bien jurídico admita con anterioridad progresiones de afectación; ii) una ampliación desmesurada de este criterio a toda clase de continuación complicaría más la postura asumida sobre la naturaleza del bien jurídico que, bien entendida, resulta suficiente para estorbar la unificación típica, con la directriz agregada e innecesaria de la unidad de sujeto pasivo [...]”. (Posada Maya, 2012).</p>
--	--

Elaboración propia

Tabla 04

Sujeto Pasivo	Dolo Global
“Como es evidente, la estructura de esta regla	“El único requisito subjetivo requerido para

<p>parte de la idea de que la pluralidad de resultados materiales producidos en forma sucesiva, en contra de un mismo bien jurídico que admite lesiones cumulativas, no afectan la unidad de acción en sentido amplio o el proceso ejecutivo unitario, en el delito continuado. Por ello, hay casos como los de los delitos contra el patrimonio económico, en los que puede haber unidad de injusto típico por la lesión progresiva del mismo bien jurídico, aunque exista una diversidad de sujetos pasivos afectados, sin que lo último represente alguna interferencia que anule la unidad de injusto en favor de la autonomía de las diferentes lesiones o puestas en peligro. Ello, pues lo que exige el legislador en el delito continuado es que el sujeto activo vulnere de forma progresiva el mismo supuesto de hecho con identidad de aspecto subjetivo y de bien jurídico afectado, sin que sea necesaria una vinculación concreta y rígida a un número determinado de titulares de ese bien jurídico” (Posada Maya, 2012).</p>	<p>configurar el delito continuado es un nexo psíquico que suponga una homogeneidad motivacional, el aprovechamiento de la misma o idéntica ocasión y la ideación como designio criminal intelectual, implica aceptar que la teoría del dolo continuado y el delito continuado mismo, no tienen relación con la exigencia de homogeneidad de la voluntad de realización, que para estas teorías sería el sustrato subjetivo para unir desde el punto de vista jurídico diversos actos seriados como una infracción única continuada. Por ello, si por definición el dolo es voluntad de realización y en cuanto realización del hecho, es posible sostener que el sujeto activo siempre tuvo sólo una voluntad o intención homogénea de realización respecto del contenido de un único delito continuado, aunque la voluntad del dolo global se convierta sólo de manera gradual en cuanto realización cada vez que se ejecuta un acto parcial de la unidad de acción, conforme al plan criminal. Es en este sentido que se asimila el dolo continuado al dolo global, como homogeneidad de la voluntad de realización en la acción progresiva unitaria, pero no desde la perspectiva del nexo psíquico que supone la simple motivación homogénea que no es reconducible a la homogeneidad volitiva de la que se habla aquí” (Posada Maya, 2012).</p>
--	---

Elaboración propia

Tabla 05

Sujeto activo	El empleo de medios o procedimientos semejantes
<p>“La realización del tipo no es semejante cuando se ejecuta a título de autor y cuando se interviene como cómplice o encubridor; resultando difícil poder encontrar en tales acciones una identidad objetiva que permita reunir las de manera jurídica o ficta; de esta forma, para que se pueda considerar existente el elemento de identidad objetiva de las diversas acciones es necesario que el sujeto activo haya intervenido en todas las acciones en virtud del mismo título de imputación. En sentido contrario, se ha estimado la procedencia del delito continuado en acciones ejecutadas mediante distintas formas de participación, siempre que la calificación se haga con base en elementos del tipo presentes en todos los actos de unidad. Finalmente, para aquellos que adscriben a las teorías subjetivas o mixtas y fundan el elemento interno de unificación en el dolo total o global, deberán concluir que no será posible entender homogeneidad entre distintas modalidades de participación, porque el dolo de cometer el hecho ‘como propio’ no puede existir unitariamente con el dolo de cometer un hecho ‘como ajeno’” (Posada Maya,</p>	<p>“Se trata, en realidad, de un factor indiciario que sugiere: (i) la identidad de realización objetiva de la conducta u homogeneidad típica relativa, como se explicó antes o, (ii) la modalidad del elemento subjetivo. De este modo, dicho elemento no constituye un requisito independiente, cuando se analiza la estructura del delito continuado, porque no puede confundirse la identidad de tipo con el modus operandi de los sujetos, pues estos no guardan necesaria equivalencia estructural” (Zaffaroni, 2011).</p> <p>“De hecho, la duración de la separación temporal entre cada uno de los diversos actos parciales realizados por el autor, cobra relevancia en dos aspectos fundamentales: por una parte, en la construcción de la unidad jurídica de acción en sentido amplio y, por otra, en el aspecto subjetivo del nexo de continuidad, en especial cuando se asume la teoría del dolo continuado por aprovechamiento de idénticas ocasiones”. (Reyes Alvarado, 1990).</p>

2012).

Elaboración propia

Segundo Objetivo Específico:

Analizar la teoría de la predictibilidad de las resoluciones judiciales, el alcance y fuerza vinculante de los pronunciamientos de la Corte Suprema.

Tabla 06

Predictibilidad de las resoluciones judiciales	Casación Penal y su fuerza vinculante
En el Exp. N.º 04853-2004- AA-TC\ FJ 15, estableció lo siguiente respecto a la predictibilidad de las resoluciones judiciales: “(...) debe entenderse: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es, las "anulaciones" de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en	Niño Esequio y Sánchez Herrera, quienes sostuvieron lo siguiente: “la casación es un medio de impugnación, extraordinaria, discrecional y de efecto suspensivo que se interpone contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los tribunales superiores, para que uno de carácter supremo (la Corte Suprema de Justicia), revise y corrija los errores <i>in iudicando</i> o <i>in procedendo</i> existentes en la decisión de mérito, para buscar y procurar la aplicación exacta de la ley sustancial, reparar los agravios inferidos en una decisión injusta y unificar la jurisprudencia nacional” (Velásquez Niño & Sánchez Herrera, 1995). Carlos Calderón y Rosario Alfaro (2001), definen a la casación como: “El recurso extraordinario que tiene por objeto que la Corte Casatoria anule resoluciones que ponen fin al proceso y que contiene fundamentalmente vicios de derecho”.

aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir, las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde”.

“Cumple dos funciones esenciales: una función nomofiláctica, consistente en salvaguardar la unidad del ordenamiento jurídico unificando la jurisprudencia y una función de tutela de intereses de las partes, ya que el recurso de casación puede ser utilizado como un medio de impugnación contra aquellas resoluciones que la parte que presenta el recurso estime perjudicial” (Gimeno Sendra, Conde Pumpido Touron, & Garberí Llobregat, 2000).

la postura del maestro César San Martín, quien sostiene finalmente lo siguiente:

“La casación tiene una finalidad eminentemente defensora del ius constitutionis, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico: y, b) la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

“El ideal de unificar la jurisprudencia es, por lo apuntado, más que una aspiración que una realidad comprobable. La demora crónica de los tribunales superiores en resolver los recursos (...) ha herido de muerte toda función nomofiláctica; asimismo, la sobrecarga de casos (...) y la delegación de funciones ha provocado también la proliferación inadvertida de resoluciones de un mismo tribunal superior, a veces dictada

	<p>el mismo día, que resuelven contradictoriamente casos análogos, con lo cual queda suprimida toda función uniformadora de la jurisprudencia. Por último, las desviaciones de la interpretación de la Corte de Casación en cuestiones de derecho cometidas por los tribunales de mérito pueden quedar sin control y eliminación (...) no solo por la inactividad del agraviado por vicio, sino también ante recursos planteados defectuosamente, algo que en extremo frecuente en un medio de impugnación tan sobrecargado de solemnidades” (Pastor, 2001).</p>
--	--

Elaboración propia

Tercer Objetivo Específico:

Identificar los principales pronunciamientos de la Corte Suprema respecto al delito
Continuado.

Tabla 07

Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116	Casación N° 1121-2016-Puno, Juez Supremo Ponente Pariona Arana
<p>“Sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...)”.</p>	<p>“Los requisitos que se deben cumplir para la configuración del delito continuado son: 1) pluralidad de acciones delictivas —pasibles de individualización—; 2) afectación del mismo bien jurídico; 3) identidad de sujeto activo, es decir, se trata de un mismo sujeto infractor: y, 4) unidad de designio criminal. Así, precisa García Caveró que en el delito continuado tienen lugar varias acciones, cada</p>

	una configuradora de una infracción penal, pero que, por una relación de continuidad, se considera un solo delito”.
--	---

Elaboración propia

Tabla 08

Casación 97 – 2017 Arequipa, Juez Supremo ponente el doctor Chávez Mella	Recurso de Nulidad N° 480 – 2017 Lima Norte, Juez Supremo ponente el doctor José Luis Lecaros Cornejo
<p>“Conviene recordar, a tenor con la jurisprudencia emitida por esta Sala Penal Suprema, la diferencia entre un concurso real homogéneo y un delito continuado. En el primero, existe pluralidad de delitos relacionados con infracciones de la misma especie. Pero estos delitos, salvo la vinculación que tienen a través de su autor (vinculación subjetiva), no guardan entre si conexión alguna. En cambio, en el segundo, la pluralidad de acciones homogéneas (que infringen la misma norma penal o una de igual o semejante naturaleza), si bien se realizan en distinto tiempo, se dan análogas ocasiones y todas responden a una misma resolución criminal. Hay identidad específica del comportamiento delictivo, así como un nexo temporal-especial de los actos individuales. En términos dogmáticos, el delito continuado opera impidiendo la aplicación de las consecuencias punitivas del concurso real”.</p>	<p>“Respecto a la unidad de sujeto activo, el delito continuado solo es factible cuando se presenta un agente ejecutor único, esto es, se requiere uniformidad del sujeto que ejecuta la conducta típica; asimismo, los diversos actos o hechos —sean comisivos u omisivos—, sea que encajen completamente en el tipo penal respectivo o apenas impliquen un comienzo de ejecución de la conducta punible, conforman una sola conducta llevada a cabo en un determinado contexto social y animada por una finalidad también única.”.</p> <p>“Es indispensable tener en cuenta la unidad normativa relativa, esto es, infracción de la misma disposición o de una semejante, además de que los diversos actos constitutivos de una unidad de acción infrinjan de manera reiterada la misma figura típica, aunque nada se opone a que se pueda llevar a cabo una de naturaleza semejante, a condición de que el bien jurídico afectado sea</p>

“Los requisitos legales del concurso real son los siguientes: pluralidad de acciones: pluralidad de delitos independientes: y, unidad de autor. Del mismo modo, el delito continuado requiere, sustancialmente: **a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables: b) identidad de sujeto activo: c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; d) homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito: e) elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f) una cierta conexidad espacio-temporal”.**

“Refuerza lo expuesto que el delito continuado exige no solo la afectación del mismo bien jurídico (verbigracia: queda descartada la continuación entre el hurto y el robo, o entre las lesiones y el homicidio). Además, resulta necesario que los diversos hechos tengan una cierta similitud exterior. Es posible, por lo tanto, que entre ellos haya diferentes modalidades, mientras por lo menos exista una cierta cercanía temporal y especial”.

el mismo. Así las cosas, puede haber un nexo de continuación entre un tipo simple y uno calificado; entre una conducta tentada y otra realizadora del tipo penal, o al revés (acto completado seguido de tentativa); o entre la ejecución del tipo básico y el agravado, etc. Lo importante es que los diversos actos obedezcan a una misma finalidad, encajen en un mismo supuesto de hecho o tipo penal, y se lleven a cabo con igual dinámica comisiva u omisiva. Asimismo, se exige que la conducta solo recaiga sobre el mismo titular del bien jurídico”.

--	--

Elaboración propia

Tabla 09

<p>Casación N° 683 – 2018/Nacional, Juez Supremo ponente el doctor Cesar San Martin Castro</p>
<p>“Que, ahora bien, con independencia del delito de organización criminal – ajeno a esta excepción- y en orden a la autonomía del delito de tráfico de influencias, conforme se precisó en el fundamento jurídico precedente, se tiene – atento a los cargos – lo siguiente: Los dos actos presuntamente configurados del referido delito se cometieron en el año dos mil once. El último acto continuado – así, artículo 82, numeral 3, del código penal – se habría agotado en la celebración del respectivo contrato el día veintitrés de noviembre del dos mil once, aunque el acuerdo delictivo tuvo lugar antes, pero en ese mismo año.</p> <p>– (3) No rige la regla de la duplica del plazo de prescripción, prevista en el párrafo final de dicho precepto, porque el delito de tráfico de influencias es un delito de mera actividad, en función a la aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada al autor”.</p>

Elaboración propia

1. Discusiones:

Según Fidas G. (2012), esta última parte se centra en una discusión o confrontación de ideas entre los objetivos planteados, los antecedentes, el resultado de las entrevistas y del análisis de sentencias, además de la teoría incorporada en el marco teórico, originando el dialogo en el tesista de la exposición de razonamiento y argumentaciones contrarias entre sí, produciendo al final un aporte académico con rigor científico. En ese sentido, la discusión es el capítulo en que se presenta los descubrimientos alcanzados en la investigación mediante su significado y compararlos o contrastarlos con estudios anteriores que fueron utilizados como investigaciones previas a fin de encontrar similitudes, que en muchas oportunidades no son iguales, sino, contrarias entre sí.

Es decir, se trata de generar y presentar una discusión sobre ¿Cómo se encontró la o las soluciones al problema planteado? En otras palabras, se tiene que procesar la información obtenida para luego ser analizada y generar discusiones y conclusiones de los resultados

obtenidos fundamentado lo planteado en el marco teórico.

Por consiguiente, la discusión se centrará en los resultados obtenidos en la doctrina nacional y extranjera respecto al delito continuado, así como también de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, las cuales serán contrastadas, refutadas y comparadas con las investigaciones nacionales e internacionales, con la finalidad de poder comprender científicamente los acontecimientos problemáticos encontrados en la realidad problemática, para los cuales se postularon objetivos.

En cuanto al objetivo general es determinar si se produce la afectación de la predictibilidad de las resoluciones judiciales respecto al delito continuado en nuestra jurisprudencia nacional. De los resultados obtenidos encontramos que los autores nacionales y la jurisprudencia ha desarrollado esta institución jurídica orientándola únicamente al análisis del presupuesto de “violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza”, también conocida como unidad o pluralidad de delitos o tipicidades sin mayor análisis de los otros presupuestos objetivos y subjetivos de dicha figura. La doctrina nacional además la analiza de manera muy escueta, esto lo podemos observar en los libros de Peña Cabrera (2015) y Villavicencio Terreros (2006), quienes concluyen que mientras las acciones cometidas por un mismo autor configuran pluralidad de tipicidades de igual o semejante naturaleza abarcadas bajo el manto de un dolo global crearían la figura del delito continuado, permitiendo esta conclusión que cualquier delito, así sea de lesión o de mera actividad pueda ser considerada bajo los presupuestos de esta institución jurídica. Esto se observa en la Casación N° 683 – 2018/Nacional, Juez Supremo ponente el doctor Cesar San Martin Castro, quien considera al delito de Tráfico de Influencias un hecho punible de mera actividad y de delito continuado, contraviniendo claramente el acuerdo plenario Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 que señala “Sólo es viable, entonces, en los delitos **cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...)**”. Este último pronunciamiento está en armonía con la doctrina extranjera que circunscribe al delito continuado únicamente en hechos punibles de resultado o lesión, debido a que su injusto penal o afectación al bien jurídico protegido puede ser objeto de gradualidad, opinión compartida por el profesor Posada Maya (2012). En consecuencia, realmente encontramos falencias en los pronunciamientos de la Corte Suprema, desnaturalizando claramente el ámbito de aplicación del delito continuado, circunscribiendo su análisis únicamente en la pluralidad de acciones u omisiones y del dolo global, basándose en la opinión doctrinaria nacional. Por ello, compartimos en parte lo sostenido por el tesista Freyre Gavilán (2015), al concluir en su trabajo “El delito continuado” lo siguiente: “(...) De esta

forma, atendido lo difícil que resulta apoyar la concurrencia del delito continuado en la verificación del elemento psicológico, estimo que la mejor solución es sentar las bases de esta institución **únicamente en elementos objetivos**. Con todo lo mencionado, no estoy proponiendo establecer como dogma que no existe en estos casos un elemento unificador de carácter interno. Lo que sostengo simplemente es que, al ser dicho elemento de muy difícil prueba, lo más razonable es que se establezcan una serie de requisitos objetivos que al concurrir exista acuerdo en que aseguran, con una plausibilidad importante, la existencia de un vínculo interno. **Con ello se evitaría la incertidumbre que produce no saber si en el caso concreto procede o no esta figura, pues en último término siempre se podrá argumentar que concurría o no el elemento subjetivo”**.

Sobre el primer objetivo específico se estableció doctrinaria y legalmente el alcance del delito continuado en nuestra legislación penal, tomando para ello fuentes nacionales y extranjeras, en nuestro ámbito jurídico se revisó a Peña Cabrera (2015), Villavicencio Terreros (2006), García Cavero (2019) y Calcina Hanco (2019), por el lado internacional, citamos a los más relevantes que son Zaffaroni (2011), Posada Maya (2012), Reyes Alvarado (1990) y Choclan Montalvo (2005), obteniendo como síntesis de todos autores los siguientes presupuestos materiales que debe contemplar el delito continuado: **01) Violación de la misma ley penal o de una de igual o semejante naturaleza**, conocida también como unidad o pluralidad de tipicidades, que puede ser entendido en un sentido estricto o amplio, sin la necesidad que sea acciones iguales, sino que en verdad determina la atribución de valoración típica de la infracción penal, al ser complementado por los baremos normativos de la naturaleza del bien jurídico, la necesidad político-criminal de abarcar completamente el injusto total de la conducta y la prohibición de doble valoración del hecho, **01) Unidad del Bien Jurídico Protegido**, admitiendo únicamente comportamientos seriados que lesionan de manera progresiva el mismo objeto de protección, no significa que por su esencia sólo sea cuantitativa, sino que siempre que el bien jurídico admita con anterioridad progresiones de afectación, **02) Unidad del Bien Jurídico Protegido**, admitiendo únicamente comportamientos seriados que lesionan de manera progresiva el mismo objeto de protección, no significa que por su esencia sólo sea cuantitativa, sino que siempre que el bien jurídico admita con anterioridad progresiones de afectación, **03) Sujeto Activo**, presupuesto sumamente importante para que se pueda considerar existente el elemento de identidad objetiva de las diversas acciones es necesario que el sujeto activo haya intervenido en todas las acciones en virtud del mismo título de imputación. **04) Sujeto Pasivo**, respecto a este punto lo que exige el legislador en el delito continuado es que el sujeto activo vulnere de

forma progresiva el mismo supuesto de hecho con identidad de aspecto subjetivo y de bien jurídico afectado, **sin que sea necesaria una vinculación concreta y rígida a un número determinado de titulares de ese bien jurídico, 05) El empleo de medios o procedimientos semejantes**, introduciendo este elemento características muy importantes para delimitar el delito continuado, como es la identidad del tipo con el modus operandi de los sujetos, la duración de la separación temporal entre cada uno de los diversos actos parciales realizados por el autor y el aprovechamiento de idénticas ocasiones, y, **06) Dolo Global**, entendida como homogeneidad de la voluntad de realización en la acción progresiva unitaria, pero no desde la perspectiva del nexo psíquico que supone la simple motivación homogénea, sino el aprovechamiento de la misma o idéntica ocasión y la ideación como designio criminal intelectual. Finalmente considero que debería considerarse como un elemento normativo implícito **el resultado, debido a que es el único que permite graduar la afectación al bien jurídico protegido, dejando fuera de una vez a los delitos de mera actividad, evitando la inseguridad jurídica o indebida aplicación del Delito Continuado a todos los hechos punibles regulados en nuestro ordenamiento jurídico penal.** Por ello, no comparto en parte la postura del tesista nacional Montoya Vivanco (2009), quien confunde las figuras de delito permanente con el delito continuado, sin tener en cuenta que ambas tienen diferentes ámbitos de aplicación y consecuencias jurídicas, como es el momento del inicio de la prescripción en cada uno.

Respecto al segundo objetivo específico se analizó la teoría de la predictibilidad de las resoluciones judiciales, el alcance y fuerza vinculante de los pronunciamientos de la Corte Suprema, según la perspectiva del Tribunal Constitucional como primer alcance jurisprudencial, señala que la misma es una manifestación en cuanto al principio de seguridad jurídica, implicando la exigencia de requerir regularidad en la coherencia de criterios de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, salvo justificable y razonable diferencia; además, de encontrar posturas doctrinarias respecto a la fuerza vinculante de la casación penal, como las asumidas por Niño Esequio y Sánchez Herrera (1995), Carlos Calderón y Rosario Alfaro (2001), Gimeno Sendra (2000), Pastor (2001) y Cesar San Martín (2001), quienes coinciden en lo siguiente: “La casación tiene una finalidad eminentemente defensora del ius constitutionis, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; y, b) la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”, teniendo similar alcance a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional

respecto a la predictibilidad de las resoluciones judiciales.

Por último, sobre el tercer objetivo específico se identificó los principales pronunciamientos de la Corte Suprema respecto al delito Continuo, entre ellas tenemos 01) el **Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116**, en el cual observamos claramente que los Jueces Supremos en ese momento establecen que el Delito Continuo únicamente procederá en delitos que sean **cuantificables**, es decir, para la doctrina y jurisprudencia, esa exigencia de cuantificación solamente **procederá en ilícitos penales de lesividad o puesta en peligro concreto al bien jurídico protegido a las que también se denomina hechos punibles de resultado, dejando fuera a los delitos de mera actividad, en esos casos no configuraría según la postura asumida por los magistrados.** En consecuencia, no es apropiado confundir al delito continuado con el permanente, porque ambos tienen efectos diferentes al momento de establecer el inicio de la prescripción de la acción penal, según el artículo 82 de nuestra normativa que establece que el primero comienza desde el día que terminó la actividad delictiva y el segundo desde que cesó la permanencia. Un ejemplo claro de delito permanente es el secuestro prescrito en el artículo 152 del Código Penal. 02) **Casación N° 1121-2016-Puno, Juez Supremo Ponente Pariona Arana**, mediante el pronunciamiento anteriormente señalado, la Corte Suprema señala que cada acción delictiva es la configuración de una infracción penal, esa interpretación es basada bajo una teoría de la ficción, sin embargo, considero que una postura ontológica normativa podría establecer que cada conducta acción es una parte de la conducta en sentido amplio del delito de resultado que se aplicara la institución investigada. Por otro lado, considero correcta la individualización de los presupuestos materiales de la configuración del Delito continuado, pero faltaría establecer con mayor precisión en que hechos punibles procede su aplicación, pero por principio de buena fe, creo que deja al lector recurrir al acuerdo plenario anteriormente analizado. 03) **Casación 97 – 2017 Arequipa, Juez Supremo ponente el doctor Chávez Mella**, los fundamentos establecidos en este pronunciamiento respecto al delito continuado tienen mayor precisión, procediendo a clarificarla de manera relevante, debido a que señala que existen elementos adicionales que deben tenerse en cuenta como la homogeneidad del bien jurídico protegido, cierta conexidad espacio temporal y el mismo *modus operandi*, lo que a nuestro parecer es correcto, permitiendo al lector u operador jurídico llegar a la conclusión que no es posible aplicar dicha figura a todos los delitos del código penal donde presuntamente existe pluralidad de conductas con una misma resolución criminal (dolo unitario o continuado). De cierto modo coincidió con lo planteado por los Jueces Supremos en la presente jurisprudencia, porque mi objetivo es limitar la excesiva

aplicación del delito continuado, evitando la inseguridad jurídica, pero considero que es necesario utilizar como criterio adicional que solamente procede esa figura en hechos punibles de resultados. Esta jurisprudencia no estableció en su decisión que sea doctrina vinculante.

04) Recurso de Nulidad N° 480 – 2017 Lima Norte, Juez Supremo ponente el doctor José Luis Lecaros Cornejo, los fundamentos establecidos en este pronunciamiento respecto al delito continuado es muy interesante, porque a diferencia de la casación anterior, en este supuesto considera que realmente se configura la institución investigada, basándose que debe existir una unidad normativa relativa, es decir, la infracción de un mismo tipo penal o semejante siempre que comparta el mismo bien jurídico protegido, lo cual es correcto, pero lo único que añadiría sería que los dos delitos en mención son de resultado, requieren una lesión efectiva y una puesta en peligro concreto del objeto de protección, reduciendo notablemente los supuestos en que se puede adecuar la institución delictiva. Lo divergente de este pronunciamiento con el anterior es que, este caso aplica la figura del Delito Continuado a pesar que no exista conexión temporal, porque los hechos ocurrieron con una diferencia de un año, y la otra casación establece que para su configuración requiere ese vínculo de tiempo. Desde mi perspectiva que también será pronunciada en la discusión de resultados, considero que la naturaleza del delito continuado se configura para hechos delictivos con estrecha relación de tiempo, porque es el agraviado producto de haber sufrido un menoscabo en su esfera jurídica de protección que la vuelve a sufrir después de comenzar o terminar su recuperación de su objeto de protección; es decir, mientras restablecía su confianza en la vigencia de la norma, esta volvió a ser menoscabada, por lo tanto, es otro ilícito distinto, y, **05) Casación N° 683 – 2018/Nacional, Juez Supremo ponente el doctor Cesar San Martín Castro**, Mediante el pronunciamiento anteriormente señalado, la Sala Suprema estableció primero que el delito de tráfico de influencias es de carácter instantáneo y de mera actividad, sin embargo, en su fundamento para explicar la interrupción del plazo prescriptivo sostiene que existen dos acciones, siendo el último acto continuado cometido en el mes de noviembre del año 2011, utilizando como argumento legal el artículo 82 numeral 3, que específicamente desarrolla el inicio de los plazos de prescripción del delito continuado. Es decir, la Sala, parte que nos encontramos ante un delito continuado, fundamento que contraviene todos los pronunciamientos anteriores que fueron analizados, debido a que, únicamente procede dicha figura cuando el injusto penal se pueda **graduar**, es decir, se trate de un hecho delictivo de carácter lesivo o de peligro concreto que se pueda escindir, lo cual, no ocurre en el presente caso. Por el contrario, el ilícito de tráfico de influencias claramente se podría aplicar la figura del delito permanente. En consecuencia,

no existe un criterio uniforme por parte de la Corte Suprema que delimite cuales son los presupuestos materiales del delito continuado que deberá ser aplicado a todos hechos punibles en nuestro ordenamiento jurídico penal.

V. CONCLUSIONES

1. Se determinó que si se produce la afectación de la predictibilidad de las resoluciones judiciales respecto al delito continuado en nuestra jurisprudencia nacional. De los resultados obtenidos encontramos que los autores nacionales y la jurisprudencia ha desarrollado esta institución jurídica orientándola únicamente al análisis del presupuesto de “violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza”, también conocida como unidad o pluralidad de delitos o tipicidades, sin mayor análisis de los otros presupuestos objetivos y subjetivos de dicha figura.
2. Se determinó los siguientes presupuestos materiales que debe contemplar el delito continuado: 01) Violación de la misma ley penal o de una de igual o semejante naturaleza, conocida también como unidad o pluralidad de tipicidades, que puede ser entendido en un sentido estricto o amplio, sin la necesidad que sea acciones iguales, sino que en verdad determina la atribución de valoración típica de la infracción penal, al ser complementado por los baremos normativos de la naturaleza del bien jurídico, la necesidad político-criminal de abarcar completamente el injusto total de la conducta y la prohibición de doble valoración del hecho, 01) Unidad del Bien Jurídico Protegido, admitiendo únicamente comportamientos seriados que lesionan de manera progresiva el mismo objeto de protección, no significa que por su esencia sólo sea cuantitativa, sino que siempre que el bien jurídico admita con anterioridad progresiones de afectación, 02) Unidad del Bien Jurídico Protegido, admitiendo únicamente comportamientos seriados que lesionan de manera progresiva el mismo objeto de protección, no significa que por su esencia sólo sea cuantitativa, sino que siempre que el bien jurídico admita con anterioridad progresiones de afectación, 03) Sujeto Activo, presupuesto sumamente importante para que se pueda considerar existente el elemento de identidad objetiva de las diversas acciones es necesario que el sujeto activo haya intervenido en todas las acciones en virtud del mismo título de imputación. 04) Sujeto Pasivo, respecto a este punto lo que exige el legislador en el delito continuado es que el sujeto activo vulnere de forma progresiva el mismo

supuesto de hecho con identidad de aspecto subjetivo y de bien jurídico afectado, sin que sea necesaria una vinculación concreta y rígida a un número determinado de titulares de ese bien jurídico, 05) El empleo de medios o procedimientos semejantes, introduciendo este elemento características muy importantes para delimitar el delito continuado, como es la identidad del tipo con el modus operandi de los sujetos, la duración de la separación temporal entre cada uno de los diversos actos parciales realizados por el autor y el aprovechamiento de idénticas ocasiones, y, 06) Dolo Global, entendida como homogeneidad de la voluntad de realización en la acción progresiva unitaria, pero no desde la perspectiva del nexo psíquico que supone la simple motivación homogénea, sino el aprovechamiento de la misma o idéntica ocasión y la ideación como designio criminal intelectual.

3. Se determinó que el delito continuado tiene un elemento normativo implícito que es el resultado, debido a que es el único que permite graduar la afectación al bien jurídico protegido, dejando fuera de una vez a los delitos de mera actividad, evitando la inseguridad jurídica o indebida aplicación de la institución jurídica a todos los hechos punibles regulados en nuestro ordenamiento jurídico penal.
4. Se determinó la casación tiene una finalidad eminentemente defensora del ius constitutionis, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico: y, b) la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”, teniendo similar alcance a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional respecto a la predictibilidad de las resoluciones judiciales.
5. Se determinó que no existe un criterio uniforme por parte de la Corte Suprema que delimite cuales son los presupuestos materiales del delito continuado que deberá ser aplicado a todos hechos punibles en nuestro ordenamiento jurídico penal.

VI. RECOMENDACIONES

1. Debería realizarse un acuerdo plenario con el fin de unificar criterios respecto al ámbito de aplicación del delito continuado, debido a que actualmente por la coyuntura política y de corrupción que atraviesa nuestro país, se viene aplicando esta institución a todos los hechos punibles “delitos de resultado o de mera

actividad”, por la simple razón que el autor tiene una misma resolución criminal durante todo el hecho delictivo.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- Rodríguez Vásquez, J., Torres Pachas, D., Navas Bustamante, A., & Novoa Curich, Y. (2014). *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la Corrupción y Justicia Penal*. Lima: PUCP. Obtenido de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110644/2015-%20Compendio%20jurisprudencial%20sistematizado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ampuero, F. J. (2018). *EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA EN EL ÁMBITO INTERNO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL*. Lima: PUCP.
- Arias G. , F. (2012). *El Proyecto de Investigación: Introducción a la metodología científica*. Caracas: EDITORIAL EPISTEME, C.A.
- Bettioli, G. (1965). *Derecho Penal Parte General*. Bogota : Themis.
- Calcina Hanco, A. (2019). *Comentarios al Código Penal Peruano Tomo III*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Calderon Puertas, C., & Alfaro Lanchipa, R. (2001). *La Casación Civil en el Perú*. Trujillo: Normas Legales.
- Camargo Hernandez, C. (1951). *El delito continuado*. Barcelona: Urgel.
- Castiñeira, M. (1977). *El delito continuado*. Barcelona: Bosch.
- Cerezo Mir, J. (2008). *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires: BdeF.
- Choclán Montalvo, J. (2005). *Manual de derecho penal I Parte general*. Santa Fe: Deusto S.A.
- Córdoba Roda, J. (1965). *El delito de detenciones ilegales*. Barcelona: ADPCP.
- Fernández Carrasquilla, J. (1984). *El delito continuado frente al código penal*. Colombia: Temis.
- Flick, U. (2014). *La gestión de la calidad en la investigación cualitativa*. Madrid: Ediciones Morata S.L.
- Freyre Gavilan, P. (2015). *Delito Continuado*. Sevilla: US.
- García Caveró, P. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Lima: ideas.
- Gimeno Sendra, V., Conde Pumpido Touron, C., & Garberí Llobregat, J. (2000). *Los procesos penales*. Barcelona: Bosch Editor.
- Gómez Méndez, A. (1978). *El delito continuado*. Bogotá: UTET.
- Gonzalez, N. J. (1993). *El Recurso de Casación en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Gracia Martín, L. (2005). *El Horizonte del Finalismo y el derecho penal del enemigo*. Valencia : Tirant To Blanch.
- HERNANDEZ, M. (2012). *METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN*. Obtenido de <http://metodologiadeinvestigacionmarisol.blogspot.pe/>.

- Magaloni Kerpel. (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. E.E.U.U.: McGraw Hill.
- MAÑALICH, J. P. (2018). *EL COHECHO COMO PROPUESTA O ACEPTACIÓN DE UNA DONACIÓN REMUNERATIVA*. Chile: Universidad de Chile.
- Montesinos SAA, J., & Osorio Zarate, S. (2016). *ANÁLISIS DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DELITOS CONTINUADOS*. Santiago de Chile: Departamento de Derecho Penal.
- Montoya Vivanco, Y. (2009). *LA DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS COMO DELITO PERMANENTE*. LIMA: PUCP.
- Moretti, F. (2000). *El precedente judicial en el sistema inglés*. Madrid: Atlas.
- Muñoz Conde , F., & García Aran, M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto Garcia, A. (2002). *Valor real y Alcance Real de la Jurisprudencia*. Barcelona: UNED.
- Otto, H. (2017). *Manual de Derecho Penal Teoría general del Derecho Penal*. barcelona: atelier.
- Pastor, D. (2001). *La nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2015). *Derecho Penal Parte General - Quinta Edición*. Lima: Idemsa.
- POSADA MAYA, R. (2010). *Delito Continuado*. Granada: Comares.
- Posada Maya, R. (2012). *El delito continuado*. Granada: Comares.
- Reyes Alvarado, Y. (1990). *Concursos de Delitos*. Bogota: Reyes Echendia.
- ROJAS, V. F. (2016). *Manual Operativo de Delitos contra la Administración de Justicia*. Lima: nomos y thesis.
- ROXIN , C. (2006). Navarra: THOMSON REUTERS.
- Roxin, C. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Navarra: Thomson Reuters.
- San Martín Castro, C. (2001). *Derecho Procesal Penal Volumen II*. Lima: Grijley.
- Sodero, E. (21 de Octubre de 2004). *Sobre el cambio de los precedentes*. Obtenido de SCIELO: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200008
- Taruffo, M. (2012). *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons.
- Valle Muñiz, J. (2006). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra: Aranzadi.
- Velásquez Niño, J., & Sánchez Herrera, M. (1995). *Casación, revisión y tutela en materia penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2000). *Adecuación de la Legislación Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Lima: EDITORIAL.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley.
- Zaffaroni, E. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar. Sociedad Anonima .

VIII. ANEXOS



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 8-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN
PENAL EN EL ART. 46°-A Y ART. 49° DEL CP.

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

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

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 280-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre los alcances de la aplicación del artículo 46°-A y el artículo 49° del



Código Penal –en adelante, CP– en la prescripción de la acción penal. En específico, el problema a tratar incide en la implicancia cuantitativa que tienen las circunstancias agravantes previstas en los artículos 46°-A y 49°, último inciso del primer párrafo. CP a efectos de su cómputo en el plazo de la prescripción de la acción penal, por cuanto, éstas incrementan, en el primer caso: en un tercio la pena por encima del máximo legal de pena fijado para el delito cometido; y en el segundo: en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

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

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Los artículos 46° -A y 49° CP.

6°. El artículo 46°-A CP regula una circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo –funcionario público–. El texto legal de dicha norma fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997, modificado por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. El referido artículo 46°-A CP posibilita al Juez incrementar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido –segundo párrafo del artículo mencionado–. Asimismo fija un límite, al precisar que ésta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29° CP –35 años–.

La norma penal, que es de naturaleza *abstracta – concreta*, fija criterios adicionales propios y legitimadores del incremento de una mayor culpabilidad por el hecho –con la consiguiente agravación de la pena–. Así la ostentación de una determinada condición profesional, incrementará la culpabilidad, cuando existe una relación interna (*innere Beziehung*) entre la profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo. Empero, no existe un principio jurídico general según el cual los integrantes de determinados grupos profesionales tengan un deber intensificado de comportarse de conformidad con la norma. [JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Teoría de la determinación de la pena como*



sistema (dogmático): *Un primer esbozo*, página 4]. Acorde con dicho criterio nuestra norma penal –artículo 46°-A CP–, se sujetará a dichas exigencias: subjetivo y objetivo. Se incrementará la pena, sólo si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible, o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público o cuando el sujeto haya desempeñado cargos –haber sido autoridad, funcionario o servidor público– y se aprovecha de los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible. Y cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario –se entiende privado ya de su libertad–, comete en calidad de autor o participe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro (de conformidad al segundo y tercer párrafo de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo número 982). Aunque con los criterios fijados, se tendrá que tener especiales consideraciones con la última referencia.

7°. El artículo 49° CP, cuyo texto fue modificado por la Ley número 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito “continuado”. Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: el “delito masa”. En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley –delito continuado– por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el Juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden el mismo tipo legal [RAÚL PUÑA CABRERA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAMÓN RAGUÉS Y VALLÉS: *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004. Página 126].

No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, “sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro” [JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS, *Obras citadas*, página 689].

Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que en el delito masa la denominada “pena de arranque” será la pena base del delito continuado [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO GÓMEZ AYALA: *El delito masa*. En Consejo General del Poder Judicial: *Unidad y Pluralidad de delitos*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, página 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como una “subespecie del delito continuado” [ROCÍO CANTARERO BRANDES,



autora citada por IGNACIO GÓMEZ AYALA: *Obra citada*, página 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un *injusto de mayor gravedad* [IGNACIO GÓMEZ AYALA, *Obra citada*, página 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto *plus* punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una “unidad” sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa. Son elementos del delito masa:

- a) la realización de un delito continuado; y,
- b) pluralidad de personas perjudicadas por el delito.

Cabe destacar que, al igual que en el delito continuado, la ley excluye la aplicación de las reglas sobre delito masa, en caso de que “resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos”. Se estima como tales a la vida y la salud individual (VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000, página 144).

De modo que, el delito masa viene a ser una circunstancia agravante específica del delito continuado. Se basa en la pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. En este caso, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

§ 2. La Determinación Judicial de la Pena.

8°. La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal [VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *Obra citada*, página 95]. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas; sobre este fundamento el Juez considera el hecho acusado como típico antijurídico y culpable. En base a estos dos criterios el Juez se abocará, tal como explica la doctrina, primero, a construir el ámbito abstracto de la pena –identificación de la pena básica–, sobre el que tendrá esfera de movilidad; y segundo, a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta –individualización de la pena concreta–. Finalmente entrará en consideración la verificación de la presencia de las “circunstancias” que concurren en el caso concreto.

9°. Las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato, y en general de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser circunstanciado [JUAN BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho Penal - Parte General*, Obra Completas, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, página 1192]. En virtud a ello es que se señala que sólo se pueden considerar las circunstancias (agravantes o atenuantes) a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad.



Entre las clases de circunstancias, encontramos:

- a) Las "circunstancias comunes o genéricas", que son aquellas que operan en el proceso de determinación de la pena de cualquier delito -como es el caso de las previstas en el artículo 46º y el artículo 46º-A del CP-, con la salvedad de que sólo se pueden considerar dichas agravantes a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, es decir, que a veces por la propia estructura del tipo legal no se pueden aplicar. Con ello se respeta la prohibición del principio de la doble valoración del injusto y del reproche penal. En el caso específico del artículo 46º - A del CP, su aplicación es exclusivamente para delitos donde no se requiera una cualidad especial en el sujeto activo -miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público-.
- b) Las "circunstancias especiales o específicas" que son aquellas que están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente. Así por ejemplo, las previstas en el artículo 189º CP, que operan únicamente con el delito de robo; en el artículo 186º que operan solamente con el delito de hurto; en el artículo 297º que operan solamente con el delito de tráfico ilícito de drogas; y el "delito masa" -regulado en el último inciso del primer párrafo del artículo 49º del CP-, que opera únicamente con el delito continuado. Y,
- c) Las circunstancias denominadas "elementos típicos accidentales", son aquellas que concurren con una conducta típica. Ésta (la circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prototipo es el parricidio [VICTOR PRADO SALDARRIAGA: *La determinación judicial de la pena. Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, Centro de Investigaciones Judiciales, Investigación y Publicaciones, Lima, páginas 35 - 37].

Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración gradacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales [JUAN BUSTOS RAMÍREZ/HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉ: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, páginas 396-397].

La función de las circunstancias es determinar el *quantum* de la pena, es decir, afectan su medida, ya sea para aumentarla o disminuirla. Por eso mismo, aquellas que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida [JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Obra citada*, página 1195].

§ 3. La prescripción de la acción penal.

10º. El CP reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal, es decir aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo



del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado [RAMÓN RAGUÉS Y VALLES, *Obra citada*, página 126].

Mediante la prescripción de la acción penal se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores. Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción [RAMÓN RAGUÉS Y VALLES, *Obra Citada*, página 45].

Dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 80° CP, que fija el plazo en el que prescribe la acción penal, el mismo que será igual "...al máximo de la pena -abstracta- fijada por la ley para el delito" -prescripción ordinaria-, mientras que el artículo 83° CP reconoce la denominada prescripción extraordinaria de la acción penal, que se produce cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Como es sabido, la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente –el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo vía facultades delegadas por aquél– conforme a sus potestades. El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que para efectos de la prescripción de la acción penal se ha de tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo.

Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad –como consecuencia de la regulación de la prescripción–, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley.

Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad [JOSE HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal - Parte General I*, 3ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, página 330].

11°. Estando a lo expuesto, queda por determinar si al plazo de prescripción de la acción "...fijado por la ley para el delito" [artículo 80° CP], es posible adicionarle el incremento de pena prevista en la circunstancia agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46°-A CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49° CP).



Según se ha indicado precedentemente, para efectos de determinar la prescripción de la acción penal nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Ésta se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en construir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de aquella pena-marco. Por ende, su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que abona el derecho a saber no solo qué está prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que tendrá la realización de la conducta delictiva: forma y característica de la reacción penal, lo que deriva en dos garantías puntuales: la criminal –que exige que la conducta este prevista en la ley con suficiente precisión o determinación– y la penal –que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinadas–.

La pena concreta, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el Juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada (pena concreta), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (cuantificación de la culpabilidad) [PATRICIA S. ZIFFER, En: *Determinación judicial de la pena*, (CLAUS ROXIN, MARY BELOFF, MARIO MAGARINOS, PATRICIA S. ZIFFER, EDUARDO ANDRÉS BERTONI y RAMÓN TEÓDORO RÍOS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, página 91]. Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas "circunstancias" (agravantes o atenuantes), siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), sean cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe entenderse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta.

12°. En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46°-A CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo –funcionario público– y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena –pena concreta–, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito.

Sin duda, el artículo 46°-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena.



13°. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado -delito masa-, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49° CP, constituye ya un delito en sí -delito masa-. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto -la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito-, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

III. DECISIÓN

14°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra respecto del artículo 46°-A CP, y de 11 Jueces Supremos por el presente texto y 4 en contra en lo concerniente al artículo 49° CP, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

15°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 13°.

16°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

17°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

VALDEZ ROCA



BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

**VOTO SINGULAR DE LOS SEÑORES SAN MARTÍN CASTRO,
PRADO SALDARRIAGA Y PRÍNCIPE TRUJILLO RESPECTO
DEL ARTÍCULO 46°-A CP Y DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA
ACCIÓN PENAL:**

Los señores Jueces Supremos que suscriben discrepan del análisis del artículo 46°-A CP en orden a la prescripción de la acción penal. Expresa el parecer de los suscritos, cuya potencia se suscribe íntegramente, el señor PRADO SALDARRIAGA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Sobre la función y eficacia del artículo 46°-A CP.

1°. El artículo 46°-A CP fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997. Inicialmente reguló una circunstancia agravante genérica, pero cualificada, que tenía como supuesto calificador la condición especial del sujeto activo quien debía ser un funcionario público. Posteriormente el contenido legal de dicha norma fue ampliado en sus circunstancias y alcances por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. Sin embargo, desde su texto original, el aludido dispositivo producía como efecto punitivo un incremento de la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido. Es decir, el efecto de la configuración de los supuestos agravantes contemplados en el artículo 46°-A CP fue siempre una modificación formal del marco de conminación de la pena prevista para el delito cometido, posibilitando y que se expresaba en un nuevo máximo legal cuyo límite final se extendía a un tercio por encima del máximo original.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1121-2016
PUNO

Sumilla: La configuración del delito de falsificación de documentos -artículo 427 del CPP- no exige la materialización de un perjuicio, siendo suficiente un perjuicio potencial.

No puede determinarse la configuración de un delito masa cuando solo existen dos sujetos pasivos, en tanto doctrinalmente se exige una pluralidad considerable de agraviados.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, doce de julio de dos mil diecisiete.-

VISTOS: en audiencia el recurso de casación excepcional interpuesto por Roberto Huamán Puértolas, contra la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil dieciséis -fojas 02 del cuadernillo de casación-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIQNA PASTRANA.

I. HECHOS IMPUTADOS:

PRIMERO: Conforme a la acusación fiscal -fojas 2 del cuaderno de acusación fiscal- se imputa a Roberto Huamán Puértolas la comisión del delito contra la fe pública, en la modalidad de falsificación de documentos, en su forma de uso de documento privado falso -segundo párrafo del artículo 427 del Código penal, concordado con el primer párrafo y el artículo 49 del Código Penal-, en virtud a los siguientes hechos:

- El primero de julio de 2011, en el marco del Concurso Público N° 002-2011-ELPU, a fin de ganar la buena pro, el citado imputado -Gerente



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 1121-2016
PUNO**

General de la Empresa RMJK Contratistas y Consultores-, en representación del consorcio conformado supuestamente por 1) RMJK Contratistas y Consultores EIRL, 2) Corporación Service Perú Ingenieros SAC, y 3) M&C Contratistas Generales S.A.C. a sabiendas entregó en su propuesta técnica como documentos privados falsos consistentes en 3 declaraciones juradas, una carta de presentación y una promesa formal de Cumpimiento; que supuestamente habían sido firmados por Maritza Victoria Flores Catacora.

SEGUNDA: Llevado a cabo el referido concurso público se dio como ganador al citado consorcio; así en la ciudad de Puno el 18 de julio de 2011 Electro Puno SAA suscribió el contrato N° 041-2011 ELPU-GG con el denunciado Roberto Huamán Puértolas, representante legal del consorcio, siendo que para celebrar el contrato previamente presentó y usó el documento privado falso denominado "Asociación en participación, que otorgan RMJK Contratistas y Consultores E.I.R.L., Corporación Service Perú Ingenieros S.A.C. y M&C Contratistas Generales S.A.C. del 14/07/2011, en la que supuestamente firmaba Maritza Victoria Flores Catacora. Evidenciándose de lo señalado el perjuicio generado al Estado y a Maritza Victoria Flores Catacora.

II. ITINERARIO DEL PROCESO DE 1° INSTANCIA

TERCERO: En primera instancia se expidió la sentencia del 07 de julio de 2016 - fajas 98 del cuaderno de debate- que condenó a Roberto Huamán Puértolas como autor del delito contra la fe pública, en su modalidad de falsificación de documentos -uso de documento privado falso-, imponiéndole 4 años, cinco meses y diez días de pena privativa de libertad efectiva. La resolución arribada considera que los documentos falsos presentados generaron un perjuicio potencial suficiente para la



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1121-2016
PUNO

configuración del delito. Asimismo, en el apartado "Cuarto" denominado determinación judicial de la pena -véase a fojas 111-, se consideró que en el caso concreto se configura el supuesto de delito continuado. Y que existe una pluralidad de agraviados -Electro Puno S.A.A. y Maritza Victoria Flores Catacora-; por lo que, correspondía la aplicación íntegra del primer párrafo del artículo 49 del Código Penal.

III. ITINERARIO DEL PROCESO DE 2° INSTANCIA

CUARTO: La sentencia de primera instancia fue apelada por el sentenciado -véase apelación a fojas 23 del cuaderno de apelación- generándose un proceso en segunda instancia, que concluyó con la sentencia del 27 de setiembre de dos mil dieciséis -fojas 122 del cuaderno de apelación- que confirmó en todos sus extremos la resolución recurrida. Cabe precisar que citada resolución precisó en su fundamento jurídico "2.4" que para la configuración del ilícito basta sostener la posibilidad de un perjuicio, no siendo necesario que se traduzca en un daño efectivo. Asimismo, consideró la configuración de un delito continuado con la agravante de pluralidad de agraviados.

IV. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

QUINTO: Ante la sentencia condenatoria emitida a nivel de segunda instancia, el recurrente, interpuso recurso de casación excepcional -fojas 190 del cuaderno de apelación- que fue declarado bien concedido por las causales 3 y 5 del artículo 429 del CPP, respecto a la errónea interpretación del artículo 49 del Código Penal -delito continuado y delito masa-; así como, la existencia de jurisprudencia disimil respecto al delito de falsificación en función al elemento objetivo del perjuicio. (Véase



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1121-2016
PUNO

fundamento jurídico 7 y 8 de la ejecutoria suprema a fojas 66 del cuaderno de casación)

V. CONSIDERANDOS JURÍDICOS

A. El delito de falsificación –artículo 427 del Código Penal-

Sexto: El delito de falsificación de documentos está regulado en nuestro ordenamiento de la siguiente forma:

"El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado.

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas."

SÉTIMO: En el delito de falsificación de documentos se puede identificar los siguientes elementos objetivos: **1)** crear un documento falso o adulterar uno verdadero, usar alguno de los citados (segundo párrafo); 2) la idoneidad del engaño; y, **3)** la posibilidad de un perjuicio; cada uno de los citados elementos es abarcado por el dolo; es decir, el sujeto activo del delito -que puede ser cualquier persona- tendrá conocimiento y voluntad de realización de cada elemento del tipo penal.¹

¹ Cf. CASTILLO ALVA., José Luis, *La Falsedad documental*, Jurista editores, Lima, Perú, 2001, p. 205.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1121-2016
PUNO

OCTAVO: A efectos del presente recurso de casación, es pertinente pronunciarnos respecto al elemento objetivo referido al perjuicio, para poder determinar si el tipo penal en mención refiere un perjuicio concreto o potencial. De la redacción típica se puede advertir que tanto el primer como segundo párrafo señalan: "(...) puede resultar algún perjuicio (...)". "(...) pueda resultar algún perjuicio (...)": es decir, refieren una posibilidad, una potencialidad de peligro, mas no exigen que dicho perjuicio sea concretizado para la configuración del ilícito.

NOVENO: Pese a que la redacción del tipo penal es clara, pues no presenta ambigüedad en su redacción, la jurisprudencia de este Tribunal supremo ha sido discordante a lo largo del tiempo; por ejemplo se tiene el Recurso de Nulidad N° 027-2004, que en su fundamento jurídico N° 5, señala que: "(...) es necesario precisar que el presupuesto infaltable para que se configure la antijuricidad, es el perjuicio que se causa con la utilización del documento en cuestión; en ese sentido, (...) no se ha causado ningún perjuicio a la entidad agraviada; por ende, al no concurrir el elemento substancial objetivo, es inexistente la condición objetiva de punibilidad (...)". por tanto, se puede advertir que el razonamiento plasmado en la citada ejecutoria se basa en considerar al perjuicio efectiva como una condición objetiva de punibilidad. Sin embargo, dicha razonamiento es errado, en tanto no tiene un sustento normativo.

DÉCIMO: Como se señaló el tipo penal de falsificación no presenta ambigüedad en su redacción referente al perjuicio; pues señala claramente que para la configuración del delito basta la potencialidad e idoneidad del mismo; así, en uno de sus últimos pronunciamiento esta Corte Suprema mediante el Recurso de Nulidad N° 2279-2014/ Callao, en su fundamento jurídico N° 4.4, ha señalado que: "la condición objetiva de punibilidad en esta clase de ilícitos es la posibilidad de causar perjuicio al



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1121-2016
PUNO

agraviado y no perjuicio efectivo para considerarse típico, por cuanto el bien jurídico que se tutela es el correcto funcionamiento de la administración pública referidos al tráfico jurídico correcto (...). Así, para la configuración típica en un caso concreto se deberá considerar como típica la sola potencialidad de perjuicio -no se requiere su concreción-.

B. El delito continuado y el delito masa -artículo 49 del Código Penal-

Décimo Primero: El delito continuado se encuentra regulado en el artículo 49 del Código Penal, señalando que:

Artículo 49.- Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. (...)

En ese sentido, los requisitos que se deben cumplir para la configuración del delito continuado son: **1)** pluralidad de acciones delictivas -posibles de individualización-; **2)** afectación del mismo bien jurídico; **3)** identidad de sujeto activo, es decir, se trata de un mismo sujeto infractor; y, **4)** unidad de designio criminal. Así, precisa García Caveró que en el delito continuado tienen lugar varias acciones, cada una configuradora de una infracción penal, pero que, por una relación de continuidad, se considera un solo delito².

Décimo Segundo: El delito continuado, establecido en el artículo 49 del Código Penal, conforme la regulación nacional prevé una agravante en la parte última del primer párrafo, en función al sujeto pasivo del delito, señalando que: "(...) Si con dichas violaciones, el agente hubiera

² GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal, parte general*, jurista editores, Lima, 2012, p. 794.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1121-2016
PUNO

perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave." Ello, es conocido en doctrina como delito masa o delito colectivo, citada agravante requiere sancionar a aquellas infracciones en que hay multiplicidad de perjudicados, ya que el delito continuado fue dirigido a un grupo indeterminado de personas a quienes se embauca con un mismo artificio.

Décimo Tercero: Se requiere enfatizar que el delito masa implica tener como sujeto pasivo a un conjunto de individuos que constituyen una colectividad, es decir, debe existir un número elevado de perjudicados para poder determinar la existencia de un delito masa. El clásico supuesto de configuración de un delito masa son los fraudes colectivos, donde el sujeto pasivo no está representado por una o dos personas, sino por una multitud o una pluralidad cuantiosa, muchas veces indeterminada.

VI. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Décimo Cuarto: Conforme a lo señalado, se debe determinar si en el caso concreto: **1)** se configura el delito de falsificación documental –artículo 427 del CP- en función al elemento perjuicio; **2)** Se configura el delito continuado de falsificación –modalidad de uso-; y, **3)** se configura en el caso concreto el denominado delito masa. Cabe precisar que los puntos expuestos se dilucidarán a nivel de esta Sala Suprema, limitándose a una supervisión de la correcta aplicación del derecho, sin interferir en los hechos probados por las instancias precedentes.

Décimo Quinto: Un fundamento del presente recurso de casación fue determinar qué línea jurisprudencial es correcta, respecto al elemento objetivo referido al perjuicio en el delito de falsificación, pues, se advirtió que existía jurisprudencia emitida a nivel de la Sala Suprema que resultaba



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1121-2016
PUNO

contradictoria. En ese sentido, en los citados de considerandos jurídicos esta Sala Suprema determinó que en lo que se refiere al elemento objetivo perjuicio la redacción del artículo 427 del CP, era clara, no presentaba ambigüedades, y por tanto lo correcto era interpretar que para la materialización del delito de falsificación de documentos -inclusive en su modalidad de uso- se exigía un peligro potencial de generar un perjuicio, mas no un perjuicio concreto.

Décimo sexto: Por lo señalado, se debe mencionar que en el caso concreto, tanto a nivel de primera instancia -fojas 98- como de segunda instancia -fojas 122- se resolvió conforme a derecho; en tanto se consideró como suficiente demostrar que el perjuicio que generaba el uso de los documentos falsos era potencial; así, pese a que no se había materializado un perjuicio concreto con el uso del documento falso, resulta suficiente para la configuración del tipo penal el perjuicio potencial hacia a los sujetos agraviados -Electro Puno S.A.C. y Maritza Flores Catacora-.

Décimo Séptimo: Por otro lado, conforme las pruebas actuadas durante el proceso, tanto a nivel de primera como de segunda instancia se determinó que el uso de documentos falsos se efectuó en fechas diferentes, así, el 01-07-2011 conforme el Acta N° 953-2011 el imputado Huamán Puértolas presentó a la entidad -Electro Puno S.A.A.- cinco documentos conteniendo la firma falsificada de Maritza Victoria Flores Catacora; asimismo, con posterioridad el 04-07-2011 nuevamente el citado imputado presentó ante la misma entidad otro documento con la firma falsificada de Flores Catacora.

Décimo Octavo: Conforme lo señalado se tiene que en el caso concreto existe un solo sujeto activo, el imputado Roberto Huamán Puértolas, las acciones ilícitas, tipificadas como uso de documento falso, se suscitaron en



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1121-2016
PUNO

dos oportunidades, la primera el 01-07-2011 y la otra el 04-07-2011, ambas conductas ilícitas pueden ser consideradas como delitos independientes; sin embargo, se debe atender que se suscitaron en el marco de una sola resolución criminal, y ello se demuestra puesto que ambas acciones ilícitas se cometieron en contra de los mismo agraviados –Electro Puno S.A.A. y Maritza Flores Catacora. Así, se debe confirmar también el extremo de la resolución recurrida que considera que en el caso concreto se genera un delito continuado de falsificación –modalidad uso–.

Décimo Noveno: Queda por verificar si como se afirma en la resolución recurrida en el caso concreto se presenta un supuesto de delito masa. Atendiendo a lo señalado en el apartado de considerandos jurídicos, se tiene que el delito masa es una agravante del pre existente delito continuado. El delito masa busca agravar la pena en aquellos casos de delito continuado donde exista una pluralidad de sujetos pasivos que hayan sido perjudicados; debiendo entender por esta pluralidad a un número de agraviados superior a dos personas –naturales o jurídicas–. En el caso concreto, el delito de uso de documento privado falso agravó a Electro Puno –ante quien se presentó la documentación falsa– y a Maritza Flores Catacora –de quien falsificaron la firma–. Advertiendo, que el número de agraviados no configura el supuesto de los denominados delitos masa –que aluden a más personas, por ejemplo en supuestos de fraudes financieros, o falsificaciones documentarias en cadenas–; por lo que, en el caso concreto no cabe el aumento de pena.

Veésimo: Determinación Judicial de la Pena. Ante lo dicho, en el caso concreto a efectos de imponer el quantum de pena solo se deberá considerar como agravante la existencia de un delito continuado, que exige por ley que la pena a imponer sea la más grave del delito imputado; en ese sentido, el delito de uso de documento privado falso, en nuestro



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1121-2014
PUNO

ordenamiento señala una pena máxima de 4 años de pena privativa de libertad. Considerando dicha pena proporcional al daño generado, y adecuada a los fines constitucionales de la pena.

IV. Decisión:

Por estos fundamentos declararon:

- I. **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación
- II. **CASARON** la sentencia de visto del 27 de setiembre de 2016, **SIN REENVIO** y actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia en el extremo que condenó a Roberto Huamán Puértolas como autor del delito contra la fe pública en su modalidad de falsificación de documentos -modalidad uso de documento privado falsificado en el segundo párrafo del artículo 427 concordado con el primer párrafo del Código Penal en agravio de Electro Puno S.A.A y Maritza Flores Catacora. **REVOCARON** el extremo que impone al citado imputado la pena privativa de libertad efectiva de 4 años, 5 meses y 2 días en función a la parte in fine del artículo 49 del CPP -delito masa-; **REFORMANDOLE** impusieron a Roberto Huamán Puértolas la pena privativa de libertad de 4 años con carácter suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 2 años; para tal efecto, **DISPUSIERON** para dicho condenado, el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: **a)** Deberá comparecer personal y obligatoriamente a informar y justificar sus actividades ante el juez cada 2 meses. **b)** Los demás deberes adecuados a la rehabilitación del agente, siempre que no atente contra la dignidad del condenado; de conformidad con lo que



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1121-2016
PUNO

establece el artículo 58 del Código penal. Con lo demás que contiene,

- III. **ORDENARON** que se suspenda las órdenes de captura impartidas en su contra.
- IV. **ESTABLECIERON** como **Doctrina jurisprudencial** el fundamento jurídico N° **DECIMO**, **DECIMO SEGUNDO** y **DECIMO TERCERO** que refiere que a efectos de la configuración del delito de falsificación de documentos - artículo 427 del CPP- no se exige la materialización de un perjuicio, siendo suficiente que este sea potencial.
- V. **MANDARON** su publicación en el diario oficial "El Peruano" y en el portal o página web del Poder Judicial; y, los devolvieron.
- VI. **ORDENARON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber.

SS.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SEQUIEROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

JPP/ scd

SE PUEDE CONFIRMAR A LEY
Dña. FLORA TRAVEJOS MISAHEL
Jueza de la Sala Penal Permanente
Corte Suprema

SE PUEDE CONFIRMAR A LEY



CONCURSO REAL DE DELITOS Y DELITO CONTINUADO

Sumilla.

- I. El procesado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO ha sido condenado como autor de dos delitos plenamente independientes: de un lado, delito de microcomercialización por el hecho acaecido el diecinueve de diciembre de dos mil novecientos y, de otro lado, el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas por el hecho acaecido el diecinueve de marzo de dos mil quince. Por el primer delito se le impuso una pena de tres años. Mientras que por el segundo delito se le aplicó una pena de siete años. La sumatoria de ambas sanciones arrojó un total de diez años de privación de libertad (pena conjunta).
- II. Se materializaron dos delitos autónomos. No se trató de un solo hecho delictivo, disgregado en distintas acciones materiales encaminadas y/o conectadas, en su vertiente subjetiva, por el mismo designio criminal. Por el contrario, existió fragmentación fáctica en la ejecución de los delitos y se fijaron dos períodos escindibles en el tiempo. Entre ellos emerge una diferencia de tres meses, lo que evidenció una desconexión temporal absoluta. La producción de acciones delictuales distantes en su cronología no refleja una continuidad delictiva plena, sino diferentes actuaciones que dan lugar a ilícitos individuales. Además, si bien ambos constituyen delitos contra la salud pública (similar bien jurídico), no es tangible que en su perpetración haya existido una mecánica común (distinto modus operandi).
- III. Lo razonable es la existencia de un concurso real de delitos. La valoración fáctico-jurídica realizada por el Tribunal Superior se ajustó al principio de legalidad. Existió una correcta motivación, así como una interpretación objetiva de la ley penal sustantiva. La sentencia de vista no será casada. El recurso de casación promovido por el sentenciado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO se declara infundado.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintitrés de octubre de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el encausado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO contra la sentencia de vista de fojas ciento veintisiete, del diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas setenta y cinco, del veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis, que lo condenó



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 97-2017
AREQUIPA

como autor de los delitos contra la salud pública-microcomercialización y promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, ambos en agravio del Estado, a diez años de pena privativa de libertad, se le impuso trescientos días multa y se fijó como reparación civil la suma de seis mil soles, que deberá abonar el sentenciado a favor de la parte agraviada.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§. PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO. La señora fiscal adjunta provincial, mediante requerimiento de fojas uno, del cinco de abril de dos mil dieciséis, formuló acusación contra LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO por el delito de tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado, solicitó que se le imponga diez años de pena privativa de libertad, el pago de trescientos diez días multa y se fije como reparación civil la suma de dos mil soles. Posteriormente, en el auto de enjuiciamiento de fojas veinte, del nueve de mayo de dos mil dieciséis, el mencionado dictamen fiscal fue saneado. Asimismo, se emitió el auto de citación a juicio oral de fojas veintitrés, del primero de julio de dos mil dieciséis.

SEGUNDO. Llevado a cabo al juzgamiento, el juez penal unipersonal, mediante sentencia de fojas setenta y cinco, del veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis, condenó a LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO como autor de los delitos contra la salud pública-microcomercialización y promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, ambos en agravio del Estado, a diez años de pena privativa de libertad, se le impuso trescientos días multa y se fijó como reparación civil la suma de seis mil soles, que deberá abonar a favor de la parte agraviada.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 97-2017
AREQUIPA

TERCERO. Contra la mencionada sentencia, el procesado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO interpuso recurso de apelación de fojas ciento uno, del cinco de septiembre de dos mil dieciséis. Dicha impugnación fue concedida por auto de fojas ciento cinco, del ocho de septiembre de dos mil dieciséis. Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

§. PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

CUARTO. En la audiencia de apelación no se incorporaron medios probatorios ni se oralizaron instrumentales; en cambio, sí se realizaron los alegatos finales de los sujetos procesales concernidos, según emerge del acta de fojas ciento veintitrés. El Tribunal Superior, a través de la sentencia de vista de fojas ciento veintisiete, del diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia en todos sus extremos. Los hechos declarados probados, fueron los siguientes:

I. Delito de microcomercialización

4.1. El diecinueve de diciembre de dos mil catorce, a las veintiún horas con veinte minutos, en circunstancias en que los efectivos policiales Juan Ventura Mayorga, Víctor Quispe Quispe, Haily Janet Arango Arias, Dalmer López Cáceres y Juan Carlos Cárdenas Yucra, integrantes del Grupo de Inteligencia Táctica Urbano-Terna G siete, se encontraban de servicio realizando acciones operativas contra el tráfico ilícito de drogas, por las inmediaciones de la calle Sánchez Cerro, en el distrito de Hunter, al costado del colegio San Juan de Dios, observaron estacionado el vehículo de placa de rodaje número V dos E-cuatrocientos veintinueve, en cuyo interior se encontraban el procesado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO y Orlando Daniel Tunco Condemayta. Este último fue intervenido luego de bajar del citado vehículo. Al practicarse el registro personal se le encontró en el bolsillo izquierdo de su pantalón cuatro envoltorios tipo kefe, que



contenían pasta básica de cocaína. Dicho estupefaciente le había sido vendido momentos antes por el acusado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO.

4.2. El imputado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO fue detenido al interior del mencionado vehículo. Se le realizó el registro correspondiente y se halló en el bolsillo izquierdo de su casaca, ciento cuarenta envoltorios de papel periódico, tipo kete; además, en la puerta del conductor se encontró una bolsa de plástico de color negro con otros doscientos cincuenta envoltorios, así como un billete de cien soles, tres billetes de veinte soles, cuatro billetes de diez soles, dos billetes de un dólar, siete monedas de cinco soles, once monedas de dos soles, veinticuatro monedas de un sol, once monedas de cincuenta céntimos, treinta monedas de diez céntimos y trece monedas de veinte céntimos.

4.3. Efectuado el pesaje y análisis respectivo, se determinó lo siguiente: en primer lugar, que Orlando Daniel Tunco Condemoyta poseía cero punto cincuenta y ocho gramos de pasta básica de cocaína. En el examen toxicológico dio positivo para cocaína, lo que demostró que era consumidor de droga. En segundo lugar, que el acusado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO estuvo en poder de doce punto cuarenta y seis gramos de pasta básica de cocaína. La droga incautada en el vehículo donde fue capturado tenía la misma denominación, pero su peso ascendía a veintitrés punto ocho gramos. En total, fueron treinta y cinco punto cincuenta y cuatro gramos. Se estableció que si bien la muestra de orina de este último arrojó positivo para cocaína, por la cantidad de envoltorios que le fueron encontradas, tenía la condición de microcomercializador.

II. Delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas

4.4. El diecinueve de marzo de dos mil quince, a las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos, personal policial de la DEPENDRO se ubicó



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 97-2017
AREQUIPA

en el ingreso de los sectores conocidos como Bellavista Hunter y Chilpinilla. En ese contexto, apareció el vehículo de placa de rodaje número V uno X-trescientos cincuenta y nueve, conducida por Wilber Rene Qulpe Cala, en el cual iba como copiloto el encausado Luis FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO. Ambas fueron intervenidas en la cuadra uno del pasaje Los Andes. Se efectuó el registro al referido procesado y se le halló en sus partes íntimas una bolsa con quinientos envoltorios de pasta básica de cocaína, con un peso de sesenta y tres punto veintiséis gramos. Dicha droga era comercializada bajo la modalidad de delivery, en el distrito de Hunter.

QUINTO. Frente a la sentencia de vista acotada, el imputado Luis FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO promovió el recurso de casación de fojas ciento cuarenta y seis, de fecha primero de diciembre de dos mil dieciséis. Mediante auto de fojas ciento cincuenta y cuatro, de fecha seis de enero de dos mil diecisiete, la citada impugnación fue admitida. El expediente judicial fue remitido a esta sede suprema.

§. PROCEDIMIENTO EN LA INSTANCIA SUPREMA

SEXTO. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo cuatrocientos treinta, numeral seis, del Código Procesal Penal, emitió el auto de calificación de fojas cuarenta y ocho (en el cuadernillo supremo), del veintidós de marzo de dos mil diecisiete. Se declaró bien concedido el recurso de casación por las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve, numerales uno y tres, del mencionado Código Adjetivo.

SÉPTIMO. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, según las notificaciones y cédulas de fojas cincuenta y cuatro, y cincuenta y cinco (en el cuadernillo supremo), se emitió el decreto de fojas sesenta y cuatro (en el cuadernillo supremo), del



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 97-2017
AREQUIPA

once de septiembre de dos mil dieciocho, que señaló como fecha para la audiencia de casación el diez de octubre del mismo año,

OCTAVO. En la mencionada fecha se realizó la audiencia de casación y se celebró la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación respectiva y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Como se indicó precedentemente, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación planteado por el procesado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO por las causales reguladas en el artículo cuatrocientos veintinueve, numerales uno y tres, del Código Procesal Penal. El motivo casacional se circunscribe a evaluar si los criterios asumidos por la Sala Penal Superior son válidos para determinar que los hechos objeto de condena penal configuran un concurso real de delitos, y no se instituyen como un delito continuado,

SEGUNDO. El punto crucial para la dilucidación jurídica estriba en establecer si, en el presente caso, existe una pluralidad de hechos que concretizan delitos independientes, o si, por el contrario se está frente a un solo comportamiento punible, reiterado en el tiempo, proveniente de un mismo ideal delictivo. Siguiendo una perspectiva normativa, corresponde recurrir a las definiciones previstas por la ley sustantiva. El concurso real, según el artículo cincuenta del Código Penal, tiene lugar "Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes [...]". Por su parte, el delito continuado, al amparo del artículo cuarenta y nueve del Código Penal, se verifica "Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con



actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado [...]”.

TERCERO. Conviene recordar, a tenor con la jurisprudencia emitida por esta Sala Penal Suprema, la diferencia entre un concurso real homogéneo y un delito continuado. En el primero, existe pluralidad de delitos relacionados con infracciones de la misma especie. Pero estos delitos, salvo la vinculación que tienen a través de su autor (vinculación subjetiva), no guardan entre sí conexión alguna. En cambio, en el segundo, la pluralidad de acciones homogéneas (que infringen la misma norma penal o una de igual o semejante naturaleza), si bien se realizan en distinto tiempo, se dan análogas ocasiones y todas responden a una misma resolución criminal. Hay identidad específica del comportamiento delictivo así como un nexo temporal-especial de los actos individuales¹. En términos dogmáticos, el delito continuado opera impidiendo la aplicación de las consecuencias punitivas del concurso real.

CUARTO. Los requisitos legales del concurso real son los siguientes: pluralidad de acciones; pluralidad de delitos independientes; y, unidad de autor. Del mismo modo, el delito continuado requiere, sustancialmente: **a)** pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; **b)** identidad de sujeto activo; **c)** elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; **d)** homogeneidad en el *modus operandi*, lo que significa la

¹ SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad número dos mil doscientos noventa y seis-dos mil diecisiete/Ventanita, del veinticinco de enero de dos mil dieciocho, fundamento jurídico tercero, tres punto tres y tres punto cuatro.

² SALAS PENALES, Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil nueve/C.J.- ciento dieciséis, del trece de noviembre de dos mil nueve, fundamento jurídico sexto.



uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; **e)** elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y **f)** una cierta conexidad espacio-temporal³.

QUINTO. Refuerza lo expuesto que el delito continuado exige no solo la afectación del mismo bien jurídico (verbigracia: queda descartada la continuación entre el hurto y el robo, o entre las lesiones y el homicidio). Además, resulta necesario que los diversos hechos tengan una cierta similitud exterior. Es posible, por lo tanto, que entre ellos haya diferentes modalidades, mientras por lo menos exista una cierta cercanía temporal y espacial⁴.

SEXTO. Habiéndose desarrollado la doctrina aplicable, en el análisis de fondo se pondera que el principio de intangibilidad fáctica no autoriza a este Tribunal Supremo a modificar o poner en duda el *factum* acreditado en las instancias judiciales previas. Por ello, no cabe: **i)** modificar los hechos probados radicalmente en su integridad; **ii)** alterar su contenido parcialmente; **iii)** condicionar el mismo o desvirtuarlo de su sentido; **iv)** interpolar frases; **v)** alterar, modificar, sumar o restar a la narración fáctica extremos que no contiene; o, **vi)** expresar intenciones inexistentes o deducir consecuencias que traten de desvirtuar su contenido⁵.

SÉPTIMO. En observancia del principio mencionado, consta acreditado que el procesado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO ha sido condenado como autor dos ilícitos plenamente independientes: de un lado, delito de microcomercialización, por el hecho ocurrido el diecinueve de

³ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Recurso de Casación número seiscientos veinticinco/dos mil quince, del veintidós de diciembre de dos mil quince, fundamento jurídico diez.

⁴ BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte general. Segunda edición. Madrid: Editorial Hammurabi, 1999, p. 586.

⁵ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés y ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. El recurso de casación y de revisión penal. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2016, p. 336.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 97-2017
AREQUIPA

diciembre de dos mil catorce; y, de otro lado, delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, por el hecho acaecido el diecinueve de marzo de dos mil quince. Por el primer delito se le impuso una pena de tres años. Mientras que por el segundo delito se le aplicó una pena de siete años. La sumatoria de ambas sanciones arrojó un total de diez años de privación de libertad [pena conjunta].

OCTAVO. Se materializaron dos delitos autónomos. No se trató de un solo hecho delictivo, disgregado en distintas acciones materiales encaminadas y/o conectadas, en su vertiente subjetiva, por el mismo designio criminal. Por el contrario, existió fragmentación fáctica en la ejecución de los delitos y se forjaron dos periodos escindibles en el tiempo. Entre ellos emerge una diferencia de tres meses, lo que evidenció una desconexión temporal absoluta. La producción de acciones delictuales distantes en su cronología no refleja una continuidad delictiva plena, sino diferentes actuaciones que dan lugar a ilícitos individuales. Además, si bien ambos constituyen delitos contra la salud pública (similar bien jurídico), no es tangible que en su perpetración haya existido una mecánica común (distinto *modus operandi*).

NOVENO. Un dato esclarecedor lo constituye el hecho de que, en la fase de investigación preparatoria, mediante resolución de fojas sesenta (en el expediente judicial), se declaró fundada la solicitud de acumulación postulada por el imputado LUIS FERNANDO LOPEZ TRANCOSO, y se dispuso acumular la carpeta fiscal de la investigación seguida en su contra por el delito de tráfico ilícito de drogas, a la concernida por el ilícito de microcomercialización. La mencionada decisión está referida a la conexión jurídica por tratarse del mismo "tipo penal". En ningún momento se hizo alusión a que tales acciones sean constitutivas de un mismo hecho punible. De ahí que, en el caso juzgado, no confluyen los



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 97-2017
AREQUIPA

requisitos del delito continuado detallados en los considerandos tercero, cuarto y quinto supra.

DÉCIMO. Lo razonable es la existencia de un concurso real de delitos. La valoración fáctica-jurídica realizada por el Tribunal Superior se ajustó al principio de legalidad. Existió una correcta motivación, así como una interpretación objetiva de la ley penal sustantiva. La sentencia de vista no será casada. El recurso de casación promovido por el sentenciado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO se declara infundado.

UNDÉCIMO. El artículo quinientos cuatro, numeral dos, del Código Procesal Penal, establece que las costas procesales serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio, conforme al artículo cuatrocientos noventa y siete, numeral dos, del citado Código Adjetivo. Le corresponde al encausado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO asumir tal obligación procesal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRONCOSO contra la sentencia de vista de fojas ciento veintisiete, del diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas setenta y cinco, del veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis, que lo condenó como autor de los delitos contra la salud pública-microcomercialización y promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, ambos en agravio del Estado, a diez años de pena privativa de libertad, se le impuso trescientos días multa y se fijó por



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 97-2017
AREQUIPA

concepto de reparación civil la suma de seis mil soles, que deberá abonar el sentenciado a favor de la parte agraviada.

II. CONDENARON al imputado LUIS FERNANDO LÓPEZ TRANCOSO al pago de las costas procesales correspondientes, que serán exigidas por el juez de investigación preparatoria competente.

III. DISPUSIERON que se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen. Hágase saber y archívese.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CHM/ecb.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA**

**RECURSO DE NULIDAD N.° 480-2017 LIMA NORTE
PONENTE: JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO**

Delito Continuado

Sumilla. El artículo 49 del Código Penal señala tres requisitos en el delito continuado: **a)** pluralidad de acciones u omisiones; **b)** unidad de resolución criminal; y, **c)** unidad de delito. El delito contra la Libertad Sexual-Actos contra el Pudor se subsume en el delito de Violación sexual de menor de edad, por lo que constituye un delito continuado al tener la misma resolución criminal.



Lima, cuatro de septiembre de dos mil diecisiete

VISTO: el Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa técnica del acusado Marcial Mariano Mejía (PENA), contra la sentencia de fojas cuatrocientos sesenta y nueve de fecha quince de noviembre de dos mil dieciséis, que lo condenó como autor de los delitos contra la libertad sexual-actos contra el pudor y violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales L. E. P. T.; y por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud-aborto sin consentimiento, en agravio de la menor y la sociedad; y le impuso treinta y cinco años de pena privativa de la libertad, y fijó por concepto de reparación civil la suma de once mil soles, que deberá pagar el sentenciado a favor de la agraviada (mil por el delito de aborto sin consentimiento; siete mil por el delito de violación sexual de menor y tres mil por el delito de actos contra el pudor); y mil soles por



concepto de reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la sociedad (por el delito de aborto sin consentimiento).

Intervino como ponente el señor LECAROS CORNEJO.

CONSIDERANDO

Primero. La defensa técnica del acusado Marcial Mariano Mejía, en la formalización de su recurso de fojas quinientos, sostiene que:

1.1. El Colegiado vulneró el derecho al debido proceso, debida motivación y defensa, al condenarlo sin haber comprobado los cargos que se le imputan; a su vez efectuó una indebida aplicación de los presupuestos previstos en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005.

1.2. El colegiado no ha considerado que la agraviada ha brindado diferentes versiones, durante el desarrollo del proceso, sobre el modo, lugar y circunstancias en que ocurrieron los hechos, sin precisar la dirección de las viviendas donde residió el inculgado.

1.3. El testigo Reiner Enrique Huancas Tineo, en instancia preliminar y judicial, brindó declaraciones contradictorias sobre las circunstancias en que acompañó a la menor al servicio de Emergencia de la Maternidad de Lima y autorizó procedimientos médicos.

1.4. En el acta fiscal se consignó que la menor indicó que el encausado le efectuó tocamientos indebidos, lo que no fue acreditado con prueba alguna.

1.5. El tribunal superior no evaluó la prueba de descargo existente, como el certificado médico legal de fecha veintisiete de septiembre de dos mil trece y los documentos expedidos por la Maternidad de Lima, en los cuales se anotó a Reiner Enrique Huancas Tineo como pareja de la menor, por lo cual este es responsable del embarazo y aborto.





1.6. Se acredita con el informe de Ivett Silva Orellano, médico perito, que el acusado sufre de hipertiroidismo e hipertensión arterial, y el tratamiento médico le produjo impotencia sexual.

1.7. El perito médico no ha podido determinar el motivo del aborto, por lo que no está probado que el encausado haya suministrado medicina alguna a la agraviada.

Segundo. Los hechos materia de acusación que se circunscriben son los siguientes:

2.1. Se imputa al procesado Marcial Mariano Mejía haber realizado tocamientos indebidos a la menor L. E. P. T., aprovechando la confianza que esta le tenía por ser amigo de sus padres y su padrino de promoción de primaria, hecho que ocurrió por primera vez en el interior del inmueble de la agraviada ubicado en el Asentamiento Humano Señor de los Milagros, manzana D, lote tres, en la IV Zona de Collique, distrito de Comas, cuando la menor tenía doce años de edad en el dos mil diez. Se registra que el acusado, con el pretexto de que le revisaba su cuaderno, le tocaba las piernas, los glúteos y a la fuerza la besaba.

2.2. Asimismo, se le imputa al procesado Marcial Mariano Mejía haber abusado sexualmente de la menor de iniciales L. E. P. T. en varias oportunidades. La **primera vez** cuando la menor contaba con trece años de edad en el año dos mil once; en esa oportunidad la llevó con engaños y cerró la puerta, la sujetó a la fuerza y le introdujo su pene. La **segunda vez** se produjo cuando la menor contaba con trece años de edad, entre los meses enero y febrero del año dos mil doce, en el domicilio del procesado en la avenida Los Ángeles, Urbanización La Libertad, interior tres, en Comas. La **tercera vez** fue el treinta y uno de marzo de dos mil trece, cuando la menor contaba con quince años de edad, hecho ocurrido al interior del cuarto del procesado.





2.3. Aunado a ello, se imputa al procesado Marcial Mariano Mejía haber hecho abortar a la menor a consecuencia de la violación sexual que sufrió. Cuando la agraviada le comunicó al procesado que estaba embarazada, el día ocho de junio de dos mil trece, este le hizo tomar vía oral dos pastillas con engaños, diciéndole que era para regular la regla; asimismo, le introdujo la misma cantidad vía vaginal con la única finalidad de que abortara, logrando su objetivo.

Tercero. La calificación jurídica de las conductas ilícitas atribuidas al procesado Marcial Mariano Mejía se encuentran previstas en el Código Penal: **a)** Violación sexual de menor de edad: artículo 173, inciso 2. **b)** Actos contra el pudor: artículo 176-A, inciso 3. **c)** Aborto sin consentimiento o no consentido: artículo 116, primer párrafo.

Cuarto. Las circunstancias agravantes de la conducta del procesado Marcial Mariano Mejía giran en torno a que tenía la calidad de padrino de promoción de primaria de la menor, y que no solo se ganó la confianza de sus padres sino que mostraba interés por ella ofreciéndole revisar sus cuadernos e, incluso, la sacaba de su colegio para llevarla a pasear; así, aprovechando esa particular situación, procedió a violentarla sexualmente mediante amenazas y en una oportunidad le mostró un arma de fuego.

Quinto. Se tienen las declaraciones de la menor agraviada L. E. P. T., a fojas doscientos treinta y cuatro en Juicio Oral, donde en todo momento sindicó al acusado y refirió que es verdad que cuando tenía doce años le tocaba las piernas, el rostro, los senos y le daba besos en la boca. Cuando fue su cumpleaños e iba a cumplir catorce años, le dijo que tenía un regalo para ella y la llevó a su casa. Afirma que el acusado la violó tres veces, la primera vez cuando tenía trece años, en la casa de él, entre el jirón Puno y la Calle Ocho. No usó violencia para violarla, pero le mostró una pistola y quedó embarazada a causa de ello. Se enteró que estaba embarazada porque se desmayó en su salón. El acusado compró una prueba de embarazo y esta salió positiva, luego le compró dos pastillas rojas y se las hizo tomar, y





también se las introdujo por la vagina diciendo que eso iba a truncar sus sueños. Como tenía náuseas agarró un balde y se le ocurrió jalar la placenta quedando colgando algo dentro de ella y se puso una toalla higiénica que se llenó rápido de sangre. Al día siguiente llegó Marcial y le dijo que había abortado, y que algo le colgaba y que a toda hora padecía dolores. Fueron a la maternidad con el acusado y su tío Reiner, ya que el acusado le dijo que tenían que ir con alguien que se haga pasar como su pareja para que la puedan atender. El procesado los esperaba en los exteriores.

Sexto. En los delitos sexuales, en el caso de menores o incapaces, según doctrina mayoritaria, no se protege propiamente la autodeterminación sexual, pues por definición carecen de tal facultad, lo que se vulnera es la indemnidad sexual, en cuya virtud la protección se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad, para que, en el caso de los menores, de adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual (se trata de preservar, en todo caso, la libertad sexual o en potencia, de la que el sujeto podrá hacer uso en etapas más avanzadas de su vida, lo que reclama que en etapas previas de formación el sujeto quede a salvo de actos traumatizadores). Presupone que esas personas no han alcanzado el grado de madurez suficiente y, por ende, se entiende, *a priori*, que carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual.

El desarrollo sexual de los jóvenes tiene que ser protegido contra prematuras y, por lo tanto, potencialmente dañosas influencias de los adultos. En esos delitos es la salvaguarda del bienestar psíquico y los procesos de formalización y socialización de esas personas que presentan una vulnerabilidad especial.

Séptimo. El Acuerdo Plenario N.º 2-2015 ha desarrollado tres garantías de certeza de la declaración de la víctima, para que sea considerada prueba válida, las cuales son:





7.1. Ausencia de incredibilidad subjetiva. Inexistencia de relaciones entre ambas partes de odio, enemistad, resentimiento y otros que puedan incidir en la parcialidad de la deposición y, por ende, le nieguen aptitud para generar certeza. En este caso, se debe tener en cuenta la posición de la víctima cuando exista una relación difícil y conflictiva en el seno familiar.

7.2. Verosimilitud. No solo en la coherencia y solidez de la propia declaración —tratándose de menores es importante descartar la tendencia a la fabulación, para lo cual, como se ha expuesto, puede ayudar la pericia psicológica—, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones objetivas de carácter periférico que le doten de aptitud probatoria. Se entienden como tales los reconocimientos médicos, referencias ajenas al testimonio de la víctima, entre otras (STS del veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa). Desde esta perspectiva, las contradicciones en el relato de la víctima, así como su imprecisión, unida a la firma negativa del imputado constituyen, por cierto, una razón valedera para la absolución (Ejecución Suprema recaída en el R. N. N.º 1053-2003). Aun cuando con ciertas reservas, en algunos casos, el Supremo Tribunal ha descartado el juicio positivo de verosimilitud de la denuncia tardía de la víctima, hecho que no se condice frente a la gravedad del delito (Ejecución Suprema del dos de junio de mil novecientos noventa y nueve, recaída en el R. N. N.º 96-99/Lima), aunque, claro, la experiencia criminalística enseña que en muchísimos casos, mayormente asociados a violencia familiar, tal situación es bastante común.

7.3. Persistencia en la incriminación. Es un requisito que puede ser relativizado, en función a la fundabilidad de una retractación ulterior, a los motivos y razonabilidad que lo sustenten. Las presiones del entorno familiar, más aún en un contexto de violencia doméstica o malos tratos, pueden explicar y justificar apartarse del requisito de persistencia en la incriminación, lo que no quita que el testimonio aceptado como válido deba ser coherente, sin ambigüedades ni contradicciones internas. Se entiende





aquí que si la falta de persistencia en la incriminación obedece a presiones externas, consecuentemente, estas, por espurias, no deben conseguir su objetivo, lo que en todo caso merece un análisis explicativo esencial (Buegué Lezaúñ, STS N.º 24566/92, del seis de noviembre).

Octavo. Analizando la primera garantía de certeza sobre la ausencia de incredibilidad subjetiva, se tiene la manifestación policial, instructiva y la declaración en juicio oral del acusado Marcial Mariano Mejía, obrantes a fojas treinta, ciento dieciséis y doscientos doce, donde señala que la relación que tenía con la menor era cordial y de confianza, e incluso le pagaba sus estudios en el Británico; asimismo, la menor L. E. P. T. señaló que había confianza entre ellos y hasta le ayudaba con sus tareas. De lo esgrimido, se observa que no existía entre ambas partes odio, enemistad o resentimiento que puedan incidir en el testimonio brindado por la menor agraviada.

Noveno. Del análisis la segunda garantía de certeza, referida a la verosimilitud en las imputaciones, estas se encuentran respaldadas con corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le dotan de aptitud probatoria, ya que se hizo un análisis de manera individual y global de todos los medios probatorios. Se acredita con el acta de nacimiento de la menor, obrante a fojas cincuenta y siete, que señala como fecha de nacimiento el tres de marzo de mil novecientos noventa y ocho, y que en la fecha que ingresó al Instituto Materno Perinatal de Lima tenía quince años de edad (diez de junio de dos mil trece). Se corrobora también con el certificado médico legal obrante a fojas cincuenta y cinco que presenta como diagnóstico ginecoobstétrico: aborto incompleto infectado. Esta prueba científica fue ratificada en instancia judicial donde se precisó que el examen clínico determina orificios cervicales abiertos traumatizados y presencia de fármacos en canal vaginal. Por su parte, el resultado del examen clínico toxicológico determina sustancia o fármaco en la paciente. Prueba que acredita la materialidad del delito de aborto sin consentimiento.





Décimo. Respecto a la persistencia en la incriminación, la agraviada L. E. P. T. sostiene un relato fluido, coherente y claro durante el desarrollo del proceso; lo que acredita aún más la perpetración de los delitos materia de procesamiento.

Decimoprimer. Las diligencias de confrontación realizadas a fojas doscientos cincuenta y dos, doscientos cincuenta y tres y doscientos cincuenta y cuatro respaldan la versión incriminatoria de la menor agraviada y la materialidad de los delitos de actos contra el pudor, violación sexual de menor de edad y aborto sin consentimiento. Al respecto se cuenta con:

11.1. Diligencia de confrontación entre el acusado y la madre de la agraviada

A. El acusado refiere que solo realizaba la función de padrino y nunca la retiró del colegio. Al respecto la madre sostiene que sí lo hacía y la iba a visitar a su domicilio, incluso la llevaba al parque, y cuando le reclamó por tantas atenciones le dijo que era su padrino y por eso la llevaba a pasear.

B. La madre ha sostenido que fue el acusado quien le solicitó llevar a la menor a un hospital porque tenía problemas de gastritis, sin embargo, el acusado en juicio oral ha referido todo lo contrario.

C. El acusado asegura que la madre defiende a su hermano. Por su parte, la madre le dice que es mentira.

D. La madre afirma que le da pena porque confió mucho en él y no pensó que iba a hacer eso, y que por más que se quede libre Dios lo va a castigar. La mamá le encara las acusaciones y el acusado le dice que hace eso solo para tapar a Reiner.

11.2. Diligencia de confrontación entre el acusado y la agraviada

A. La agraviada señala que el acusado empezó a tocar su cuerpo cuando tenía trece años, y a los trece años y medio la violó; la amenazaba y tenía un arma.





B. La agraviada encara al acusado, le dice que no puede creer que mienta; que él le tocaba las nalgas y la besaba en la boca.

C. El acusado le dice: "Reiner es tu pareja".

D. La agraviada le dice que le destrozó la vida y el acusado manifiesta que él no puede tener hijos.

E. La agraviada llora y le dice que abusó de ella, que ella no miente y el acusado manifiesta que está protegiendo a Reiner.

F. La agraviada señala que él le dio pastillas para abortar y el acusado le dice que es mentira.

G. La agraviada le dice que él tiene una pistola y el acusado dice que es mentira.

11.3. Diligencia de confrontación entre el acusado y el testigo Reiner Enrique Huancas Tineo



A. El testigo le dice que lo está "agarrando de cholo" y el acusado refiere que a él no lo dejaron entrar a la maternidad porque era un simple acompañante.

B. El testigo le dice que lo amenazó con un cuchillo porque le dijo que estaba enamorado de su sobrina y el acusado lo niega.

C. El acusado le dice que él es responsable porque pagó el taxi y los gastos, y el testigo le dice que lo hizo porque el acusado manifestó que sus tarjetas estaban bloqueadas.

D. El testigo lo encara y le dice que él le pidió que se haga pasar por su pareja porque, si no, no la iban a atender y el testigo dice que es mentira.

Decimosegundo. Respecto al agravio f sostenido por la defensa técnica del acusado Marcial Mariano Mejía: "Se acredita con el informe de Ivett Silva Orellano, médico perito, que el acusado sufre de hipertiroidismo e hipertensión arterial y el tratamiento médico le produjo impotencia sexual";



si bien es cierto la perito médico legal a fojas doscientos nueve concluye: “Capacidad eréctil ausente”, indicó que: “no se puede precisar desde cuándo presenta dicha patología, y que en el examen se señaló que la fecha de última relación sexual fue hace un año; el acusado no respondió a la evaluación de reflejos, por eso determinó que tenía capacidad eréctil ausente, pero el peritaje concluyó que hace un año que no tiene acto sexual. Refiere que su capacidad eréctil disminuyó porque consume medicamentos hipertensivos, pero que normalmente sí puede tener relaciones sexuales, aunque por su edad la capacidad de erección disminuye. Sostiene que los que tienen problemas de próstata o erección frente a una joven atractiva sí pueden lograr la erección y mantener las relaciones sexuales”. Con lo que se acredita que existen suficientes elementos de prueba de cargo que acreditan, aún más, la perpetración de los delitos materia de juzgamiento.

Decimotercero. Después de corroborar las pruebas y hacer un análisis de los hechos, se tiene que la sentencia materia de grado se encuentra debidamente fundamentada y sustentada con una correcta valoración probatoria que se recabó a lo largo del proceso, con lo que se acredita la responsabilidad del encausado Marcial Mariano Mejía en los ilícitos que se le instruye.

Decimocuarto. En el presente caso, hay que tener en cuenta el artículo 49 del Código Penal, el cual señala tres requisitos en el delito continuado: **a)** pluralidad de acciones u omisiones; **b)** unidad de resolución criminal; y, **c)** unidad de delito.

Decimoquinto. Respecto a la unidad de sujeto activo, el delito continuado solo es factible cuando se presenta un agente ejecutor único, esto es, se requiere uniformidad del sujeto que ejecuta la conducta típica; asimismo, los diversos actos o hechos —sean comisivos u omisivos—, sea que encajen completamente en el tipo penal respectivo o apenas impliquen un comienzo de ejecución de la conducta punible, conforman una sola conducta llevada a





cabo en un determinado contexto social y animada por una finalidad también única.

Decimosexto. Es indispensable tener en cuenta la unidad normativa relativa, esto es, infracción de la misma disposición o de una semejante, además de que los diversos actos constitutivos de una unidad de acción infrinjan de manera reiterada la misma figura típica, aunque nada se opone a que se pueda llevar a cabo una de naturaleza semejante, a condición de que el bien jurídico afectado sea el mismo. Así las cosas, puede haber un nexo de continuación entre un tipo simple y uno calificado; entre una conducta tentada y otra realizadora del tipo penal, o al revés (acto completado seguido de tentativa); o entre la ejecución del tipo básico y el agravado, etc. Lo importante es que los diversos actos obedezcan a una misma finalidad, encajen en un mismo supuesto de hecho o tipo penal, y se lleven a cabo con igual dinámica comisiva u omisiva. Asimismo, se exige que la conducta solo recaiga sobre el mismo titular del bien jurídico.



Decimoséptimo. El delito contra la Libertad Sexual-Actos contra el Pudor, se subsume en el delito de Violación sexual de menor de edad, y constituye un delito continuado al tener la misma resolución criminal, por lo cual es pertinente absolver por dichos actos contra el pudor. En cuanto al delito de aborto tipificado en el artículo 116, primer párrafo, del Código Penal, se configura cuando el agente, sin tener el consentimiento de la mujer en estado de gestación, la somete a prácticas abortivas; quedando acreditada tal conducta con la diligencia de entrevista a la menor practicada por el fiscal, donde señala que el acusado le introdujo dos pastillas por la vagina y le dio de tomar dos más; asimismo con el certificado médico legal practicado a la menor L. E. P. T., con fecha veintisiete de septiembre de dos mil trece, el cual concluyó como diagnóstico ginecoobstétrico: aborto incompleto infectado.

Decimooctavo. La pena que correspondería imponer al acusado Marcial Mariano Mejía por el delito de violación sexual sería la de cadena perpetua, a



tenor de lo previsto en el artículo 173, última parte, del Código Penal (al ser el sentenciado el único recurrente, la misma debe quedar en treinta y cinco años); y en atención a que el delito contra la Libertad Sexual-Actos contra el Pudor se subsume en el delito de Violación sexual de menor de edad, constituyendo un delito continuado, la pena a imponerse respecto a ello sería de 35 años; y, respecto al aborto sin consentimiento, correspondería aplicar la pena privativa de libertad de tres años. Por lo que para la determinación de la pena, es pertinente tener en cuenta lo dispuesto en los artículos octavo y noveno del Título Preliminar del Código Penal, y los numerales cuarenta y cinco y cuarenta y seis del citado Código, así como deben valorarse las circunstancias que acompañaron a la comisión del delito y la conducta del encausado Mariano Marcial Mejía, por lo demás deberá valorarse la presencia del concurso real entre la violación y el aborto, y teniendo en cuenta que la sumatoria de penas no puede exceder de los treinta y cinco años, se queda con la misma.



DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos sesenta y nueve de fecha quince de noviembre de dos mil dieciséis, que condenó al acusado Marcial Mariano Mejía como autor del delito de violación sexual de menor de edad y aborto sin consentimiento, en agravio de la menor L. E. P. T. y la sociedad; y le impuso treinta y cinco años de pena privativa de libertad; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que condena a Marcial Mariano Mejía como autor del delito contra el pudor en agravio de la menor L. E. P. T. Reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por el anotado delito; con respecto a la reparación civil **NO HABER NULIDAD** respecto a los mil soles por concepto de reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la sociedad; y **HABER NULIDAD** respecto de los once mil soles que



RECURSO DE NULIDAD N.º 486-2017/LIMA NORTE

deberá abonar el sentenciado por concepto de reparación civil a favor de L. E. P. T.; **reformándola**, la fijaron en ocho mil soles (siete mil soles por el delito de violación y mil soles soles por el delito de aborto sin consentimiento); y los devolvieron.

S. S.

LECAROS CORNEJO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CHAVES ZAPATER

CALDERÓN CASTILLO



JLLC/isa



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 683-2018/NACIONAL
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Delito de Tráfico de Influencias y Prescripción

Sumilla. 1. Los hechos objeto de imputación son los fijados en la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación prepositiva. Interviene a los efectos de la dilucidación de la excepción de la prescripción: (i) el relato fáctico, como elemento esencial de carácter objetivo a tomar en cuenta; y, en principio, pero de modo relativo, (ii) el título de imputación, esto es, el delito o delitos materia de subsunción jurídico penal, las formas de intervención delictiva -principal o secundaria, según los casos-, las fases de realización del delito y las reglas concursales correspondientes. Solo en los casos de error patente y claridad evidente de los hechos postulados será posible que el órgano jurisdiccional pueda apartarse del aspecto normativo (título de imputación) de la disposición fiscal. 2. Para definir si la acción penal ha prescrito o no, debe examinarse el cuadro de hechos o sucesos histórico global ploteado por la Fiscalía, en especial la fecha de su comisión, y aplicar las reglas sobre prescripción establecidas en el Código Penal. El criterio de análisis es, pues, formal. 3. El delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcional y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de "influencia real" el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública. Es un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado cono y de tendencia. Exige una conducta precisa, con independencia de que la misma forme parte o no de un plan de hecho que lleva a la constatación de una empresa criminal. 4. No rige la regla de la duplica del plazo de prescripción, prevista en el párrafo final de dicho precepto, porque el delito de tráfico de influencias es un delito de mera actividad, en función a la aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada al autor. No es propiamente un delito contra el patrimonio del Estado. 5. El artículo 26 del Código Penal es aplicable en el presente caso, pues la conducta del recurrente (retrógrado) ha sido calificada de instigación del delito de tráfico de influencias. En el caso concreto la condición de funcionario público del autor (retrógrado) solo agrava la punibilidad -lo afecta, en todo caso, pero no la fundamenta-, pues se erige en una circunstancia agravante específica. La calidad de funcionario público del autor es un elemento personal especial, que en el caso del delito de tráfico de influencias, como ya se anotó, agrava la pena pero no la fundamenta -en cuyo caso, si la fundamenta, la solución necesariamente sería distinta-. Entonces, si se no se da en el partícipe este elemento personal especial no puede ser penado por el tipo agravado sino por el básico.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, diecisiete de julio de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa del encausado NICOLAY CASTILLO GUTZALENKO contra el auto de vista de fojas ciento veinticinco, de cinco de abril de dos mil dieciocho, que confirmando el auto de primera instancia de fojas noventa y cuatro, de trece de marzo de dos mil dieciocho, declaró



infundada la excepción de prescripción que dedujo; con lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal seguido en su contra por delito de tráfico de influencias en agravio del Estado.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la disposición fiscal número cinco, de fojas siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, el colaborador eficaz con clave número 06-2017 dio cuenta de la existencia de un pacto entre empresas peruanas y extranjeras, mediante el cual conformaron una organización criminal denominada "El Club". Las citadas empresas eran representadas por un lobista, Rodolfo Edgardo Priulé de la Peña, quien fungía de intermediario o representante de las mismas ante Carlos Eugenio García Alcázar, funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de distribuirse el otorgamiento de las buena pro en diversas obras de carreteras en Provias Nacional, previos pagos ilícitos al referido funcionario público. Los hechos en mención ocurrieron entre los años dos mil once al dos mil catorce, fechas en las que este último ostentaba el cargo de Asesor II del Despacho Viceministerial de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

∞ Específicamente se imputa al encausado recurrente, Nicolay Castillo Gutzalenko, como representante de la empresa constructora "Graña y Montero", haber formado parte o integrado la organización criminal "El Club". En tal virtud, realizó tres consumos en las fechas en que se reunían las empresas para concretar el reparto de obras. Como consecuencia de estas reuniones logró la adjudicación de dos obras a favor de "Graña y Montero": (i) LP N° 1-2011-AATE, de fecha ocho de julio de dos mil once, según contrato adjuntado en el expediente; y, (ii) LP N° 06-2011-MTC/20, con firma de contrato el veintitrés de noviembre de dos mil once.

∞ Los delitos atribuidos al encausado Castillo Gutzalenko son los de (i) tráfico de influencias agravado –en calidad de inductor– y (ii) de organización criminal –en calidad de autor–, ambos en concurso real. Cabe precisar que el señor Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios – Equipo Especial en la audiencia respectiva, de fojas noventa y tres, de ocho de marzo de dos mil dieciocho, precisó que el delito de tráfico de influencias es el agravado previsto en el segundo párrafo del artículo 400 del Código Penal.

SEGUNDO. Que, en cuanto a la excepción de prescripción deducida, materia del recurso, se tiene lo siguiente:

1. En el escrito de excepción de prescripción de fojas uno, de nueve de febrero de dos mil dieciocho, presentado por la defensa del encausado



RECURSO CASACIÓN N.º 683-2018/NACIONAL

Castillo Gutzalenko, se argumentó que los hechos atribuidos por instigación al delito de tráfico de influencias ya habrían prescrito; que, en efecto, razonó que si se toma en cuenta, para los plazos de prescripción, el día veintitrés de noviembre de dos mil once, fecha en que se firmó el último contrato del LP N.º 06-2011-MTC/20, "Ejecución de la obra de rehabilitación y Mejoramiento de la carretera Quinua-San Francisco, Tramo 2: km 78+500-km 172+200 (San Francisco), postor ganador: Consorcio Vial Quinua (GyM SA-ICCGSA-EIVI SAC), la acción penal por el delito de tráfico de influencias ya habría prescrito, puesto que el plazo ordinario de prescripción venció el veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete, antes de la emisión de la disposición fiscal número cinco, de fojas siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho.

2. El auto de primera instancia de fojas noventa y cuatro, de trece de marzo de dos mil dieciocho, proferido por el Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria, empero, declaró infundada la referida excepción. Apuntó que se debe de considerar el marco temporal de la imputación formulada por la fiscalía en la disposición número cinco, de fojas siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho; que, según la imputación, los representantes de las empresas constructoras, conformantes del denominado "Club de la Construcción", entre ellos el investigado, habrían incurrido en los delitos de tráfico de influencias y de organización criminal, en concurso real, operando la prescripción de manera individual.

∞ Agregó que la imputación fiscal atribuyó a los representantes de las empresas constructoras el delito instigación al tráfico de influencias en forma grupal y no de forma individual, porque todos ellos de manera conjunta habrían establecido el orden de prelación en la adjudicación de obras durante los años dos mil once a dos mil catorce, fechas en las que el funcionario público implicado trabajó en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; que dicho marco temporal es el que sirve para el cómputo de la prescripción, por lo que, a la fecha, han transcurrido menos de cuatro años desde el periodo mencionado hasta la formalización de investigación preparatoria, que se produjo el diecinueve de enero de dos mil dieciocho, consecuentemente, el delito no ha prescrito.

3. En mérito al recurso de apelación de fojas ciento cinco, de diecinueve de marzo de dos mil dieciocho, interpuesto por el abogado del citado acusado, y culminado el trámite impugnativo, la Sala Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios emitió el auto de vista de fojas ciento veinticinco, de cinco de abril de dos mil dieciocho, que confirmó el auto de primera instancia.

∞ Consideró el Tribunal Superior que, según los términos de la imputación fiscal, el Ministerio Público postuló una co-inducción, lo que impide escindir la participación de los representantes de las empresas a



cada obra licitada, como pretende la defensa, por tratarse de acuerdos conjuntos que beneficiaban indistintamente a cada uno de sus miembros; que, en consecuencia, la imputación también tiene que ser atribuida en forma conjunta, como se señala en la resolución impugnada; que, siendo así, en los casos de una investigación contra varias personas por instigación al delito de tráfico de influencias, cuya conducta es atribuida como parte de un acuerdo en conjunto (co-inducción), materializado en diferentes momentos y en beneficio indistinto de las empresas que representan, el inicio del plazo de prescripción se debe de computar desde el momento en que se materializó el último acuerdo; que como el hecho final habría acontecido, según la imputación, con el cese del cargo de funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Carlos García Alcázar, en el mes de julio del año dos mil catorce, entonces, el plazo de prescripción de la acción penal no ha operado porque para que esto suceda tienen que haber transcurrido ocho años desde el suceso indicado, pero en realidad ni siquiera han pasado cuatro años; que si se tiene en cuenta la tesis de la defensa, en el sentido de que el inicio del cómputo debe efectuarse desde el dos mil once (antes del veintitrés de noviembre de dos mil once), tampoco habría operado la prescripción por no haber transcurrido los ocho años que se requiere, de conformidad con los artículos 24, 80 y 400, segundo párrafo, del Código Penal.

4. Contra este auto de vista la defensa del encausado Nicolay Castillo Gutzalenko promovió recurso de casación.

TERCERO. Que la defensa del encausado Castillo Gutzalenko [fojas ciento treinta y dos, de nueve de mayo de dos mil dieciocho] mencionó el acceso excepcional al recurso de casación y citó, al efecto, el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal. Invocó como causal de casación: infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal).

Desde el acceso excepcional al recurso de casación pidió se defina, en los casos de co-inducción, el inicio del plazo de prescripción. Apunta que, en estos casos, tiene que vincularse el *dies a quo* con el momento del concreto aporte material que realiza el co-inductor para colaborar en la inducción, no con la fecha en que el autor llevó a cabo y consumó el tráfico de influencias.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ochenta y siete, de doce de octubre de dos mil dieciocho, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A. La causal de infracción de precepto material: artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.
- B. El motivo de casación es postular un examen jurídico penal de la institución de la prescripción, en relación al comienzo del plazo y en función al título de intervención delictiva del instigador.



QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –con la presentación de alegatos ampliatorios por la parte civil a cargo de la Procuraduría Pública Ad Hoc para los casos Odrrecht y conexos de fojas sesenta y ocho–, se expidió el decreto de fojas ciento dos, de veintitrés de mayo de dos mil diecinueve, que señaló fecha para la audiencia de casación el día diez de julio último.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa del imputado, Doctor Luis Alejandro Vivanco Gotelli, y el abogado delegado de la Procuraduría Pública Ad Hoc para los casos Odrrecht y conexos, Doctor Iván Solís Turkoski.

SÉPTIMO. Que concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día y continuado el debate días posteriores, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. Que los hechos objeto de imputación, a estos efectos, son los fijados en la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria, que importan el sustento de la inculpación formal y la concreción de la promoción de la acción penal (artículo 336 del Código Procesal Penal). Interesa a los efectos de la dilucidación de la excepción de la prescripción: (i) el relato fáctico, como elemento esencial de carácter objetivo a tomar en cuenta; y, en principio, pero de modo relativo, (ii) el título de imputación, esto es, el delito o delitos materia de subsunción jurídico penal, las formas de intervención delictiva –principal o secundaria, según los casos–, las fases de realización del delito y las reglas concursales correspondientes. Solo en los casos de error patente y claridad evidente de los hechos postulados será posible que el órgano jurisdiccional pueda apartarse del aspecto normativo (título de imputación) de la disposición fiscal.

∞ De otro lado, para definir si la acción penal ha prescrito o no, debe examinarse el cuadro de hechos o suceso histórico global planteado por la Fiscalía, en especial la fecha de su comisión, y aplicar las reglas sobre prescripción establecidas en el Código Penal. El criterio de análisis es, pues, formal. No es posible modificar los hechos imputados ni, por consiguiente, alterar las fechas postuladas por la Fiscalía. Si son varias las fechas designadas, por tratarse de múltiples acontecimientos acaecidos en diversos



momentos –más allá de su conexión material o procesal–, cabe desde luego asumir aquellos momentos relevantes para dilucidar el caso concreto.

PRIMERO. Que contra el encausado Castillo Gutzalenko se sigue el presente proceso penal por dos delitos, en concurso real: organización criminal y tráfico de influencias agravado. La excepción deducida solo está referida al delito de tráfico de influencias agravado (artículo 400, segundo párrafo, del Código Penal). Luego, independiente de la suerte de esta excepción, el aludido imputado seguirá encartado por el delito de organización criminal.

o Es axiomático que, más allá de la concreta conexión en el caso específico entre los delitos de tráfico de influencias (particularmente: influencia real) y de organización criminal, cada uno de ellos tiene su propia configuración típica, tutela distintos bienes jurídicos y las fechas de su comisión varían (no son las mismas).

o El tipo delictivo de organización criminal es un delito plurisubjetivo y permanente –se mantiene la situación de antijuridicidad a lo largo de todo el tiempo en que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica–, así como de peligro abstracto. El fundamento de su criminalización es el peligro y la inestabilidad social que puede generar la sola existencia de un concierto criminal expresado en la conformación de colectivos cuya finalidad ha de infringir normas de contenido penal, siendo el sujeto pasivo la sociedad como ente colectivo indeterminado [PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Lavado de Activos y Organizaciones Criminales en el Perú*, Editorial IDEMSA, Lima, 2019, pp. 338 y 341]. Lo decisivo de este tipo penal es que el plan delictivo permanece más allá de las personas individuales –el fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una voluntad colectiva superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros (Sentencia del Tribunal Supremo Español STSE 178/2016, de tres de marzo)–. La nota característica de la organización criminal es que la actuación de sus integrantes se lleva a cabo dentro de una estructura organizada marcada por un actuar de decisiones y diversos niveles de ejecución (STSE 315/2017, de tres de mayo).

o De otro lado, el delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcional y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de “influencia real” el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública. Es un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado corto y de tendencia. Exige una conducta precisa, con independencia de que la misma forme parte o no de un plan delictivo que lleva a la constatación de una empresa criminal. La conducta típica está radicada –al ser un delito de encuentro– no solo en la invocación de una influencia a cambio de algo, sino que es indispensable, como compensación, que exista una aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada.



o No puede, pues, confundirse las exigencias de ambos delitos más allá de su conexión material, lo que está relacionado sin duda con el tiempo de su comisión, cuya independencia es obvia.

SEGUNDO. Que el error de las resoluciones de instancia es, precisamente, dar un tratamiento jurídico único, priorizando el delito de organización criminal –su lógica comisiva– y su proyección en el tiempo, desconociendo que el delito de tráfico de influencias es autónomo e instantáneo –aunque, desde los hechos imputados, conexo materialmente al primero–, y que presenta exigencias típicas distintas y conductas delictivas específicas. Si se está, como así sucede, ante un concurso real de delitos (artículo 50 del Código Penal), entonces, el examen de la prescripción es autónoma, conforme al artículo 80, segundo párrafo, del citado Código. No puede confundirse el plan delictivo de la organización criminal con los concretos delitos cometidos como consecuencia del mismo.

o Por lo demás, dado el carácter formal del examen de la excepción de prescripción no es relevante dilucidar si se está ante una co-inducción, una instigación individualizada o una instigación en cadena –lo esencial, a estos efectos, es que el agente dolosamente realizó una aportación muy relevante para la ejecución del hecho delictivo al convencer, por diversos medios que importan un influjo psíquico, al autor o ejecutor a realizarlo, siendo obvio que la inducción precede a la decisión de cometer un delito concreto (artículo 24 del Código Penal)–. Solo es de resaltar que el imputado recurrente, desde los cargos, no fue calificado de autor del delito de tráfico de influencias, y que se señaló, a partir de lo que efectivamente habría realizado como interesado, que de uno u otro modo decidió la actividad delictiva del traficante de influencias (artículo 24 del Código Penal). Por lo demás, acerca de la “inducción en cadena”, más allá de los debates doctrinales, ésta es aceptada en la doctrina alemana y en la jurisprudencia y en un sector de la doctrina española [véase: MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal – Parte General*, 8va. Edición, Editorial Repertor, Barcelona, 2008, pp. 404-410].

TERCERO. Que, ahora bien, con independencia del delito de organización criminal –ajeno a esta excepción– y en orden a la autonomía del delito de tráfico de influencias, conforme se precisó en el fundamento jurídico precedente, se tiene –atento a los cargos imputados– lo siguiente:

1. Los dos actos presuntamente configuradores del referido delito se cometieron en el año dos mil once. El último acto continuado –así, artículo 82, numeral 3, del Código Penal– se habría agotado con la celebración del respectivo contrato el día veintitrés de noviembre de dos mil once, aunque el acuerdo delictivo tuvo lugar antes, pero en ese mismo año.

2. El delito imputado (artículo 400, párrafo final, del Código Penal, según la Ley 29758, de veintiuno de julio de dos mil once) está sancionado con una



RECURSO CASACIÓN N.º 683-2018/NACIONAL

pena privativa de libertad máxima de ocho años, que es la regla que determina para el autor el examen de la prescripción de la acción penal (artículo 80, primer párrafo, del Código Penal, según la Ley 28117, de diez de diciembre de dos mil tres). Para el tipo básico –primer párrafo del citado artículo 400 del Código Penal– la pena privativa de libertad es no menor de cuatro años ni mayor de seis años.

3. No rige la regla de la dúplica del plazo de prescripción, prevista en el párrafo final de dicho precepto, porque el delito de tráfico de influencias es un delito de mera actividad, en función a la aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada al autor. No es propiamente un delito contra el patrimonio del Estado. No se satisfacen, al respecto, las exigencias del Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, de dieciséis de noviembre de dos mil diez, Fundamentos Jurídicos decimocuarto y decimoquinto.

CUARTO. Que es de acotar, primero, que el sujeto activo del delito de tráfico de influencias –el autor– es el vendedor de influencias, mientras que el interesado (cobrador solicitante de influencias) solo puede ser considerado instigador, siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el “vendedor de influencias” mediante un influjo psíquico [Acuerdo Plenario 3-2015/CJ-116, de dos de octubre de dos mil quince, Fundamento Jurídico undécimo]. Segundo, que como el rol atribuido al imputado Castillo Gutzalenko es el de instigador, resta determinar si el hecho de que el autor es funcionario público necesariamente lo vincula con esta circunstancia agravante específica, pese a que él no es funcionario público.

∞ Al respecto, el artículo 26 del Código Penal es aplicable en el presente caso, pues la conducta del recurrente (*extraneus*) ha sido calificada de instigación del delito de tráfico de influencias. En el caso concreto la condición de funcionario público del autor (*intraneus*) solo agrava la punibilidad –la afecta, en todo caso, pero no la fundamenta–, pues se erige en una circunstancia agravante específica. Precisa, sobre el particular, el indicado precepto penal que: “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”.

∞ La cualidad de funcionario público del autor es un elemento personal especial, que en el caso del delito de tráfico de influencias, como ya se anotó, agrava la pena pero no la fundamenta –en cuyo caso, si la fundamentaría, la solución necesariamente sería distinta–. Entonces, si no se da en el partícipe este elemento personal especial no puede ser penado por el tipo agravado sino por el básico –la cualidad personal del autor, como estatuye el citado artículo 26 del Código Penal, no modifica la del partícipe del mismo hecho punible–. Por consiguiente, el encausado Castillo Gutzalenko solo puede ser reprimido por el tipo básico: primer párrafo del artículo 400 del Código



Penal. Luego, la pena privativa de libertad no puede ser superior a los seis años.

QUINTO. Que, en tal virtud, si el delito de tráfico de influencias se cometió en dos mil once, y si la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria se expidió el diecinueve de enero de dos mil dieciocho, se tiene lo siguiente. Primero, no se configuró la causal de suspensión de la acción penal a que se refiere el artículo 339, apartado 1), del Código Procesal Penal. Segundo, la acción penal, conforme al artículo 83 del Código Penal, recién se interrumpió al dictarse la disposición número uno, de cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, de iniciación de las diligencias preliminares (así se indicó en el numeral cinco, de la Sección II Antecedentes, de la disposición fiscal número cinco, de fojas siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho).

∞ Los seis años transcurridos luego de cometido el delito de tráfico de influencias se cumplieron en dos mil diecisiete, necesariamente antes del mes de diciembre de ese año –recuérdese que el último acto de tráfico de influencias ocurrió antes de noviembre de dos mil diecisiete–; es decir, antes de la interrupción de la acción penal y, desde luego, con anterioridad a la inculpación formal. Consecuentemente, la acción penal por el delito de tráfico de influencias prescribió incluso previamente al inicio de las diligencias preliminares.

∞ Es de aplicación, en suma, el artículo 6, numeral 2, del Código Procesal Penal: el proceso ha de ser sobreseído respecto del delito de tráfico de influencias, sin perjuicio de la continuación del proceso por el delito de organización criminal.

SEXTO. Que, en conclusión, el Tribunal Superior interpretó incorrectamente los alcances de las reglas de prescripción y las exigencias legales del delito de tráfico de influencias. Por tanto, el motivo casacional de infracción de precepto material debe ampararse y así se declara.

∞ Por las propias características de la causal estimada la presente sentencia ha de ser rescindente y rescisoria: para decidir no es necesario un nuevo debate (artículo 433, apartado 1, del Código Procesal Penal). Debe procederse conforme al artículo 6, numeral 2, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones: **L. Declararon FUNDADO** el recurso de casación excepcional por la causal de infracción de precepto material interpuesto por la defensa del encausado **NICOLAY CASTILLO GUTZALENKO** contra el auto de vista de fojas ciento veinticinco, de cinco de abril de dos mil dieciocho, que confirmando el auto de primera instancia de fojas noventa y cuatro, de trece



RECURSO CASACIÓN N.º 683-2018/NACIONAL

de marzo de dos mil dieciocho, declaró infundada la excepción de prescripción que dedujo; con lo demás que al respecto contiene. **II. CASARON** el auto de vista de fojas ciento veinticinco, de cinco de abril de dos mil dieciocho; y, actuando en sede de instancia: **REVOCARON** el auto de primera instancia de fojas noventa y cuatro, de trece de marzo de dos mil dieciocho, declaró infundada la excepción de prescripción por el delito de tráfico de influencias que dedujo el imputado; y, reformándolo: declararon **FUNDADA** dicha excepción. En consecuencia, sobreseyeron definitivamente el proceso respecto del delito de tráfico de influencias seguido contra el citado encausado, sin perjuicio de la continuación de la causa en su contra por el delito de organización criminal; y, **ORDENARON** el archivo de la misma en este extremo y la **ANULACIÓN** de sus antecedentes policiales y judiciales por el citado delito de tráfico de influencias. Sin costas. **III. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por licencia del señor juez supremo Príncipe Trujillo. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

CHAVEZ MELLA
CSM/aron

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY
PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

24 JUL 2018