PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 1-2015/CIJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116° TUO LOPJ.
ASUNTO: Sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, 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°. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: *el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias.* Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. En esta etapa fueron recepcionados importantes aportes orales y escritos formulados por DEMUS- Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer y por la Defensoría del

Pueblo, los cuales han sido analizados e incorporados como material informativo para la elaboración del presente Acuerdo Plenario. Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados-, en las sesiones de fecha 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así cómo se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La *segunda etapa* consistió en el desarrollo de la *audiencia pública*, que se llevó a cabo el 3 de setiembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales.

4°. La *tercera etapa* del IX Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes en cada uno de los temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

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.

Interviniendo como ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes del Problema

6°. Históricamente los delitos de violencia sexual contra menores de catorce años de edad han generado siempre una grave alarma social. Por tal razón en la legislación vigente ellos están sancionados con penas muy severas, entre las que se incluye a la cadena perpetua. En la actualidad la judicatura penal nacional viene registrando una recurrencia relevante de procesos por delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años, los cuales tienen como autores a integrantes de comunidades campesinas y amazónicas del país. La presencia de esta clase de delitos y de procesos penales marca sus mayores indicadores de frecuencia en los Distritos Judiciales de Cajamarca, Loreto, San Martín, Ayacucho, Puno y Cuzco.

7°. La mayoría de estos casos guarda relación con la existencia de patrones culturales tradicionales que inciden en la potenciación de la vulnerabilidad sexual de niñas y adolescentes menores de 14 años. En lo esencial, por ejemplo, es común encontrar como razón etiológica de estos sucesos una arraigada tolerancia y fomento social en las

comunidades campesinas y amazónicas, ubicadas en aquellas áreas geográficas del territorio nacional, hacia el sometimiento a prácticas sexuales tempranas de las niñas o adolescentes desde que ellas comienzan a menstruar. Para los investigadores de esta actitud cultural, ella refleja un consolidado modelo histórico de discriminación social y política de la mujer indígena que tiene un origen y connotación androcentrista [Cfr. VILLANUEVA FLORES, Rocío: *Constitucionalismo, pluralismo jurídico y derechos de las mujeres indígenas*, en *Revista de Derecho Público* N° 32, Enero-Junio 2014, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, p. 17 y ss.]. Es más, dicho patrón cultural se reproduce en los siguientes comportamientos y creencias:

1. Toda menor de edad que menstrúa puede mantener relaciones sexuales y ser sometida a ellas.

2. Prácticas arraigadas de matrimonios arreglados para niñas o adolescentes menores de catorce años.

3. Venta de niñas o adolescentes menores de catorce años con fines matrimoniales.

4. Validación y tolerancia del "robo" (rapto).

5. Legitimación de prácticas sexuales tempranas consentidas.

8°. En ese contexto, otro componente que también incide negativamente en la extensión de la imagen del problema descrito, lo constituye la aplicación indebida o distorsionada que viene haciendo la justicia penal nacional de las consecuencias jurídicas que regula el artículo 15° del Código Penal (***"El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuara la pena"***). Esta práctica disfuncional de los órganos jurisdiccionales coadyuva determinantemente a que tales actos de agresión sexual queden impunes o sean objeto de penas simbólicas o extremadamente atenuadas. Pero, también, en conexión con lo anterior el proceder judicial adolece de otras disfunciones como las siguientes:

1. Tendencia prevalente en las sentencias penales a validar (absolución) o minimizar (aplicar penas leves) el tratamiento de los perpetradores de actos de violencia sexual contra niñas o adolescentes menores de catorce años de edad, en aplicación del artículo 15°, sin mediar una pericia antropológica.

2. Interés fundamental del órgano judicial por identificar con la pericia antropológica solo la condición de aborigen, nativo o campesino del imputado, haciendo a un lado el análisis del contexto cultural que determinó la agresión sexual.

3. Invisibilización frecuente de la víctima en los procesos judiciales.

4. Ausencia de otros medios de contrastación de las costumbres o patrones culturales que influyeron en la conducta delictiva para decidir la aplicación de los efectos del artículo 15° del Código Penal.

5. Escaso conocimiento y utilización práctica de los protocolos de actuación judicial intercultural.

6. Distorsión ideológica sobre el rol y situación de la víctima de la violencia sexual *("prestó su consentimiento", "sus padres y la comunidad lo aceptaron", "así son pues sus costumbres").*

7. Falta de equidad y sensibilidad en las decisiones judiciales sobre la reparación de los daños sufridos por la víctima.

9°. Todo parece indicar que estas malas prácticas judiciales guardan relación directa con una inadecuada o parcializada información que recepciona el órgano jurisdiccional desde los contenidos y conclusiones de las pericias antropológicas, dispuestas y realizadas para explicar la trascendencia intercultural de los hechos de agresión sexual imputados [Conforme GUEVARA GIL, Armando: *El peritaje antropológico en la Corte Superior de Justicia de Loreto*; VERONA BADAJOZ, Aarón: *¿Pluma o espada? La desnaturalización del peritaje antropológico. Análisis de seis peritajes*, ambos en GUEVARA GIL, Armando - VERONA BADAJOZ, Aarón – VERGARA, Roxana (Editores), *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Lima 2015, p. 167 y ss.]. A dicha deficiencia informativa cabe añadir también la falta de otros medios de contraste que sean igualmente idóneos para entender o contrastar el real significado intercultural del delito cometido. Entre las principales observaciones que cabe formular a tales instrumentos técnicos de auxilio judicial cabe señalar las siguientes:

A. Pericias que solo aportan información insuficiente y general.

B. Limitada capacidad, calidad y experiencia técnica de los peritos.

C. Referencias escasas y genéricas sobre los patrones culturales que determinan la tolerancia de prácticas sexuales con menores de 14 años (madurez sexual temprana, relaciones prematrimoniales, acuerdos entre los padres de la menor y el hombre, relaciones sexuales intrafamiliares, falta de costumbres de enamoramiento).

D. Necesidad, no siempre justificada, de aplicar a todo caso el artículo 15°, como vía exclusiva y excluyente de realización de una justicia penal intercultural.

E. Reflexiones y cuestionamientos legales impertinentes sobre la severidad de las penas solicitadas por el Ministerio Público.

F. Validación cultural de prácticas sexuales realizadas con niñas y adolescentes, cuando fueron consentidas y la denuncia de los hechos fue realizada por terceros.

G. Tendencia a construir las conclusiones periciales como un alegato de defensa a favor del procesado, lo que afecta la objetividad del análisis técnico del caso.

H. Marcado compromiso emotivo de los peritos con los imputados que pertenecen a otros contextos culturales y son sometidos a la justicia penal, lo que los lleva a sostener una constante presunción de inocencia por motivos culturales.

§ 2. Oportunidades interculturales y jurídicas para superar la problemática detectada

10°. En la actualidad existen diferentes estudios antropológicos sobre la problemática de las relaciones sexuales tempranas con niñas y adolescentes menores de 14 años que han puesto en evidencia la existencia al interior de las comunidades andinas y amazónicas peruanas de importantes vetas de ilustración, que cuestionan críticamente los patrones culturales hegemónicos que inciden en el mantenimiento y fomento de tales prácticas. Así lo demuestran los estudios empíricos realizados en núcleos campesinos de Bambamarca por GITTLIZ, y, entre las mujeres, de la etnia Awajún por FULLER OSORES. El primero ha desmitificado que el matrimonio con niñas o adolescentes menores de 14 años sea una costumbre, así como ha demostrado que entre estos núcleos campesinos coexisten notables manifestaciones de rechazo a todo abuso sexual contra menores de 13 años [GITLITZ, John Stephen: *La Cultura es más Compleja de lo que Pensamos: Artículo 15 y la Violencia sexual de menores*. Ponencia inédita sustentada en el *Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15 del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual*. Cajamarca, 14 de agosto de 2015]. Por su parte, la segunda, también ha puesto en evidencia que actualmente las mujeres jóvenes y adultos demandan, desde el interior de las etnias amazónicas, que no se les entregue a temprana edad para convivir con hombres y tener relaciones sexuales [FULLER OSORES, Norma: *Género, justicia e interculturalidad*. Ponencia inédita sustentada en el *Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15 del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual.* Cajamarca, 14 de agosto de 2015].

Pero, además, entre órganos representativos de las autoridades comunales, como la Central Única de Rondas Campesinas del Perú, se ha detectado, igualmente, tendencias a favor de cambiar aquellas prácticas de discriminación y agresión de género. En efecto, en un comunicado sobre la materia, del 21 de setiembre de 2015, hecho público durante el desarrollo del VI Congreso Internacional de Justicia Intercultural realizado en Puno, dicho colectivo anunció su voluntad de reconocer el derecho de las mujeres, niñas y adolescentes a una tutela jurisdiccional efectiva frente a todo abuso y forma de violencia sexual que se cometa en el espacio donde la justicia ronderil ejerce competencia. Esta importante declaración incluyó también la promoción de acciones para propiciar *"una mayor participación de las mujeres en la administración de justicia y el cambio de prácticas sociales machistas o de abuso... y una mejor comprensión de sus derechos"*.

11°. En el ámbito jurídico confluyen múltiples declaraciones regionales especializadas e instrumentos internacionales, suscritos por el Perú, que demandan, también, que las conductas y costumbres que afectan a las mujeres, niñas y adolescentes en entornos interculturales sean modificadas o removidas por constituir estas modalidades graves de discriminación y violencia de género; [Conforme: CENTRO DE CULTURAS INDÍGENAS DEL PERÚ (et al.): *Un Continente, Un solo Espíritu.* Memoria del IV Encuentro Continental de Mujeres Indígenas de las Américas, Lima 2004, p. 114 y ss.]. Ejemplo de esta tendencia normativa es el artículo 7.e de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer-Convención de Belém Do Pará. Según esta disposición: *"Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en: (...) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer"*. En ese mismo sentido, la 57ª Sesión de la Comisión de la Condición de la Mujer de las Naciones Unidas, emplazó a los Estados para la creación de *"mecanismos de accesibilidad a la justicia ordinaria para mujeres indígenas, a través de la capacitación y sensibilización de las y los funcionarios que imparten justicia en materia de derechos individuales y colectivos con enfoque de interculturalidad y de género..."* (*Declaración de las Mujeres Indígenas.* Numeral 5. Naciones Unidas. Nueva York. Marzo de 2013).

Además, se viene produciendo un cambio de enfoque y de *praxis* entre los órganos de la justicia ordinaria y constitucional de nuestra región frente a los abusos sexuales contra menores en contextos pluriculturales. Al respecto se marca la necesidad de abordar tales conflictos interculturales desde un test de compatibilidad y ponderación con las exigencias derivadas del principio universal de prevalencia del interés superior del niño [SÁNCHEZ BOTERO, Esther: *Violencia sexual a menores y pluralismo jurídico en contextos multiculturales. Experiencia Colombiana.* Ponencia inédita sustentada en el *Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15° del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual.* Cajamarca, 14 de agosto de 2015]. En coherencia con ello la Corte Constitucional Colombiana ha sostenido lo siguiente: *"En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas están en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito se debe observar el principio* pro infans *que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de la restricciones de la jurisdicción ordinaria los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad"* (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T 617 de 2010).

12°. Cabe señalar que en el marco normativo interno también concurren disposiciones normativas concordantes con las aludidas normas internacionales. Por ejemplo, el texto aprobado recientemente por el Congreso Nacional de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo familiar, destaca

que el **enfoque de interculturalidad**: *"Reconoce la necesidad del diálogo entre las distintas culturas que se integran en la sociedad peruana, de modo que permita recuperar, desde los diversos contextos culturales, todas aquellas expresiones que se basan en el respeto a la otra persona. Este enfoque no admite aceptar prácticas culturales discriminatorias que toleran la violencia u obstaculizan el goce de igualdad de derechos entre personas de géneros diferentes"* (Artículo 3.3). Asimismo, declara que *"las mujeres y los integrantes del grupo familiar tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser valorados y educados, a estar libres de toda forma de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación"* (Artículo 9°). Por su parte, el marco normativo institucional del Poder Judicial, particularmente aquel que orienta el desarrollo de políticas y estratégicas institucionales de gestión de casos de naturaleza intercultural, también ha regulado sobre la interdicción y deslegitimación de aquellas decisiones judiciales que puedan avalar, directa o indirectamente, la violencia sexual contra la mujer. Al respecto, el *Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que involucren a Ronderos* ha establecido en las Reglas de Actuación N° VIII (9 y 10) lo siguiente:

> *"Si los jueces requieren información especializada para la valoración de los aspectos culturales del caso, solicitarán la realización de peritajes antropológicos-jurídicos a cargo de profesionales especializados e informes ilustrativos a las autoridades comunales y ronderas.*
>
> *Los jueces podrán solicitar a las organizaciones de los comuneros o ronderos involucrados en el proceso la información adicional que consideren pertinente para comprender mejor el contenido cultural y la naturaleza de los hechos controvertidos.*
>
> ***Los jueces no podrán realizar o aceptar conciliaciones que vulneren derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia familiar o violencia sexual."***

13°. Es, pues, en este marco de problemas y alternativas, que se hace necesaria la reorientación del proceder judicial en los procesos penales por delitos sexuales en agravio de niñas y adolescentes menores de catorce años, los cuales fueron cometidos por miembros de comunidades campesinas y nativas alegando la práctica de costumbres ancestrales. En torno a ello, sin embargo, es importante reconocer, como lo advierte la antropóloga Norma FULLER, que este tipo de problemas de la justicia intercultural constituye una compleja paradoja y desafío por lo que, en principio, no es posible abordar tal problemática con criterios generales. Por consiguiente, las alternativas pertinentes de solución de tales conflictos deben identificarse y evaluarse caso por caso. Sobre todo, porque en dicho ámbito confluyen en paralelo dos demandas reivindicativas contemporáneas y legítimas, que han merecido igual reconocimiento y amparo del derecho convencional y constitucional [FULLER OSORES, Norma: *Género, justicia e interculturalidad.* Ponencia inédita sustentada en el *Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15° del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual.* Cajamarca,

14 de agosto de 2015]. En efecto, de un lado, se posesiona la válida exigencia de un respeto irrestricto a la diversidad cultural de los pueblos originarios. Y, de otro lado, emerge la demanda impostergable de alcanzar la plena igualdad e inclusión social de las mujeres a la vez que de impedir que se perennicen contra ellas formas graves de discriminación o violencia de género. Esta, necesidad, pues, de un tratamiento selectivo, prudente y equilibrado de este tipo de conflictos penales interculturales, es también destacada implícitamente en la precitada Ley aprobada para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. En ella se precisa que *"La intervención de los pueblos indígenas u originarios en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se sujeta a lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución Política"* (Artículo 47°). Teniendo en cuenta, pues, tales posibilidades y límites, resulta oportuno que el Poder Judicial a través de sus instancias jurisdiccionales desarrolle dos estrategias mínimas para modificar la situación problemática que se ha descrito. En la implementación de ambas, sin embargo, debe patentizarse y ser transversal la transparente y legítima voluntad institucional de aplicar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior de las niñas y adolescentes de las comunidades andinas y amazónicas en la gestión de los casos judicializados por delitos de violencia sexual. Pero, además, tales opciones estratégicas y toda acción que de ella derive deberá de observar siempre el respeto irrestricto por la autonomía y diversidad cultural de las comunidades campesinas y nativas del país, así como por la jurisdicción y fuero especial que les reconoce la Constitución.

14°. La primera estrategia consiste en propiciar un diálogo intercultural con las autoridades de la jurisdicción especial cada vez que se presenten ante los jueces penales de la jurisdicción ordinaria casos de relevancia intercultural vinculados a delitos de violación y abuso sexual de niñas y adolescentes menores de catorce años. Ello con la finalidad de que el juez penal ordinario pueda evaluar mejor la incidencia de patrones culturales en la realización del hecho punible y de validar su propia competencia funcional. La segunda estrategia, en cambio, tiene un sentido fundamentalmente operativo, ya que radica en la provisión, difusión y consolidación de criterios jurisprudenciales de eficacia vinculante que eviten el uso arbitrario e inadecuado del artículo 15° del Código Penal, a favor de los autores de tales delitos y con afectación del derecho de las víctimas a la justicia.

15°. El presente Acuerdo Plenario constituye, pues, la materialización inicial y concreta de la segunda de aquellas dos estrategias. Con él se busca insertar y fomentar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior del niño en las decisiones judiciales de índole intercultural vinculadas con la discusión procesal sobre la debida aplicación de la eximente o reducción punitiva que propone el artículo 15° del Código Penal. Pero, también, a través de sus contenidos se procura incidir en la necesidad de corregir, a partir de estándares de calidad, las malas prácticas identificadas en la elaboración técnica, interpretación jurisdiccional y valoración de las pericias antropológicas o informes de intermediación cultural. Esto es, en todo medio de auxilio judicial pertinente para dilucidar la intensidad y legitimidad de los factores o características de índole intercultural, útiles para esclarecer el real significado sociocultural de los actos de sometimiento a niñas y adolescentes menores de catorce años a relaciones sexuales tempranas e imputados a miembro de comunidades campesinas y nativas.

§ 3. Lineamientos para la adecuada aplicación judicial del artículo 15° en procesos penales interculturales por agresión sexual contra niñas y adolescentes

16°. El artículo 15° del Código Penal regula una causal de exculpación, plena o relativa, que opera en aquellos casos donde la realización de un hecho que la ley penal califica como delito, le es imputado a quien por su cultura y valores originarios no puede comprender tal condición antijurídica y, por ende, tampoco está en capacidad de determinar su conducta conforme a tal comprensión. La doctrina penal nacional ha aportado en torno a dicho dispositivo legal diferentes lecturas y funciones dogmáticas. En tal sentido, se le ha considerado como una modalidad especial de *error de prohibición o de causal de inimputabilidad o incapacidad penal* [Conforme VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima 2013, p. 622 y ss.; HURTADO POZO, José - PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4° edición, Tomo I, Idemsa, Lima 2011, p. 608 y ss.; MEINI, Iván: *Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría General del Delito,* Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2014, p. 153 y ss.]. Ahora bien, la consecuencia jurídica prevista por dicho artículo afecta siempre la punibilidad del hecho ilícito imputado. Por consiguiente, si se cumplen sus presupuestos normativos el agente, según los casos, no será sancionado penalmente o se le aplicará una disminución punitiva. Ahora bien, los riesgos o impactos negativos, derivados de una aplicación judicial indebida o distorsionada de tales efectos de exoneración o disminución punitiva, al recaer sobre potenciales autores de delitos tan sensibles para la comunidad nacional, como son las agresiones sexuales contra niñas y adolescentes menores de catorce años, proyectan un equivocado mensaje psicosocial de tolerancia o validación judicial de un acto delictivo. Esto es, transmiten o promueven una sensación colectiva de impunidad frente a la cual solo se esgrime como justificación el origen cultural del infractor, lo cual, por su insuficiencia o argumentación aparente, resiente toda concesión razonable de tutela jurisdiccional efectiva para los derechos fundamentales de las víctimas. Es más, como advierte un sector de la doctrina, tales prácticas erradas de la judicatura, sobre la interpretación y los límites constitucionales de la diversidad cultural, solo expresarían *"una contradicción paradójica en el sistema: garantizar los derechos fundamentales de la persona y, al mismo tiempo, considerar eximentes de pena a pautas culturales o costumbres contrarias a estos mismos derechos"* [HURTADO POZO, José - PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 614]. Por tanto, pues, deben fijarse lineamientos ideológicos y prácticos que posibiliten una atinada gestión de los procesos penales por tales delitos, a la vez que vinculen a los jueces penales con una delicada y escrupulosa aplicación del artículo 15° del Código Penal a los imputados. En coherencia con tales finalidades, es menester que los órganos jurisdiccionales penales de todas las instancias adopten y utilicen los siguientes criterios:

i. Desarrollar una aplicación selectiva y restringida del artículo 15° del Código Penal, a fin de que éste no proyecte indebidamente sus efectos sobre autores de delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años. Por tanto, deben excluirse de los alcances de dicha disposición y reprimirse penalmente, toda forma violenta de abuso o prevalimento que hayan utilizado los imputados para someter a la víctima menor de catorce años de edad a un acceso carnal. No siendo, en ningún caso, excusa suficiente el aval posterior de tales actos por parte de familiares o la aceptación por estos de cualquier forma de

compensación, toda vez que la vulneración de derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia sexual de menores de catorce años de edad, no admite compensación ni conciliación alguna. Al respecto, se valorará la fenomenología casuística relevante como las notorias diferencias de edad entre el autor y la víctima, la oportunidad y las circunstancias del hecho, la condición de vulnerabilidad de la menor agraviada, el estado civil del agresor al momento del hecho, la existencia de formas de negociación o arreglo para la entrega con fines de prácticas sexuales de la menor al margen de su voluntad y consentimiento, la aceptación de formas posteriores de composición o indemnización, la constitución y duración forzada de un estado de convivencia posterior a los hechos, el grado de aculturación adquirido por el imputado, entre otros análogos, los cuales deberán ser apreciados y motivados en cada caso por el juez para decidir su relevancia intercultural o su significado de género.

ii. **La construcción técnica e idónea de las pericias antropológicas en procesos penales sobre la materia.** La pericia antropológica es obligatoria e imprescindible, en todos los casos, para decidir la aplicación del artículo 15° del Código Penal. El órgano jurisdiccional debe, además, supervisar que la pericia sea practicada por un profesional idóneo y con experiencia acreditada en la materia. En cuanto a su contenido y alcances, la pericia antropológica debe de centrarse en el origen de la costumbre invocada y en su validez actual, procurando auscultar la presencia de vetas de ilustración en el entorno cultural de los sujetos involucrados, las cuales evidencien procesos de cuestionamiento o rechazo del sometimiento de menores de catorce años a prácticas sexuales tempranas. Asimismo, sobre la existencia de normas, procedimientos o formas de sanción que se apliquen a las agresiones sexuales en agravio de niñas y adolescentes o que no brinden a estas una tutela jurisdiccional efectiva o que discriminen su acceso a la justicia. El juez competente debe también advertir al perito sobre lo impertinente de todo contenido o conclusión pericial que pronuncie por aspectos de carácter jurídico o de naturaleza procesal o punitiva, o que descalifique a la víctima. Es pertinente, pues, recomendar que las pericias antropológicas se estructuren siguiendo un orden metodológico y expositivo homogéneo. Para ello, por ejemplo, es recomendable la estructura referida por la *"Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos en causas Indígenas"* elaborada por GUEVARA GIL y cuyos aportes principales se transcriben a continuación y se incorporan con sentido orientador en este Acuerdo Plenario [Conforme GUEVARA GIL, Armando – VERONA, Aarón – VERGARA, Roxana (Editores): *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Lima 2015, p. 221 y ss.]. Según dicho documento ilustrativo toda pericia antropológica debe contener, mínimamente, tres partes y que son las siguientes:

1. "La primera parte debe incluir la descripción de la preparación del peritaje, la actuación de los métodos y técnicas de investigación, y el ordenamiento de los datos en función de la consulta hecha y del problema señalado por el juez o fiscal.

2. La segunda parte debería considerar los puntos sobre los que versará el peritaje, ordenados de acuerdo a la lógica de los hechos y fundados en los principios de la investigación antropológica.

3. La última parte deberá incluir la conclusión del peritaje; es decir, la opinión o dictamen del perito sobre la consulta formulada por el magistrado. En este punto también podrá apoyarse en las fuentes secundarias consultadas y en todo el material (escrito o visual) recopilado que le sirve de fundamento para sustentar su dictamen."

En cuanto a su sistemática formal e interna, las pericias antropológicas, siguiendo la propuesta del citado documento orientador, debe configurarse observando el siguiente esquema:

a) La procedencia
b) Los antecedentes
c) El nombre del procesado
d) El motivo del análisis
e) El método de análisis y las técnicas usadas
f) Los resultados
g) Las observaciones
h) Las recomendaciones
i) Las conclusiones

iii. La necesaria incorporación y valoración de otros medios de prueba idóneos para contrastar, complementar o posibilitar una mejor valoración judicial de las conclusiones de relevancia intercultural aportadas por las pericias antropológicas. Por ejemplo, la autoridad judicial a cargo del caso puede solicitar o aceptar informes (amicus curiae) o testimonios complementarios o supletorios provenientes de las autoridades comunales o ronderiles, que coadyuven a la validación, contraste crítico o reemplazo de las pericias antropológicas requeridas. La pertinencia y conducencia de estos medios debe ser flexible y solo ser sopesados por su utilidad y necesidad para la evaluación o decisión adecuada sobre la legitimidad de invocar o aplicar los efectos regulados por el artículo 15° del Código Penal. Sin embargo, y en todo caso, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver sobre la aplicación de dicha norma penal si no cuenta con ningún medio de prueba de naturaleza intercultural idóneo para ello.

iv. La inserción en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales, de la doctrina internacional y nacional sobre enfoque de género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales. Los jueces deben insertar en su razonamiento y toma de decisiones jurisdiccionales, sobre todo en aquellos casos sobre la efectividad del artículo 15° del Código Penal, las normas, reglas y principios vinculantes regulados por la legislación internacional y nacional alusiva a la proscripción de toda forma de discriminación y violencia física o sexual contra la mujer y los menores de edad. Asimismo, los jueces ordinarios deben considerar también los efectos jurídicos, culturales y sociales de la prevalencia del interés superior del niño en condiciones de vulnerabilidad.

III. DECISIÓN

17°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

18°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° al 16°.

19°. 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° Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

20°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial *El Peruano*.
Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 2-2015/CIJ-116

***BASE LEGAL*: artículo 116° TUO LOPJ**
***ASUNTO*: Beneficios Penitenciarios. Aplicación de** leyes de ejecución penal **en el tiempo.**

Lima, dos de octubre de dos mil quince.

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 246-2015-P-PJ, de 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, 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°. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.
La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta última etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a las personas en general, a participar e intervenir en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello, se

habilitó el Foro de Participación Ciudadana a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación ciudadana a través de sus respectivas ponencias y justificación.
Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados–, en las sesiones de fecha de 5 de agosto de 2015 y 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así como se establecieron los seis temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos. Intervino en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario el señor abogado Davinson Carlos Pino Ticona.

4°. La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de los Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del Orden Jurisdiccional que integran.

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.
Intervienen como ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO y RODRÍGUEZ TINEO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Marco Preliminar*

6°. El DERECHO PENITENCIARIO, como sector específico del Derecho de Ejecución Penal, constituye con otras disciplinas jurídico penales el "Sistema Integral del Derecho Penal"; y, por ello, comparte un conjunto definido de notas características, debidamente normativizadas, con el Derecho penal material y el Derecho procesal penal. En tanto se trata de un derecho autónomo –aunque con ciertos criterios de relativización–, en el ámbito normativo esta disciplina está regulada en nuestro país,

fundamentalmente, por el Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo número 654, de 2 de agosto de 1991, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo número 015-2003-JUS, de 11 de septiembre de 2003.

7°. En materia de interpretación, aplicación y vigencia de las normas de ejecución penal en el tiempo, la única regla que incorpora el Código de Ejecución Penal es la prevista en el artículo VIII del Título Preliminar, que estatuye: "*La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno*".
El mencionado Código, a diferencia de los Códigos Penal y Procesal Penal –véase artículos 6°, primer párrafo, del Código Penal y VII, apartado uno, del Título Preliminar del Código Procesal Penal– no establece el factor de aplicación que guía la sucesión temporal de leyes de ejecución penal; esto es, no identifica el hecho, acto, situación o relación jurídica de ejecución penal que lo determina, siempre en armonía con el principio del *tempus regit actum*, en el entendido que son normas de aplicación inmediata.

8°. Desde luego, presiden el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal dos preceptos de la Constitución. El primero, el artículo 103° C. que estipula: "[...] *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo* [...]". Esta disposición asumió, como se sabe, la teoría de los "hechos cumplidos", por lo que cada una de las normas jurídicas ha de ser aplicada durante su período de aplicación inmediata, prohibiendo como regla general, la ultraactividad de la norma previa o la retroactividad de la norma subsiguiente, salvo la retroactividad penal benigna.
El segundo, el artículo 139°.11 C. que dispone: son principios y derechos de la función jurisdiccional: 11) "*la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales*".

9°. Los beneficios penitenciarios, legislativamente, se califican de estímulos, forman parte del tratamiento progresivo y responden a las exigencias de individualización, penitenciaria, de la pena (artículo 165° del Reglamento del Código de Ejecución Penal). Sin embargo, en puridad, cabe calificarlos, conforme a la evolución de la doctrina, como un derecho subjetivo del interno, aunque condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos legalmente impuestos, de suerte que su concesión no procede automáticamente; es un modelo de libertad a prueba directamente fundado en las metas resocializadoras [FERNÁNDEZ GARCÍA, JULIO: *La libertad condicional y los beneficios penitenciarios*. En: Lecciones de Derecho Penal - Derecho Penitenciario, Tomo VI, Iustel, Madrid, 2010, páginas 228/229]–.
Pese a la estabilidad normativa que requiere esta institución, en el ámbito de la aplicación de las normas respectivas en el tiempo, las leyes sobre beneficios

penitenciarios que sucesivamente se han promulgado trazan un itinerario variado. En efecto, y en lo relevante, las normas más importantes enfrentan el problema de la siguiente manera:

A. La Ley número 27770, de 28 de junio de 2002, en cuanto a los beneficios penitenciarios no fijó un factor de aplicación específico –no dice nada al respecto–. Este parece haber sido el criterio del legislador cuando modifica o introduce nuevas normas penitenciarias, concretamente referidas a los beneficios penitenciarios.

B. Las Leyes números 30054, de 30 de junio de 2013; 30068, de 18 de julio de 2013; 30076, de 19 de agosto de 2013; y, 30077, de 20 de agosto de 2013, tampoco lo hicieron.

C. La Ley número 30101, de 2 de noviembre de 2013, al integrar las cuatro leyes antes citadas, estableció que en esos casos "*...los beneficios penitenciarios son de aplicación a los condenados por los delitos que se cometan a partir de su vigencia*".

D. La Ley número 30262, de 6 de noviembre de 2014, que incorporó nuevas normas referentes a los beneficios penitenciarios, tampoco fijó un factor de aplicación específico; es decir volvió al punto de partida inicial.

E. La Ley número 30332, de 6 de junio de 2015, precisó que las modificaciones efectuadas por la ley anterior, "*son de aplicación exclusiva a los condenados por los delitos que hayan cometido a partir de su vigencia*". Esto es, repitió en lo esencial la regla fijada por la Ley número 30101.

10°. En ese interregno, hasta antes de la expedición de las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia número 2196-2002-PHC/TC, de 10 de diciembre de 2003, estimó que en el caso de las normas de ejecución penal, sus disposiciones deben considerarse como normas de carácter procedimental y no como una ley penal material; y, para establecer el momento de la aplicación en el tiempo de un acto procedimental penitenciario –como en el caso de beneficios penitenciarios–, debía tenerse en cuenta la fecha en que se inició el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario solicitado, esto es, el momento de la presentación de la solicitud para acogerse a este.
Tal doctrina jurisprudencial la reitera en la STC número 2198-2009-PHC/TC, de 31 de agosto de 2009, con antecedentes en la STC número 2965-2005-PHC/TC, de 17 de junio de 2006.

11°. Sin embargo, esta Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario número 08-2011/CJ-116, de 6 de diciembre de 2011, consideró que la naturaleza, material o procesal, de una ley de ejecución penal está en función al ámbito que regula; de suerte que una ley de ejecución penal puede ser, indistintamente y, según el caso, norma sustantiva o norma procesal. Asimismo, determinó que cuando la ley de ejecución penal incide en los requisitos configuradores de un beneficio penitenciario –no en el trámite o procedimiento del mismo– el factor de aplicación, por su carácter

material o sustantivo, será el momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal.

12°. Recuérdese que las consecuencias de una relación jurídica, entendida, en palabras de RUBIO CORREA, como las diversas vinculaciones que existen entre dos o más situaciones jurídicas –atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al derecho– interrelacionadas (así, por ejemplo, entre el penado y el Estado), son regidas desde la entrada en vigencia por la nueva ley. Es claro, además, que la situación o relación jurídica en sí misma –la condición de penado del interno, de un lado, y el régimen y el tratamiento penitenciario, que le corresponde constitucional y legalmente, de otro lado– no son alteradas por la norma; sino solo sus consecuencias [RUBIO CORREA, MARCIAL: *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*, Segunda edición aumentada, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013, p. 34].
Desde esta perspectiva, las relaciones jurídicas penitenciarias se inician desde que el interno es condenado por sentencia firme –se rige por la ley vigente en ese momento–; luego, las consecuencias que de ellas se derivan, como regla básica del Ordenamiento, solo podrían ser alteradas o modificadas por la promulgación de una nueva norma jurídica. Salvo, claro está, en los supuestos de retroactividad benigna; lo que quiere decir, en este último supuesto, que si una norma de ejecución penal, penitenciaria concretamente, es promulgada con posterioridad, en un momento cualquiera, y resulta más beneficiosa para los internos-penados, esa norma se les aplica en lo que les beneficia –regulará situaciones del pasado, siempre que sea más conveniente–.

13°. El problema objeto de pronunciamiento se circunscribe, entonces, a establecer la doctrina legal sobre el factor de aplicación en el tiempo de las normas de ejecución penal en materia de beneficios penitenciarios, a partir de los cambios que el legislador incorporó, específicamente en las Leyes números 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015.

§ 2. *Sucesión de normas de ejecución penal en el tiempo. Factor de aplicación*

¶ 2.1 Criterio general. Normas penitenciarias

14°. Es pertinente insistir, como criterio general, que el Derecho de Ejecución Penal, en tanto sector del Ordenamiento Jurídico, vinculado siempre al sistema penal, está integrado, a diferencia de los otros dos sectores que lo conforman: penal material y procesal penal, por dos clases de normas: materiales y procesales, ya sea que determinen, como postula DE LA OLIVA, el qué de la decisión –en el primer caso– o el sí y el cómo de ella –en el segundo caso– [*Derecho Procesal - Introducción*, Segunda Edición, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 118]. Es indudable que si las normas modifican los presupuestos legales de los

beneficios penitenciarios: tiempo de privación efectiva de libertad para su concesión, requisitos básicos para su obtención y las reglas de excepción o de sus regímenes especiales, se estará ante normas materiales de ejecución penal. Los ámbitos aludidos, desde luego, no toman como referencia el proceso ni el conjunto de actos y hechos que lo componen, –que es el elemento o dato que define la eficacia temporal de la norma procesal [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Introducción al Derecho Procesal*, Cuarta Edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008, p. 27]–.

15°. Es evidente, entonces, según se tiene expuesto, que ante la ausencia de una norma transitoria, que ha sido el caso de las leyes dictadas hasta antes de la dación de las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015 –circunscriptas a las leyes que ellas mismas indican–, el *tempus regit actum* para leyes materiales de ejecución penal se entenderá, en cuanto factor temporal de aplicación –elemento o dato asumido como referencia–, el momento en que se inicia la ejecución material de la sanción, vale decir, cuando la sentencia condenatoria adquiere firmeza, salvo el criterio universal de favorabilidad en fase de ejecución material; y, para leyes procesales de ejecución penal, será el vigente al momento de la realización del acto procesal: solicitud del beneficio penitenciario –momento de nacimiento del proceso o, en su caso, incidente, de ejecución penal–.

¶ 2.2. Nuevas normas penitenciarias

16°. Ahora bien, las leyes números 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015, han introducido en el Ordenamiento sendas normas transitorias en materia de beneficios penitenciarios, relacionadas con lo dispuesto en su momento por las leyes números 30054, 30068, 30076, 30077 y 30262. Uniformemente, estipularon la siguiente regla: "*las normas precedentes sobre beneficios penitenciarios solo son de aplicación a los condenados por los delitos que cometieron a partir de su vigencia*".

17°. Estas dos leyes, números 30101 y 30332, entonces, precisan que el factor de aplicación en materia de sucesión temporal de las leyes de ejecución penal, específicamente penitenciarias –referidas concretamente a las cinco leyes ya mencionadas: números 30054, 30068, 30076, 30077 y 30262–, será el momento en que se cometió el hecho delictivo. En tal sentido, los Proyectos de Ley números 2645/2013 y 4238/2014, que luego –sin modificaciones– se convirtieron en las leyes aludidas, anotaron en su exposición de motivos lo siguiente: "*Las normas que se dicten durante el tratamiento progresivo no pueden surtir efectos de manera inmediata, sino solo para hechos delictivos cometidos con posterioridad a su vigencia. Así por ejemplo, el interno que ha redimido la mitad de su pena y se encuentra listo para acceder al beneficio de liberación condicional, vería perdido todo el tratamiento al cual se había sometido con una aplicación inmediata de las leyes posteriores que restringen beneficios. En consecuencia, lo más racional desde*

los fines de la pena es propugnar la vigencia de estas leyes solo para hechos cometidos con posterioridad a su vigencia".

18°. Afirmar legalmente, bajo la expedición de precisas normas transitorias, los cánones en que se definirá el factor de aplicación temporal de una específica ley penitenciaria –de competencia legítima del Congreso–, en nada afecta otra consideración jurídico-constitucional, esta vez referida a la retroactividad o a la ultraactividad benigna de toda ley de ejecución penal. Las normas mencionadas en los parágrafos 6° *in fine* a 8°, necesariamente, de efectuarse otras modificaciones con posterioridad a ellas más favorables al penado, imponen la aplicación de estas últimas normas.

19°. Desde este enfoque, y en clave de favorabilidad, aquellos que han solicitado beneficios penitenciarios y se les ha denegado por aplicar criterios distintos a las Leyes número 30101 y 30332, citando a su vez como fundamento la vigencia de las Leyes número 30054, 30068, 30076, 30077 y 30262, en tanto en cuanto coliden con lo dispuesto en el presente Acuerdo Plenario, tienen expedito su derecho para volver a incoar el procedimiento penitenciario correspondiente. Invocar, de parte del órgano jurisdiccional, el principio de preclusión o de cosa juzgada formal no es de recibo, por cuanto el principio constitucional de legalidad en la ejecución de las penas –desarrollado legalmente por el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal– se impone en armonía con la justicia material y seguridad jurídica en cuanto valores superiores del ordenamiento jurídico.

¶ 2.3 Problemas en la aplicación temporal de las normas de ejecución penal

20°. Consta, obviamente, una diferencia entre el criterio general asumido: inicio de la ejecución material de la condena: fecha en que la sentencia condenatoria adquiere firmeza, y el criterio específico admitido en las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015: momento de la comisión del delito. Tal divergencia temporal entre la fecha en que se comete el delito y la fecha en que adquiere firmeza una sentencia condenatoria, da lugar a que durante ese lapso de tiempo se dicte una ley sobre la materia –si y solo si tal norma asume el criterio general, y no el de las dos normas ya mencionadas– que puede, según el caso, flexibilizar o endurecer los beneficios penitenciarios.

21°. Los cambios legislativos, como se sabe, son propios de la historicidad del Derecho. La sucesión normativa tendrá relevancia si la nueva norma, que por mandato constitucional siempre debe regir situaciones futuras, afecta las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En el caso de las normas de ejecución penal, penitenciarias concretamente, serán las relaciones jurídicas entre el penado y el régimen y tratamiento penitenciarios.

Siendo así, como consecuencia de la aplicación inmediata de la nueva norma de ejecución penal, ésta afectará la relación jurídica penitenciaria desde el momento en que entra en vigencia y hacia el futuro –siempre en conexión con las consecuencias de la relación o situación jurídica penitenciaria existente: supuesto en que, en pureza, se presenta un conflicto de normas–, salvo que no resultara más beneficiosa para el penado, en cuyo caso la norma previa que regía esa relación jurídica penitenciaria se aplicará ultraactivamente.

22°. De otro lado, es cierto que, según se asuma una u otra concepción, será posible, por las consecuencias, resultados distintos. Ello, sin embargo, no tiene entidad para vulnerar el principio-derecho fundamental de igualdad ante la ley. Se trata de concepciones político-criminales del legislador, que sin perjuicio de no afectar relaciones jurídicas ya consolidadas o el principio de preclusión –límite para afirmar su legitimidad–, son aceptables en el Estado Constitucional. No se está ante penados que se encuentran en la misma situación –ante hechos, supuestos o acontecimientos que sean similares–, pues el tiempo, las condiciones y las de la promulgación de las normas serán distintos. Cada grupo de penados cometió los delitos e inició la relación jurídica penitenciaria en momentos diversos, y la nueva ley asumió las perspectivas y consideraciones político-criminales pertinentes del momento en que se expidió.

23°. Es pertinente aclarar que la "igualdad ante la ley" es un presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales, cuya exigencia de justicia obliga al Estado a evitar que el penado no sufra una discriminación. Sin embargo, no se trata de un derecho autónomo ni absoluto, en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Si bien la Constitución promueve el trato igualitario de todas las personas, no descarta la posibilidad de aplicar un tratamiento diferenciado a sujetos y situaciones de facto que se encuentren amparados en una misma hipótesis, siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique.
En el presente caso, si bien a futuro puede configurarse una regulación normativa distinta entre la población penitenciaria –los penados, específicamente– respecto del goce de los beneficios penitenciarios, legislación que, por lo demás, ha evolucionado en el transcurso del tiempo; el establecimiento de esa diferenciación jurídica persigue no solo una finalidad legítima, en orden al régimen y tratamiento penitenciarios –la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139°.22 C.)–, sino también un reordenamiento de los beneficios penitenciarios, que permitan una administración más racional de los mismos.

24°. Finalmente, se debe tener presente que las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015, serían propiamente normas transitorias, de elección o de integración –que, para el caso, comparten la misma

naturaleza–. Su objeto común es determinar, entre varias disposiciones, la aplicable a un problema concreto –ese sería el tema, entre otros, de la sucesión de normas en el tiempo–. En consecuencia, como definen un problema específico de sucesión normativa, en sí mismas, no pueden generar una lógica permanente y, menos, discriminatoria, en relación con normas precedentes o normas futuras.

25°. No obstante ello, la multiplicidad de sucesión de normas penitenciarias en el tiempo y su continua agravación generan problemas muy serios, difíciles de solventar, al Instituto Nacional Penitenciario. La profusión de normas de ejecución penal, sin disposiciones transitorias comunes ni lógicas institucionales equivalentes, es una causa de conflictos y de criterios hermenéuticos y de aplicación diversos, lesivos al valor seguridad jurídica, que además conspiran contra un adecuado, estable y racional tratamiento penitenciario progresivo.
Esta heterogénea política criminal, tan sensible al sistema penal, debe ser evitada a toda costa. Corresponde al Congreso –si lo estima conveniente– ordenar la legislación penitenciaria y, en el caso materia de análisis jurisprudencial, extender la línea normativa decidida en relación a leyes números 30054, 30068, 30076, 30077 y 30262, a todos los casos en los que la relación jurídica penitenciaria aún no se ha extinguido.

III. DECISIÓN

26°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON

27°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12°, 14°, 18°, 19°, 20° y 23° del Presente Acuerdo Plenario.

28°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado Estatuto Orgánico.

29°. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

30°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO Nº 3-2015/CIJ-116

FUNDAMENTO: **Artículo 116º TUO LOPJ.**
ASUNTO: **La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas.**

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa Nº 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor PARIONA PASTRANA, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial-en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosas aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados–, en la sesión de fecha de 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así cómo se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La *segunda etapa*, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos.

4°. La *tercera etapa* del IX Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios con la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales de orden jurisdiccional que integran.

5°. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema referido a la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas, se decidió, pues, redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. 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. Intervienen como ponentes los señores VILLA STEIN y PARIONA PASTRANA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias

6°. Nuestro ordenamiento jurídico-penal vigente prevé el delito de tráfico de influencias. En efecto, el artículo 400° CP respecto de tal ilícito establece lo siguiente: Artículo 400° CP[1]:

[1] Según la última modificación mediante Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre de 2013.

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa

Este precepto ha originado diversas interpretaciones materializadas en opiniones académicas que califican la participación del tercero interesado en dicho delito ya como un supuesto de complicidad primaria, ya como un supuesto de instigación; no obstante adolecen de una explicación clara respecto de sus fundamentos, y, por ello, aquí se pretende determinar cuál es el título de imputación que corresponde a aquél.

7°. El análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesoriedad de la participación, que no es sino una concreción del concepto restrictivo de autor. Según este principio, el partícipe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto es, el autor. La doctrina ampliamente mayoritaria conviene en la necesidad de exigir ciertos elementos del delito cometido por el autor para admitir la punibilidad de la participación, tales como que el hecho principal sea típico y antijurídico (accesoriedad limitada) [VILLA STEIN, Javier: *Derecho penal. Parte general*, ARA Editores, Lima, 2014, pp. 390 ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 499].

En ese sentido, ha de quedar claro que el partícipe desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho. El aporte del partícipe en este sentido, ya sea en fase de preparación o de ejecución, supone su involucramiento en el hecho típico y, por tanto, lo hace penalmente competente por el mismo. Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos [JAKOBS, Günther: "Intervención delictiva" en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 5, Grijley, Lima, 2004, p. 228 s.; ROBLES PLANAS, RICARDO: *La participación en el delito: fundamento y límites,* Marcial Pons Editores, Madrid/Barcelona, 2003, pp. 215 ss.]. Esta consideración básica resulta de suma importancia para el problema abordado en la medida en que permite delimitar *prima facie* el ámbito de la intervención delictiva y, en consecuencia, sienta las bases para definir el título de imputación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias.

8°. El primer párrafo del artículo 25° CP prevé la regla general de la complicidad primaria, en los siguientes términos:

> *"El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor".*

De igual forma, el artículo 24° del mismo cuerpo de normas regula el instituto de la instigación con el siguiente tenor:

> *"El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor".*

A partir de una interpretación literal de ambos preceptos, hay quienes consideran que no existe inconveniente alguno para que el solicitante de las influencias, esto es, el comprador de las mismas, responda penalmente tanto a título de cómplice (primario), como a título de instigador [SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2009, pp. 573 ss.]. Sin embargo, aunque una interpretación ceñida al texto de la ley es lo más acorde con el principio de legalidad, el entendimiento trazado en el párrafo anterior sobre la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias es demasiado estrecho, ya que no valora la real dimensión de los institutos dogmáticos de la complicidad y la instigación. El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad [por ejemplo, "A" tiene un proceso civil en el Despacho del juez "B"; "C" le dice a "A" que tiene gran amistad con "B", y, por tanto, puede influir en este pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil nuevos soles; en la conversación interviene "D" que reafirma la amistad entre "B" y "C" y la influencia de este sobre aquel. En el ejemplo citado, se advierte, pues, que "C" es autor y "D" cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por "C"]; sin embargo, el "comprador o solicitante de influencias" [en este caso, "A"] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25° CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al "vendedor de influencias" en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia.

9°. En este sentido, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito [así lo entiende también la Ejecutoria Suprema de 24 de febrero de 2014 (RN N° 1692-2013)]. En sentido estricto, el "comprador o solicitante de influencias" no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito —o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal—, en la medida que él es *partícipe necesario* de un delito de encuentro, su colaboración "necesaria", o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2001, p. 472]. Aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos

típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias.

10°. Es por esta razón que la instigación, entendida como una forma de intervención delictiva consistente en hacer surgir en otro la resolución criminal, o en determinar a otro a la comisión de un delito (término empleado por el artículo 24° CP), se erige en la condición sin la cual el evento delictivo no habría tenido lugar. En otros términos, el instigador es quien, mediante su influjo psíquico, determina a otro a cometer un delito, de manera que de no existir tal influencia el ilícito no se cometería. En esa línea de argumentación debe precisarse que a la conducta del instigador debe ser posible imputarle objetivamente la determinación dolosa del instigado a cometer el delito. Por lo tanto, no basta cualquier tipo de acto persuasivo, sino que el comportamiento del instigador debe ser objetivamente idóneo para provocar en el instigado la decisión inequívoca de cometer el delito. De este modo, este acto comunicativo del instigador hacia al instigado, no está referido a todas las acciones posibles que puede realizar este último para la comisión del delito, sino a aquellas acciones que necesariamente debe realizar para materializar dicho propósito delictivo [JAKOBS, Günther: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, § 22, núm. marg. 22].

En esta medida, considerando siempre que la participación es una forma de intervención accesoria que, por ende, únicamente es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, la actuación del tercero interesado se erige claramente en una instigación. La conducta típica del autor (es decir, el vendedor de las influencias) responde única y sustancialmente al influjo psicológico del tercero interesado, quien lo determina dolosamente a llevar a cabo el hecho principal consistente en ofertar las influencias con el fin de favorecer a este último.

Por lo tanto, siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso, permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito. De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriedad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias.

En consecuencia, el "comprador solicitante de influencias", o "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a éste a cometer el delito. En este caso, como el "comprador solicitante de influencias" habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol

de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al "comprador o solicitante de influencias", pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor.

11°. En síntesis, el "comprador solicitante de influencias", es decir, "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, solo podrá 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. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

§ 2. Legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas

12°. La legitimidad de la intervención penal en el caso del tráfico de influencias simuladas atraviesa una encendida discusión doctrinaria. Así, hay quienes consideran que tal supuesto no significa una extralimitación del legislador penal en su rol de titular del establecimiento del concreto modelo de política criminal [SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la administración pública*, Lima 2009, pp. 556 ss.]; otros, por su parte, estiman que la criminalización de los supuestos de influencias simuladas constituye un exceso del legislador penal de su libertad de configuración normativa [RODRÍGUEZ DELGADO, Julio: "El final de la historia: ¡el interesado en el tráfico de influencias es impune!", en *Ius et Veritas* (33), 2006, p. 262]. Siendo este el contexto, compete a la máxima autoridad jurisdiccional establecer pautas que permitan determinar si quien invoca influencias irreales supera el nivel de riesgo jurídico-penalmente permitido y, con ello, trasgrede bien jurídico alguno.

13°. Un delito para ser tal debe satisfacer el presupuesto de legitimación penal, esto es, la conducta practicada debe ser jurídico penalmente relevante en el sentido exigido por el principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal, cuya literalidad señala: *"La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley"*. En estricto, el sentido de relevancia penal de la conducta se concreta en el tipo penal como una conducta que en el caso concreto comunica el significado de haber superado el riesgo permitido, o de haber rebasado los límites de la libertad general de acción [CARO JOHN, José Antonio: *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*, ARA Editores, Lima 2010, pp. 29 ss.]. Obviamente, esta materialización de la superación del riesgo permitido se da mediante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal.

14°. Dados estos presupuestos, se tiene que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la administración pública en tanto el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público. El funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el *prestigio y buen nombre de la administración pública* [MIR PUIG, Carlos: *Delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*, en ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la administración pública*, 4ª ed., Lima 2007, p. 783], que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la administración pública. Con ello se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva sólo se legitima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la administración pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el Poder Judicial y sus jueces.

15° En un Estado donde no se criminaliza la conducta de alguien que afirma que sus poderes son corruptos, es un Estado inviable. De hecho, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que "en modo alguno [...] necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional" [Exp.00017-2011-PI/TC, de 03 de mayo de 2012, F.J. 36]. La Convención de las Naciones Unidad contra la Corrupción señala en su artículo 18° que "Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o *supuesta* para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido".

Con esto se evidencia que con la criminalización del tráfico de influencias, no solo se está protegiendo bienes jurídicos fundamentales para la sociedad en un Estado de Derecho, sino que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción suscrita por el Perú. Asimismo, en la medida que el Tribunal Constitucional no encuentra disconformidad con la persecución penal del tráfico de influencias simulado, se entiende que su punición es deseable en tanto optimiza la lucha contra la corrupción.

16° No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400° del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa

desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva *ex ante* en el caso concreto la conducta de *invocar* sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien jurídico *prestigio y buen nombre de la administración pública*, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la administración pública. Además, en la medida que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad [DOVAL PAÍS, Antonio: "Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios", en *Cuadernos de Derecho Judicial* (36), 1994, p. 46; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel: *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal,* Valladolid, 1999, pp. 67 ss. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3ª ed., Valencia 2011, p. 197].

17°. En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico *prestigio y buen nombre de la administración pública.* Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad.

III. DECISIÓN

18°. 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 unánime respecto del primer problema (la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias), y también con una votación unánime en lo concerniente al segundo problema (la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

19°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° al 11° y del 13° al 17°.

20°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados 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 Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del Estatuto orgánico.

21°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano.*
Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO Nº 4-2015/CIJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116º TUO LOPJ.
ASUNTO: Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa Nº 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor PARIONA PASTRANA, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial-en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosas aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados–, en las sesiones de fecha de 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así cómo se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La *segunda etapa*, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Intervino en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario el señor abogado Renzo Riega Cayetano.

4°. La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

5°. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema referido a la valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual, se decidió, pues, redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda a las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. 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.

Intervienen como ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, NEYRA FLORES Y LOLI BONILLA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La prueba pericial

6°. En el proceso penal, frente a problemas acerca de la determinación de la causa de la muerte, el tipo de sangre, el daño psicológico, etc., no es suficiente el conocimiento privado del juez, sino que se requiere que un profesional calificado explique la materia desconocida [JAUCHEN, Eduardo M: *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 375]; el perito, mediante sus conocimientos profesionales, ayuda al órgano jurisdiccional en la estimación de una cuestión probatoria [ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires,

2000, p. 238]. Por ello, a la prueba pericial se la ha conceptualizado como el medio probatorio por el cual se intenta obtener para el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba [CAFERATTA NORES, José: *La prueba en el proceso penal*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 53] –ello significa que la pericia es una prueba indirecta pues proporciona conocimientos científicos, técnicos o artísticos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos [conforme: STS de 31 de julio de 1998]. Por el propio carácter de la pericia, el órgano jurisdiccional no puede adoptar en la sentencia las conclusiones de la pericia –y de las explicaciones del perito en el acto oral– sin haberlas controlado y, en caso de apartamiento, debe fundar su opinión de forma verificable con la exposición de las diferencias respectivas, sin desligarse de los estándares científicos [ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 239].

7°. La prueba pericial tiene un aspecto documental referido a la redacción de los métodos usados para llegar a la conclusión que se presenta respecto del objeto peritado –que está precedido de la actividad perceptiva y analítica del perito–. Además, necesita de un órgano de prueba, el cual es necesario que comparezca al juicio y explique el significado de su pericia –que es lo que define su carácter de prueba personal, en cuanto declaración de conocimiento del perito–. Los casos en el proceso de conocimiento técnico-científico que se sitúan fuera de la cultura media que el juez normalmente posee no son nuevos, de allí que el problema de la prueba pericial se presenta en términos bastante diferentes y complejos.

8°. Más allá de la importancia de este acto procesal, es necesario que la Corte Suprema establezca reglas generales sobre la valoración de la prueba pericial, sin poner el acento exclusivamente en ciertos aspectos, tales como quién designa al que labora el dictamen pericial (oficial o de parte). Es evidente que las reglas de la sana crítica, los conocimientos científicos o técnicos se aplican, en la valoración del dictamen emitido por el perito oficial designado por el Ministerio Público, o por el juez, según el caso, o, por las partes procesales, sin que necesariamente deba prevalecer el primero, aunque goce, en su origen, de mayor objetividad sobre el de parte, en la medida que es escogido por quien puede controlar el resultado. Lo decisivo es la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia y la mayor o menor fundamentación del perito [ABEL LLUCH, Xavier: *Valoración de los medios de prueba en el proceso civil*. Disponible en: http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los medios.pdf.].

Asimismo, como afirma ANDRÉS IBÁÑEZ, también el trabajo de profesionales, incluso cuando no hubiera motivo para dudar de su imparcialidad subjetiva (caso de los peritos de oficio), está expuesto al riesgo de la parcialidad objetiva [ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto / TARUFFO, Michele: *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009, p. 89].

Lo expuesto no hace sino destacar las dos notas características del perito: (*i*) imparcialidad –el perito oficial puede ser recusado en caso de parcialidad, a lo que es ajeno el perito de parte– y (*ii*) la fiabilidad –cualidad común a ambos peritos que

depende de la apreciación de su dictamen y de las ulteriores explicaciones en el acto oral, y que se basa a su vez en razones de formación y cualificación profesional [conforme: STSE de 5 de marzo de 2010].

§ 2. Etapas de la actividad probatoria pericial

9°. La investigación preparatoria es una etapa procesal previa al enjuiciamiento, encaminada a determinar y descubrir las circunstancias que rodean el hecho delictivo y a su posible autor, donde se practican variados actos de investigación y se adoptan medidas de distinta naturaleza. La pericia, por el tiempo que requiere su elaboración, se practica regularmente en dicha etapa procesal –sus pasos referidos al análisis del objeto peritado y aplicación de la metodología científica o técnica correspondiente, así como a la elaboración del informe o dictamen pericial–. En este procedimiento, el Ministerio Público recolecta los elementos de convicción –materiales de instrucción– que fundamentarán una futura acusación o la propia defensa, y por el plazo con que se cuenta de ciento veinte días más sesenta en el proceso común y de ocho meses, prorrogables a ocho meses más en casos complejos. Excepcionalmente, la pericia puede realizarse después, incluso durante el desarrollo del juicio oral -siempre que lo permita el principio procedimental de concentración- cuando la entidad o característica del delito la justifique, cuando la información para elaborarla recién se haya obtenido, o cuando por su complejidad no se haya podido terminar durante la investigación.

10°. Para la actividad pericial, como establece el artículo 173° del NCPP, el juez o fiscal competente según la etapa del proceso, nombrará un perito –salvo el caso de las instituciones dedicadas, por su objeto, a la labor pericial–. Escogerá especialistas donde los hubiere y, entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado. Este prestará juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia, oportunidad en que expresará si le asiste algún impedimento.

La disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia y fijará el plazo para la entrega del informe pericial, escuchando para su determinación al perito y a las partes. El artículo 176° del NCPP establece que el perito tiene acceso al expediente y demás pruebas materiales que estén a disposición judicial a fin de recabar las informaciones que estimen convenientes para el cumplimiento de su cometido.

11°. El artículo 178° del NCPP determina el contenido del informe pericial oficial: a) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria. b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje. c) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo. d) La motivación o fundamentación del examen técnico. e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen. f) Las conclusiones. g) La fecha, sello y firma.

La actividad pericial es una unidad y consta de tres momentos: a) La información en cualquier soporte para elaborarla –es la percepción o reconocimiento del objeto

peritado: actividad perceptiva–. b) El informe escrito –que está precedido de las opiniones técnicas o el análisis y la deliberación y conclusiones. Aspecto técnico–. Y c) La sustentación oral. Es necesario para el examen pericial contar con los dos primeros elementos indicados o inclusive, de mediar una imposibilidad material de que el perito asista al juzgamiento y se justifique por quién lo ofreció, que se oralice el informe escrito, el cual debe ser examinado y valorado conjuntamente con el primer elemento citado.

Como se sabe, en el caso de pericias institucionales, en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los gabinetes, laboratorios y servicios técnicos de las entidades públicas especializadas, se propicia la validez *prima facie* de sus dictámenes e informes, sin necesidad de su ratificación en el juicio oral, siempre que no haya sido objeto de impugnación expresa, en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en dicho acto como requisito de eficacia probatoria, siempre, claro esta, que ésta no sea meramente retórica o abusiva [conforme: SSTSE de 29 de enero de 2004 y de 2 de noviembre de 2006].

12°. Una vez efectuada la pericia, de acuerdo a las pautas que establece la Ley Procesal Penal, el fiscal podrá ofrecerla como medio probatorio que acredita su acusación o la defensa como descargo, o incluso ofrecer una pericia de parte. El análisis que se hace para la admisión de los medios de prueba en la audiencia de control de acusación, de conformidad con el artículo 352° del NCPP, solo versa sobre su pertinencia, conducencia y utilidad, es decir, sólo se analiza si tiene relación con los hechos del objeto del debate, si la pericia específica solicitada no viola el ordenamiento, y si es compatible con el fin propuesto, así como si no es sobreabundante.

Ese es el marco de decisión porque esta etapa tiene por función analizar la viabilidad del juicio oral y no la valoración de la prueba que se hace en el juicio oral.

13°. El juicio es la etapa principal del proceso porque es allí donde se "resuelve" o "redefine" de un modo definitivo el conflicto [BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, p. 233]. Al ser el escenario clave o central del proceso penal, es donde las partes aportan todos los datos para valorar la prueba que presentan y el juez obtenga un resultado probatorio con el que realizará la reconstrucción de los hechos relevantes.

14°. Es en esta etapa que el informe pericial es oralizado, el perito es examinado y ambos debatidos contradictoriamente. El apartado 5) del artículo 378° del NCPP estatuye que "el examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial (...)". Por otra parte, el apartado 1) del artículo 181° del NCPP dispone que "el examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión".

§ 3. Criterios para la valoración de la prueba pericial

15°. La valoración de la prueba cuenta con dos fases en las que el juez debe tener en cuenta criterios distintos: (*i*) La primera fase de la valoración es meramente un control de legalidad sobre la existencia o no de actividad probatoria lícita (juicio de valorabilidad), y en caso de su existencia, si ésta tiene un sentido incriminatorio. (*ii*) La segunda fase es ya de la valoración en sentido estricto, cuyo objeto es determinar tanto si existen elementos de prueba de cargo o incriminatorio y, luego, si tal prueba existente es suficiente o no para condenar.

16°. El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica. Un sistema de sana crítica o valoración racional de la prueba no limita la posibilidad de establecer criterios determinados para la valoración, por el contrario, estos servirían de pautas para el juez que, apoyado en un conocimiento sobre la ciencia o la técnica, resolverá sobre la base de un sistema de valoración regido por verdaderos criterios de conocimiento que garanticen a la vez un adecuado juzgamiento.

17°. Las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas de acuerdo a la sana crítica; sin embargo, el juez no puede "descalificar" el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico, artístico ni modificar las conclusiones del mismo fundándose en sus conocimientos personales.

En consecuencia, el juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones.

El juez, en suma, no está vinculado a lo que declaren los peritos; él puede formar su convicción libremente. Ahora bien, es indudable la fuerza de convicción que tienen los informes periciales, especialmente los de carácter estrictamente científico técnico. Más discutible pueden resultar los de otra naturaleza (pericias médicas, o psicológicas, o contables), pero, en cualquier caso, siempre suelen ser la prueba de cargo, es decir, la fundamental para enervar la presunción de inocencia [BANACLOCHE PALAO, Julio: *Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 268].

Las pericias no son en sí mismas la manifestación de una verdad incontrovertible [STSE 997/1997, de 8 de julio]. No se puede conferir a priori valor superior a un medio de prueba sobre otro, por lo que si respecto a un tema concreto se hubieren llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que entonces se reconoce al órgano jurisdiccional la facultad de realizar la conjunta valoración de la prueba, que permite estimar eventualmente que la verdad del hecho no es la que aparece expuesta por la prueba pericial sino la que ofrecen otros medios probatorios. Igual pauta metodológica tendrá lugar cuando el juez razonablemente discrepe de todo o de parte del contenido pericial [STSE 1/1997, de 28 de octubre].

Sin embargo, es igualmente plausible que si el juez se aparta de la pericia sin razones que lo expliquen y justifiquen, se estará ante un razonamiento contrario a las reglas de la racionalidad.

18°.Los criterios que se exponen están orientados a la fijación de evaluación de la validez y fiabilidad de la prueba pericial. De ellos se deriva la diferenciación entre lo que puede considerarse ciencia de la que no es. Al respecto, la doctrina [MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "Pruebas científicas y estándares de calidad", en *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 142 y 143] –sobre la base de la experiencia judicial norteamericana– ha propuesto los criterios siguientes:

A) La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica, o de la técnica en que se fundamenta la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio.
B) El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada.
C) La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos.
D) La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

Este criterio de la aceptación general "general acceptance" deja de ser el único elemento de decisión (como se había establecido en el caso Frye). La decisión sobre la admisión de esta prueba ya no corresponde únicamente a la comunidad científica sino al juez, quien deberá controlar la confiabilidad de la prueba científica, con arreglo a dichos criterios, y exponer los motivos de su inadmisión. El enfoque de un tribunal no debe ser sobre las conclusiones alcanzadas por el perito, sino sobre la metodología empleada para llegar a estas conclusiones. Y en caso que la conclusión no se desprenda de los datos que señala en su dictamen, el Tribunal tiene la libertad de determinar que existe un análisis inaceptable entre premisas y conclusión [SANDERS, Joseph: "La paradoja de la relación metodológica y conclusión y la estructura de la decisión judicial en los Estados Unidos", en *Derecho Probatorio contemporáneo: Pruebas científicas y técnicas forenses*, Universidad de Medellín, Medellín, 2012. p. 110].

19°. A efectos de la valoración de las pericias, estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (que se guían por el Manual de Protocolos de Procedimientos Médicos Legales Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 1998, Protocolos de Procedimiento Médicos Legales 1997, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual y Manual de Procedimientos Administrativos de la División Central de Exámenes Médicos Legales del Perú de 1995), y químicas.

20°. Por otro lado, integran las ciencias fácticas, las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica (que cuando son oficiales se orientan por la Guía Psicológica Forense para la Evaluación de casos en Violencia Familiar 2013, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual, Guía de Procedimientos para Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Abuso Sexual, Explotación Sexual y Trata con fines de Explotación Sexual en Cámara Gesell de 2011, Guía de Procedimientos para la Evaluación Psicológica de Presuntas víctimas de Abuso y Violencia Sexual atendidas

en Consultorio del año 2013 y Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual Tortura y otras formas de Violencia Intencional del año 2011), económica, antropológica.

21°. No toda pericia que se utilizará en el proceso tendrá como base conocimientos científicos, pues como enfatiza el artículo 172° del CPP, también procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Muestra de ello es la pericia valorativa, balística, contable, grafotécnica, dactiloscópica, informes especiales de controlaría (que se guía por el lineamiento de Contraloría General de la República N° 03-2012-CG/GCAL).

22°. Sobre la base de estas consideraciones, se establecen los siguientes criterios de valoración de la prueba pericial:

A) La pericia como prueba compleja debe evaluarse en el acto oral a través, primero de la acreditación del profesional que suscribió el informe documentado: grado académico, especialización, objetividad y profesionalidad. No se debe poner el acento en que el perito es oficial o de parte.

B) El informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral.
Asimismo, que se explique el método observado, que se aporten con el dictamen pericial, los documentos, instrumentos o materiales utilizados para elaborarlos y la explicación cómo se utilizó.

C) Evaluarse las condiciones en que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe, si son varios peritos la unanimidad de conclusiones. Para una mejor estimación será preferible que se grabe la realización de la pericia, se documente y se detalle cómo se llevó a cabo.

D) Si la prueba es científica, desde un primer nivel de análisis, debe evaluarse si esta prueba pericial se hizo de conformidad con los estándares fijados por la comunidad científica. El juez al momento de evaluar al perito debe examinar sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría utilizada, y cómo es que su uso apoya la conclusión a la que arribó. De ser notoria la relevancia y aceptación de la teoría, esto no será necesario. Asimismo, el juez debe apreciar el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito.

23°. Estos criterios son necesarios, pues no es suficiente confiar solo en la libre valoración del órgano judicial para garantizar que el conocimiento específico se utilice válidamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto del proceso. Lo que se requiere para que las pruebas periciales válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos, es un análisis judicial profundo y claro de las mismas acorde con estándares fiables de evaluación [TARUFFO, Michele: *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 100].

Empero, es de anotar, para no llevar a equívocos, que el juez, respecto de la prueba pericial, debe realizar un examen complejo, que comprende tres aspectos: 1) Subjetivo, referidos a la persona del perito (personalidad, relaciones con las partes, escuela científica a la que pertenece, nivel de percepción, capacidad de raciocinio y verdadero nivel de conocimientos, entre otros). 2) Fáctico o perceptual -de existir circunscrito al examen del objeto peritado, a su modo de acercamiento a él, a las técnicas utilizadas, etc. 3) Objetivo, concretado al método científico empleado, al grado que alcanzó la ciencia, arte o técnica utilizada, a la existencia de ligazón lógica entre los diversos elementos integrantes del informe pericial, a la entidad de las conclusiones: indecisas o categóricas, a la calidad de las fundamentaciones o motivaciones expuestas en el dictamen [CLIMENT DURAN, Carlos: *La prueba penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2da.edición, 2005, p. 847].

§ 4. El examen médico legal en delitos sexuales

24°. La medicina legal es la especialidad médica que brinda los conocimientos de salud al sistema de administración de justicia nacional. Es considerada una ciencia ya que utiliza un método para generar un conocimiento de tal naturaleza y comprobable, el cual es frecuentemente solicitado por las autoridades competentes [PACHECO DE LA CRUZ, José Luis/ PACORA PORTELLA, Percy/DE LA CRUZ CHAMILCO, Nancy/ DÍAZ CUBAS, Noelia: *Violencia y abuso sexual contra la mujer: Evaluación médico legal y clínico terapéutica de la mujer agredida física y/o sexualmente*. Disponible en línea: http://www.fihu-diagnostico. org.pe/revista/números/2012/oct-dic/189-197. html].

25°. En una víctima de violación sexual, se debe establecer si ha sido objeto o pasible de desfloración vaginal, acto contranatura y de otras lesiones físicas al cuerpo. El profesional examinador, además de apreciar estas zonas físicas, deberá obtener todo vestigio material que se relacione con este delito, tal como vellos púbicos, manchas de semen y muestras de contenido vaginal y/o anal, entre otros. Siendo el pene, los dedos u otros objetos duros de superficie roma, agentes clasificados como contundentes, se observarán lesiones denominadas contusas. Así, pues, las lesiones del himen relacionadas a un abuso sexual serán identificadas y evidenciadas como desgarros o laceraciones, equimosis y tumefacciones del borde himeneal.

26°. Respecto al examen proctológico, la exploración médica implica la inspección del área perianal. Se inicia en el esfínter anal, observando sus características, que pueden ser alteradas por la violación anal en el siguiente sentido: borramiento de pliegues del esfínter por edema traumático, desgarros, fisuras, despulimiento de las mucosas [GRANDINI GONZALES, Javier: *Medicina forense*, Mc. Graw Hill, México D.F., 2010, p. 101].

27°. La Guía Médico Legal-Evaluación Física de la Integridad Sexual del Ministerio Público señala los requisitos mínimos para realizar la evaluación física integral en casos de violencia sexual, a saber: a) El examen debe ser realizado por dos peritos como mínimo, en ausencia de otro y/o en caso de urgencia podrá ser realizado solo por un perito. b) Para su realización deberá ser asistido por un personal auxiliar

capacitado, y de preferencia femenino. c) Se podrá contar además con la presencia de cualquiera de las siguientes personas según voluntad expresa del evaluado: i) familiar, ii) personal femenino de la PNP, iii) personal femenino acompañante (custodio, tutores, asistentes sociales), d) si se realiza por un solo perito debe realizar la perennizacion del examen, previo consentimiento del evaluado, o, en su caso, de su familiar si es menor de edad, y según la logística disponible (cámara fotográfica o video cámara), e) debe contarse con un ambiente o consultorio adecuado, con buena iluminación, mobiliario e instrumental.

§ 5. La pericia psicológica forense y la credibilidad del testimonio

28°. Una de las pruebas que se puede utilizar al acontecer delitos contra la libertad sexual es la pericia psicológica sobre la credibilidad del testimonio. Esta se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico respecto de los hechos investigados cumple, en mayor o menor grado, con criterios preestablecidos que serían característicos de relatos que dan cuenta de forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los hechos [UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS, FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO: *Evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonios*, Santiago de Chile, 2008, p. 37].

29°. En ese sentido, la valoración de este medio de prueba pericial, debe ser realizada de forma rigurosa, de ahí que el juez al evaluar al perito debe preguntar y verificar lo siguiente [DE GREGORIO BUSTAMENTE, Álvaro: *Abuso sexual infantil. Denuncias falsas y erróneas*. Omar Favale ediciones jurídicas, Buenos Aires, 2004, p. 208.]:

A) El evaluado tiene capacidad para testimoniar.
B) Puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia.
C) Puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por hechos falsos.
D) Puede mentir sobre los hechos de violación sexual.
E) Tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta.

30°. Para realizar un análisis de credibilidad, resulta necesario efectuar evaluaciones a los sujetos que vierten el relato, atendiendo a dos niveles:

A) Cognitivos de la persona, que redundan en su habilidad para relatar los hechos con precisión y exactitud. Considera de manera particular los factores generales que influyen en la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información (exactitud).
B) Al componente motivacional que se refiere a la voluntad para explicar los hechos de modo apegado o no a la realidad.

31°. Sin embargo, es pertinente precisar: **Primero**, que la valoración de esa modalidad de pericia psicológica presupone una declaración prestada en forma legal, y con todas las garantías procesales y constitucionales. **Segundo**, que el análisis crítico del

testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto, por lo que el informe psicológico solo puede servir de apoyo periférico o mera corroboración –no tiene un carácter definitivo–, pero no sustituir la convicción sobre la credibilidad del testigo. **Tercero**, que el juicio del psicólogo solo puede ayudar al juez a conformar su criterio sobre la credibilidad del testigo; y, su informe, al contrastar las declaraciones de la víctima –menor de edad, sustancialmente– con los datos empíricos elaborados por la psicología, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. **Cuarto**, que el informe pericial no puede decir, ni se les pide que lo hagan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad, la cual es tarea del órgano jurisdiccional que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación [conforme: STS de 29 de octubre de 1996, de 16 de mayo de 2003, y de 488/2009, de 23 de junio].

§ 6. La pericia psicológica forense en los delitos sexuales

32°. El delito de violación sexual genera un daño psicológico en la víctima que implica a su vez lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento –que en algunos casos puede requerir con el paso del tiempo de un apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado– y por otro, a las secuelas emocionales que persisten en forma crónica como consecuencia del suceso sufrido y que interfieren negativamente en su vida cotidiana [ECHEBURUA, Enrique/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, PAZ, "Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos", en *Psicothema*. Vol. 14(2002), pp. 139 y 140].

33°. La lesión psíquica incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social, por tanto su presencia es medible. Las lesiones más frecuentes son los trastornos adaptativos, el trastorno de estrés postraumático o la descompensación de una personalidad anómala. El trastorno de estrés postraumático, común en los delitos de violencia sexual según la Organización Mundial de la Salud, es una alteración psíquica que aparece cuando la persona ha sufrido una agresión física o una amenaza para la vida propia o de otra persona. Asimismo, cuando la reacción emocional experimentada implica una respuesta intensa de miedo, horror o indefensión [ASENSI PÉREZ, Laura Fátima: "La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género", en *Revista Internauta de Práctica Jurídica* N° 21, enero-junio de 2008, p. 19].

34°. De otro lado, las secuelas emocionales que se presentan se refieren a la estabilización del daño psíquico, es decir, a una discapacidad permanente que no remite con el paso del tiempo ni con un tratamiento adecuado; es una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico habitual [ECHEBURUA, Enrique/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, PAZ, "Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos", en *Psicothema*. Vol. 14 (2002), p. 140]. Por esta razón, la pericia

psicológica forense es la idónea para determinar el daño causado. Ella es un procedimiento metodológico, realizado por un perito psicológico, con la finalidad de esclarecer la conducta y determinar el estado de salud mental de personas implicadas en procesos de investigación policial y/o judicial [POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ: *Manual de Criminalística, Dirección de Criminalística*, Lima, 2006, p. 356].

35°. La referida pericia se basa en un procedimiento establecido: i) observación de la conducta, se debe registrar indicadores como tics, movimientos o temblores del cuerpo, etcétera, ii) historia clínica psicológica, que es un documento biográfico del pariente basado en sus vivencias y experiencias, así como de la familia; esencialmente deben anotar datos de la filiación y el problema actual, iii) examen mental que es una herramienta que permite detectar alguna patología mental la que será corroborada con los otros instrumentos, iv) reactivos psicométricos (pruebas psicológicas).

36°. Su valoración adquiere la mayor relevancia, por lo que, siguiendo los criterios asumidos, se debe considerar además de lo ya expuesto:

A) La acreditación del profesional que suscribió el informe documentado, grado académico en la especialidad, especialización en psicología forense o similar.
B) De ser posible, es necesario que se grabe la entrevista y se detalle cómo se llevó a cabo.
C) Evaluar si se efectuó de conformidad con los estándares de la Guía de Procedimiento para la Evaluación Psicológica de Presuntas Víctimas de Abuso y Violencia Sexual Atendidas en Consultorio del Ministerio Público de 2013, aunque esto no implica que no se deba de evaluar los demás criterios, pues este es solo un dato indiciario de la validez de la prueba pericial psicológica forense.
D) Como se advirtió, es importante que el juez al momento de evaluar al perito pregunte sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría usada, por ejemplo, en el uso de reactivos psicométricos, como el test de la Figura Humana de E. M Kopitz, test de la Figura Humana de Karen Machover, test de la Familia, test de la Casa, test del Árbol, etcétera; y como es que el uso de estos apoya la conclusión a la que arribó.
E) El juez debe preguntar sobre el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito, debiéndose valorar que los sujetos en estas pruebas tienden a responder con sinceridad los cuestionarios que se les hacen, pero existen excepciones que conviene controlar, así el único uso de autoinformes[1] no es apto para el diagnóstico de los trastornos de personalidad, pues en comparación con las entrevistas clínicas[2] tienden a ocultar o exagerar los síntomas del paciente. Al contrario, las técnicas proyectivas son más difícil de falsear porque son pruebas enmascaradas [ECHEBURUA, Enrique/ AMOR, Pedro/ DE CORRAL, Paz: "Auto informes y entrevistas en el ámbito de la psicología clínica forense: limitaciones y nuevas perspectivas", en *Análisis y modificación de conducta*, Vol. 29. N° 126 (2003), pp. 139 y 140.

[1]Los autoinformes son cuestionarios que consisten en listas de preguntas sobre formas de conducta, referencias personales, sentimientos, actitudes, opiniones, etcétera, los errores se presentan por ignorancia sobre lo que se pregunta, falta de motivación para responder, simulación, deseabilidad social (aparentar) distorsiones de la memoria.
[2]En éstas también hay errores por cuanto no hay baremos estandarizados para hacer entrevistas, el entrevistador puede anotar síntomas inexistentes, no percatarse de indicios no verbales clínicamente significativos, inducir respuestas, etc.

Asimismo, se ha señalado que las pruebas proyectivas tienen una ventaja significativa en relación al resto de pruebas psicológicas y es que no están intermediadas por el lenguaje, a diferencia, por ejemplo, de los cuestionarios [DEMUS: *Justicia de género. Pericias psicológicas en caso de violencia sexual en conflicto armado*, Demus, Lima, 2010, p. 6].

37°. Como se ha fundamentado, para la realización de las tres pericias analizadas es necesario comprobar su solvencia o confiabilidad científica, según su naturaleza, para asignarle valor debiendo atenderse los criterios expuestos.

III. DECISIÓN

38°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

39°. ESTABLECER como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 15° al 36°del presente Acuerdo Plenario.

40°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

41°. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, sólo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

42°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial *El Peruano.*
Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO Nº 5-2015/CIJ-116

FUNDAMENTO: **Artículo 116° TUO LOPJ.**
Asunto: El concepto de arma como componente de la circunstancia agravante "a mano armada" en el delito de robo.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria 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 Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 246-2015-P-PJ, de 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor PARIONA PASTRANA, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, 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°. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, la publicación de temas y la presentación de ponencias. Esta última etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a las personas en general, a participar e intervenir en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello, se habilitó el Foro de Participación Ciudadana a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que

se logró una amplia participación ciudadana a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados-, en la sesión del 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así cómo se establecieron los seis temas de la agenda, con sendos problemas específicos.

La *segunda etapa*, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos.

La *tercera etapa* comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de los Jueces Supremos Ponentes para cada tema seleccionado. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial -en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República- a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

3°. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema en cuanto a la agravante específica "a mano armada", en el delito agravado de robo previsto en el artículo 189.3° del Código Penal, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. 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.

Intervienen como ponentes los señores PRADO SALDARRIAGA y SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes y situación problemática

4°. El artículo 239° del Código Penal de 1924, en la redacción que introdujo la Ley N° 23405, de 27 de mayo de 1982, consideró como agravante del robo, el que este hubiese

sido cometido portando *"cualquier clase de arma o instrumento que pudiere servir como tal"*. Con esta expresión se aludía a las denominadas *"armas impropias"*.

Este antecedente muestra que el legislador desarrolló una noción más amplia de aquella que ha correspondido tradicionalmente a la agravante de *mano armada* o de portar armas. Esto es, la necesidad de que el agente exhiba o lleve consigo un medio confeccionado exclusivamente para potenciar la capacidad de ataque o de daño contra terceros.

El legislador con dicho texto propició la posibilidad de una interpretación analógica a partir de la función propia de las armas: su capacidad de servir para atacar y dañar. De allí que, desde aquél entonces, la doctrina ha rechazado que se configure la agravante si no es posible derivar del medio empleado tal capacidad ofensiva [ROY FREYRE, Luis E: *Derecho penal peruano. Parte Especial,* Tomo III. *Delitos contra el patrimonio*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1983, pp. 90-91].

5°. El Código Penal de 1991 no ha reproducido una fórmula alterna similar sino que el legislador se ha limitado a considerar, en el inciso 3 del artículo 189°, como agravante específica del delito de robo, el cometerlo a *"mano armada"*, es decir, que el agente porte y exhiba ante la víctima "un arma". Si la interpretación de dicho precepto se hiciera en atención a la doctrina antes señalada, entonces no sería posible la configuración de la agravante *"a mano armada"* cuando el agente portara un juguete con forma de arma o simulara portar un arma que es en realidad un medio que carece de capacidad ofensiva y sirve a otros fines, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los encendedores fabricados con las características externas de un arma de fuego, es decir, cuando esgrima un *"arma aparente"*. Se destaca, desde tal perspectiva, la influencia calificante del peligro personal corrido por la víctima [SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983, p.267].

El debate se ve reflejado en las ejecutorias supremas pronunciadas con motivo de los Recursos de Nulidad N° 5824-97-Huánuco, en que se indicó que "*arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima* [...]", y el N° 2179-1998-Lima, donde se sostuvo que "*el concepto de arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en ésta un sentimiento de miedo*", en tanto que en el Recurso de Nulidad N° 4172-2004-Chincha, en que se consideró que "*el fundamento de la calificante se basa en la calidad del medio empleado por el agente para cometer el ilícito y que potencia su capacidad ofensiva en desmedro de la seguridad del sujeto pasivo*". Desde otra óptica, en la postura adoptada en el Recurso de Nulidad N° 2676-2012-Junín, se consideró que "*el fundamento de la agravación se encuentra en el peligro que para la vida, la integridad*

o la salud del sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de tales objetos o medios"; con lo que el debate no se cerró.

6°. En la actual situación de inseguridad ciudadana se aprecia que los robos que ocurren con mayor frecuencia se realizan con armas reales y no simuladas. No obstante, la cifra concreta de delitos en los que se utilizan armas aparentes y armas de fuego inoperativas u otro tipo de objeto, réplicas, de utilería o simuladas, se incrementa cada vez más y motiva que la judicatura penal de la Corte Suprema se pronuncie, determinando firmemente la connotación de aquel elemento agravatorio en su dimensión cabal, para aplicarse como decisión vinculante, sin generar paradojas ni impunidad[1].

Es de resaltar que hoy existe variedad de objetos no letales que tienen las características de un arma de fuego como las denominadas armas neumáticas, *airsoft* y *paintball* que tienen la apariencia de un arma de fuego auténtica sin serlo; encendedores que copian la forma de un arma de fuego –como dato de la observación concreta– y juguetes cuya semejanza con una real no puede ser apreciada a simple vista y que su utilización para la comisión de delitos se incrementa en el marco creciente de la inseguridad ciudadana extendida en todo el país, ello se puede apreciar en los cuadros de fuente policial contenidos en los anexos 01 y 02 (ver al final)[2]

Según la información consolidada emitida por las Divisiones Territoriales y Divisiones Policiales en la Región Policial de Lima, durante el 2014 se incautaron 17 armas de fuego hechizas, 74 réplicas de armas de fuego y 31 armas de fuego inoperativas, mientras que del 1 de enero hasta el 31 de agosto del 2015 se incautaron 11 armas de fuego hechizas, 120 réplicas de arma de fuego y 29 armas de fuego inoperativas.

Se eleva por tanto el empleo de elementos con apariencia de arma, en particular de fuego, usadas para facilitar los robos, reduciendo o anulando la resistencia de las víctimas[3].

En razón de ello ¿hay una necesidad desde la perspectiva político criminal de comprender en las agravantes del robo el empleo en su comisión de armas de juguete, armas simuladas o armas descargadas o defectuosas? Esta interrogante es respondida a continuación.

---

[1] Es de resaltar que el término "arma" (que involucra a la de fuego) aparece, además del robo, en varios dispositivos contenidos en el Código Penal: *v. gr.*, violación sexual: artículo 170.1 del CP; abigeato: artículo 189.C del CP; usurpación: artículo 204.1 del CP; rebelión: artículo 346 del CP; y sedición: artículo 347 del CP), considerando que la comisión del hecho con un arma debe ser sancionada de modo más intenso.

[2] Reporte estadístico de incautación de armas de fuego inoperativas, armas de fuego hechizas, y réplicas de arma remitido por el Jefe de la Oficina de Planeamiento Administrativo de la Región Policial Lima.

[3] Es más sencillo para quien delinque proveerse de una réplica que de un arma de fuego verdadera y finalmente le resulta menos aflictivo, ante una súbita intervención penal, porque no hay una tenencia ilícita de réplica de arma de fuego.

§ 2. Alcance de la violencia configuradora del delito de robo

7°. Para comprender el sentido de la represión penal de la agravante "a mano armada" en el delito de robo, se ha de partir por identificar cuál es el bien jurídico protegido. En la doctrina nacional destacan dos posiciones sobre ello: a) Aquella que afirma que el robo es un delito pluriofensivo, donde la propiedad es el bien jurídico específico predominante; pero junto a ella, se afecta también directamente a la libertad de la víctima, la vida y la integridad física [ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra el patrimonio*, Grijley, Lima, 2000, p. 348]. b) La otra postura que considera que el único bien jurídico que se tutela con el delito de robo simple es el patrimonio y que la afectación de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física o la libertad sólo sirven para calificar o configurar de forma objetiva el hecho punible de robo [SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra el patrimonio*, Ed. Instituto Pacifico, Lima, 2015, p. 125.].

La tesis adecuada a la protección más cabal del delito de robo es la que considera que el delito de robo tiene la característica de ser pluriofensivo, puesto que afecta esencialmente al patrimonio, pero también a la integridad física o la salud y la libertad.

Así, el empleo de un arma para apoderarse de un bien mueble implica la configuración de una agravante específica cuya consecuencia es el incremento de la punición. Todo delito de robo involucra la afectación simultánea de varios bienes jurídicos (cuanto menos dos) en pos de la sustracción (afectación patrimonial) que ciertamente es el objetivo final del sujeto activo. Ordenados según la frecuencia de su afectación se presentan del modo siguiente (sin referirse a un orden de prevalencia):

Patrimonio	Siempre afectada
Libertad	Siempre afectado
Integridad corporal	Afectada en algunos casos, según la conducta
Vida humana	Afectada en algunos casos, según la conducta

8°. El artículo 188° del Código Penal sanciona la conducta de quien se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando para ello violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física. La fórmula legislativa, modificada por el Artículo 1 de la Ley N.° 27472, publicada el 5 de junio de 2001, ha sido diseñada de la siguiente manera:

> Artículo 188.- Robo: *"El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro*

inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años".

9°. La circunstancia de agravación prevista en el inciso 3) del artículo 189° del Código Penal, se configura cuando la conducta descrita se lleva a cabo *"a mano armada"*. Esto es, mediante la utilización de un arma. En este contexto, cabe determinar a qué intensidad y a qué clase de amenaza se refiere la fórmula del tipo base cuando señala que el agente debe "amenazar con un peligro inminente para su vida o integridad física" (se entiende del sujeto pasivo)[4].

En el artículo 188° se alude a una amenaza inminente[5] , de allí que no podrá configurar tal exigencia legal la amenaza de un mal de remota materialización. Tendrá, por tanto, que revestir las calidades de verosimilitud en la materialización y, además, proximidad[6].

Se hallan afuera, por tanto, las advertencias de inferir males de menor connotación y las amenazas absurdas.

10°. Según la perspectiva objetiva, la "amenaza inminente" ha de recaer sobre específicos bienes jurídicos personalísimos: vida o integridad corporal, desde luego puede tratarse de la vida o integridad de la propia víctima o de la vida o integridad de otra persona a quien la víctima proteja al someterse a la intimidación del sujeto activo *(vis compulsiva)* debe ser cierta (real, auténtica). Debido a ello, el mal anunciado a la víctima ha de ser grave, es decir, debe poner efectivamente en riesgo próximo la vida o la integridad física.

Si la descripción normativa "mano armada" se entendiera desde la perspectiva objetiva, ceñida al arma propia (arma auténtica y funcional), la amenaza con arma de utilería o un juguete bélico semejante no sería cierta y, por tanto, al no ser factible con ella la afectación de la vida o integridad física, tampoco habría inminencia. Así, la postura objetiva respecto del arma –que exige el aumento de peligro para los bienes jurídicos de la víctima, (vida o la integridad personal), como consecuencia del uso de la misma, y no simplemente en la mayor capacidad coactiva o intimidante del autor, como postula la jurisprudencia española en atención a su ordenamiento penal (Conforme: STSE 1401/1999, de ocho de febrero de 2000) – no resuelve dogmáticamente el problema y genera paradojas.

---

[4] El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española –en adelante, el DRAE- define el término amenaza con dos acepciones: "1. Tr. Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien" y " 2. Tr. Dar indicios de estar inminente algo malo o desagradable".

[5] Según el DRAE, del latín imminens, -entis. Part. Act. De imminere "amenazar") se entiende "que amenaza o está para suceder prontamente".

[6] Según el DRAE: "cercanía, que dista poco en el espacio o en el tiempo".

§ 3. Fundamentos de la circunstancia agravante por empleo de arma

11°. Como se ha anotado, desde la perspectiva objetiva el fundamento de la agravante reside en el peligro que para la vida, la integridad o la salud del sujeto pasivo o de los terceros supone la utilización de armas (posibilidad de daño o peligro concreto), evaluado *ex post*, sin tener en cuenta la real complejidad e intensidad del ataque e ignorando los efectos psicológicos producto de la agresión, la especial posición intimidatoria del agente, el grado de indefensión a la libertad que efectivamente sufre la víctima y la facilidad para la comisión del ilícito y para asegurar su impunidad.

12°. El significado del "arma" es amplio, pues basta para ello que cumpla la finalidad de potenciar la capacidad de ataque o defensa de quien la utiliza[7]; a lo que se agrega el concepto de alevosía[8], que expresada en el empleo de armas, se funda en la ventaja derivada de los efectos del temor[9], situación con la que cuenta el asaltante para lograr su objetivo ilícito que como es claro tiene una expectativa fundamentalmente patrimonial.

Cuando el agente ejecuta la sustracción amenazando con un elemento que en apariencia es un arma (sea o no de fuego), obra para asegurar el resultado planificado, intentando eludir los riesgos de una reacción defensiva de la persona atacada; se coloca en condición de superioridad ante la indefensión del sujeto pasivo. El agente se prepara y cuenta con los efectos del temor de distinta intensidad que generará según la víctima[10]

---

[7] Cfr., DRAE, disponible en: http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=VQPyw97SLDXX2XNv4IED.

[8] Cfr., DRAE. Entendida como una "cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente".

[9] Según el DRAE: "Pasión del ánimo, que hace huir o rehusar aquello que se considera dañoso, arriesgado o peligroso".

[10] El mecanismo que desata el miedo se encuentra, tanto en personas como en animales, en el cerebro, concretamente en el cerebro reptiliano, que se encarga de regular acciones esenciales para la supervivencia como comer y respirar, y en el sistema límbico, que es el encargado de regular las emociones, la lucha, la huida, la evitación del dolor y en general todas las funciones de conservación del individuo y de la especie. Este sistema revisa de manera constante (incluso durante el sueño) toda la información que se recibe a través de los sentidos, y lo hace mediante la estructura llamada amígdala cerebral, que controla las emociones básicas, como el miedo y el afecto, y se encarga de localizar la fuente del peligro. Cuando la amígdala se activa se desencadena la sensación de miedo y ansiedad, y su respuesta puede ser la huida, el enfrentamiento o la paralización. Se ha encontrado que la sensación de miedo está mediada por la actuación de la hormona antidiurética (o "vasopresina") en la amígdala cerebral y que la del afecto lo está por la de la hormona oxitocina, también en la amígdala.
El miedo produce cambios fisiológicos inmediatos: se incrementa el metabolismo celular, aumenta la presión arterial, la glucosa en sangre y la actividad cerebral, así como la coagulación sanguínea. El sistema inmunitario se detiene (al igual que toda función no esencial), la sangre fluye a los músculos mayores (especialmente a las extremidades inferiores, en preparación para la huida) y el corazón bombea sangre a gran velocidad para llevar hormonas a las células (especialmente adrenalina). También se producen importantes modificaciones faciales: agrandamiento de los ojos para mejorar la visión, dilatación de las pupilas para facilitar la admisión de luz, la frente se arruga y los labios se estiran horizontalmente.
La consolidación en la memoria de un episodio de miedo intenso (o de un trauma) no es inmediata. Según los investigadores Min Zhuo, Bao Ming Li y Bong Kiun Kaang la activación de los receptores NMDA (que son las moléculas que reciben las señales bioquímicas que provocan un efecto fisiológico concreto) provoca que en esos receptores se produzca una huella en las células cerebrales. En concreto, sería la

(elemento subjetivo de tendencia distinto al dolo); es claro que no habrá un trauma psíquico en todos los casos, pero el temor al daño se hallará presente siempre.

Este proceder constituye una expresión de la alevosía –más grave aún si se produce el ataque por la espalda–, en que el desvalor de la conducta se funda en: a) la tendencia interna intensificada del agente[11] que, para facilitar el delito, procede a traición y sobre seguro (elemento subjetivo distinto del dolo presente en el sujeto activo), allí se revela la perversidad del autor y se pone en evidencia la naturaleza subjetiva de la alevosía[12]; y, b) la mayor antijuridicidad, por los medios comisivos que el agente emplea, revelándose allí la mayor gravedad del injusto, esto es, la naturaleza objetiva de la alevosía[13], por el empleo de medios o formas para diluir o minimizar el riesgo para quien delinque.

En algunos casos se tratará de alevosía proditoria (el acechar a través de una actuación preparada para que la víctima no pueda percatarse del ataque hasta el momento del hecho) y en otros de alevosía sorpresiva (en que el agente no se oculta pero no trasluce sus afanes sino hasta el instante mismo de la agresión).

En uno y otro, el agente cuenta con los efectos psicológicos, fisiológicos y bioquímicos del temor en su víctima, que se presentarán como reacción natural frente al atentado amenazante.

13°. El amenazado con un arma de fuego comúnmente no puede apreciar *a priori* –salvo se trate de persona especializada y según la circunstancias- su autenticidad, si se encuentra, o no, cargada, no es posible entonces negar la idoneidad de esta arma para la consecución de los objetivos del agente. La utilización de un arma (ya sea propia, impropia o de juguete con las características de arma verdadera, replica u otro sucedáneo) genera, pues, el debilitamiento de las posibilidades de defensa, que es precisamente lo que busca el agente con el empleo de tal elemento vulnerante. Dicho de otra manera, con el empleo del arma, el sujeto activo se vale de un mecanismo, cierto o simulado, que lo coloca en ventaja al reducir al sujeto pasivo, y cuya aptitud la víctima no está en aptitud de determinar ni obligada a verificar –busca, pues, asegurar la

---

subunidad molecular llamada NR2B la que serviría de marca de memoria. En experimentos realizados con ratones, el bloqueo de la NR2B en la corteza prefrontal produjo la desaparición de la reacción a un miedo previamente experimentado.
Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Miedo.

[11] Al respecto, y principalmente, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Cuarta Edición, MANZANARES SAMANIEGO José Luis (Trad.), Comares, Granada, pp. 286-287; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General*. I. Editorial Universitas, Madrid, 1996, pp. 396-397; y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 376.

[12] CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1971, p.561.

[13] CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito.* Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 377; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 280-281.

ejecución del robo e impedir la defensa del agraviado, de los que es consciente, e importa un incremento del injusto y una mayor culpabilidad-. Allí radica, pues, lo alevoso como fundamento de esta agravante.

14°. En la Directiva de Órgano DG-PNP N.° 04-20-2009-DIRLOG/PNP-B, de 20 de octubre de 2009, se regula el control, la adquisición, tenencia, uso, seguridad, conservación, afectación, altas, bajas, transporte y destino final del armamento, municiones y equipo policial del Estado, así como de armas de fuego particulares de propiedad del personal PNP en situación de actividad, disponibilidad y retiro; en el apartado "Q" denominado CARTILLA PARA NORMAS EL EMPLEO DE ARMAS DE FUEGO[14]; se describe un modo de actuar que revela diáfanamente la función disuasoria o intimidante del empleo de un arma de fuego de la que legítimamente se valen los efectivos policiales en el restablecimiento del orden, utilidad que también aprovechan quienes pretenden cometer o cometen ilícitos, desplegando especial alevosía[15] y con la ventaja consiguiente para lograr su objetivo ilícito de orden patrimonial.

En el ordenamiento penal peruano no existía una previsión general de tal naturaleza y se hallaba la alevosía única y directamente vinculada al homicidio calificado (artículo 108.3 del CP).

Hoy, el artículo 46.2.f, del Código Penal peruano[16], señala como una circunstancia genérica de agravación, el *"ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe"*; por lo que el legislador ha extendido la alevosía a otros supuestos delictivos en cuanto fueran compatibles y no será razonable duplicar la valoración en los supuestos de robo y otros delitos violentos, ejecutados "a mano armada", por tratarse de circunstancias específicamente previstas en los tipos penales correspondientes.

---

[14] En el acápite 4 relativo al "Procedimiento a Seguir en Caso de Emplearse Armas", se precisa que el policía debe: a) Identificarse como miembro PNP. b) Hacer conocer con voz clara y firme que se va a hacer uso del arma. c) Repetir dos veces esta notificación, incluyendo que se va a disparar. d) Si no ha sido posible conseguir resultados favorables con estas advertencias, se efectuará un disparo al aire con el objeto de amedrentarlos, procurando que el disparo no cause daño. e) Si a pesar de ello no se obtiene que el infractor deponga su actitud, se hará uso enérgico del arma, evitando causarle la muerte. f) Si en una captura intervienen varios miembros de la Policía Nacional, el más antiguo dará la orden para el empleo de las armas, siendo responsable de su determinación.

[15] La expresión "alevosía", según CEREZO MIR, exige que el sujeto haya elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla y de evitar los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima sin que sea preciso que el sujeto "haya elegido determinados medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir la posible defensa de la víctima", sino que "basta con que utilice los medios, modos o formas de ejecución con los fines mencionados". CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito.* Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 372.

[16] Vigente desde agosto del 2013, en el artículo 1 de la Ley N° 30076.

Cabe resaltar que en la Ley N° 30299, Ley de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados de uso civil, se ha considerado que las pistolas neumáticas o símiles de armas de fuego, deben ser objeto de diferenciación para no ser confundidas con las reales, por lo que en el artículo 12 se establece que "las armas neumáticas o similares a las armas de fuego, deben presentar un signo distintivo como punta roja o naranja para su importación, comercialización y uso, que permita su fácil visualización hacia terceros, de modo que pueda distinguirse claramente de un arma de fuego real" y "no se permite la comercialización, porte y uso de las citadas armas que no presenten la característica mencionada"[17].

15°. En consecuencia, el legislador nacional ha declarado que en algunos casos hay dificultad para diferenciar un arma de fuego real de una aparente y debido a ello ha establecido la obligación de hacerlas distinguibles como requisito para su comercio, porte y uso, lo que abona que, bajo el principio de la realidad, es indiferente para la víctima en un acto de robo, que el elemento con el que la amenazan sea un arma funcional o fuera simulada, puesto que esencialmente el grado de semejanza es tal que difícilmente un experto podría reconocer *a priori* si se está empleando una verdadera y apta o una falsa (tanto más si el atacante obra por la espalda o en la oscuridad)[18]

16°. A mayor abundamiento, en el artículo 189°.C del Código Penal, relativo al robo de ganado, se agrava la responsabilidad, entre otros supuestos, cuando el agente "hubiere portado cualquier clase de arma o de instrumento que pudiere servir como tal", con lo que el legislador asumió el sentido amplio de "arma" y consideró la alevosía contra la víctima en el proceder del agente que sustrae ganado, valiéndose de tales elementos.

Resultaría paradójico que se pudiera entender como "arma" en general o, "arma de fuego" en particular, únicamente al arma auténtica y funcional para el supuesto de asalto a las personas para despojar a las víctimas de cualquier bien que no sea ganado; pero cuando se configurare un supuesto de abigeato, se tuviera que entender que cualquier instrumento que pudiere servir como arma (útil para configurar la alevosía del agente) deberá ser considerado como tal y calificar la conducta como delito agravado.

---

[17] En noviembre del 2014, un adolescente afroamericano de doce años, en Cleveland (Ohio), apuntaba con una pistola a los transeúntes en un parque, y luego de una denuncia telefónica, un vehículo patrullero se hizo presente casi al instante y un agente policial conminó al atacante hasta en tres oportunidades a que levantara las manos, y tras hacer caso omiso el menor llevó las manos a la cintura (se ignora si para sacar el arma) y el policía le disparó en el abdomen.
El adolescente murió en el hospital. El arma no era verdadera, sino una pistola *airsoft*, que no tenía el tapón o el botón naranja que lo distinguiera de las verdaderas.
La interrogante es si el tema se ha de abordar como un caso de legítima defensa, un caso de cumplimiento del deber o un asesinato. Lo probable es que se entienda aquel proceder como justificado. A mayor información, véase:
http://mexico.cnn.com/mundo/2014/11/23/la-policia-mata-a-un-menor-que-portaba-un-arma-de-juguete-en-cleveland

[18] En el artículo 14 del Proyecto de Reglamento de la Ley N° 30299, de 24 de julio de 2015 (Resolución Ministerial 0426-2015-IN), se considera que deberá ser fácil el diferenciar por terceros las que no son armas de fuego reales.

Se generaría así un doble estándar de aplicación de la propia ley en materia de robo, diferenciada sin motivo atendible por la naturaleza del bien material sustraído.

Se generaría por interpretación una protección especial al patrimonio ganadero, diferente a la que corresponde a la persona (de cualquier edad o condición) que no lo es.

17°. Esa especial facilidad para la perpetración y aseguramiento de impunidad con que se broquela quien utiliza el arma aun cuando esta no sea apta para disparar por deterioro falsedad, sea simulada o de juguete; genera un ámbito de diferencia con el delito de robo simple, en el cual el sujeto pasivo puede ejercer efectivamente resistencia ante un riesgo que no tiene la misma magnitud de la amenaza, que cuando se porta un arma.

Por tanto, el sentido interpretativo del término "a mano armada" como agravante del delito de robo del artículo 189.3° del Código Penal, en relación a las armas en general y las armas de fuego en particular, abarca a las de fuego inoperativas, aparentes, las armas de utilería, los juguetes con forma de arma, las réplicas de arma o cualquier elemento que por su similitud con un arma o una de fuego verdadera o funcional, al no ser sencillamente distinguible de las auténticas, produzca los mismos efectos disuasivos de autodefensa activa en la víctima, ante la alevosía con que obra el agente delictivo.

§ 4. Respecto al delito de tenencia ilícita de armas de fuego

18°. Es de resaltar que las valoraciones sobre autenticidad y funcionabilidad de armas de fuego son atendibles y exigibles en el específico caso de los delitos de tenencia ilícita de armas de fuego (artículo 279° del Código Penal).

III. DECISIÓN

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

ACORDARON:

20°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9° al 18°.

21°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados 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.

22°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

Ss.

SAN MARTIN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

ANEXO 01

POLICIA NACIONAL DEL PERU

OFIPLA/JEM - REGPOL LIMA

CUADRO DE INCAUTACION DE: ARMAS HECHIZAS, REPLICAS Y ARMAS INOPERATIVAS; QUE HAN SIDO EMPLEADOS EN ACTOS DELICTIVOS DURANTE EL AÑO 2014 (01ENE - 31DIC2014)

	DIVTER Y/O DIVPOL	COMISARIAS	HECHIZAS												TOTAL	REPLICAS												TOTAL	ARMAS INOPERATIVAS												TOTAL
			ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE		ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE		ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	
REGION POLICIAL LIMA	DIVTER Y/O DIVPOL	DIVTER NORTE - 1	1		1			2							4		2	1	2			3			3			11		1							1				2
		DIVTER NORTE - 2							1						1		1	1					1		2			5													
		DIVTER NORTE - 3																1		2	1	2			2		2	10								1					1
		DIVTER OESTE																1			2	2						5													
		DIVTER CENTRO - 1				2	1	1	1						5	1	1	1	1		1	1	2		2	1	1	12				1					1			2	4
		DIVTER CENTRO - 2																		2								2		2							1	1		2	6
		DIVTER ESTE - 1							1						1			4		1				1	1			7	1					1							2
		DIVTER ESTE - 2					1								1	1		1		1		1			1		1	6													
		DIVTER SUR - 1	1						2						3					1					1			2													
		DIVTER SUR - 2														1		2	2		1		2					8	2	1		3	2		1			3	1	1	14
		DIVTER SUR - 3																1		1		1		1		1		5													
		DIVPOL CHOSICA																																							
		DIVPOL CAÑETE		1									1		2		1											1											2		2
		TOTAL	2	1	1	2	2	3	5				1		17	3	6	9	6	8	5	10	5	2	12	2	4	74	3	4		4	2	1	1	1	3	4	3	5	31

POLICIA NACIONAL DEL PERU - REGION - LIMA - OFIPLA

ANEXO 02

POLICIA NACIONAL DEL PERU

OFIPLA/JEM - REGPOL LIMA

CUADRO DE INCAUTACION DE: ARMAS HECHIZAS, REPLICAS Y ARMAS INOPERATIVAS; QUE HAN SIDO EMPLEADOS EN ACTOS DELICTIVOS DURANTE EL AÑO 2015 (01ENE - 31AGO2015)

	DIVTER Y/O DIVPOL	COMISARIAS	HECHIZAS												TOTAL	REPLICAS												TOTAL	ARMAS INOPERATIVAS												TOTAL
			ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE		ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE		ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	
REGION POLICIAL LIMA	DIVTER Y/O DIVPOL	DIVTER NORTE - 1								1					1		2	3	1	1	1	3	3					14								2					2
		DIVTER NORTE - 2															1	1	3	2	1			1				9				1									1
		DIVTER NORTE - 3														1	2	1	1	1	1		3	4				14													
		DIVTER OESTE															2							2				4													
		DIVTER CENTRO - 1		1	1		1		1						4		5		3	2	2	2	4	1				19		2	1		1	1	3	4					12
		DIVTER CENTRO - 2														1					1		1					3					2	2		1					5
		DIVTER ESTE - 1						1			1				2	2		3	1		1	3	3					13			1	1			1						3
		DIVTER ESTE - 2					1								1	1	1	1	1		2	1	3					10													
		DIVTER SUR - 1														1			1		1	2						5													
		DIVTER SUR - 2														2	1	2	2	3	2	2	1					15	1			1		1	1	1					5
		DIVTER SUR - 3			1										1			2			1	1	4					8					1								1
		DIVPOL CHOSICA																					1					1													
		DIVPOL CAÑETE	1							1					2			1		3		1						5													
		TOTAL	1	1	2		2	1	1	2	1				11	8	14	14	13	12	13	15	23	8				120	1	2	2	3	4	4	5	8					29

POLICIA NACIONAL DEL PERU · REGION POLICIAL · LIMA