



JURISPRUDENCIA

Año XXVI / N° 1056

7879

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

X PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 001-2016/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116° TUO LOPJ. Asunto: Alcances típicos del delito de feminicidio

Lima, 12 de junio de dos mil diecisiete.-

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 179-2016-P-PJ, de 22 de junio de 2016, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del Señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el X Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la Participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, 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 X Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas:

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer los puntos materia de análisis que necesitan de una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: el examen de las propuestas temáticas que presentaron las entidades y los juristas se realizó entre los días 7 de julio al 7 de agosto de 2016. Se presentaron un total de 41 mociones. De ellas, en la sesión de 31 de agosto de 2016, se identificaron tres propuestas, que se oficializaron en los siguientes temas:

a. Restricciones legales en materia de confesión sincera y responsabilidad restringida por edad. b. Participación del *extraneus* en delitos especiales. c. Delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

En sesión del 7 de setiembre de 2016 se seleccionó a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el día 28 de setiembre de 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Hicieron uso de la palabra sobre el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario.

4°. La tercera etapa, del X Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de designación de los jueces supremos ponentes. En la sesión de fecha cinco de octubre se designó a la señora Barrios Alvarado (coordinadora) para la formulación de la ponencia referida a “los delitos de violencia contra la mujer y de miembros del entorno familiar”.

En atención a la amplitud de la temática examinada, solo fueron objeto de examen tres subtemas: el delito de feminicidio, las lesiones psicológicas y aspectos procesales de los delitos materia de la Ley antes citada.

Presentada la ponencia pertinente, con relación a los alcances típicos del delito de feminicidio, en la sesión de fecha cinco de enero de dos mil diecisiete se procedió a la deliberación, votación y redacción del Acuerdo Plenario antes mencionado.

5°. El presente Acuerdo Plenario se emite conforme a 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.

Intervienen como ponentes los señores BARRIOS ALVARADO y FIGUEROA NAVARRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Violencia de género

Definición:

1. La violencia contra la mujer constituye la expresión de toda violencia que se ejerce por el hombre contra esta por su condición de tal, y tiene su génesis en la discriminación intemporal, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

2. Desde esta perspectiva la violencia contra las mujeres no se reduce al ámbito familiar (como parte de la relación de subordinación), sino a una estructura social caracterizada por la discriminación, desigualdad y relaciones de poder entre el hombre y la mujer.

3. El artículo 1, de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER - BELEM DO PARÁ, señala: “[...] debe entenderse por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público o privado”.

4. En igual sentido, la COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, en la resolución número 2005/41, definió la violencia contra la mujer como «todo acto de violencia sexista que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer».

5. Así mismo, la DECLARACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, elaborada en la 85 sesión plenaria, celebrado el 20 de diciembre de 1993, reconoce que “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre. La violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se refuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre” (es evidente la conexión

entre violencia de género y discriminación, relaciones de poder y desigualdad).

6. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en su artículo 1, expresa: "La discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier esfera".

7. El hombre, a través de diferentes actos con contenido violento que en su expresión final, más radical ocasiona la muerte de la mujer, trata de establecer su dominio y jerarquía sobre ella. Esta violencia que ejerce el hombre contra la mujer es producto de un sistema de relaciones de género que intenta incardinar e incorporar en la sociedad la idea "de que los hombres son superiores a las mujeres".

Necesidad político criminal de la tipificación

8. La estructura patriarcal de nuestra sociedad, construida históricamente, contribuye a establecer el ideal masculino como especie dominante, a sentar la concepción que existe una relación de subordinación e inferioridad de la mujer hacia el hombre.

La asignación de estereotipos y roles prefijados, consolida el equívoco de la visión masculina e impide la libre autodeterminación de la mujer; así en este contexto la violencia que se ejerce en sus diferentes manifestaciones (la muerte es la forma más extrema) constituye una constante vulneración de sus derechos humanos.

9. Es evidente la magnitud del fenómeno criminal de la violencia contra la mujer. Estadísticamente, son alarmantes las cifras de feminicidio que se registran, por lo que los poderes públicos no pueden ser ajenos a esta realidad, y en ese sentido, existe la necesidad de la reacción penal frente a la situación que se puede percibir, en cuanto trasgreden derechos fundamentales como la vida, la integridad física (bienes jurídicos básicos), la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad y la no discriminación, proclamados en la Constitución Política del Perú.

10. De acuerdo al artículo 44, de la norma *normarum*, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. Por tanto, la violencia contra la mujer no solo debe calificarse como un maltrato físico, sino esencialmente es un ataque contra los derechos humanos de la mujer.

11. En ese sentido, es necesaria la reacción contra la violencia de género que afecta a la mujer (por el solo hecho de serlo) que existe como fenómeno social (que tiene su origen en una situación de discriminación, desigualdad y de relaciones de poder entre el hombre y la mujer), y una de las medidas necesarias es su tipificación como delito como línea de acción para evitar su comisión (en torno a un paradigma de prevención general y especial). Esta acción de política criminal es legítima para proteger un tipo de violencia que afecta a las mujeres por su condición de tal.

12. Es pertinente puntualizar que la CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER DE BELEM DO PARÁ y el COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER emitieron pronunciamientos al respecto y recomendaron a los Estados Partes adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y entre ellas, se pide incluir en la legislación interna normas penales, para protegerlas contra todo tipo de violencia. El Perú ratificó estos convenios el 13 de septiembre de 1982 y el 4 de febrero de 1996, y se insertaron en el sistema jurídico interno de conformidad con lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución Política del Perú. Nuestro país se comprometió a garantizar el cumplimiento efectivo de estos instrumentos internacionales en el sentido de brindar una respuesta a la violencia que se ejerce sobre la mujer.

13. Es claro que la situación de violencia contra la mujer exige respuestas integrales, oportunas y eficaces por parte del Estado y la sociedad misma.

Modesto papel del control penal en su prevención

14. El derecho penal, como decía Max Weber, es la máxima expresión de la violencia legítima. Pero no debe ser sobrestimado. La sanción penal es el más severo instrumento de control formal social, no suficiente para evitar este comportamiento lesivo, pues deben aunarse a él, otras líneas de acción pública, en tanto su eliminación constituye "condición indispensable para su desarrollo individual y

social, y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida" (preámbulo de la convención BELEM DO PARÁ).

15. Si bien, la sanción penal cumple funciones de disuasión, consolida y reafirma la exigencia de un modelo de conducta al condenado, ello no es suficiente para erradicar la violencia contra la mujer, pues requiere, además, que sus operadores apliquen perspectiva de género en sus decisiones, ello es, una visión diferenciada de la tradicional, que comporte el conocimiento de la realidad social en que se encuentran las mujeres y que se lleve a cabo toda actividad judicial con la obligación de debida diligencia.

Enfoques

16. La Ley N° 30364 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar de fecha 23 de noviembre de 2015, establece que los operadores al aplicar la ley deben considerar los siguientes enfoques:

a. Enfoque de género

Reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

b. Enfoque de integralidad

Reconoce que en la violencia contra las mujeres confluyen múltiples causas y factores que están presentes en distintos ámbitos, a nivel individual, familiar, comunitario y estructural. Por ello se hace necesario establecer intervenciones en los distintos niveles en los que las personas se desenvuelven y desde distintas disciplinas.

c. 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.

d. Enfoque de derechos humanos

Reconoce que el objetivo principal de toda intervención en el marco de esta Ley debe ser la realización de los derechos humanos, identificando a los titulares de derechos y aquello a lo que tienen derecho conforme a sus particulares necesidades; identificando, asimismo, a los obligados o titulares de deberes y de las obligaciones que les corresponden. Se procura fortalecer la capacidad de los titulares de derechos para reivindicar estos y de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones.

e. Enfoque de interseccionalidad

Reconoce que la experiencia que las mujeres tienen de la violencia se ve influida por factores e identidades como su etnia, color, religión; opinión política o de otro tipo; origen nacional o social, patrimonio; estado civil, orientación sexual, condición de seropositiva, condición de inmigrante o refugiada, edad o discapacidad; y, en su caso, incluye medidas orientadas a determinados grupos de mujeres.

f. Enfoque generacional

Reconoce que es necesario identificar las relaciones de poder entre distintas edades de la vida y sus vinculaciones para mejorar las condiciones de vida o el desarrollo común. Considera que la niñez, la juventud, la adultez y la vejez deben tener una conexión, pues en conjunto están abonando a una historia común y deben fortalecerse generacionalmente. Presenta aportaciones a largo plazo considerando

La respuesta penal del Estado: evolución legislativa

17. El homicidio en sus diversas modalidades, siempre ha sido considerado como el delito más grave, en nuestro país. Desde el Código de 1924, su ubicación sistemática, encabezando la Parte Especial del Código, daba cuenta

de la importancia del bien jurídico protegido. Comprendía el homicidio simple (150); el parricidio (151); el asesinato (152); el homicidio por emoción violenta (153); el parricidio por emoción violenta (154); el infanticidio (155); el homicidio por negligencia (156), y la instigación o ayuda al suicidio (157). En la versión originaria del Código Penal de 1991, se incorpora el homicidio piadoso. En reformas sucesivas, se han incorporado al Código, el homicidio calificado por la calidad de la víctima (108-A); el feminicidio (108-B), el homicidio por encargo o sicariato (108-C) y la conspiración para el sicariato (108-D).

18. Ahora bien, la historia legislativa del feminicidio es corta pero progresiva; ha evolucionado de una tipificación nominal o formal a una esencial o material. Para entender esta evolución es necesario remontarse a las normas constitucionales recientes y a los instrumentos internacionales, de los que el Perú es Estado Parte.

19. En este sentido, la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979), se sustenta en la Declaración Universal de Derechos Humanos, para reafirmar el principio de la no discriminación y en el que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. En la citada Convención, se concretiza dicho principio, precisándose que por la expresión "discriminación de la mujer" se denota "...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer...de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". Pero para hacer operativo el concepto de discriminación se limita a señalar que "Los Estados Partes...se comprometen a...b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer". Del contenido de este primer instrumento internacional de protección de la mujer no se deriva ninguna obligación concreta de sancionar especialmente "el homicidio de la mujer".

20. Ahora bien, en la Constitución de 1979 se reconoce por primera vez, el derecho que tiene toda persona "A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idiomas". Y a continuación se precisa que "El varón y la mujer tiene igualdad de oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón".

En la Constitución de 1993 se ratifica el derecho a la igualdad, ampliándose a la no discriminación por razón de "origen [...] condición económica o de cualquiera otra índole". Pero se suprime la norma específica sobre la igualdad de sexos.

21. Posteriormente, en el año 1994 se aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para". En este instrumento internacional se pueden encontrar normas más concretas, relacionadas con la existencia de un criterio de política criminal para tipificar y sancionar el feminicidio.

En efecto, en el artículo 1 se define que "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado". Por otro lado, en el artículo 4 se consagra que toda mujer tiene derecho, entre otros, el derecho a que se respete su vida. En este contexto, los Estados Partes "convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia [contra la mujer] y en llevar a cabo lo siguiente: c. Incluir en su legislación interna normas penales [...] que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer [...]". Interpretadas integralmente dichas normas de la Convención, se tiene que los Estados Partes deben prever, entre otros medios apropiados, normas penales que sancionen la violencia contra la mujer, entre cuyas manifestaciones se encuentra la producción de la muerte de la mujer, quien tiene el derecho a que se respete su vida.

22. A pesar del imperativo que la adopción de políticas, incluidas la penal, se diseñen e implementen sin dilaciones, en nuestro país tuvieron que pasar años para que asome en nuestra legislación un atisbo de la sanción específica de la muerte a la mujer. Con el título "Ley que modifica el artículo 107 del Código Penal, incorporando el feminicidio", en la Ley N° 29819, se incorpora el nombre de "feminicidio" a una conducta típica de parricidio o, más concretamente, uxoricidio. El delito de parricidio había sido ampliado a la muerte de la persona "con quien se sostiene o haya sostenido una relación análoga". De este modo, el legislador pretendió

que cambie la denominación de la conducta típica, pero era solo nominal.

23. Ciertamente, este cambio nominal solo duró un año y medio. Pues en julio del 2013, se promulga la Ley N° 30068 que incorpora el artículo 108-A, con la sumilla de feminicidio y el texto siguiente:

"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar;
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad;
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente;
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad;
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes"

24. Curiosamente, el legislador incurrió en un error legislativo que fue corregido al día siguiente de su publicación, mediante una fe de erratas. Había incorporado el feminicidio en un artículo que ya era ocupado por el homicidio calificado por la condición de la víctima, y que había sido autonomizado, mediante la Ley N° 30054, un mes antes. Por lo que a partir de la corrección pasó a estar tipificado en el artículo 108-B.

25. Dos años después, mediante la Ley N° 30323, del 06.05.2015, se adiciona como pena acumulativa a la que corresponde por este delito, la pena de inhabilitación -incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela- cuando "el agente tenga hijos con la víctima".

26. Finalmente, en el contexto de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo, otorgadas por el Congreso de la República, se aprobó el Decreto Legislativo N.º 1323, del 06 de enero de 2017, que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género. En la presente ley, se modifica el tipo penal de feminicidio, con el texto siguiente:

"Artículo 108-B.- Feminicidio Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar;
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

8. Cuando se comete a sabiendas de la presencia de las hijas o hijos de la víctima o de niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.

En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme al artículo 36.”

27. Concretamente, las modificaciones que trae consigo, el Decreto Legislativo N° 1323, se verifican mayormente en el ámbito de las circunstancias agravantes; a saber:

a. se agrega la circunstancia que la víctima sea una adulta mayor;

b. si la víctima es sometida a cualquier explotación humana;

c. Cuando se comete a sabiendas de la presencia de los/as hijas o hijos de la víctima o de niños o niñas o adolescentes que se encuentran bajo su cuidado.

De manera general, se consolida la pena de inhabilitación, conforme el artículo 36 del Código Penal, en todas las circunstancias previstas en el presente artículo. El análisis que sigue a continuación se centrará fundamentalmente en el tipo penal feminicidio, conforme a los alcances del Decreto N° 1323.

Cuestión previa: Denominación del delito

28. La denominación que ha recibido este delito, en nuestro país, es la de “feminicidio”. Cuando se incorporó por primera vez, por lo menos nominalmente, este delito al Código Penal se dijo: “Si la víctima del delito descrito —el parricidio— o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio”. Denominación que ha sido ratificada, en las sumillas correspondientes, en las posteriores modificaciones típicas.

29. Ahora bien, esta postura formal puede ser considerada como nominalista, en el sentido que es una categoría que no es una entidad real, sino un sonido de voz. Sin embargo, por la significación trágica que implica la muerte de una persona, a manos de otra, ésta no pudo haber sido la intención del legislador. Pero tampoco sería aceptable que el legislador haya optado conscientemente por una de las alternativas planteadas, en el contexto de la discusión académica y política, que enfrentaban el vocablo “femicidio” al de “feminicidio”, por su connotación ideológica distinta. Por lo demás, a la fecha de la incorporación del vocablo “feminicidio” al Código Penal, en el año 2011, tanto este término¹ como el de “femicidio”² no tenían reconocimiento oficial en la Real Academia de la Lengua.

30. El artículo 8° (b), de la Convención interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “BELEM DO PARA” obliga a los Estados Partes a adoptar medidas específicas para modificar los patrones socio culturales de conducta de hombres y mujeres para contrarrestar perjuicios y costumbres y todo tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer.

31. En esa línea se tipifica el delito de feminicidio y debe entenderse como la más extrema manifestación de violencia contra la mujer por su condición de tal.

Tipo Objetivo

32. **Sujeto activo.**— El sujeto activo en los delitos comunes tiene una misma presentación en el Código Penal. En general, el sujeto activo es identificable, por el uso de la locución pronominal “El que” y designa a la persona que puede realizar el tipo penal. En los delitos de homicidio se sigue igualmente el mismo estilo gramatical. Ahora bien, por la descripción general de las conductas homicidas, no existe duda alguna que con esta locución pronominal se alude, como sujeto activo, tanto al hombre como a la mujer. Cuando en el Código Penal se quiere circunscribir la condición de agente a sujetos cualificados o específicos (delitos especiales), se les menciona expresamente. Es el caso del delito de auto aborto o de aborto con abuso profesional, en donde los sujetos activos son “la mujer” o “el médico” respectivamente.

33. Sin embargo, este convencionalismo lingüístico no es del todo claro para delimitar al sujeto activo en el delito de feminicidio. En el tipo penal vigente, el sujeto activo es

también identificable con la locución pronominal “El que”. De manera que una interpretación literal y aislada de este elemento del tipo objetivo, podría conducir a la conclusión errada que no interesaría si el agente que causa la muerte de la mujer sea hombre o mujer. Pero la estructura misma del tipo, conduce a una lectura restringida. Solo puede ser sujeto activo de este delito un hombre, en sentido biológico, pues la muerte causada a la mujer es por su condición de tal. Quien mata lo hace, en el contexto de lo que es la llamada violencia de género; esto es, mediante cualquier acción contra la mujer, basada en su género, que cause la muerte. Así las cosas, solo un hombre podría actuar contra la mujer, produciéndole la muerte, por su género o su condición de tal. Esta motivación excluye entonces que una mujer sea sujeto activo.

34. En este sentido, aun cuando el tipo penal no lo mencione expresamente, el delito de feminicidio es un delito especial. Solo los hombres pueden cometer este delito, entendiendo por hombre o varón a la persona adulta de sexo masculino. Se trata de un elemento descriptivo que debe ser interpretado, por tanto, en su sentido natural. No es un elemento de carácter normativo que autorice a los jueces a asimilar dicho término al de identidad sexual. Tal interpretación sería contraria al principio de legalidad.

35. **Sujeto pasivo.**— A diferencia del caso anterior, la identificación del sujeto pasivo del feminicidio es más clara. La conducta homicida del varón recae sobre una mujer. Ella es igualmente la titular del bien jurídico tutelado -vida humana- y objeto material del delito, pues sobre ella recae la conducta homicida. Tampoco es posible, por exigencia del principio de legalidad, que se la identifique con la identidad sexual.

36. En el caso del sujeto pasivo puede ser una mujer adulta, menor de edad o adulta mayor. En el primer caso, la muerte de la víctima configura un feminicidio simple. En los últimos casos, dicha circunstancias, califican la conducta feminicida.

37. **Bien Jurídico.**— Para la determinación del bien jurídico, es un criterio referencial de entrada, tanto la ubicación sistemática de los tipos penales, como la denominación con que han sido rotulados el conglomerado de tipos penales. En este sentido, el feminicidio ha sido ubicado como un delito contra la vida, el cuerpo y la salud. De esta omnicomprensiva denominación del Título Primero, de la Parte Especial del Código Penal, ha de delimitarse cuál es el objeto jurídico de protección. La doctrina es conteste en afirmar que el bien jurídico protegido en el homicidio, en cualquiera de sus formas, es la vida humana. El feminicidio no puede ser la excepción. Es más, la propia Convención de Belem Do Para prevé implícitamente la norma penal que subyace al tipo penal de feminicidio, cuando se establece que toda mujer tiene derecho a que se respete su vida. En la medida que para la configuración del feminicidio se requiere también la supresión de la vida de la mujer, éste es un delito de daño.

38. La vida humana se protege por igual en el sistema penal. No existen razones esenciales o sustentadas en la naturaleza de las cosas para que se entienda que la vida del hombre o de la mujer deba tener mayor valor y, por ende, ser más protegidas. Como sostiene con razón Benavides Ortiz, los bienes jurídicos se distinguen por el mayor o menor interés que revisten para el Estado y no por la frecuencia estadística con que ocurre su vulneración³. Por tanto, agregar otro interés jurídico de protección al que sustenta el feminicidio simple, como la dignidad de la mujer, o la estabilidad de la población femenina, no aporta mayores luces al esclarecimiento de lo que se quiere proteger. La dignidad es la condición implícita, incondicionada y permanente que tiene toda persona, por el hecho de serlo. El producirle la muerte, independientemente de que sea varón o mujer, es su negación. La estabilidad de la población femenina se relaciona con otro delito de lesa humanidad como el genocidio, pero no puede confundirse con un delito de organización y común como el feminicidio.

39. Distinta es la configuración del bien jurídico en este delito, cuando se revisan las circunstancias agravantes

1 Adoptan esta denominación: El Salvador, México, Perú y Colombia.

2 Adoptan esta denominación: Chile, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua y Argentina.

3 Benavides Ortiz, Daniel: *Apuntes sobre la criminalización del feminicidio en Colombia a partir de la Ley Rosa Elvira Cely*, en Género y Derecho Penal (Homenaje al Prof. Wolfgang Shöne); Instituto Pacífico; Lima 2017; p. 234.

que concurren en su comisión. En estos casos, se puede verificar que, por el modo de comisión, las conductas previas a la muerte o la condición misma de la víctima, concurren otros intereses jurídicos adicionales o independientes que deben considerarse. En el caso de que la víctima se haya encontrado gestando, se protege también la vida del feto que también es suprimida. En el caso que la víctima haya sido violada o mutilada previamente, se vulnera también la libertad (indemnidad) sexual y la integridad física, respectivamente. Si el sometimiento contextual a la conducta feminicida se realizó con fines de trata de seres humanos o cualquier forma de explotación, se protege también la libertad personal. Si la conducta feminicida se realiza a sabiendas de la presencia de los hijos de la víctima o de niños que estén al cuidado del feminicida, se protege la integridad psicológica de dichas personas. En resumen, en estos casos sí se puede sostener que el delito de feminicidio agravado es pluriofensivo.

40. Comportamiento típico.- La conducta típica del sujeto activo varón es la de matar a una mujer por tal condición. Al igual que en todos los tipos penales de homicidio, la conducta del sujeto activo es descrita con la locución "*El que mata*". En el contexto de un derecho penal de acto, el feminicidio debe implicar una actividad homicida del agente que produzca la muerte del sujeto pasivo mujer. Desde esta perspectiva el feminicidio es también un delito de resultado.

41. La muerte puede producirse por acción o por comisión por omisión. Estas dos formas de comportamiento típico están sujetas a las mismas exigencias que rigen el comportamiento humano. Tratándose de un feminicidio por acción, debe existir un mínimo control de la voluntad, para que se entienda que la muerte se ha producido por un individuo que actuaba. Si se trata de un feminicidio por comisión por omisión, el sujeto activo o, mejor dicho, el omitente no impidió la producción de la muerte de la mujer, habiendo tenido el deber jurídico de impedirlo o si hubiera creado un peligro inminente que haya sido idóneo para producirlo (posición de garante). En este caso la omisión del hombre corresponde a la realización activa del feminicidio (juicio de equivalencia).

42. Medios.- Los medios que se pueden utilizar para matar son diversos. En los tipos penales de homicidio no se hace mención expresa a los medios para la perpetración del homicidio, salvo en el asesinato donde el uso de determinados medios, califica la conducta (fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de otras personas). Lo mismo ocurre en el feminicidio; cualquier medio idóneo para matar es relevante típicamente. Pueden usarse medios directos o inmediatos (puño, pies, cuchillo, arma de fuego), o indirectos o mediatos (veneno, pastillas). Del mismo modo se acepta que se puede matar con medios materiales o físicos, o por medios psicológicos⁴.

43. La muerte producida por medios psicológicos es de especial importancia en el delito de feminicidio. No es que este medio sea utilizado o invocado con frecuencia, en el ámbito judicial, sino porque en el contexto en el que se producen las conductas feminicidas, pueden hacer pensar que la muerte de la víctima sea un proceso acumulativo de tensiones, degradación psicológica, o estrés, o la conducta de hostigamiento, acoso, o coacción pueda desembocar en un ataque cardíaco o en un derrame cerebral. Será ciertamente una ardua cuestión probatoria el determinar que la presión psicológica produjo la muerte de la mujer. Dependerá de criterios objetivos como la idoneidad del medio psicológico empleado (coacción, acoso, hostigamiento), la vulnerabilidad general de la mujer (menor de edad o adulta mayor), la vulnerabilidad especial de ésta (depresiva, hipertensa), la intensidad y frecuencia de la violencia psicológica. Los medios probatorios relevantes serán las pericias médicas, psicológicas y psiquiátricas, pero también los testimonios que den cuenta de la sistematicidad y características de la agresión. La evaluación que haga el juez debe realizarla en el contexto de los criterios de imputación objetiva.

44. Causalidad e Imputación objetiva.- El nexo causal es un elemento indispensable en los delitos de resultado, como el feminicidio. La imputación objetiva se construye además sobre la base de la causalidad. En este sentido, en el feminicidio, como en cualquier otra conducta homicida debe establecerse que hay una vinculación entre la conducta del sujeto activo -hombre- y la muerte de la mujer. Los jueces deberán establecer conforme a las máximas de la experiencia y los conocimientos que aporta la ciencia, en el estado en el que se encuentre, los que determinarán si la muerte de la mujer es una consecuencia de la conducta del sujeto activo.

No se trata de atribuir calidad de causa a cualquier condición presente en el resultado. Solo de considerar la que sea especialmente relevante para tener la condición de causa.

45. Luego de establecida la base causal, ello no genera automáticamente una imputación objetiva del resultado, pues la causa, en sentido natural, no coincide con la imputación, en sentido atribución del resultado muerte de la mujer, como obra del hombre. Al respecto se dice que "*un hecho sólo puede ser imputado a una persona si la conducta ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto para [por] el riesgo permitido, y dicho peligro se ha realizado en el resultado dentro del alcance del tipo*"⁵.

Por tanto, si la conducta del hombre no genera peligro alguno a la vida de la mujer, o el peligro no produce la muerte de ésta o el resultado es distinto a la muerte, prohibición por la norma penal subyacente al tipo penal de feminicidio, no podría colegirse la imputación objetiva, en el caso concreto.

Tipo Subjetivo

46. El feminicidio es un delito doloso. En el contexto presente, el dolo consiste en el conocimiento actual que la conducta desplegada por el sujeto activo era idónea para producir la muerte de la mujer, produciendo un riesgo relevante en la vida de ésta y se concretó en su muerte. No se trata de un conocimiento certero de que producirá el resultado muerte. Es suficiente que el agente se haya representado, como probable, el resultado. Por ende, el feminicidio puede ser cometido por dolo directo o dolo eventual.

47. Ahora bien, la prueba del dolo en el feminicidio, para distinguirlo de las lesiones (leves o graves), de las vías de hecho o incluso de lesiones con subsecuente muerte, es una labor compleja. Hurgar en la mente del sujeto activo, los alcances de su plan criminal, es una tarea inconductante. Ha de recurrirse a indicios objetivos para dilucidar la verdadera intencionalidad del sujeto activo. Deben considerarse como criterios por ejemplo, la intensidad del ataque, el medio empleado, la vulnerabilidad de la víctima, el lugar en donde se produjo las lesiones, indicios de móvil, el tiempo que medió entre el ataque a la mujer y su muerte.

48. Pero, el legislador al pretender dotar de contenido material, el delito de feminicidio y, con ello, convertirlo en un tipo penal autónomo, introdujo un elemento subjetivo distinto al dolo. Para que la conducta del hombre sea feminicidio no basta con que haya conocido los elementos del tipo objetivo (condición de mujer, idoneidad lesiva de la conducta, probabilidad de la muerte de la mujer, creación directa de un riesgo al bien jurídico), sino que además haya dado muerte a la mujer "*por su condición de tal*". Para la configuración del tipo penal al conocimiento de los elementos del tipo objetivo, se le agrega un móvil: el agente la mata motivado por el hecho de ser mujer. El feminicidio deviene así en un delito de tendencia interna trascendente.

49. Se advierte que con el propósito de darle especificidad al feminicidio, de poner en relieve esa actitud de minusvaloración, desprecio, discriminación por parte del hombre hacia la mujer, se ha creado este tipo penal. La función político criminal de los elementos subjetivos del tipo es la de restringir su ámbito de aplicación, no de ampliarlo. Su función en el presente caso no es, en estricto la autonomía del tipo penal, independizarlo de los demás tipos penales de homicidio. Así como la ausencia del móvil feroz convierte el homicidio calificado en homicidio simple, así la ausencia del móvil de poder, control y dominio determina que la conducta homicida se adecúe en la modalidad simple.

50. Ahora bien, el agente no mata a la mujer sabiendo no solo que es mujer, sino precisamente por serlo. Esta doble exigencia -conocimiento y móvil- complica más la actividad probatoria que bastante tiene ya con la probanza del dolo de matar, que lo diferencie del dolo de lesionar. Joseph Du Puit piensa que esta fórmula es superflua, redundante, y que pudo bien suprimirse⁶. En realidad, no le falta razón

4 Es inadecuado usar el término "medios morales" para designar a los medios no físicos con que se podría causar la muerte. La moral entendida, como el obrar de las personas distinguiendo el bien del mal, nada tiene que ver con su uso para producir la muerte.

5 Castillo Alva, José Luis: Derecho Penal. Parte Especial I; ed. Grijley; Lima 2008; p. 110.

6 Du Puit, Joseph: Feminicidio: *Criterios Ideológicos y Recurso al Derecho Penal*; en Género y Derecho Penal (Libro Homenaje a Wolfgang Schöne); Instituto Pacífico; Lima 2017; p. 223.

al jurista suizo, este elemento subjetivo, en lugar de aportar a la especificidad del delito de feminicidio, más bien lo complejiza, y por lo demás, como veremos no lo independiza del homicidio.

51. El móvil solo puede deducirse de otros criterios objetivos que precedieron o acompañaron el acto feminicida. En este sentido, el contexto situacional en el que se produce el delito es el que puede dar luces de las relaciones de poder, jerarquía, subordinación o de la actitud sub estimatoria del hombre hacia la mujer. Podría considerarse como indicios contingentes y precedentes del hecho indicado: la muerte de la mujer por su condición de tal. De la capacidad de rendimiento que tenga la comprensión del contexto puede llegarse a conclusión que este elemento subjetivo del tipo, no es más que gesto simbólico del legislador para determinar que está legislando sobre la razón de ser del feminicidio⁷.

Contextos en los que se produce el feminicidio

52. El feminicidio es un acto concreto realizado por un hombre suprimiendo la vida de una mujer. Es ciertamente el reflejo de un conjunto de condiciones estructurales, que van más allá de la conducta homicida del sujeto activo, y que expresan una relación asimétrica de poder entre el hombre y la mujer, en desmedro de esta última.

53. Si bien por exigencias de un derecho penal de acto, se debe castigar únicamente las manifestaciones concretas del autor⁸, en contra de la norma penal que prohíbe atentar contra la vida de la mujer, el legislador ha considerado necesario ubicar el ataque a la vida de la mujer, en un contexto situacional determinado. De esta manera ha estimado que la violencia desencadenante de la muerte de la víctima, no es un episodio, no es una eventualidad, sino el lamentable resultado de un conjunto de circunstancias precedentes, y parte de construcciones culturales que han alimentado el resultado fatal. Por imperativos del mandato de determinación, es menester delimitar cada uno de ellos, en concordancia claro está con el ordenamiento jurídico en general.

54. **Violencia familiar.**- Este contexto es fundamental delimitarlo, porque es el escenario más recurrente en los casos de feminicidio. Para ello debe distinguirse dos niveles interrelacionados pero que pueden eventualmente operar independientemente: el de violencia contra las mujeres y el de violencia familiar en general. Para efectos típicos, el primero está comprendido dentro del segundo. Pero puede asumirse que un feminicidio se produzca, en un contexto de violencia sistemática contra los integrantes del grupo familiar, sin antecedentes relevantes o frecuentes de violencia directa precedente, contra la víctima del feminicidio.

55. Para delimitar este contexto, es de considerar cuál es la definición legal de la violencia contra las mujeres se debe considerar lo establecido en el artículo 5° de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar⁹. Al respecto se la define como "*cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado*"¹⁰.

56. Se entiende, para efecto de la realización del tipo penal, que la violencia puede haberse traducido en intentos anteriores de darle muerte, de agresiones físicas, sexuales o psicológicas. La motivación de esta conducta frecuente del hombre es la actitud de desprecio, subestimación, supuesta legitimidad para sancionarla por incumplimiento de roles estereotipados, misoginia o celotipia basada en la despersonalización o subestimación de la víctima.

57. No interesa el lugar en donde se expresen estas protervas actitudes, por parte del hombre, pues el desvalor de la conducta sistemática es igual si se desarrolla en lugar público o en privado, sea cual fuere la relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. En el ámbito público la violencia comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud, o cualquier otro lugar.

58. Pero para la configuración del tipo penal es posible que la violencia haya sido indirecta; esto es, que el hombre haya ejercido violencia contra otros integrantes del grupo familiar. Ello es posible porque el hombre puede consolidar su posición de dominio sobre la mujer usando la violencia contra otros miembros conformantes del grupo familiar. En este sentido en el artículo 6° de la Ley antes mencionada que esta violencia significa "*La violencia contra cualquier*

integrante del grupo familiar es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar. Se tiene especial consideración con las niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad"¹¹.

59. **Coacción, hostigamiento y acoso sexual.**- El segundo contexto es más genérico y, por lo mismo, requiere de mayor concreción interpretativa. Conforme al sentido usual del lenguaje la coacción es "*Fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo*"¹². Pero este significado es genérico, puede comprender la fuerza o la violencia que se ejerce en el contexto anterior. Tampoco es suficientemente delimitador el concepto que se puede derivar del artículo 151 del Código Penal que tipifica la coacción; esto es, el ejercicio de la violencia o amenaza para obligar a otro [la mujer] a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe. En realidad, así como funciona el tipo penal de coacción, como la caja de pandora a la que se debe recurrir para proteger la libertad jurídica de las personas, en casos ciertamente calificados por el medio empleado -violencia o amenaza-, en el contexto que precedió al feminicidio debe usarse para comprender todos aquellos casos en donde no caigan en la definición de violencia contra la mujer. Téngase en cuenta que bajo el concepto de violencia legalmente definida en la Ley N° 30364, no se hace mención expresa a la amenaza, con entidad propia en el ámbito penal. Bajo este contexto puede comprenderse actos pequeños pero sistemáticos de agresión a la mujer para obligarla (distribución injusta de quehaceres domésticos) o impedirle hacer (estudiar o trabajar) algo no prohibido ni impedido por la ley.

60. Por hostigamiento debe entenderse el acto de hostigar; esto es de molestar a la mujer o burlarse de ella insistentemente¹². Al respecto, debe considerarse que estas molestias o burlas están relacionadas con el menosprecio del hombre hacia la mujer; con una búsqueda constante de rebajar su autoestima o su dignidad como persona. El hostigador, sin ejercer actos de violencia directa, va minando la estabilidad psicológica de la víctima, incluso con actos sutiles o sintomáticos.

61. Para efectos de comprender el tercer contexto de este artículo, debemos remitirnos igualmente a un referente legal. Al respecto debemos considerar lo pertinente de la Ley N° 27942; Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual. Previo a la remisión de lo que se entiende por hostigamiento sexual, debe aclararse que el legislador al mencionar el contexto del feminicidio aludió al "*hostigamiento y acoso sexual*". La adjetivación expresada en singular debe ser interpretada que lo que en el ámbito penal se designa como acoso sexual es en realidad el hostigamiento al que se alude, en el ámbito extrapenal. Pero también el hostigamiento que se menciona, en el tipo penal, no es el que se regula en el ámbito extrapenal, pues el legislador penal lo hubiera comprendido usando el adjetivo "sexual" en plural.

62. Aclarado este punto, se tiene que el hostigamiento [acoso sexual en el lenguaje del Código Penal] tiene dos variantes: el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual y el hostigamiento sexual ambiental. El primero "*consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos*

7 Otras legislaciones, como la argentina, apuestan por una vía menos fangosa o subjetiva, recurriendo al concepto de la "violencia de género". Cfr. Al respecto: Arocena, Gustavo; El Femicidio o Feminicidio en el derecho argentino: en *Género y Derecho Penal* (Libro Homenaje a Wolfgang Schön); Instituto Pacífico; Lima 2017; pp. 245-266; Censori Luciano: El delito de feminicidio y su constitucionalidad. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141108_01.pdf

8 Implica que los hombres deben responder por los actos u omisiones que produzcan dolosamente la muerte de una mujer, por el solo hecho de serlo. Ley N° 30364; publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 22.11.2015.

10 Esta definición es tomada de la Convención de Belem Do Para. La única diferencia es que en la Convención se dice que la violencia está "*basada en su género*", en tanto que en la ley se sustituye esta frase por "*su condición de tales [de mujeres]*".

11 RAE

12 Cfr. RAE

fundamentales". En tanto que el segundo "consiste en la conducta física o verbal reiterada de carácter sexual o sexista de una o más personas hacia otras con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad"¹³. Para precisar mejor el concepto de acoso sexual, los jueces deben completar estos conceptos, remitiéndose en particular a los artículos 5 y 6 de la Ley N° 27492 (elementos alternativos para su configuración y manifestaciones del mismo).

63. Prevalimiento.- Otro contexto, en el que se puede dar el delito de feminicidio, es el de abuso de poder, confianza o cualquier posición o relación que le confiera autoridad al agente. Son las típicas conductas del llamado prevalimiento; esto es, el de aprovecharse o valerse de una posición de poder, confianza o legitimación para someter o pretender sojuzgar arbitrariamente a la mujer, en el ámbito privado o público.

64. Las formas de prevalerse de una posición determinada pueden ser distinta índole: familiar, laboral -privada o pública-militar, policial, penitenciaria. Tres son las consideraciones a tener en cuenta para su configuración: a. la posición regular del agente, en la familia, en la empresa, en la institución del Estado, en la Policía o en las Fuerzas Armadas, en la institución educativa o de salud, en el establecimiento penitenciario; b. La relación de autoridad que surge de esa posición funcional, (estado de subordinación, obediencia, sujeción); c. El abuso de la posición funcional (desvío de poder) para someter, humillar, maltratar a la mujer.

65. Actos de discriminación.- Finalmente, el delito de feminicidio puede realizarse en el contexto de cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. Se entiende por discriminación, la actitud de impedir la igualdad de oportunidades o de dar igual trato a la mujer, en cualquier ámbito (personal, familiar, laboral, de salud, educativo) por motivos sexistas o misóginos.

Tipos agravados

66. Edad de la mujer.- El feminicidio tiene un mayor desvalor de acción cuando la víctima es menor de edad o una persona adulta. El fundamento político criminal es evidente. Debe merecer mayor pena el feminicidio que se aprovecha de la condición de vulnerabilidad de la víctima. Es especialmente deleznable suprimir la vida; lo es más el actuar sobre seguro con una mujer que además por sus condiciones físicas no tendrá mayor posibilidad de resistir a la agresión feminicida.

67. Estado de gestación.- La conducta igualmente se agrava si la mujer se encontraba gestando. La razón de la agravación radica en la supresión de una vida no dependiente, además de la vida de la mujer. En este caso el feminicidio es pluriofensivo. Ciertamente, el agente debe conocer el estado en el que se encontraba la víctima, pues forma parte del dolo.

68. Subordinación.- La conducta se agrava si la mujer se encuentra bajo cuidado o responsabilidad del agente. Esta circunstancia agravatoria se justifica por el abuso de la posición de confianza o de la responsabilidad conferida al agente. Son diversas las fuentes que lo configuran. Puede tratarse de una relación familiar (patria potestad, tutela o curatela); de una relación contractual (cuidado sanitario, educativo); de vigilancia (penitenciaria, o tutelar, en el caso de niñas o adolescentes sujetas a medidas socioeducativas). La cuestión es si puede comprenderse dentro de la agravante, a la víctima que se encontraba en la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas. La respuesta es afirmativa, pues el superior jerárquico tiene una responsabilidad con relación a sus subordinados.

69. Violación sexual previa.- Se trata de una circunstancia concursal que, en general sería un concurso real heterogéneo. El agente demuestra su proterva actitud de desprecio hacia su víctima violándola previamente al acto de darle muerte. En este caso se vulnera la vida y la libertad sexual de la mujer, por lo que debe ser sancionado con mayor severidad. El contexto temporal es inmediato. Para que se configure la circunstancia agravante no debe mediar un periodo de tiempo prolongado entre la violación sexual y el feminicidio.

70. Abuso de discapacidad.- Del mismo modo que en el caso de los menores de edad o las personas adultas,

el feminicida aprovecha la mayor vulnerabilidad de la mujer discapacitada. De acuerdo a la Ley de Personas con Discapacidad, tienen esta condición las personas que "[...] que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad". En realidad, se trata de una modalidad de homicidio con alevosía. Para que opere la circunstancia agravante, el feminicida debe conocer igualmente la condición de la víctima.

71. Trata de personas o actos de explotación.- En este caso el feminicidio es el acto culminante de un proceso previo de sojuzgamiento extremo de la víctima. En la versión anterior del tipo penal de feminicidio, sólo se consideraba como la trata de personas como circunstancia agravante. En la nueva versión se ha agregado "cualquier tipo de explotación".

72. La cuestión que debe determinarse es si la modalidad agravante agregada, constituye una circunstancia agravante diferente a la trata o ya está incluida en el concepto general. La finalidad de la trata de personas es realizar actos de explotación de la víctima. Para precisar dicha finalidad, en el numeral 2 del artículo 153 del Código Penal se dice que "[...] los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas, adolescentes, la prostitución, y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación".

73. En realidad, la circunstancia adicionada tiene sentido si se asume que el feminicida puede realizar individualmente cualquiera de los actos de explotación enunciations. No es forzado pensar que el feminicida haya sometido a la víctima, antes de darle muerte, a la prostitución, servidumbre o mendicidad. Precisamente, con esta conducta de sometimiento a la víctima, el feminicida evidencia su desprecio hacia ella; la instrumentaliza como un objeto de explotación. Es posible que cuando considere que ya no le sirve le dé muerte. De manera que no considere a la mujer como persona, con dignidad y derechos iguales a los del hombre. Ergo, esta modalidad agravada del feminicidio lo convierte en delito pluriofensivo, pues vulnera otros bienes jurídicos como la integridad física, la libertad personal y la libertad sexual.

74. Presencia de los hijos.- Con la última reforma al delito de feminicidio se incorporó la circunstancia agravante de dar muerte a la mujer "a sabiendas de la presencia de las hijas o hijos de la víctima o de niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado". Para su configuración no se requiere que el feminicidio se cometa en presencia o a la vista de los hijos o niños bajo su cuidado. Solo que se realice a sabiendas que se encuentran físicamente en el lugar donde viven con la madre. Este sería el caso que el feminicida cometa el delito en una habitación a la que no pueden acceder los hijos o niños, pero que sufren el dolor psicológico que se le está dando muerte a su madre. El feminicidio cometido es más grave precisamente porque genera un trauma en los hijos o niños, afectando también la integridad psíquica de éstas.

75. Concurso con agravantes del homicidio calificado.- Al igual que en el delito de parricidio, aunque con mejor técnica legislativa¹⁴, el feminicidio se agrava si concurren cualquiera de las circunstancias que configuran el homicidio calificado o asesinato; esto es, ferocidad, codicia, lucro, placer, para facilitar u ocultar otro delito, con gran crueldad o alevosía, por fuego, explosión o cualquier medio capaz de poner en peligro la vida, o salud de otras personas.

13 Artículo 4 de la Ley N° 27492.

14 En el caso del parricidio se dice que éste es calificado "[...] cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1.2.3 y 4 del artículo 108". En realidad no había razón para que se haga esta mención exhaustiva de las circunstancias agravantes, pues son todas las que califican el homicidio y lo convierten en asesinato.

76. Sin embargo, el afán del reformador por agravar el feminicidio, relacionándolo con el asesinato, no siempre llega a buen puerto. La concurrencia del móvil del feminicidio (muerte de la mujer por su condición de tal) no es compatible con la ferocidad, la codicia, el lucro o el placer. O al feminicida se le castiga por haber dado muerte a la mujer por el solo hecho de ser mujer, o se le castiga por asesinato porque tuvo un móvil fútil, pueril, ambicioso o meramente hedonista. Es insostenible que puedan coexistir ambas circunstancias agravantes -móvil feminicida y móvil asesino-.

77. La cuestión planteada es relevante pues toda circunstancia agravante se construye sobre la base del tipo base, no es independiente. En este caso, una vez que los jueces hayan determinado que el hombre dio muerte a la mujer por su condición de tal, luego no podrían decir que su conducta es más grave porque le produjo la muerte por codicia, por ferocidad o por el solo gusto de quitarle la vida. Los fiscales en este caso podrían considerar formular acusaciones alternativas.

Penas

78. Las penas abstractas son relativamente indeterminadas. Al igual que en el parricidio, las penas mínimas para la modalidad simple y agravada son de 15 y 25 años respectivamente. Pero no se prevé el límite máximo. Esta omisión crea inseguridad jurídica. El principio de legalidad es igualmente aplicable a la determinación de las penas abstractas. Por tanto, en su prevención general deben sujetarse al mandato de certeza. Así las cosas, solo cabe delimitar el baremo máximo, conforme a las reglas de la lógica.

79. El criterio que debe asumirse es considerar que la pena máxima para el delito de feminicidio simple no puede ser mayor a la pena mínima para el feminicidio agravado. La cuestión es relevante porque en un caso en el que solo se llegue a probar el feminicidio simple, la pena concreta se fijará conforme a los sistemas de tercios. Si en el caso concreto se asume que el máximo de la pena posible es la prevista en general para la pena privativa de libertad temporal -35 años-, el tercio mínimo sería hasta 21 años 8 meses; el medio hasta 28 años y 4 meses, y el máximo hasta 35 años de privación de libertad. Sería absurdo, superfluo y violatorio del principio de legalidad que se sancione con una pena mayor a 25 años, porque se ubicó la conducta del feminicida en el tercio medio extremo o en tercio máximo.

80. En el caso del feminicidio agravado, el único criterio que es posible asumir es la pena máxima para la pena privativa de libertad temporal; esto es, 35 años.

81. "La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes". La sanción es lógica y aceptable, desde una perspectiva política criminal, aunque la técnica legislativa es incorrecta. Basta con que concorra más de una circunstancia agravante para que se entienda que la consecuencia será la cadena perpetua. No era necesario poner la hipótesis alternativa "o más agravantes".

82. La pena de inhabilitación se prevé como pena acumulativa para todos los supuestos de feminicidio. Serán los jueces quienes determinen, de acuerdo al caso concreto, qué supuesto(s) de inhabilitación aplicará, de los previstos en el artículo 36 del Código Penal. Esta previsión es mejor que la prevista en el delito de parricidio, en donde se restringe la aplicabilidad de la inhabilitación solo cuando el agente tenga hijos con la víctima y se circunscribe a la incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.

Concurso

83. El feminicidio puede concurrir ideal o realmente con otros delitos. Es probable que el feminicidio concorra con otras modalidades homicidio o lesiones si hay otras víctimas. De igual manera puede concurrir con el secuestro, tráfico de migrantes, violación sexual, vías de hecho u otras modalidades típicas.

84. En los casos en donde el feminicidio se agrava por la presencia de otras circunstancias que, por sí mismas son delitos, como la coacción, la violación sexual, la exposición de personas en peligro o la trata de personas, se genera un concurso aparente que deben ser resueltas conforme los principios de especialidad, consunción, subsidiaridad.

85. Finalmente, cuál es la relación que tiene el delito de feminicidio respecto a las otras formas de homicidio? Del análisis

realizado se puede afirmar que el legislador no ha logrado autonomizar el delito. El que se haya introducido un elemento subjetivo distinto del dolo, para diferenciarlo del parricidio no aporta nada a la especificidad que se desea obtener en su tipología. Por el contrario, planteará arduas dificultades procesales difíciles de superar, a los fiscales y a los jueces, quienes tendrán, según su rol, que inferir de una serie de indicios objetivos probados el motivo feminicida. Así las cosas, el feminicidio es un homicidio calificado, como el asesinato. En consecuencia, encontrándose en una relación de especialidad con otros tipos de homicidio, la conducta del agente puede reconducirse a un homicidio simple, asesinato, parricidio propiamente dicho o incluso un parricidio por emoción violenta.

III. DECISIÓN

ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos treinta y dos a setenta y cinco, del presente Acuerdo Plenario.

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 L.O.P.J., aplicable exclusivamente a los Acuerdos Plenarios, al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de consolidar la seguridad jurídica, la gobernanza en la gestión y solución de los conflictos jurídicos y el principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse expresamente de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan de manera debidamente fundamentada, nuevas y distintas apreciaciones jurídicas, respecto de las rechazadas o desestimadas, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario, en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SILDARRIAGA
PARIONA PASTRANA (*)
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
HINOSTROZA PARIACHI
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VENTURA CUEVA
SEQUEIROS VARGAS
FIGUEROA NAVARRO
PACHECO HUANCAS
CEVALLOS VEGAS
CHAVEZ MELLA
CALDERON CASTILLO

(*) El Señor Pariona Pastrana no suscribe el presente Acuerdo Plenario por mantener reservas jurídicas a su contenido.

J-1576279-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

X PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS
PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 002-2016/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116° TUO LOPJ. Asunto: Lesiones y faltas por daño psíquico y afectación psicológica.

Lima, 12 de junio de dos mil diecisiete.-

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

ACUERDO PLENARIO

ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 179-2016-P-PJ, de 22 de junio de 2016, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor PARIONA PASTRANA, acordaron realizar el X 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 X 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.

Posteriormente, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados.

La *segunda etapa*, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 28 de septiembre de 2016. En ella, el señor juez don Cristian Roberto Carlos Becerra expuso su ponencia 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 Transitorias, 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 características peculiares del tema, en cuanto a salud se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para establecer una posición jurisprudencial sólida que absuelva 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 fecha¹. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores SALAS ARENAS, PRÍNCIPE TRUJILLO Y NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes y situación problemática

4°. Para la ONU (1988) víctima es cualquier persona que sufre una lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida o daño material o un menoscabo importante en sus derechos como consecuencia de una acción u omisión que constituya un delito, según la legislación nacional o el derecho internacional².

5°. El artículo 7 de la Constitución Política del Perú declara que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o

mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. El Tribunal Constitucional precisó que la protección a la salud reconoce el derecho de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica y toda persona tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad³; este derecho comprende el mantenimiento de la normalidad orgánica como su restablecimiento en caso de perturbación en la estabilidad orgánica y funcional y el Estado debe efectuar tratando que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, lo que importa una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas planes y programas en ese sentido⁴.

En cuanto al derecho a la integridad psíquica el Tribunal Constitucional precisó que se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales y por tanto se asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano⁵.

El artículo 11 de la Ley N° 26842 Ley General de Salud precisa que "Toda persona tiene derecho a la recuperación, rehabilitación y promoción de su salud mental. El alcoholismo, la farmacodependencia, los trastornos psiquiátricos y los de violencia familiar se consideran problemas de salud mental. La atención de la salud mental es responsabilidad primaria de la familia y del Estado", por lo que es obligación ineludible del Estado proteger y tutelar la salud de las personas.

Respecto a la situación de la salud mental como derecho humano en el Perú es pertinente acudir a los análisis que la Defensoría del Pueblo ha efectuado en el Informe 140⁶

6°. La protección penal a la salud psíquica está considerada en el inciso 1, del segundo párrafo del artículo 189 del Código Penal y en el tercer párrafo del mencionado artículo, además, en el inciso 2, del artículo 319 del citado ordenamiento al referirse a la causación de lesiones y lesiones graves a la integridad mental, en el artículo 321 del código sustantivo, al considerarse tortura el infligir sufrimientos mentales graves. Todos son casos de afectación a la salud en el ámbito psíquico, faltando uniformidad en la nomenclatura utilizada; sin embargo, la protección intensa a la salud psíquica se encuentra en los artículos 121, 121-B, 122 y 122-B del Código Penal.

7°. El bien jurídico protegido en el caso de lesiones es la salud de las personas, se define por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades⁷ y considera a la salud mental un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, trabajar de forma productiva y fructífera, y es capaz de hacer una contribución a su comunidad⁸. Ha de ser apreciada como el estado en el que una persona

1 Los encargados del subtema dan cuenta de haberse reunido de manera sucesiva para informarse con este motivo con diversos profesionales psiquiatras y psicólogos, así como abogados del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas (CEDRO), de la Dirección General de Salud de las Personas del Ministerio de Salud, del Consejo Directivo Regional Lima I, del Colegio de Psicólogos del Perú y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

2 Arce, Ramón, Fariña, Francisca. (2006). *Evaluación Forense de la Huella Psíquica consecuencia de la Violencia de Género*. Recuperado de: http://www.interiuris.org/archivos/30_EVALUACION_FORENSE_DE_LA_H.pdf

3 Sentencia emitida en el Exp. N.° 2945-2003-AA/TC. F.J. 30. Recuperado de https://www.es.cr-net.org/sites/default/files/Decision_Azanca_A_Meza_Garcia.html

4 Sentencia emitida en el Exp. N.° 2016-2004-AA/TC. F.J. 27. Recuperado de www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02016-2003-AA.html

5 Sentencia emitida en el Exp. N.° 2333-2004-HC/TC. F.J. 2.3. Recuperado de: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02333-2004-HC%20Resolucion.html

6 Véase el informe de la Defensoría del Pueblo. Recuperado de: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe-defensorial-140-vf.pdf>

7 Constitución de la Organización Mundial de la Salud [archivo pdf]. Recuperado de http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

8 Salud mental: un estado de bienestar (2013). Organización Mundial de la Salud. Recuperado de: http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/

desarrolla normalmente sus funciones [PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*, 2008. Tomo I. pág. 223], se entiende a la salud desde sus ámbitos físico y psíquico, pero tradicionalmente el aspecto psíquico no fue considerado, lo que viene cambiando actualmente.

8°. Ante el reconocimiento de la importancia del ámbito psíquico de la salud, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público, elaboró la Guía para la Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual, Tortura y Otras Formas de Violencia Intencional (en adelante, Guía para Determinar el Daño Psíquico), cuya preparación estuvo a cargo de un comité de especialistas conformado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 1201-2009-MP-FN. La primera versión es de 2011 y la última de 2016, en cuyo contenido se consideraron niveles o escalas de daño psíquico, que luego se integraron al ordenamiento penal material; además, posteriormente se elaboró la Guía de Evaluación Psicológica Forense en Casos de Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar; y en Otros Casos de Violencia (en adelante, Guía para Determinar la Afectación Psicológica).

9°. La ciencia médica ha catalogado diversas alteraciones a la salud mental, como consecuencia de traumas y factores de estrés, como el Estrés Agudo y el Estrés Post Traumático (TEPT). De la misma forma es de resaltar que el estrés agudo es la respuesta inmediata al estímulo que lo produce y tiene que ser adecuadamente diferenciado de la afectación psicológica, por los expertos debido a los efectos jurídicos que implica.

Toda esta tarea esencialmente científica se halla en manos de médicos psiquiatras y profesionales psicólogos quienes en sus respectivos campos han de presentar informes solventes y cabales sobre el caso concreto que ilustren adecuadamente a la judicatura. Está pendiente, por tanto, una trascendente tarea de capacitación a escala nacional que es urgente emprender⁹.

10°. Un acercamiento a la distinción en relación a lo psíquico y psicológico ha sido recogido por Marta Perla Larrosa, quien en referencia al concepto violencia psíquica que se contempla en el inciso 2 del artículo 173 de la normativa penal española considera que "hace referencia no sólo a la mente sino que posee el matiz de enfermedad, de alteración de la mente que requiere atención médica. En este sentido, los términos psicológico y psíquico no son diferentes, sino sucesivos, ya que dependiendo de la víctima, el maltrato podrá quedarse en un daño psicológico o moral o podrá provocar una enfermedad mental"¹⁰.

11°. Según Soria; "(...) actualmente se acepta que toda reacción a un evento negativo, inducido o no por otra persona, pone en marcha un proceso de ajuste que debe situarse inicialmente en el marco de la normalidad. Por ello no debe extrañarnos la gran capacidad adaptativa de las personas victimizadas, ni su autopercepción como personas normales.

Todos los eventos victimizatorios generan niveles variables de estrés pero fluctúan en función de diversos factores pre-evento, contextuales o relacionados con el propio proceso de ajuste posterior"¹¹.

Soria se adentra de forma directa en la victimización criminal y señala la existencia de "(...) dos importantes grupos de delitos:

a) Delitos de impacto: Son la inmensa mayoría, se producen durante un período relativamente breve y los períodos evaluativos y de afrontamiento de la víctima se produce una vez cesado el evento negativo (delito).

b) Delito de desarrollo prolongado: Generalmente aparece una relación prolongada en el tiempo entre la víctima y su agresor induciendo una vulnerabilidad de esta. Tanto la evaluación cognitiva como el afrontamiento se produce aún dentro del mismo suceso, asimismo pueden aparecer períodos de relativa calma en la agresión que permiten el mantenimiento de la relación delictual" (sic)¹².

Al referirse a los efectos psicosociales de la victimización criminal, Soria señala que "todas las víctimas de los delitos sufren un conjunto de alteraciones psicológicas, sociales y fisiológicas relativamente comunes en cuanto a su intensidad.

La gravedad de los cambios mostrados por una víctima dependerá de numerosos factores como son el nivel de funcionamiento psicológico previo, las características propias del hecho delictivo, la reacción posterior del entorno social, etc."¹³.

Soria sintetiza los cambios que van de los días a los tres meses en cuatro grupos:

- Cognitivos (negación de lo sucedido, cambio en los sistemas de creencias: - cambio en la "creencia de

invulnerabilidad", en la "creencia de control", en la de "creencia de mundo justo"; la comparación social; los procesos de atribución; el futuro negativo).

- Afectivos (sentimientos negativos; pérdida de la autoestima; deseo de autodestrucción).

- Comportamentales (ruptura de la vida cotidiana, modificación de los hábitos sociales; pérdida de la capacidad para tomar decisiones).

- Psicofisiológicos (alteración de las funciones autónomas con temblores, sudores, vómitos, pérdida de apetito, insomnio, pesadillas, con el riesgo de desarrollar estrés postraumático)¹⁴.

En cuanto a la valoración psicojurídica de las secuelas, Soria señala que el daño moral no es solapable con el psicológico de daño emocional¹⁵.

§ 2 Sobre la anomalía psíquica permanente derivada de la lesión (art. 121.2 CP)

12°. El inciso 2 del art. 121 CP se refiere a la "anomalía psíquica permanente" causada con la lesión inferida a la víctima. La anomalía psíquica permanente está contemplada en la ley penal (art. 20.1) y la doctrina en el Perú como: eximente de responsabilidad penal; y dentro de ellas, las oligofrenias (retrasos mentales), las demencias, las esquizofrenias y otros trastornos psicóticos.

13°. Las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, han sido tratadas por la doctrina penal; comparativamente en una referencia no exhaustiva a partir de las Sentencias del Tribunal Supremo de España¹⁶, se hallan por ejemplo el trastorno psicótico de tipo paranoide o esquizofrenia paranoide (manifestado en una interpretación delirante de la realidad que da lugar a reacciones violentas); las oligofrenias profundas -idiocia- (en cocientes intelectuales inferiores al 25 o 30 por 100 que corresponde a una edad mental por debajo de los 4 años de edad). Para Alonso Peña Cabrera Freyre, el tipo penal requiere que la anomalía psíquica sea permanente, quedando descartadas aquellas perturbaciones psicológicas temporales, que vayan a cesar después de un tiempo¹⁷.

14°. Es de común conocimiento que las oligofrenias leves, moderadas o profundas no son efectos o consecuencias surgidas de una agresión súbita y que en las psicosis¹⁸ hay

9 La jurisprudencia española considera que para construir el delito de lesiones psíquicas es preciso: a) saber con certeza cuál ha sido el resultado típico correspondiente a un delito de esa clase; y b) tener seguridad sobre la relación de causalidad entre la acción y el resultado producido; considerando que es de suma importancia saber cuál fue en concreto el tratamiento médico, pues según apuntan, el tipo penal excluye los supuestos de pura y simple prevención u observación, ya que precisa la constancia con plena seguridad, de una intervención médica activa que objetivamente sea procedente [STS 1305/2003, de 6 de noviembre, argumento recogido en la STS 2048/2017 fundamento jurídico decimo]. Así, se debe determinar si las consecuencias lesivas de carácter anímico de la turbación psíquica que la ciencia psiquiátrica recoge con diversas denominaciones como stress postraumático, trastornos depresivos, estados de angustia, etc., que son consecuencia del delito, se consumen en el propio delito del que traen causa, o alcanzan una autonomía típica subsiguiente en el delito de lesiones [STS 2048/2017 fundamento jurídico decimo].

En las sentencias STS 1580/2003 de 10 de marzo de 2003, STS 240/2014 de 6 de febrero de 2014 y STS 2580/2016 de 31 de mayo de 2016 el Tribunal Supremo español consideró la afectación a la salud psíquica como resultado independiente ante el tratamiento médico proporcionado a los agraviados.

10 Cfr. PERELA LARROSA, Marta. Violencia de Género: Violencia Psicológica. Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Epoca, núm. 11-12/2010: 356-376. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/37248/36050>

11 SORIA VERDE, Miguel Ángel: La Evaluación de la Victimización Criminal; en *Manual de Psicología Penal Forense*; Soria (coord.) y otros; Edit. Atelier; Barcelona 2002: pág.624.

12 Ib. pág. 624.

13 Ib. pág. 626.

14 Ib. pág. 627 a 637.

15 Soria Verde, Miguel Ángel, op. cit., pág. 637 a 640.

16 Iglesias Río, Miguel Ángel: Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Burgos; La Eximente de "Anomalía o Alteración Psíquica" una Problemática Abierta hacia el Futuro Científico; 2003. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217115.pdf>

17 CFR. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. 2.ª edición. Tomo I. Lima: IDEMSA, 2013, p. 281.

18 Las psicosis y sus efectos e intensidades son diversas: psicosis inducida por tóxicos, psicosis reactiva breve, trastorno delirante, psicosis orgánica, esquizofrenia, trastorno esquizofreniforme, trastorno bipolar, trastorno esquizoafectivo, psicosis depresiva.

un trasfondo bioquímico larvado que puede ser "gatillado" o "disparado" por una experiencia traumática¹⁹, de modo que corresponde a los expertos señalar con solvencia si hay o no supuestos en que se pueda establecer que la referencia a anomalía psíquica permanente tiene sentido en el inciso dos del art. 121 de modo independiente del inciso 3 del propio art. 121.

§ 3. Tratamiento normativo del Daño Psíquico

15°. Mediante la segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley 30364 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, publicada el 23 de noviembre de 2015, se incorporó el artículo 124-B al Código Penal, según el cual se establecen tres niveles o escalas de daño psíquico que deben ser considerados, de acuerdo al grado de intensidad, como lesiones graves, lesiones leves y faltas según determinación pericial dando con ello inicial contenido a la expectativa de protección contra las agresiones que en el derecho penal se estableció desde mucho antes para la salud mental.

16°. El daño psíquico, se consideró según la gravedad de la aflicción causada, esta división se ve recogida en la Guía para Determinar el Daño Psíquico, en la que se definió al daño como "la afectación y/o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo" [Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. *Guía de Valoración del Daño Psíquico en Personas Adultas Víctimas de Violencia Intencional*. 2016. p. 40] definición que también se encuentra en el inciso b, del artículo 8 de la Ley N.º 30364.

17°. No obstante, la declaración normativa de los niveles de perturbación mediante la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley 30364, solo se adecuó el artículo 122 del Código Penal, considerándose el delito de lesiones leves por daño psíquico moderado, sin modificarse los artículos 121 y 441, del Código Penal en que se tipifican los delitos de lesiones graves y faltas respectivamente.

18°. Finalmente, mediante Decreto Legislativo 1323, para el Fortalecimiento de la Lucha Contra el Femicidio, la Violencia Familiar y la Violencia de Género, publicado de 06 de enero de 2017, se incorporó en el inciso 3 del primer párrafo del artículo 121 la escala grave y muy grave de daño psíquico.

§ 4. Inoperatividad del cuantificador temporal para el daño psíquico

19°. Estando al inciso 3, del primer párrafo del artículo 121 del Código Penal, se considera lesión grave a la que ocasiona "daño a la salud mental que requiera 30 o más días de asistencia o descanso", según prescripción facultativa; tal forma de fijación de la alteración a la salud mental, considerada en días de asistencia o descanso es refractaria a la nueva determinación de los niveles de daño psíquico que establece el artículo 124-B, por lo cual resulta razonable entender que aquel parámetro, solo puede ser de aplicación a las lesiones físicas.

La referencia al daño a la salud mental en función a días de asistencia médica o descanso ha devenido en una reminiscencia, una residualidad impropia e inoperativa de cara al cambio legislativo introducido por el D. Leg. 1323, que no fue corregida por omisión del legislador.

§ 5. El daño psíquico culposo grave y muy grave

20°. El segundo párrafo del artículo 124 del CP, fija como circunstancia agravante del delito de lesiones culposas cuando se ocasiona una lesión grave de acuerdo a lo previsto en el artículo 121.

El legislador del D. Leg. 1323 no ha excluido el contenido del segundo supuesto de la primera y última parte del inc. 3ro. del art 121 (El que causa a otro daño grave (...) en la salud, será reprimido (...). Se consideran lesiones graves: (...) 3. Las que infieren cualquier otro daño (...) a la salud (...) mental de una persona (...) o se determina un nivel grave o muy grave de daño psíquico), concordado con el acápite c del primer párrafo del art. 124-B; por tanto cabe la posibilidad de daño psíquico culposo pero solo a escala grave y muy grave.

No caben supuestos de afectación psicológica culposa, puesto que tal resultado debe ser por previsión normativa expresa, consecuencia directa de obligar o permitir la observación de la agresión violenta de fondo, sin impedirla.

§ 6. Faltas por daño psíquico (nivel leve de daño psíquico, art. 441 del CP y literal a del primer párrafo del art. 124-B)

21°. En el primer supuesto del primer párrafo del artículo 441 del CP, no se alude al daño psíquico leve que el acápite

"a" del primer párrafo del art. 124-B ha introducido, por tanto la construcción léxica del tipo derivada de las dos normas, quedaría así:

"El que, de cualquier manera, causa a otro una lesión dolosa que requiera hasta diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con prestación de servicio comunitario (...)"

"Falta de lesiones leves: nivel leve de daño psíquico".

Un ejercicio interpretativo/ordenador de la construcción del texto, puede llevar a descartar el vacío normativo por ausencia de tipificación expresa.

22°. El segundo supuesto del artículo 441 del CP "siempre que no concurren circunstancias que den gravedad al hecho en cuyo caso se considerará como delito" deviene en inoperante para mujeres agredidas por su condición de tal e integrantes del grupo familiar, en tanto exista de fondo un contexto de violencia familiar; coacción, hostigamiento o acoso sexual; abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; cualquier formas de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente (entornos descritos en el 108-B).

23°. El tercer supuesto dirigido a víctimas menores de catorce años o agentes que sean tutores, guardadores o responsables de aquellos, la lesión se produzca como consecuencia de un hecho de violencia familiar, o el agente sea el tutor, guardador o responsable de esos menores, resultará parcialmente implicante con el contenido de los 2 párrafos del art. 122-B, respecto de menores del entorno familiar y respecto de agentes que fueran tutores, guardadores o responsables de mujeres menores de edad, adultas mayores o discapacitadas (por el sentido del apartado 4 del segundo párrafo del art. 122-B: "la víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición"). Se entiende que además abarcará también al tutor-pariente, guardador-pariente o responsable-pariente de mujeres en la condición indicada de la que se aprovecha el agente.

Tales supuestos delictivos, están sancionados en la modalidad simple con no menos de uno ni más de tres años de privación de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36 del CP, y en las modalidades agravadas, con no menos de dos ni más de tres años de privación de libertad. Por tanto, producido un evento diagnosticado como daño psíquico leve, excluyendo los supuestos de hecho antes indicados, constituirá falta de daño psíquico simple con la sanción de 40 a 60 jornadas de servicio comunitario o hasta 80 jornadas de servicio comunitario en la modalidad agravada.

24°. En cuanto al lapso prescriptivo de las faltas de daño psíquico leve, resulta propio el computar el término extintivo ordinario desde que se determina eficazmente que se configuraron. Antes del lapso de seis meses que la ciencia ha determinado como apropiado para el diagnóstico, la configuración del delito es incierta (por menoscabo mental grave o muy grave o moderado; o una falta por menoscabo mental leve); en algún caso no habrá huella psíquica, dado que el proceso evolutivo en la psique de la víctima (por su capacidad resiliente) y la reacción al tratamiento que reciba determinarán si finalmente se produce o no un resultado consolidado catalogable jurídicamente dentro de los parámetros del art. 124-B.

§ 7. Falta culposa de daño psíquico leve

25°. En principio el menoscabo en la salud física de la víctima como reacción ante la agresión violenta es independiente de la naturaleza dolosa o culposa de la conducta del agente; así se concluye del contenido del segundo párrafo del art. 441 CP.

La perturbación mental diagnosticada como leve derivada de la conducta es posible cuando el proceder del agente delictivo respecto del ámbito físico de la salud, la vida o la libertad, no causó una huella psíquica intensa o moderada en la víctima.

Es posible por tanto que en supuestos de homicidio culposo y lesiones culposas graves, se deriven además daños psíquicos diagnosticados como leves, ciertamente no queridos por el agente que obró por negligencia, imprudencia o impericia.

19 Cfr. http://www.parcadesalutmar.cat/episodis-psicotics/pacients/es_tipus.html

Cabe por tanto acoger esta hipótesis como consecuencia de la asimilación interpretativa general antes referida.

§ 8. Determinación de la presencia de daño psíquico

26°. A consideración de la licenciada en psicología y perito argentina doña Silvia Castela el concepto más claro de daño psíquico es el propuesto por el médico psiquiatra don Ricardo Ernesto Rizzo: quien lo considera como un "Síndrome psiquiátrico coherente (enfermedad psíquica), novedoso en la biografía, relacionado causal o concausalmente con el evento de autos (accidente, enfermedad, delito), que ha ocasionado una disminución en las aptitudes psíquicas previas (incapacidad), que tiene carácter irreversible (cronicidad) o al menos jurídicamente consolidado (dos años)²⁰".

Al referirse a síndrome psiquiátrico coherente, Rizzo precisa que "no es otra cosa que una enfermedad mental" y estas no pueden ser diagnosticadas en base a un solo síntoma o a algún síntoma aislado, sino que deben ser coherentemente agrupados en algún cuadro clínico; en consideración a los criterios señalados refiere que no deben considerarse daño psíquico: los síntomas aislados que no constituyen una enfermedad, las enfermedades que no aparecieron ni se agravaron a causa del evento, las que no tengan relación con el acontecimiento, lo no incapacitante y lo que no está cronificado o jurídicamente consolidado. Además, esta enfermedad debe dañar de manera perdurable una o varias de las siguientes funciones. 1) Capacidad para desempeñar sus tareas habituales. 2) capacidad para acceder al trabajo. 3) Capacidad para ganar dinero. 4) Capacidad para relacionarse²¹.

Para Echeburúa y otros, el daño psicológico se refiere a dos aspectos "por un lado a las lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento, que, en algunos casos, pueden remitir con el paso del tiempo, el apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado; y, por otro, a las secuelas emocionales que persisten en la persona de forma crónica, como consecuencia del suceso sufrido y que interfieren negativamente en su vida cotidiana. En uno y otro caso el daño psíquico es la consecuencia de un suceso negativo que desborda la capacidad de afrontamiento y de adaptación de la víctima a la nueva situación²²". El propio Echeburúa clasifica, dos tipos básicos de daño psicológico:

a) **Daño agudo o lesiones psíquicas**, que se caracterizarían por la posibilidad de que puedan remitir con el paso del tiempo, el apoyo social o un tratamiento terapéutico adecuado. Las lesiones psíquicas más frecuentes son los trastornos adaptativos (caracterizados por un estado de ánimo depresivo o ansioso), el trastorno por estrés agudo o el trastorno por estrés posttraumático.

b) **Daño crónico o secuelas psíquicas**, que se caracterizarían por la estabilidad del daño, persistiendo en la persona de forma crónica, a modo de cicatrices psicológicas, no remitiendo con el paso del tiempo ni con un tratamiento adecuado. Las secuelas psíquicas más frecuentes son las modificaciones permanentes de la personalidad (Echeburúa, 2004, citado en Morillas, Patró y Aguilar, 2011. p. 394).

27°. La Guía para Determinar el Daño Psíquico, contiene las pautas que debe seguir el perito psicólogo o psiquiatra para establecer los niveles de daño psíquico y que puede orientar al perito de parte, según esta, para apreciar el daño deben estar presentes los criterios siguientes: "un cuadro psicopatológico conformado como síndrome; ser nuevo en el historial del examinado; causar limitación real del psiquismo; tener suficiente jerarquía y envergadura como para causar lesión; presentarse definido y acreditar un nexo causal con un agente traumático determinado por el hecho punible; ser crónico o **jurídicamente consolidado**"²³(sic). La guía no se aplica para evaluar a niños, niñas, adolescentes ni a mujeres e integrantes del grupo familiar en casos de violencia familiar.

28°. El menoscabo considerado como daño debe ser **jurídicamente consolidado**, estableciéndose tal estado (presencia de "huella psíquica"²⁴) al término de 6 meses de ocurrido el evento que le dio origen, tal límite temporal se señala como idóneo para los Trastornos Adaptativos descritos en el Manual de Diagnóstico Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV), de la Asociación Americana de Psiquiatría²⁵, instrumento de validez científica universalmente reconocido, versión que se encontraba vigente cuando se emitió la primera versión de la Guía para Determinar el Daño Psíquico.

Sobre la firmeza científica del CIE 10 y el DSM5 (Disease Statistical Mental 5), el Psicólogo Geoffrey M. Redd, Director de la Clasificación de Trastornos Mentales

y del Comportamiento de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS, en entrevista realizada en España dijo sin desmerecer la importancia del DSM (hecho por la Asociación Psiquiátrica Norteamericana), la universalidad del CIE 10 está respaldada en el método de estandarización de los diagnósticos y en la fuerza del empleo (70% de los psiquiatras en el mundo) y agregó que los reportes de salud pública a la OMS deben hacerse bajo las reglas del CIE²⁶.

Ahora, el DSM-5 ha catalogado el Trastorno de Estrés Post Traumático (TEPT) en el apartado 309-81 (en relación al apartado F43-1 del Clasificador Internacional de Enfermedades -CIE-10-), diferenciando los criterios a considerar cuando se trate de adultos, adolescentes y niños mayores de 6 años, y los que deben estar presentes cuando se diagnostique a niños menores a 6 años; en ambos casos la expresión retardada de este trastorno se presenta después de 6 meses del acontecimiento, aunque algunos síntomas pudieran ser inmediatos. Cabe resaltar que uno de los criterios que contempla el Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V), para el Trastorno de Estrés Post Traumático es la exposición a la muerte, lesión grave o violencia sexual sea real o en forma de amenaza como experiencia directa o presencia directa en el suceso.

Los siguientes cuadros ayudan a apreciar la evolución del daño psíquico y algunas expresiones clínicas asociadas a experiencias traumáticas relacionados con un hecho violento²⁷.

Fases en la evolución del daño psíquico

Fase	Duración	Características
Shock o desorganización	De minutos a horas (reacción inmediata)	Shock activo: agitación, gritos, enturbiamiento de la conciencia, hiperactivación, deambulación. Shock pasivo: catatonia, paralización o hiposactividad motriz, deambulación, enturbiamiento de la conciencia.
Reorganización	De semanas a meses (reacción a corto plazo)	Tipo I: sintomatología traumática aguda. Tipo II: negación (reacción posttraumática retardada).
Readaptación	Variable (6 meses a 2 años) (reacción a largo plazo)	Recuperación o cronificación de la sintomatología traumática.

20 Castela, Silvia: El daño psíquico: delimitación conceptual y su especificidad en casos de accidentes de tránsito, mala praxis médica y duelos. Disponible en:

[https://www.csjn.gov.ar/cmfc/files/pdf/CMFA-Tomo3-1\(2011\)/Castela.pdf](https://www.csjn.gov.ar/cmfc/files/pdf/CMFA-Tomo3-1(2011)/Castela.pdf)
21 Rizzo, Ricardo Ernesto, *Delimitación y Diagnóstico. Fundamento Teórico y Clínico del Dictamen Pericial*. Cuadernos de Medicina Forense. Año 1, N.º 2, págs. 67-75. Mayo 2003. Disponible en: [www.csjn.gov.ar/cmfc/files/pdf/Tomo-1\(2002\)/Numero-2/CMF1-2-67-65.doc](http://www.csjn.gov.ar/cmfc/files/pdf/Tomo-1(2002)/Numero-2/CMF1-2-67-65.doc)

22 Echeburúa, Enrique; Paz de Corral: Amor, Pedro: Evaluación del Daño Psicológico en las Víctimas de Delitos Violentos. Disponible en: <http://masterforense.com/pdf/2004/2004art19.pdf>

23 Negritas agregadas.

24 Daño o consecuencia ocasionada a partir de una experiencia traumática, la cual provoca una alteración, una trasgresión de la estructura psíquica, obstaculizando un desarrollo psicológico normal, en otras palabras, altera la capacidad de relacionarse con el medio externo, así como también altera la esfera interna (afectividad, pensamiento, etc.) y que perdura a través del tiempo, es decir, a largo plazo. Se constituye a partir de diversos indicadores tanto externos (síntomas, conductas) como internos (mundo subjetivo interno), los cuales pueden ser observados en la evaluación psicológica, específicamente a través del uso de pruebas proyectivas. El daño psíquico es por lo general reversible, mediante un tratamiento psicoterapéutico de distinta duración.
Consultado en <https://es.scribd.com/doc/153607072/Definicion-Huella-Psiquica>.

25 Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales pág. 639, pacíficamente aceptado como fuente. Recuperado de: www.mdp.edu.ar/psicologia/psico/cendoc/archivos/Dsm-IV.Castellano.1995.pdf

26 Entrevista al Director de la Clasificación de los Trastornos Mentales y del Comportamiento de la cie-11 (OMS). Consultado el 04/04/2017. Disponible en: www.infocop.es/view_article.asp?id=3922

27 Cuadros realizados por José Manuel Muñoz en Anuario de Psicología Jurídica 2013 23 (2013) 61-69. Recuperados de: <http://apj.elsevier.es/es/la-evaluacion-psicologica-forense-del/articulo/S1133074013700102/#.WTVzCm-faGZM>

Cuadros clínicos asociados a experiencias traumáticas

Trastornos de ansiedad	Trastornos disociativos	Otros cuadros clínicos
Trastorno por estrés agudo (F43.0).	Amnesia disociativa (F44.0).	Trastorno psicótico breve con desencadenantes graves (F23.81).
Trastorno de estrés posttraumático (F43.1).	Fuga disociativa (F44.1).	Trastorno de conversión (F44.X).
	Trastorno de identidad disociativa (F44.81).	Trastorno de somatización (F45.0).
	Trastorno por despersonalización (F48.1).	Trastorno límite de personalidad (F60.31).

En la última parte del inciso 3 del art. 121 CP se ha considerado que se configura una lesión grave cuando "se determina un nivel grave o muy grave de daño psíquico".

Se requiere precisión legislativa con el apoyo de la ciencia, en cuanto a la connotación de ambos términos que aluden menoscabo sobrevenido de la salud mental, por cuanto de ser similares, habrá de prevalecer el 121.3; en tanto que de no serlo, se habrán generado supuestos de anomalía psíquica permanente que no requerirán un semestre de observación y tratamiento (es deber constitucional del Estado a través de los servicios de salud pública el atender y curar a los enfermos) para el diagnóstico de la ausencia o presencia de "huella psíquica" y su nivel o escala.

Los expertos debidamente calificados, deberán señalar solventemente en cual patología específica diferente a las señaladas se amerita estimar consolidado el daño psíquico antes de tal lapso (que no sea solo manifestación de estrés agudo).

29°. El artículo 13 del Reglamento de la Ley N° 30364, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-2016-MIMP, precisa que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público, los establecimientos públicos de salud, los centros parroquiales y los establecimientos privados emiten certificados o informes sobre el estado de la salud mental de la víctima, los que pueden constituir medios probatorios en los procesos de violencia; además, los Centros Emergencia Mujer y otros servicios estatales especializados también emiten informes psicológicos, todos ellos con valor probatorio en los procesos por violencia y acreditación del delito correspondiente.

El artículo 75 del reglamento mencionado precisa también que el certificado o informe sobre la valoración del daño psíquico tienen valor probatorio para acreditar la comisión de delito o falta de lesiones de daño psíquico conforme lo establecido en la Ley 30364²⁸.

§ 9. La connotación del lapso de tratamiento de seis meses para el diagnóstico de daño psíquico leve, moderado o grave (o muy grave)

30°. Con el Decreto Legislativo N° 1323 se ha obviado legislar sobre la connotación de ese período en que el/la agraviado/a del acto violento, se restablece de los efectos psíquicos de la agresión.

Excluidos los casos de afectación psicológica de la agraviada directa en el feminicidio tentado; de los obligados a observar el ataque contra la víctima (familiares y no familiares) así como los de mujeres e integrantes del grupo familiar, que tienen tratamiento propio como delitos, el menoscabo en la salud mental del sujeto pasivo que no se consolida como daño psíquico no se consideró.

La legislación colombiana tiene establecido como Perturbación Psíquica en el art. 115 de su Código Penal que:

"Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento sesenta y dos (162) meses de prisión y multa de treinta y seis (36) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

En tanto que, la guía de información, en la Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses sobre Perturbación Psíquica en Presuntas Víctimas de Lesiones Personales y Otros de Colombia se considera como criterio diagnóstico:

"f) Dependiendo de la severidad e intensidad de la sintomatología encontrada, se determinará el carácter transitorio (remisión constatada o prevista en un lapso menor o igual a 180 días) o permanente (mayor a 180 días) de la perturbación psíquica".

De modo tal que la transitoriedad del menoscabo debe ser considerada, lo que no ocurre en la legislación peruana; esta estimación no se opondría a la delimitación de las intensidades del daño psíquico, por cuanto de no cumplirse con los criterios para establecer el daño psíquico a los seis meses y constatare que objetivamente la víctima tuvo tratamiento de recuperación médica, tal afección tendrá si el Parlamento lo estima que tenerse en cuenta.

§ 10. Tratamiento normativo de la afectación psicológica

31°. Normativamente existen formas de afectación a la salud mental que por consideración del legislador no responden a la catalogación de daño producto del ejercicio de la violencia física como en el caso de los delitos de homicidio doloso, lesión dolosa, violación sexual y feminicidio o como consecuencia directa del uso de la violencia psicológica en el entorno familiar.

De acuerdo a la Guía para Determinar la Afectación Psicológica, esta comprende: "Signos y síntomas que presenta el individuo como consecuencia del evento violento, que para ser valorados dependen de su tipo de personalidad, estrategias de afrontamiento, autopercepción, madurez, experiencias personales, cultura, habilidades sociales, capacidad de resiliencia, percepción del entorno, entre otras, pudiendo estas interferir de forma pasajera o permanente en una, algunas o todas las áreas de su funcionamiento psicosocial (personal, pareja, familiar, sexual, social, laboral y/o académica)" (págs. 69 y 70).

CLASES DE AFECTACIÓN PSICOLÓGICA			
ARTÍCULO	TEXTO LEGAL	AFECTADO	PENA
108-B. segundo párr. inc. 8	(...), el que mata a una mujer por su condición de tal (...) 8. Cuando se comete a sabiendas de la presencia de las hijas o hijos de la víctima o de niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado.	La mujer que observa la presencia de sus hijos en el hecho.	No menor de 25 años de PPL.
121. primer párr. inc. 4	(...) 4. La afectación psicológica generada como consecuencia de que el agente obligue a otro a presenciar cualquier modalidad de homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, o pudiendo evitar esta situación no lo hubiera hecho.	Cualquier persona que esté presente en los hechos específicos.	No menor de 4 ni mayor de 8 años de PPL.
121-B. primer párr. inc. 7	(...) 7. Cuando la afectación psicológica a la que se hace referencia en el numeral 4 del primer párrafo del artículo 121, se causa a los hijos, hijas, niñas, niños o adolescentes bajo el cuidado de la víctima de feminicidio, de lesiones en contextos de violencia familiar o de violación sexual.	Los hijos, hijas, niñas, niños o adolescentes bajo el cuidado de la víctima	no menor de 6 ni mayor de 12 años de PPL e inhabilitación conforme al artículo 36 del CP
122-B. primer párr.	El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B	Una mujer o integrantes del grupo familiar.	No menor de 1 ni mayor de 3 años e inhabilitación conforme al artículo 36 del CP.

28 Debe tenerse en cuenta los fundamentos del Acuerdo Plenario N° 4-2015/ CJJ-116, respecto a la valoración de la prueba pericial.

32°. La violencia psicológica es definida en el inciso b, del artículo 8 de la Ley N.° 30364 como "la acción o conducta tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos"

En el artículo 1 de la La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) se define la violencia contra la mujer como: "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado", la violencia de género suele adoptar diversas formas; abarcando el abuso psicológico y el maltrato emocional como puede observarse en el siguiente cuadro²⁹.

	VIOLENCIA BASADA EN EL GÉNERO	VIOLENCIA BASADA EN LA GENERACIÓN
POBLACIÓN VULNERABLE	« Mujeres	« Niñ@s « Ancian@s
FORMAS QUE ADOPTA	« Violencia Física « Aislamiento y abuso social « Abuso ambiental « Abuso económico « Conductas de Control y dominio « Control por medio de Amenazas « Abuso verbal y psicológico « Violencia sexual « Abuso ambiental « Chantaje emocional	« Maltrato físico « Abandono físico « Maltrato emocional « Abandono emocional « Abuso sexual « Abuso económico « Explotación

(En "La Violencia Hacia las Mujeres como Problema Social"; Jorge Corsi–Psicólogo)

§ 11. La especial crueldad psicológica en el feminicidio (inc. 8 del segundo párrafo del art. 108-B)

33°. Mediante el Decreto Legislativo 1323, de 06 de enero de 2017 se consideró que la presencia de hijos o hijas de la víctima o niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado incrementa el injusto en el delito de feminicidio.

Es de anotar que al igual que en el artículo 121-B la referencia a hijos o hijas de la víctima no tiene límite etéreo, en tanto que la referencia niños y niñas o adolescentes bajo el cuidado de la víctima se extienden más allá de la relación filial.

34°. La exposición de motivos del dispositivo legal da algunos alcances interpretativos sobre la intención del legislador para incorporar tal agravante al considerar que el contexto del delito de feminicidio:

"tiene una repercusión en la salud física y mental de la mujer víctima, si logra sobrevivir al atentado, y si el hecho se consuma implica un mayor sufrimiento y ensañamiento por la presencia de sus hijos³⁰"

Para que pueda configurarse la agravación además, se debe considerar el incremento del sufrimiento de la mujer, siempre que sea consciente de tal situación como se precisó:

"El nivel de feminicidio se ve agravado cuando es consiente (la víctima)³¹ que sus hijos están presenciando esta forma de violencia"

En cuanto a la presencia de los menores se precisó:

"En relación al impacto en las personas del entorno de la víctima y en los ámbitos, social, familiar y comunitario, el feminicidio constituye un delito pluriobjetivo, pues su dañinidad trasciende el bien jurídico protegido –el derecho a la vida de las mujeres–, y afecta también la integridad física o psicológica de los niños, niñas y adolescentes del entorno de la víctima".

35°. Es claro en consecuencia que en el feminicidio tentado la víctima es sujeto pasivo de la tentativa feminicida y también de la afectación psicológica derivada; todo ello independientemente de las efectos producidos a los parientes que presencian el hecho, que vienen a constituir otras víctimas pero de la afectación psicológica recientemente incorporada (inc. 7 del art. 121-B) aunque en este último caso lo serán independientemente de la consumación del feminicidio.

Siendo el feminicidio una forma de crimen de odio, la clase de crueldad psicológica descrita presenta respecto de la víctima, un elemento subjetivo tendencial adicional.

§ 12. La afectación psicológica por coacción a la observación coactiva de grave agresión (lesión grave y muy grave –inc. 4 del primer párrafo del art. 121 e inc. 7 del art. 121-B–)

36°. Mediante el Decreto Legislativo 1323 se incorporó el inciso 4 al primer párrafo del artículo 121 del C. P., estableciéndose un supuesto adicional de lesión grave ocasionada a quien es obligado a observar cualquier modalidad de homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, u observe aun cuando el agresor pudo evitarlo, deteriorándose objetivamente la salud psíquica con tal vivencia. En tanto que, el inciso 7, del artículo 121-B establece como agravante específica cuando la afectación se produjera a los hijos, hijas, niñas, niños o adolescentes bajo el cuidado de la víctima de feminicidio, de lesiones en contextos de violencia familiar o de violación sexual.

Se entiende que la referencia a hijos e hijas de modo diferenciado de niños y niñas y adolescentes constituye un factor sin límite de edad.

Subyacen 2 niveles de punición para la afectación psicológica; uno respecto a las víctimas no vinculadas con el sujeto pasivo del abuso coaccionadas a mirar el acto abusivo y el otro, referido a las víctimas emparentadas o cuidadas por la víctima del abuso que fueran coaccionadas a observar el acto abusivo.

En este caso se afecta la salud psíquica de terceros por observación impuesta de la comisión de determinados delitos, de tal intensidad que puede dar como resultado un trastorno mental.

Atendiendo a la ubicación sistemática del resultado de afectación psicológica en el artículo 121 del Código Penal, se debe establecer un parámetro normativo de intensidad en su presencia, puesto que no existe en el acervo nacional declarado como tal.

§ 13. Ausencia normativa de afectación psicológica atenuada (en el artículo 122 del CP)

37°. En el artículo 122 del C. P., no se contempla la afectación psicológica por coacción de observación de la grave agresión, tampoco se ha previsto para parientes cercanos como en el artículo precedente, por lo que no cabe la posibilidad de una graduación leve. Teniendo en cuenta que las personas responden a los estímulos de modo diferente, cabe la posibilidad que la afectación psicológica no resulte necesariamente grave o muy grave y no se ha pre establecido que pueda ser normativamente considerada como leve, sino únicamente un baremo tasado como grave y muy grave. Se trata de una tarea pendiente del órgano legislativo, tomando en cuenta que en el artículo 122-B si hay una apreciación diferenciada.

§ 14. Afectación psicológica en el entorno familiar art. 122-B

38°. En el artículo 122-B del C.P. se considera delito el ocasionar algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual a las mujeres o integrantes del grupo familiar en los contextos del primer párrafo del artículo 108-B del C. P.³²., agravándose este resultado en los supuestos comprendidos en el segundo párrafo del artículo 122-B³³.

El legislador consideró síntomas conductuales y cognitivos al referirse a la afectación psicológica sin tomar en cuenta los emocionales³⁴, que forman parte de los factores

29 Cuadro realizado por Jorge Corsi, recuperado de: <http://tiva.es/articulos/Violencia%20hacia%20la%20mujer.pdf>

30 Exposición de motivos del Decreto Legislativo N.° 1323, pág. 7: disponible en <http://www.congreso.gob.pe/comisiones2016/ConstitucionReglamento/DecretosLegislativos/>

31 El contenido del paréntesis es agregado.

32 Violencia familiar; coacción, hostigamiento o acoso sexual; abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente: cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

33 Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima; el hecho se comete con ensañamiento o alevosía; la víctima se encuentra en estado de gestación; la víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición.

34 El Manual de Diagnóstico Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5 define al trastorno mental como: un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento del individuo que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental.

propios de la personalidad humana, pero ha de entenderse esa ausencia de referencia a la esfera afectiva no como una exclusión sino como una omisión superable.

En referencia al maltrato doméstico Echeburúa precisa que, a diferencia de otras conductas violentas presenta las siguientes características: a) es una conducta que no suele denunciarse, y si se denuncia, la víctima muy frecuentemente perdona al agresor antes de que el sistema penal sea capaz de actuar; b) es una conducta continuada en el tiempo: el momento de la denuncia suele coincidir con algún momento crítico para el sistema familiar y c) como conducta agresiva, se corre el riesgo de ser aprendida; en cuanto a las víctimas de violencia familiar refiere que pueden presentar el Trastorno de Estrés Post Traumático y otras alteraciones (depresión, ansiedad patológica, etc.); y el mantenerse en una relación de maltrato crónico implica un coste psicológico (depresión, baja autoestima, trastorno de estrés postraumático, adaptación a la vida cotidiana)³⁵.

Es de anotar que los actos reiterativos de violencia pueden generar trastornos mentales (como el Estrés Post Traumático), y como tal, de ser delito, tendría que considerarse la sanción propia para el daño psíquico grave (4 a 8 años de PPL) o moderado (2 a 5 años de PPL). No obstante en el artículo 122-B del C.P. no se ha previsto diferencia entre un acto único de violencia o actos continuos de agresión y según previsión normativa todos los casos de esta naturaleza devendrían únicamente en afectación psicológica con privación de la libertad no menor de 1 ni mayor de 3 años, por lo que se requiere que el parlamento proteja adecuadamente la salud mental de las mujeres e integrantes del entorno familiar.

§ 15. Determinación de la presencia de Afectación Psicológica

39°. El último párrafo del artículo 124-B del Código Penal precisa que la Afectación Psicológica será determinada mediante un examen pericial o cualquier otro elemento probatorio objetivo similar al emitido por entidades públicas o privadas especializadas en la materia, sin someterse a la equivalencia del daño psíquico³⁶.

Claramente el legislador separa el daño psíquico de la afectación psicológica y deja sentado que no existen escalas de afectación psicológica equiparables a los niveles de daño psíquico. Aunque ciertamente en el art 122-B se establece dos modos de afectación psicológica (la agravación corresponde al empleo de arma; la alevosía; la situación de gestante; la minoridad, ancianidad o discapacidad de la víctima). La diferencia de punición radica básicamente en la mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo.

No se ha generado normativamente modalidad alguna de faltas por afectación psicológica.

40°. El perito psicólogo habilitado por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público (es de común conocimiento que el número de especialistas en el IML del MP es insuficiente para abarcar toda la tarea) es el responsable de realizar dicho examen aplicando para ello la Guía para Determinar la Afectación Psicológica, emitida por el referido instituto, que sirve de guía para cualquier otro perito. Cuando se realice el examen a adultos o adultos mayores y se cumpla con los criterios del daño psíquico, dicho pronunciamiento debe ser realizado considerando la guía específica para determinar el daño psíquico.

El artículo 13 del Reglamento de la Ley N° 30364, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-2016-MIMP, precisa que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público, los establecimientos públicos de salud, los centros parroquiales y los establecimientos privados emiten certificados o informes sobre el estado de la salud mental de la víctima, los que pueden constituir medios probatorios en los procesos de violencia y además, los Centros Emergencia Mujer y otros servicios estatales especializados también emiten informes psicológicos, todos ellos con valor probatorio en los procesos por violencia y acreditación del delito correspondiente.

41°. El artículo 121 del Código Penal, establece supuestos que afectan de manera especialmente grave la salud como poner en peligro la vida de la víctima, mutilar un miembro u órgano principal del cuerpo, entre otros, por lo que en clave de proporcionalidad la afectación psicológica derivada del delito contenida en el inciso cuarto del mencionado dispositivo legal, ha de ser intensa, lo que será determinado por los especialistas correspondientes, con vista del CIE-10 o el DSM-5 según corresponda, considerándose tales supuestos como afectación psicológica grave y como toda pericia, el juez no está vinculado automática o mecánicamente a tales conclusiones, sino que debe valorar la calidad, suficiencia y profundidad de la pericia y habilidad profesional del perito,

para, en su caso, considerarlas como graves con el efecto respectivo o en su caso considerarlas leves (o menos graves) conforme a la previsión del artículo 122-B.

§ 16. Referencia a la falta de Maltrato

42°. En el artículo 442 del CP se ha tipificado la falta de maltrato de la siguiente forma:

"El que maltrata a otro física o psicológicamente, o lo humilla, denigra o menosprecia de modo reiterado, sin causarle lesión o daño psicológico, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cincuenta a ochenta jornadas.

La pena será de prestación de servicio comunitario de ochenta a cien jornadas o de cien a doscientos días-multa, cuando:

a) La víctima es menor de edad o adulta mayor, tiene una discapacidad o se encuentra en estado de gestación.

b) La víctima es el padrastro, madrastra, ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad, pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad, habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, y la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numeral 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108-B.

c) Mantiene cualquier tipo de relación de dependencia o subordinación sea de autoridad, económica, laboral o contractual y el agente se hubiera aprovechado de esta situación."

43°. Es de anotar que cualquiera de los tres supuestos del segundo párrafo del art. 442 se configurarán excluyendo los que atañen al art. 122-B y al 441 del CP, lo que reclama un ejercicio depurativo para la determinación oportuna de lo que compete al ámbito de la justicia ordinaria y de la justicia de paz.

III. DECISIÓN

44°. En atención a lo expuesto, los señores Jueces de la Sala Penal Permanente y Salas Penales Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos 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:

45°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° a 41°.

46°. **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.

47°. **REMITIR** a la Presidencia de la Corte Suprema, copia del presente Acuerdo Plenario para que comunique al Parlamento Nacional que está pendiente completar lo pertinente en el artículo 122 del Código Penal.

48°. **INSTAR** al Ministerio de Salud y dependencias del Estado comprometidas con la salud con especial referencia al ámbito psíquico, a la debida atención de las víctimas de daño y afectación psicológica.

49°. **COMUNICAR** al Parlamento Nacional y a la Defensoría del Pueblo que este Acuerdo Plenario se inscribe dentro de los alcances del artículo 7 de la Constitución Política del Perú.

35 Echeburúa Enrique; Amor, Pedro; Paz de Corral. *Mujeres Maltratadas En Convivencia Prolongada Con El Agresor: Variables Relevantes*. Acción Psicológica 2 (2002) 135-150. Recuperado de: <http://liva.es/articulos/3.pdf>

36 La legislación española sanciona la conducta de malos tratos habituales en el artículo 173.2 CP, en que precisan que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiendo la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo [SSTC 474/2010 de 17 de mayo; 889/2010 de 19 de octubre; 1154/2011 de 10 de noviembre; 168/2012 de 14 de marzo y 66/2012 de 25 de enero]

La jurisprudencia española considera que el tipo penal de malos tratos habituales sanciona la consolidación por parte del sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos [STS 18/2017 fundamento jurídico segundo].

50°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PARIONA PASTRANA (*)

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VENTURA CUEVA

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHAVEZ MELLA

CALDERON CASTILLO

(*) El Señor Pariona Pastrana no suscribe el presente Acuerdo Plenario por mantener reservas jurídicas a su contenido.

J-1576279-2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

X PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116° TUO LOPJ.

Asunto: “La participación del *extraneus* en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”.

Lima, 12 de junio de dos mil diecisiete.-

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 178-2016-P-PJ, de 22 de junio de 2016, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor PARIONA PASTRANA, acordaron realizar el X Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, en cuyo proceso se incluyeron los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116°, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El X Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: La primera fase, consistió en la convocatoria a la comunidad jurídica a fin de que proponga los temas que plantean problemas aplicativos por lo que requieren de

una interpretación orientada a una uniformización de la interpretación judicial que se asiente como doctrina jurisprudencial para garantizar una aplicación judicial de las leyes concordante y uniforme. En la segunda fase, se examinó los temas propuestos y se eligieron tres propuestas temáticas que se concretan en los siguientes: 1) Alcances de las restricciones legales en materia de imputabilidad restringida por edad y confesión sincera. 2) Participación del *extraneus* en delitos especiales. 3) Delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

3°. La *segunda etapa*, del X plenario desarrollada el 28 de setiembre de dos mil dieciséis, consistió en el desarrollo de la audiencia pública y en ella los juristas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos. Hicieron uso de la palabra los señores Alcides Chinchay Castillo y José Reaño Peschiera.

4°. La *tercera etapa* comprendió el proceso de designación de los jueces supremos ponentes de los tres temas seleccionados. En la sesión del cinco de octubre de dos mil dieciséis, se designó a los señores Prado Saldarriaga y Pariona Pastrana como ponentes del tema “participación del *extraneus* en los delitos especiales: el caso del enriquecimiento ilícito”.

5°. El presente Acuerdo Plenario se emite 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.

Interviene como ponente el señor PRADO SALDARRIAGA quien expresa el parecer del Pleno

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. SOBRE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DELITOS ESPECIALES PROPIOS

6°. La clásica discusión teórica sobre la autoría y la participación en **delitos especiales propios** ha motivado complejos debates en el derecho penal contemporáneo. Sobre todo a partir de los enfoques y planteamientos que califican a estos delitos como *delitos de infracción de deber* y *delitos de infracción de deber por competencia institucional* (Cfr. Claus Roxin. La Teoría del Delito en la Discusión Actual. Tomo II. Gijón, Lima, 2016, p. 305 y ss.; Jesús María Silva Sánchez. El Nuevo Escenario del Delito Fiscal en España Atelier. Barcelona, 2005, p.65 y ss).

7°. En el derecho penal nacional hasta antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1361, la regulación legal de las formas de autoría en el artículo 23° y de la instigación y complicidad en los artículos 24° y 25° del Código Penal, respectivamente, no desarrollaron reglas particulares en relación a los delitos especiales propios (Cfr. Manuel A. Abanto Vásquez. Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública. Grijley. Lima, 2014, p.405 y ss.). De allí que su conexión con los aludidos debates teóricos sólo se fue asimilando a partir de su reflexión por la doctrina o de su aplicación por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República como bien lo ha destacado MONTROYA VIVANCO (Cfr. Yván Montoya Vivanco. Manual Sobre Delitos Contra la Administración Pública. Idehepucp. Lima, 2015, p.54).

8°. Ahora bien, la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios de infracción de deber, que cometen los funcionarios públicos competentes contra la administración pública, ha promovido también distintas posiciones teóricas sobre su punibilidad o no punibilidad. Al respecto, el tema controvertido se relaciona con el señalamiento de las implicancias y consecuencias dogmáticas o prácticas, que conlleva el admitir la eficacia sobre dicha materia de la categoría de los **delitos de infracción de deber especial**. En efecto, actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que existen tipos legales que se configuran y forman sólo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus*, lo cual es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación

fáctica que, para esta clase de delitos funcionariales, no adquiere trascendencia jurídica. Fundamentalmente, porque el hecho punible está construido por la posición o estatus en relación al deber estatal que sólo incumbe al funcionario, cual es conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo para con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia.

9°. Sin embargo, en lo que concierne a la participación del "extraneus" que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos (Cfr. Alonso R. Peña Cabrera. La Punibilidad de la Participación del *Extraneus* en el Delito Especial Propio: La Unidad del Título de Imputación. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 89. Noviembre 2016, p. 104 y ss.). El primero, que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos *intraneus* y *extraneus* ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el *intraneus* responderá, como autor de un delito especial; mientras que el *extraneus* responderá como partícipe o autor de un delito común (María Ángeles Rueda Martín. Reflexiones sobre la Participación de los *Extraneus* en los Delitos Contra la Administración Pública, Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 8. 2º Época. Madrid 2001, p. 157). De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (*extraneus*) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incommunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26° del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagrará la exigencia de impedir que la imputación del *extraneus* se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducirse hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del *intraneus* al *extraneus*. Y que sólo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar al *extraneus* la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, se agrega, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los *extraneus* sólo la autoría o la participación de los delitos comunes (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006. Procedente de Ucayali del 25 de abril 2008; Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad. N° 18-2008. Procedente de Huancavelica del 05 de junio 2008; Casación N° 782-2015. Procedente del Santa del 06 de julio 2016).

10°. La segunda posición jurisprudencial, en cambio, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el *extraneus* si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien sólo colabora, no hay ningún impedimento para que los *extraneus* respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriadad (Mercedes Pérez Manzano. Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995. Civitas, Madrid, 1999, p. 22 y ss.). En tal sentido, el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcionarial que infringe el deber especial. Sobre todo, porque la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 375-2004. Procedente de Ucayali, del 11 de octubre 2004). Esto es, no posee una autonomía o configuración delictiva propia aún en aquellos casos donde aquél toma parte directa en la realización de la conducta punible.

§ 2. ARTÍCULO 26° DEL CÓDIGO PENAL Y DELITOS ESPECIALES PROPIOS

11°. Ha sido frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia nacional atribuir al contenido del artículo 26° del Código Penal la función dogmática de justificar el tratamiento del *extraneus* en delitos especiales propios de naturaleza funcionarial. En ese contexto, el mismo dispositivo legal ha sido utilizado coyunturalmente para afirmar o negar la validez de la teoría de la unidad del título de imputación

y posibilitar o impedir el tratamiento de un tercero como partícipe de aquellos delitos especiales propios que colocan en su tipificación como autor exclusivo y excluyente a un funcionario público, vinculado con deberes específicos y no transferibles del cargo o posición funcional que desempeña u ocupa en la administración pública. Es así que tanto en el Acuerdo Plenario N° 2 – 2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011 (Cfr. Fundamento Jurídico 12°), como en la Casación N° 782-2015 procedente del Santa del 6 de julio de 2016 (Cfr. Fundamento Jurídico 10), se ha hecho evidente una contradictoria aplicación operativa del artículo 26° del Código Penal. Resulta, por tanto, necesario, establecer cuál es la condición dogmática y el rol normativo que realmente posee y cumple el citado artículo en la legislación penal vigente. Especialmente, porque la discusión teórica y práctica sobre dicha disposición legal adquiere particular relevancia, cuando se recurre con frecuencia a ella para justificar decisiones jurisdiccionales sobre la autoría o la participación en una modalidad relevante de delito funcionarial contra la administración pública, cual es el de enriquecimiento ilícito. A este nivel, pues, resulta pertinente precisar también si en esta modalidad de delito especial propio y funcionarial es posible admitir la participación de tercero *extraneus*; así como identificar hasta que momento de la ejecución de dicho ilícito penal se debe admitir la materialización de actos de complicidad o instigación.

12°. Según el texto legal del artículo 26° del Código Penal de 1991: "*Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de los autores o partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible*". El antecedente legislativo e inmediato de dicha disposición lo encontramos en el artículo 104° del Código Penal de 1924. La fórmula normativa utilizada por este precedente legal era muy similar a la actual, destacando también que "*las circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad y la penalidad de alguno de los autores o cómplices, no modifican las de los demás autores o cómplices del mismo hecho punible*". Sin embargo, en otro texto legal histórico, el Código Penal de 1863, la redacción empleada por un dispositivo equivalente, el artículo 56°, fue mucho más precisa al establecer el rol dogmático de dicha norma, señalando de modo específico que "*las circunstancias agravantes o atenuantes que resulten del estado moral o intelectual del reo, o de sus relaciones con el ofendido, sólo atenúan o agravan las penas de los delincuentes en quienes concurren*".

Resulta, por tanto, evidente, que en el devenir del tiempo las normas legales citadas han tenido un mismo propósito y función, **cuál es disponer la incommunicabilidad de circunstancias modificativas de la punibilidad que sólo concurrían en determinados autores o partícipes de un mismo delito**. Ello significa que su eficacia operaba únicamente en torno a la determinación conminada o concreta de la penalidad de un mismo hecho punible en cuya realización concurrirán varias personas, sea como ejecutores o como partícipes. Se trataba, pues, de **circunstancias antecedentes, concurrentes o posteriores** que incidían en la configuración de la posibilidad punitiva de un determinado delito sea este común o especial, de infracción de deber o de dominio, pudiendo ellas ejercer una eficacia agravante o atenuante; así como de incremento o disminución de punibilidad únicamente sobre los intervinientes, autores o partícipes, en quienes se dieran sus presupuestos de configuración. **Siendo así, el artículo 26° y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; ni mucho menos, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitarla calidad o condición particular de quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada.**

Cabe destacar, además, que las **circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial**. Sólo de manera excepcional en la Parte Especial del Código Penal peruano, ellas se integran o fusionan con un tipo penal básico para permitir la construcción de tipos penales derivados (elementos típicos accidentales). Lo cual ocurre en los casos de los denominados homicidios calificados o privilegiados que derivan del delito de homicidio simple (Cfr. Artículos 106, 108, 112). Sin embargo, en ninguno de los diferentes tipos penales que describen delitos funcionariales contra la administración pública se ha empleado dicha técnica legislativa. Por el contrario, en la descripción de tales tipos penales que tratan de delitos especiales propios o de infracción de deber, el autor es siempre identificado como componente esencial de la estructura típica. Y al él se refiere la ley como un funcionario público o titular de un

deber especial derivado o asignado por las competencias o facultades que ejerce. Tal condición funcional, no es, pues, una circunstancia para medir la intensidad de la punición del delito **sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar.**

En consecuencia, pues, los delitos funcionariales especiales propios o de infracción de deberes institucionales no reproducen circunstancias específicas, sino a un modelo específico de autor. No tienen, por tanto, ninguna conexión dogmática o político criminal con lo regulado por el artículo 26° del Código Penal.

Lo expuesto, pues, permite señalar que el artículo 26° no es una disposición que permita sustentar, legal o técnicamente, la adopción o preeminencia de cualquier enfoque teórico dirigido a excluir la necesaria accesoriadad de la intervención de un tercero *extraneus* como cómplice o instigador del mismo delito especial propio o de infracción de deber que sólo puede ejecutar el funcionario público (teorías de ruptura del título de imputación). La eficacia y utilidad dogmática de dicha norma, se limita, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que puede proyectar una circunstancia genérica, específica o cualificada; así como causales de disminución o incremento de punibilidad (Cfr. José Reaño Peschiera. La Participación del *Extraneus* en el Delito Especial: Punibilidad o No Punibilidad. Tratamiento Sustantivo. Actualidad Penal N° 29. Noviembre de 2016, p. 75-76), sobre la valoración y medición punitiva concreta del proceder delictivo del autor o participe de un mismo hecho punible -sea cual fuere la naturaleza de dicho delito-, afecte o privilegie en igual medida a las demás personas intervinientes que interactuaron con aquél.

§ 3. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO DELITO ESPECIAL PROPIO

13°. El delito de **enriquecimiento ilícito** se encuentra tipificado en el artículo 401° del Código Penal. Según esta disposición legal es punible *“el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos”*.

Sujeto activo de este delito debe serlo necesariamente **un funcionario o servidor público**, en cualquiera de las categorías que registra el artículo 425° del Código Penal. Se trata, por tanto, de un típico delito especial propio o funcional de infracción de deber. Sobre todo, porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Delitos y Penas. Una Aproximación a la Parte Especial. Ideas. Lima. 2017, p.195). Como esclarece la doctrina especializada, este delito consiste en *“enriquecerse sin causa justa. Lo justo de un enriquecimiento es el poder explicar los orígenes de un incremento patrimonial económico, según la ley y conforme a la ética que son los dos patrones que medirán esta justicia”*. Por tanto, *“el que el enriquecimiento no sea justificable, es parte estructural del delito de enriquecimiento ilícito y no una mera condición para hacer punible tal enriquecimiento”* (Francisco Ferreira Delgado. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Temis. Bogotá. 1985, p. 118). En consecuencia, pues, el delito se va materializando de modo continuado y acumulativamente, mediante un conjunto conexo de actos dolosos irregulares que van procurando el aumento de los activos o la disminución de los pasivos del funcionario público. Sin embargo, es pertinente destacar que tales acciones se encuentran siempre vinculadas entre sí por el mismo designio lucrativo antijurídico (producir el enriquecimiento ilícito).

Ahora bien, tal potenciación patrimonial no debe corresponder al incremento o reducción ordinaria, regular y probable que producirían los ingresos o rentas personales que el funcionario genera, obtiene y posee lícitamente. Lo punible, entonces, está referido, exclusivamente, al efecto y beneficio lucrativo que deriva de aquellas *“conductas anormales mediante las cuales el funcionario incrementa ilícitamente su patrimonio”* (Juan Portocarrero Hidalgo. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Jurídica Portocarrero. Lima. 1996, p. 229). Por ende toda modificación positiva o enriquecimiento patrimonial que sean justificados carecen de relevancia penal. *“Lo importante es que el enriquecimiento o incremento patrimonial del funcionario sea el fruto de actividades ilícitas o injustas”* (Antonio José Cancino – Maruja Toscano de Sánchez. El Delito de Enriquecimiento Ilícito. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1986, p. 36).

Cabe precisar, también, que el enriquecimiento ilícito puede ser paulatino. El, sin embargo, debe acontecer y

concretarse necesariamente durante el período de gestión o competencia funcional que ejerce el funcionario público. Esto es, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Ni antes ni después de tales sucesos formales será posible practicar o imputar un acto de enriquecimiento ilícito (Yván Montoya Vivanco. Editor. Estudios Críticos sobre los Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Perú. Idehpucp Lima. 2012, p. 64 y ss.).

No obstante, el enriquecimiento ilícito debe derivarse de la comisión de modalidades inominadas pero idóneas de abuso funcional, las cuales no deben constituir otros delitos funcionales, como los actos de corrupción pasiva, peculado o colusión. Este presupuesto material negativo del enriquecimiento ilícito lo convierte en un *delito de carácter subsidiario o residual* (Cfr. Ramiro Salinas Siccha. Delitos contra la Administración Pública. Cuarta Edición. IUSTITIA. Grijley. Lima. 2016, p.707). Por tanto, sólo en la medida en que el enriquecimiento ilegal no sea efecto o derive de la realización de otro delito funcional, como los antes mencionados, será posible subsumirlo en la tipicidad del artículo 401° del Código Penal. Se trata, pues, de un presupuesto negativo implícito en la construcción legal y sistemática de dicho tipo penal.

Un problema adicional que plantea la estructuración formal y material del delito de enriquecimiento ilícito se relaciona con el monto económico que aquél representa. La discusión gira en torno a determinar si cabe considerar un componente cuantitativo mínimo de incremento en los activos o de disminución de los pasivos del funcionario público para poder imputar la realización del delito. Al respecto en el derecho comparado hay varias alternativas legales. Por ejemplo, se ha destacado que el enriquecimiento patrimonial tiene siempre que ser *“apreciable”* (Artículo 268° del Código Penal argentino). Siguiendo similar orientación legislativa, el párrafo tercero del artículo 401° del Código de 1991, establece que constituye un indicio de enriquecimiento ilícito *“cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de sus bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente hubiera podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”*. Un criterio análogo se aprecia en el artículo 41° de la Constitución de 1993. Siendo así, no cabe exigir un monto dinerario específico para identificar el enriquecimiento ilícito pero sí una valoración razonable de su magnitud como desbalance notorio y apreciable en el patrimonio personal o familiar del funcionario, para, en base a ello, inferir e imputar su presencia.

§ 4. EL EXTRANEUS EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

14°. La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional. Por ejemplo BRAMONT ARIAS comentando la regulación de este delito en el artículo 361° del Código Penal de 1924, consideraba que ella debía ser sancionada conforme a las *“disposiciones generales relativas a la participación en hechos punibles”* (Luis A. Bramont Arias. Temas de Derecho Penal. Tomo 4. SP Editores. Lima. 1988, p.81). Ella, por tanto, debe ser sancionada, según los casos, con los mismos estándares de penalidad conminados en el artículo 401° y en concordancia con lo dispuesto al respecto en los artículos 24° y 25° del Código Penal. Esta opción hermenéutica ha sido, además, ratificada plenamente por la doctrina penal nacional más caracterizada. Por ejemplo. ROJAS VARGAS ha sostenido que *“los terceros responden a título de cómplices en el delito de enriquecimiento ilícito. Nuestra legislación penal no tiene una figura propia de enriquecimiento ilícito de particulares, que si la observamos, por ejemplo en la legislación penal especial colombiana (Decretos 2266 de 1991). Pero cómplices no sólo son los terceros interpuestos sino también quienes con diversidad de aportes contribuyen al enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos”* (Fidel Rojas Vargas. Delitos Contra la Administración Pública. Grijley. Lima. 1999, p.437). Similar posición ha sido asumida por SALINAS SICCHA al afirmar, que *“los terceros que participan en la comisión del delito responden por el mismo delito pero a título de cómplices”*(Ramiro Salinas Siccha. Delitos Contra la Administración Pública. Cuarta Edición. Ob. Cit. p.718). Igualmente, la línea jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia ha sido recurrente a favor de dicho razonamiento dogmático y existen antecedentes de ello desde el año 2004. Es así que en el Voto en Discordia de una Ejecutiva Suprema recaída en el Recurso de Nulidad

N° 2976-2004, procedente de Lima, fue sumadamente expreso sobre esta materia, al señalar que *"aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial – propio, en este caso- es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la calidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría- el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume-; accesoriamente que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes- como todas las personas- tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico – penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es autor, sino un simple partícipe"*(Cfr. Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre de 2004. Voto de los Señores Vocales Supremos César Eugenio San Martín Castro, Adolfo Barrientos Peña y José Luis Lecaros Cornejo. Considerando Segundo).

Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25° del Código Penal, por el artículo 2° del Decreto Legislativo 1361, que expresamente señala: *"El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él"*. Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma, debe también aplicarse para resolver el caso del instigador *extraneus* de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24° del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. Delito de Enriquecimiento Ilícito. IDEMSA. Lima. 2001, p. 185).

15°. Sin embargo, subsiste un conflicto hermenéutico y práctico cuando lo que se pretende es fijar una delimitación temporal que determine la oportunidad de la intervención del *extraneus* en del delito de enriquecimiento ilícito. Especialmente cuando ella tiene lugar durante las postrimerías de la gestión funcional del *intraeus* o, incluso, luego del cese formal de este último en el cargo funcional que desempeñaba. Al respecto, es pertinente destacar que el delito de enriquecimiento ilícito, según la estructura típica que él posee en el artículo 401° del Código Penal peruano es de naturaleza combinada o mixta. En efecto, la norma citada lo regula como de **ejecución continua y de consumación permanente** (Cfr. Yván Montoya Vivanco. Manual Sobre Delitos Contra la Administración Pública. Idehepucp. Lima.2015, p.125; Luis A. Bramont Arias. Temas de Derecho Penal. Tomo 4.Ob. Cit., p. 81. El agente, por tanto, debe realizar mientras ostenta su condición funcional una secuencia de actos provenientes de la misma resolución criminal (producir su enriquecimiento ilícito); pero, además, la mejora acumulativa de su patrimonio que va obteniendo debe él mantenerla hasta el fin del periodo que ejerce su cargo funcional, sea este por cese o destitución. Lo cual posibilita que la intervención del tercero *extraneus* pueda ocurrir durante todo el tiempo que el funcionario *intraeus* se mantenga en el ejercicio de su posición y competencia funcional. Sea, pues, como instigador cuando motive o induzca a la realización de actos idóneos para el enriquecimiento; o como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener recepción, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos los bienes, créditos o réditos que van produciendo el enriquecimiento ilícito del *intraeus*, el tercero deberá siempre de intervenir mientras el mal funcionario conserve su cargo y condición. Por consiguiente, si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese o después de la pérdida del status funcional del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después que concluya la continuidad de la actividad delictuosa y cese la permanencia, la conducta que desplegó aquel ya no será accesoria sino autónoma y deberá ser considerada como un delito diferente que bien puede ser el de **lavado de activos**.

III. DECISIÓN

16°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias 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

17°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 15° del presente Acuerdo Plenario.

18°. 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.

19°. 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.

20°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VENTURA CUEVA

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHAVEZ MELLA

CALDERON CASTILLO

FUNDAMENTO JURÍDICO PROPIO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PARIONA PASTRANA.

El suscrito no comparte los fundamentos del acuerdo plenario sobre la *"participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito"*, en esa línea se desarrolla mi voto del modo siguiente:

§ 1. CONSIDERACIONES GENERALES: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1.º La autoría y participación, representa uno de los problemas complicados de las formas de intervención delictiva en la teoría del delito. Por ello, se han planteado en doctrina una amplia y variada discusión que pretenden conceptualizar y delimitar las diversas formas de intervención en el delito para determinar su configuración como autoría o en su caso como participación. Esta temática, tiene un extenso debate en la doctrina y jurisprudencia, y de modo general se clasifica la intervención en el delito en: a) delitos de organización, y b) delitos de infracción de deber; o lo que, *mutatis mutandis*, conocemos tradicionalmente como: a) delitos de dominio y b) delitos especiales. En el primer supuesto, se configura autoría cuando el sujeto activo actúa de modo competente teniendo el control o dominio del suceso delictivo vulnerando el deber negativo de no dañar; en el segundo supuesto, será autor quien teniendo un deber especial la infringe, por lo que, la infracción del deber jurídico positivo con el cual el autor tiene un vínculo de deber jurídico institucional es determinante para su configuración típica (*in extenso* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid 2002, p. 29 y ss.)

2.º La norma penal establece una distinción legal de las formas de autoría en el artículo 23 del Código Penal, diferenciándolas cuando el hecho punible se realiza por sí, por medio de otro, o se realice conjuntamente, lo que se conoce como autoría directa, mediata y coautoría.

3.º Mientras que la participación en sus modalidades de instigación y complicidad, están reguladas en los artículos 24 y 25 CP, respectivamente, y según el tenor de la ley se establece que, en ambos casos, deben ser dolosos, por lo que, por un lado, no puede haber participación culposa por impedimento legal, y, por otro lado, no habrá participación, si la ayuda o cooperación es involuntaria. La instigación, es el comportamiento que determina a otro a cometer el delito. La complicidad es la cooperación de quien presta auxilio para la realización del hecho punible: el acto de auxilio es "realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible principal, haciéndolo posible o facilitándolo" [HURTADO Pozo, *Derecho Penal, Parte General*, Lima 2005, p. 898.]. Esta cooperación o prestar auxilio en la complicidad, debe darse antes o durante la ejecución del delito, puesto que, se presta auxilio para cometer o consumir el delito. Los actos de cooperación posterior a la consumación del delito no configuran complicidad sino podrían configurar actos de encubrimiento. La complicidad puede ser primaria o secundaria: será primaria, cuando sin la cooperación o auxilio, el delito no se hubiera perpetrado, es decir, se consume en base a su cooperación esencial para el delito; en cambio, la complicidad secundaria, se consume con cualquier otro auxilio o asistencia, distinto al de la complicidad primaria.

4.º El artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1351 publicado el 07 de enero de 2017, ha modificado la regulación de la complicidad regulada en el artículo 25 CP, dejando incólume las regulaciones de la complicidad primaria y secundaria reguladas en el primer y segundo párrafo, conforme a lo anteriormente referido. Pero se ha introducido una modificatoria de la complicidad, incorporando un tercer párrafo en el artículo 25 CP, mediante la cual establece la punibilidad de la complicidad del *extraneus*. Y precisamente, el tema de la participación del *extraneus*, ha sido objeto de discusión del presente pleno jurisdiccional del que seguidamente nos ocupamos.

§ 2. LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN EL DELITO ESPECIAL

5.º La participación del *extraneus* en el delito especial, hasta antes de la introducción de la modificatoria del tercer párrafo del artículo 25 del CP por el Decreto Legislativo N° 1351, ha generado diversas interpretaciones entorno a su punibilidad o no punibilidad. Dicha problemática ha planteado un intenso análisis y debate en la doctrina y la jurisprudencia, originando diversas y polémicas posiciones; sin embargo, ninguna posición ha llegado a constituir una posición dominante o de consenso.

6.º El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos de infracción de deber especial. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que para su configuración se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus* -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor de estos delitos no pueden ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción de dicho deber lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica en este específico tipo de delito, pues el fundamento está construido por la posición o estatus en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito de infracción de deber [en mismo sentido CARO JOHN, "*La autoría delictiva del funcionario público*". En Revista Ius Puniendi, Lima, Ideas, Año I, Volumen 2, Ed., 2015, p.34, al referirse que el "obligado especial" -ergo, el funcionario público- responde siempre como autor y no como partícipe por los delitos que cometa contra la administración pública].

7.º Ahora, si bien este tipo de delitos restringe el círculo de autores, es plausible atender a la cuestión relativa a la participación del "*extraneus*", sujeto que no ostenta esa obligación especial. Para resolver esta situación, en la jurisprudencia nacional actual se han considerado dos teorías para su tratamiento que la doctrina denomina: diferenciadora y unificadora.

8.º. La tesis diferenciadora [ruptura del título de imputación] sostiene que -cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos *intraneus* y *extraneus*- cada sujeto responde por distintos títulos de imputación. Esto es, el *intraneus* responderá como autor de un delito especial; mientras que el *extraneus* responderá como partícipe o autor de un delito común [RUEDA MARTIN, "*Reflexiones sobre la participación de los extraneus en los delitos contra la administración pública*". En Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 8. 2º época, Madrid 2001, p. 157.]. De esto se infiere que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (*extraneus*) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea el grado de intervención. Esta posición se fundamenta recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias [Art. 26º del C. P.], pues consagraría la exigencia de impedir que la imputación del *extraneus* se fundamente en el tipo penal especial sino más bien en un delito común. Ello, se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del *intraneus* al *extraneus*. Sólo el traslado de las cualidades personales posibilitaría imputar al *extraneus* la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. Ante ello, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los *extraneus* sólo la autoría o la participación de los delitos comunes [vid. R.N.N 2628-2006 Ucayali, del 25 de abril 2008; R.N.N 18-2008 Huancavelica, del 05 de junio 2008; Casación 782-2015 del Santa, de 06 de julio 2016]. La jurisprudencia en diversos pronunciamientos, ya ha argumentado que los tipos penales especiales (delitos de infracción de deber especial) solamente irradian su campo de acción sobre los *intraneus*, mas no respecto de los particulares *extraneus*. Así, entonces "Delitos especiales son todos aquellos en los que, eso se dice, no toda persona puede ser autor. Ejemplo: no todo el mundo puede realizar una malversación, sino sólo un funcionario. No todo el mundo puede ser pariente, sino sólo determinados parientes de la víctima. El círculo de autores no es, pues, en estos delitos, abierto, sino que está limitado a determinados sujetos" [GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid 1966 p. 229].

9.º. Por su parte, la tesis unificadora [unidad del título de imputación] sostiene que el *extraneus*, si bien no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito. Pues, desde esta perspectiva, si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que autor es quien tiene el dominio del hecho, y partícipe quien sólo colabora, entonces, no hay ningún impedimento para que los *extraneus* respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriadad [PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, Civitas, 1999, p. 22 y ss.]. En ese sentido, el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal [Vid. R.N.N 375-2004 Ucayali, del 11 de octubre 2004]. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

10.º. De otra parte, un sector importante en la doctrina, plantea atribuir los ámbitos de responsabilidad de los intervinientes de modo separado, esto es, según corresponda partiendo de la distinción si se tratan de "delitos de dominio", o de "delitos de infracción de un deber". Con "una matización importante de este planteamiento, sería la de entender incluso que, además de los delitos puros de infracción de un deber, hay delitos especiales (sólo) de dominio (o de organización) y delitos especiales en los que al dominio (la organización) se les suma la infracción de un deber" [SILVA SÁNCHEZ, "Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de *extraneus* hasta la imposición de intereses de demora", en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid 2005, p. 904]. Es decir, los delitos de dominio, de distinta fundamentación dogmática que los delitos especiales, se distinguen estos, en delitos especiales de deber con elementos de dominio y delitos especiales de infracción puro o institucional. En estos últimos no se admitiría la participación del *extraneus*. En cambio, los delitos de dominio al regírlas las reglas de la teoría de la accesoriadad, le rige un deber general

negativo de no perturbar la institución positiva, debiendo sin embargo para su punibilidad ser tipificados expresamente por el legislador [ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: Fundamentos y límites*, Madrid-Barcelona 2003, p. 243; también ROBLES PLANAS - RIGGI, "El extraño artículo 65.3 del Código Penal", en *InDret* 4/2008, Barcelona 2008, p. 24]. Así, en la infracción del deber institucional, es posible las intervenciones paralelas o convergentes configurando cada quien su propio injusto, no siendo admisible la intervención conjunta. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber que tengan un componente de dominio, la intervención conjunta del *intraneus* y *extraneus* es admitida, al infringir el *extraneus* su deber general de abstención de no perturbar instituciones positivas, y en base a ello se funda su sanción [SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.* pp. 908 y 909].

§ 3. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA REGULACIÓN VIGENTE DEL MODIFICADO ARTÍCULO 25 CP [D. LEY N° 1351] Y LOS CASOS ANTERIORES A SU ENTRADA EN VIGENCIA

11°. Ahora, si bien la doctrina y jurisprudencia nacional han desarrollado teorías a fin de abordar la problemática en torno a la responsabilidad del *extraneus* en los delitos especiales, esta cuestión sin embargo, parece superarse por la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 1351, del siete de enero de 2017, que introduciendo un tercer párrafo en el artículo 25 CP, señala: "*El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él*". Por lo que, con la entrada en vigencia de la presente ley, se establece textualmente la punibilidad de la participación del *extraneus* en los delitos incluso si no tienen la cualidad especial del autor, con lo que se resuelve la discusión sobre su punibilidad o no del *extraneus*, siempre para los hechos que acontecen a partir de su entrada en vigencia.

12°. Bajo esa línea, para los hechos punibles ocurridos con anterioridad a la vigencia del Decreto Ley N° 1351 que fueran materia de proceso, debe aplicarse la ley vigente al momento de la comisión del hecho punible, y, en caso de conflicto de leyes, la más favorable al reo conforme a los cánones establecidos en el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política y artículo 6 CP; en consecuencia, para los hechos ocurridos antes la vigencia del Decreto Ley referido, debe aplicarse el texto originario del artículo 25 CP, el mismo que fuera regulado por el Decreto Legislativo 635 del tres de abril de 1991, en razón de que se trata de una norma más favorable para el reo como lo prevé nuestro ordenamiento jurídico, y, en conformidad también con la interpretación sostenida en la línea jurisprudencial de la Casación 782-2015 Del Santa, del 06 de julio de 2016, que estableció como doctrina jurisprudencial vinculante sus fundamentos normativos 10 y 11, que en puridad consagra la tesis de la ruptura del título de imputación, pues en los delitos especiales de deber, el *status* del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él; es decir, los delitos de infracción de deber especial solamente irradian su campo de acción sobre el *intraneus*, mas no respecto de los particulares *extranei*. Y ello ocurre para el caso del *extraneus* del delito de enriquecimiento ilícito, al ser este un delito de infracción de deber institucional o especial propio.

S.S.

PARIONA PASTRANA

J-1576279-3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

X PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS
PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.º 4-2016/CIJ-116

BASE LEGAL: artículo 116 TUO LOPJ

ASUNTO: Alcances de las restricciones legales en materia de imputabilidad relativa y confesión sincera

Lima, doce de junio de dos mil diecisiete.

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.º Las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 179-2016-P-PJ, de 22 de junio de 2016, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, realizaron el X Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

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

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer los puntos materia de análisis, que necesitaran una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda, el examen de las propuestas temáticas que presentaron las entidades y los juristas, que se realizó entre los días 7 de julio al 7 de agosto de 2016. Se presentaron un total de 41 mociones. De ellas, en la sesión de 31 de agosto de 2016, se identificaron tres propuestas, que se oficializaron en los siguientes temas: **1.** Restricciones legales en materia de confesión sincera y responsabilidad restringida por edad. **2.** Participación del *extraneus* en delitos especiales. **3.** Delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

En la sesión del 7 de septiembre se seleccionó a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en la Audiencia Pública.

3.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 28 de septiembre de 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Hicieron uso de la palabra en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores abogados: Juan Carlos Jiménez Herrera y José Antonio Caro John.

4.º La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de designación de los jueces supremos ponentes. En la sesión de fecha cinco de octubre se designó a los señores San Martín Castro e Hinostroza Pariachi para la formulación de la ponencia referida a "las restricciones legales en materia de responsabilidad restringida por edad y confesión sincera".

Presentada la ponencia pertinente; integrados al Pleno los señores Jueces Supremos, titulares y provisionales, como consecuencia de la creación de la Segunda Sala Penal Transitoria; tomado conocimiento de los informes orales a través del vídeo de la audiencia pública; y, realizadas diversas sesiones de presentación de la ponencia, análisis, debate, deliberación y votación, en la fecha se acordó preferir el presente Acuerdo Plenario.

5.º Este Acuerdo Plenario se emite 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.

Intervienen como ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO E HINOSTROZA PARIACHI.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

6.º El artículo 22 del Código Penal de 1991 estableció, expresamente, como eximente incompleta de responsabilidad penal, lo siguiente: "*Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintinueve años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción*". Esta disposición, como se advierte de su tenor, no contemplaba ninguna excepción por razón del delito cometido.

No obstante, en las cuatro reformas sucesivas, desde la dación del Código Penal, se incorporaron progresivamente excepciones a esta eximente incompleta en atención a determinados delitos, considerados muy graves. Los cambios legislativos son los siguientes:

A. Ley número 27024, de 25-12-1998. En lo pertinente, agregó al artículo 22 del Código Penal un segundo párrafo, cuyo tenor literal es: "*Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua*".

B. Ley número 29439, de 19-11-2009. En el primer párrafo, añadió la frase siguiente: "[...], salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo".

C. Ley número 30076, de 19-8-2013. En el segundo párrafo adicionó como delitos excluidos los de "*homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado y apología*".

D. Decreto Legislativo número 1181, de 27-7-2015. En el segundo párrafo aumentó como delitos excluidos los de "*criminalidad organizada, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, genocidio, desaparición forzada y tortura*".

7.º El artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 24388, de 6-12-1985, estableció una bonificación procesal por confesión sincera. El segundo párrafo de esa norma estatuyó: "*La confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal*". Sin embargo, la Ley número 28760, de 14-6-2006, introdujo una excepción en los casos de confesión sincera: "[...], salvo que se trate de los delitos de secuestro y extorsión, previstos en los artículos 152 y 200 del Código Penal, respectivamente, en cuyo caso no opera la reducción".

En esa misma perspectiva, el artículo 161 del Código Procesal Penal reconoció tal bonificación procesal. Su redacción es: "*Si la confesión, adicionalmente, es sincera y espontánea, salvo los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso, el juez, especificando los motivos que la hacen necesaria, podrá disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal*". Sin embargo, la Ley número 30076, del 19-8-2013, primero, unificó el régimen de la confesión sincera extendiendo la vigencia del artículo 161 del Código Procesal Penal a todo el territorio nacional—derogó, por consiguiente, para todos los efectos, aun cuando en una determinada área territorial no está en vigor íntegramente el Código Procesal Penal (v. gr.: Lima y Callao), el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales—; y, segundo, modificó el referido artículo 161 del Código Procesal Penal, y bajo el presupuesto de que la confesión debe ser, además, sincera y espontánea, estatuyó: "*Este beneficio es inaplicable en los supuestos de flagrancia, de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso y cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal*".

8.º Ambas normas: artículo 22 del Código Penal y artículo 161 del Código Procesal Penal, a final de cuentas, tienen una incidencia en la punibilidad. En el primer caso, se está ante una causal de disminución de la punibilidad—se construye desde la estructura del delito—, mientras que, en el segundo caso, se trata de una regla de reducción de la pena concreta por bonificación procesal, que apunta a la eficacia motivadora que ejerce para generar efectos de abreviación de la actividad procesal; no se vinculan, como en el caso anterior, a juicios de valor propios del procedimiento de individualización de la pena ni a la verificación de defectos de estructura o realización del delito [Conforme: PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Consecuencias jurídicas del delito*, Lima, 2016, pp. 245 y ss.].

§ 2. EXIMIENTE IMPERFECTA DEL ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO PENAL

9.º El artículo 22 del Código Penal se erige en una eximente imperfecta radicada en la categoría culpabilidad. El primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad es la imputabilidad o capacidad de culpabilidad—condición previa e indispensable de la culpabilidad—. Esta tiene dos ámbitos: a) el sujeto debe alcanzar una edad determinada: dieciocho años; y, b) el sujeto no debe padecer graves anomalías psíquicas, que eliminen el grado mínimo de capacidad de autodeterminación exigido por nuestro ordenamiento jurídico.

Por razones de seguridad jurídica, nuestro legislador no solo fijó en dieciocho años la edad mínima para la capacidad de culpabilidad (artículo 20.2 del Código Penal), sino que, además, como un concepto específico, estableció que cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años de edad, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción—el sujeto es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme con esa comprensión—, corresponde la reducción prudencial de la pena, la cual—según línea jurisprudencial uniforme— siempre opera del mínimo legal hacia abajo [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006, pp. 606 y 608].

10.º El fundamento de esa configuración jurídica estriba, hasta cierto punto, en que el individuo no alcanza la madurez de repente y a los individuos entre dieciocho y veintiún años no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente, pues su proceso de madurez no ha terminado; y, además, en que la edad avanzada del agente expresa un período de decadencia, de disminución de las actividades vitales, que desemboca en una etapa de degeneración que afecta a las facultades vitales, por lo que la capacidad de culpabilidad debe ser considerada como limitada [HURTADO, JOSÉ / PRADO, VÍCTOR: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, I, Lima, 2011, pp. 618-621].

11.º Las restricciones que se iniciaron en 1998 y prosiguieron con la última reforma legislativa de 2015 (véase fundamento jurídico sexto), están referidas a la comisión de veintiún modalidades delictivas, que pueden calificarse de muy graves. Estas se encuentran en el injusto penal: antijuricidad, no en la categoría culpabilidad. Luego, es pertinente preguntarse si tales excepciones a la regla de disminución de la respuesta penal, son constitucionalmente admisibles desde el principio de igualdad ante la ley.

12.º La igualdad es un principio-derecho reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución. Es tanto un derecho fundamental de invocación directa sin necesidad de desarrollo legislativo previo, cuanto un valor constitucional que informa todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional. La igualdad, como derecho público subjetivo, conlleva la alegación de discriminación, la cual implica una desigualdad que puede tener su origen en un hecho, en la diferenciación de tratamiento legal no justificado constitucionalmente o, finalmente, en la aplicación de una ley que produzca un resultado inconstitucional. Es, como todo derecho subjetivo garantizado por la Constitución, un derecho garantizado *erga omnes*, frente a todos, lo que implica, como resultado, que todos los jueces tienen el poder—y el deber— de aplicar directamente las normas constitucionales en las controversias sometidas a su juicio [GUASTINI, RICCARDO: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Lima, 2016, p. 308].

La doctrina constitucionalista tiene expuesto que se está ante una desigualdad ante la ley cuando ésta, ante dos supuestos de hecho idénticos, trata, de forma distinta, sin ninguna justificación, a diferentes sujetos. Los requisitos de la prohibición de discriminación, primero, no se trata de una lista cerrada de presupuestos, sino de todas aquellas situaciones que pueden producir un tratamiento diferenciado, que se traduzca en un perjuicio para personas o grupos; segundo, esta diferenciación no está justificada ni atiende a fines legítimos; y, tercero, no supera el test de la racionalidad [BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO y OTROS: *Manual de Derecho Constitucional*, I, Madrid, 2014, pp. 85-86].

En este último aspecto, es pertinente resaltar que frente al legislador el derecho a la igualdad impide que pueda configurar los supuestos de hecho de la norma, de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y por eso es discriminatoria (STCE número 96/1997, de 19 de mayo).

La diferencia de trato será lícita si resulta objetivamente justificada y razonable. En este último aspecto, se actuará conforme a la Constitución si la diferencia de trato es conforme a la finalidad perseguida, de suerte que evite resultados excesivamente gravosos o desmedidos (STCE número 117/1998, de 2 de junio). El test empleado para aplicar el artículo 2.2 de la Constitución es el juicio de razonabilidad—distinto del principio de proporcionalidad—, es decir, aquel que determine que la norma no sea absurda, injustificada, arbitraria o falta de realismo [DÍEZ PICAZO, LUIS: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2013, pp. 187-188].

13.º En el presente caso, es necesario tomar en consideración: primero, que la disminución de la punibilidad está en función a la edad del agente cuando cometió el delito, para lo cual se fija un criterio objetivo: entre 18 y 21 años y más de 65 años de edad; segundo, que esta disminución de la punibilidad está residenciada en la capacidad penal como un elemento de la categoría culpabilidad; tercero, la referencia a delitos graves tiene como premisa, para la diferenciación, la entidad del injusto, esto es, la antijuricidad penal de la conducta del agente, sin duda, una categoría del delito propia y distinta de la culpabilidad.

¿Es posible, entonces, una discriminación en el supuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal basado, como pauta de diferenciación, en la entidad del delito cometido? Es decir, si la misma persona dentro de ese rango de edades comete un delito no excluido se le atenúa la pena por debajo del mínimo legal, pero si perpetra un delito excluido tal atenuación no será posible? ¿Es un factor relevante, en sí mismo o con relevancia propia, para desestimar la atenuación la entidad del delito cometido?

14.º La respuesta, sin duda alguna, es negativa: la Ley incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente. La antijuricidad penal se refiere a las conductas que son contrarias a las normas que rigen el Derecho Penal –típicas y no amparadas en una causa de justificación–, mientras que la culpabilidad se circunscribe al sujeto que comete esa conducta, respecto del que debe afirmarse que actuó pese a estar motivado por la norma que le impelía a adoptar un comportamiento distinto. Una atiende al hecho cometido –a su gravedad o entidad– y la otra a las circunstancias personales del sujeto.

Luego, si la edad del agente está referida a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido, que tiene su propio baremo de apreciación.

15.º El grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa a la entidad del delito cometido. La disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano.

Por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado. En igual sentido, ya se ha pronunciado la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en las Consultas números 1260-2011, de 7-6-2011, y 210-2012, de 27-4-2012. Las exclusiones resultan inconstitucionales y los jueces penales ordinarios no deben aplicarlas.

§ 3. CONFESIÓN SINCERA Y DISMINUCIÓN DE LA PENA

16.º El artículo 161 del Código Procesal Penal, conforme con la última modificación establecida por la Ley número 30076, de 19-8-2013 –que, finalmente, es la norma que debe ser objeto de examen por ser la vigente en todo el país, sin perjuicio del régimen procesal respectivo–, instaura como regla general la disminución prudencial de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal en los casos de confesión. El apartado 2 del artículo 160 del Código acotado establece los requisitos de la confesión. Tres son las excepciones que el artículo 161 del Código Procesal Penal reconoce a esta regla: 1. Flagrancia delictiva. 2. Irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso. 3. El agente tiene la condición de reincidente o habitual.

17.º Con carácter previo, es pertinente precisar sobre esta institución lo siguiente: (i) Se está ante un supuesto de menor punibilidad, contemplado en el Código Procesal Penal, lo cual, por cierto, no le resta su carácter sustantivo, y genérico para todas las figuras delictivas. (ii) Es, además, una institución de abolemento anglosajón que busca introducir un derecho premial supuestamente encaminado a fortalecer la justicia. (iii) La aminoración que prevé la norma debe computarse a partir de la pena final obtenida, pues de lo contrario perdería su razón de ser, cual es beneficiar a aquellos delincuentes que han mostrado su voluntad de colaborar con la justicia [VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, 1997, p. 708].

18.º El fundamento de esta norma se encuentra en razones político-criminales, esto es, de pura utilidad, en el sentido de

que, concretamente, la pena se atenúa porque se colabora con la administración de justicia. Se trata de razones pragmáticas y no éticas [COBO DEL ROSAL, MANUEL y OTRO: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1999, pp. 910-911]. El fundamento, es de insistir, no puede verse en ninguna característica del delito, ya consumado, sino en la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial [MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2008, p. 617].

19.º La confesión, en su aspecto nuclear, importa el reconocimiento que hace el imputado de su participación en una actividad delictiva. Lo que se valora, en este supuesto, es la realización de actos de colaboración a los fines de la norma jurídica, por lo que se facilita el descubrimiento de los hechos y de sus circunstancias y autores. La confesión supone una especie de “premio” a quien colabora con la justicia en el descubrimiento de un hecho que tiene relevancia penal y que le afecta como responsable. Como tal, es inaceptable una confesión no veraz (se proporciona una versión de lo ocurrido que no se corresponde con la realidad); por tanto, esta debe ajustarse a la realidad (no debe ser sesgada ni ocultar datos de relevancia), no debe contener desfiguraciones o falencias que perturben la investigación, y debe ser persistente (mantenerse a lo largo de todo el procedimiento). No es confesión cuando se reconoce lo “evidente”, cuando no se aporta dato alguno para el curso de la investigación; lo que se debe aportar, en suma, son datos de difícil comprobación (SSTSE números 43/2000, de 25 de enero; 1506/2002, de 19 de septiembre; 1346/2009, de 29 de diciembre; y, 817/1998, de 15 de junio).

20.º Las dos primeras excepciones, así catalogadas por la ley, son las de flagrancia delictiva y prueba evidente de los hechos y de la intervención del imputado en su comisión. En pureza, son más bien reglas esclarecedoras que integran la propia noción de confesión en clave de colaboración con la justicia. Se trata de formas de admisión de cargos irrelevantes para el curso de la investigación, pues sin necesidad de la confesión el hecho está probado sobre la base de las propias condiciones de la flagrancia delictiva o de una actividad probatoria ya consolidada. Tal confesión, por consiguiente, no aporta nada al esclarecimiento de los hechos: no hay confesión de lo evidente.

Estas precisiones están estrictamente vinculadas con el fundamento político criminal de la institución de la confesión sincera. Por ello, no es del caso formular reparo alguno al respecto, tanto desde el derecho fundamental a la igualdad como desde el principio de proporcionalidad.

21.º Distinto es el caso de exclusión de la disminución de la pena por confesión cuando se trata de un agente que “[...] tenga la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal”.

La reincidencia o la habitualidad son ajenas por completo a la confesión de quien colabora con la justicia. El aporte de información relevante, difícil de encontrar sin la contribución del imputado en cuestión, es independiente de que este pueda ser primario o, de ser el caso, reincidente o habitual. La reincidencia y la habitualidad, más allá del debate jurídico existente acerca de su fundamento –que no es del caso plantear–, son circunstancias personales de naturaleza agravatoria, afincadas en la historia delictiva del imputado.

Entonces, ¿tiene fundamento constitucional excluir la disminución de la pena en función de la reincidencia o habitualidad del imputado que admite los cargos y colabora con la justicia?

22.º Desde el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, no existe un factor o pauta de diferenciación objetiva y razonable entre la confesión y la condición de reincidente o habitual del confesante, que permita excluir a estos últimos de la atenuación de la pena. La agravación de la pena, en el segundo caso, está en función a un dato exclusivamente personal del imputado en relación con el delito cometido, mientras que la atenuación de la pena por confesión se sitúa en las exigencias pragmáticas de la colaboración del imputado con la administración de justicia. Esa ausencia de relación entre una y otra consecuencia jurídico penal –del criterio selectivo y diferenciador– torna injustificada constitucionalmente esta exclusión. No puede haber un tratamiento diferente si las circunstancias de exclusión responden a supuestos que no se refieren al objeto de la norma: colaborar con la justicia.

23.º De otro lado, desde el principio de proporcionalidad –que, al igual que el derecho fundamental a la igualdad, limita la discrecionalidad del legislador y lo obliga a que su potestad legislativa se realice dentro de los límites establecidos en la Constitución–, la norma examinada tampoco cumple con el estándar requerido. En efecto, y siguiendo las pautas

metodológicas aceptadas por el Tribunal Constitucional en la STC número 12-2006-AI, F.J. 32, de 15-12-2006, la limitación que entraña el citado artículo 161 del Código Procesal Penal al derecho de los reincidentes y habituales de acogerse a una disminución de la pena por su cooperación con la justicia, no es idónea para lograr el apoyo del imputado al esclarecimiento de la justicia –que sea reincidente o habitual no dice nada respecto a su admisión de los cargos–, tampoco es necesaria porque el objetivo propuesto por la norma, por el contrario, se dificulta con ese impedimento y, finalmente, no es estrictamente proporcional porque no existe equivalencia entre el objetivo de atender a la colaboración con la justicia y la exclusión impuesta, pues desalienta esa finalidad sin beneficio tangible alguno para la sociedad.

En consecuencia, el artículo 161 del Código Procesal Penal, en cuanto excluye de la disminución de pena por confesión a los reincidentes y habituales, no debe ser aplicado por los jueces ordinarios por vulnerar el derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad en relación con los derechos afectados por una indebida exclusión de la aminoración de pena.

III. DECISIÓN

24.º En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias 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

25.º **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9 a 15 y 17 a 23 del presente Acuerdo Plenario.

26.º **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.

27.º **DECLARAR** que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de 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.

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

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VENTURA CUEVA

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHAVEZ MELLA

CALDERÓN CASTILLO

J-1576279-4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

X PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.º 5-2016/CIJ-116

BASE LEGAL: artículo 116 TUO LOPJ

ASUNTO: Delitos de Violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. *Ámbito procesal: Ley N.º 30364.*

Lima, doce de junio de dos mil diecisiete.

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.º Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 179-2016-P-PJ, de 22 de junio de 2016, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, realizaron el X Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

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

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer los puntos materia de análisis que necesitan de una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: el examen de las propuestas temáticas que presentaron las entidades y los juristas, se realizó entre los días 7 de julio al 7 de agosto de 2016. Se presentaron un total de 41 mociones. De ellas, en la sesión de 31 de agosto de 2016, se identificaron tres propuestas, que se oficializaron en los siguientes temas: 1. Restricciones legales en materia de confesión sincera y responsabilidad restringida por edad. 2. Participación del *extraneus* en delitos especiales. 3. Delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

En la sesión del 7 de septiembre de 2016 se seleccionó a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en la Audiencia Pública.

3.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 28 de septiembre de 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Hicieron uso de la palabra sobre el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores abogados: Branko Yvancovich Vásquez, Ivonne Macassi León, Jesús Heradio Viza Ccalla y Cristian Roberto Carlos Becerra.

4.º La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de designación de los jueces supremos ponentes. En la sesión de fecha cinco de octubre se designó a los señores Barrios Alvarado (coordinadora), San Martín Castro y Salas Arenas para la formulación de las ponencias referidas a "los delitos de violencia contra la mujer y de miembros del entorno familiar". En atención a la amplitud de la temática examinada, solo fueron objeto de examen tres subtemas: el delito de feminicidio, las lesiones psicológicas y aspectos procesales de los delitos materia de la Ley antes citada.

5.º Presentada la ponencia pertinente, sobre los aspectos procesales de los indicados, a cargo del señor San Martín Castro; integrados al Pleno los señores Jueces Supremos, titulares y provisionales, como consecuencia de la creación de la Segunda Sala Penal Transitoria; tomado conocimiento

por los magistrados que se incorporaron al Pleno de los informes orales a través del vídeo de la audiencia pública; y, realizadas diversas sesiones de presentación de la ponencia, análisis, debate, deliberación y votación, en la fecha se acordó preferir el presente Acuerdo Plenario.

6.° Este Acuerdo Plenario se emite 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.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales de la Ley 30364 y su Reglamento

7.° La Ley número 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (en adelante, la Ley), de 23-11-2015, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo número 009-2016-MIMP (en adelante, el Reglamento), de 27-7-2016, tiene un impacto relevante en el Derecho Penal y Procesal Penal.

∞ La Ley no solo (i) estableció lo que debe entenderse por violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar –al igual que sus modalidades o tipología, en tanto entiende que ese tipo de violencia, en especial contra la primera, se expresa en un contexto de dominación y, por ello, merece una protección penal reforzada–, y (ii) orientó acerca de los enfoques necesarios para su interpretación y aplicación –entre los que destacan los enfoques de género, integralidad, interculturalidad y de derechos humanos– (artículos 1, 3, 5, 6 y 8); sino que, en lo pertinente, (iii) configuró una amplia gama de medidas de protección y coercitivas civiles –que rotula de “cautelares”–, así como (iv) instauró medidas de seguridad y tratamiento que el juez penal debe imponer, tanto para el agresor cuanto para la víctima.

∞ El artículo 8 de la Ley describió puntualmente los tres tipos de violencia contra la mujer: física, psicológica y económica o patrimonial, que han sido precisadas y, hasta cierto punto, ampliadas por el Decreto Legislativo número 1323, de 6-1-2017, en el ámbito de la violencia psicológica al excluir el daño síquico como resultado necesario de la violencia psicológica, al introducir expresamente la conducta omisiva, y al comprender las acciones u omisiones que tienden a humillar, estigmatizar y estereotipar a la víctima.

∞ De otro lado, la Ley, procesalmente, (i) constituyó especialidades procedimentales en materia de prueba, (ii) introdujo nuevas reglas de estructuración de la sentencia penal, así como (iii) vinculó el proceso penal con el proceso de protección o cautelar incoado en sede de la justicia de familia.

8.° La Ley, en el ámbito del Derecho Penal material, modificó parcialmente el Código Penal, Parte General y Parte Especial. Sus términos, en lo relevante, son los siguientes:

∞ En la Parte General, como fundamento de la determinación de la pena, estatuyó que el juez penal debe tener en cuenta: “*Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad*” –el subrayado es nuestro– (artículo 45 del Código Penal). La vulnerabilidad tiene una definición legal amplia, que se centra en aquellas personas que “[...] se encuentren con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (artículo 4.4. del Reglamento). La Ley, además, creó una circunstancia agravante genérica cualificada, circunscripta al agente que, para delinquir “[...] se haya aprovechado de su calidad de ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, padrastro o madrastra, cónyuge o conviviente de la víctima” (artículo 46-E del Código Penal).

∞ Es pertinente destacar, respecto de las indicadas reformas, primero, que su fundamento se encuentra en la circunstancia de indefensión en que las víctimas se encuentran por razón de su edad, incapacidad o situación; segundo, que, en relación con la mujer, la gravedad del injusto se debe a que se trata de una violencia claramente cultural, con efectos discriminatorios de esta frente a su agresor; y, tercero, que la expresión “vulnerabilidad” lleva a cabo una función de objetivación de las características de la víctima, de forma que únicamente se exija al agresor

el conocimiento del carácter vulnerable de aquella, sin requerir que además este tuviera la intención de aprovecharse de tal circunstancia [SIERRA LÓPEZ: “La expresión ‘persona especialmente vulnerable’ en el ámbito de la violencia de género”. En: *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género* (Núñez Castaño: Directora), 2009, pp. 212-213].

∞ El Decreto Legislativo número 1323, de 6-1-2017, incorporó una circunstancia agravante genérica en el artículo 46.2, n) del Código Penal. La norma se refería, entre otros supuestos, a la víctima siempre que sea niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad o adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia. En estos casos, conforme al artículo 45-A del Código Penal, la pena concreta será determinada –si no concurren tanto circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, como, desde otra perspectiva, circunstancias específicas–, dentro del tercio superior o, si concurre con una circunstancia de atenuación, dentro del tercio medio.

∞ En la Parte Especial, siguiendo la lógica impuesta con motivo de la incorporación al ordenamiento punitivo del delito de feminicidio (inicialmente comprendido en el artículo 107 del Código Penal, por la Ley número 29819, de 27-12-2011, como una modalidad de parricidio, pero luego autonomizado por la Ley número 30068, de 18-7-2013, y ampliado por la Ley número 30323, de 7-5-2015: artículo 108-B del Código Penal), sancionó como circunstancia agravante específica de los delitos de lesiones graves y leves los mismos supuestos antes agregados y los extendió al entorno familiar (artículos 121-A, 121-B y 122 del Código Penal). Por último, en concordancia con la definición de *violencia psicológica* establecida en el artículo 8, literal b), de la Ley, instituyó una regla para la calificación de la lesión psicológica en faltas, lesiones leves y lesiones graves, y reconoció el gran valor que a estos efectos le corresponde a la labor pericial. El Reglamento, incluso, encargó al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses establecer los parámetros médicos legales para la calificación del daño físico, psicológico y psíquico (Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento), los cuales han sido fijados mediante las guías pertinentes por el referido Instituto y aprobadas por la Fiscalía de la Nación por Resolución número 3963-2016-MP-FN, de 8-9-2016.

∞ El Decreto Legislativo número 1323, de 6-1-2017, hasta el momento la última norma en vigencia –cuyos aspectos de mayor polémica pública no están vinculados a los puntos que a continuación se consignan, y que han dado lugar a un proyecto de ley aprobado por el Congreso, hasta la fecha no promulgado–, presenta, en lo pertinente, los siguientes cambios:

Primero, incorporó, en el ámbito de las circunstancias agravantes de feminicidio, cuando la víctima es adulta mayor, cuando fue sometida a cualquier tipo de explotación humana –no solo de trata– o cuando el feminicidio se cometió a sabiendas de la presencia de las hijas o hijos de la víctima o de niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado; además, extendió las incapacitaciones del artículo 36 del Código Penal, no solo la señalada en el inciso 5).

Segundo, agregó, como supuestos del delito de lesiones graves (artículo 121 del Código Penal), cuando la agresión determinó un nivel grave o muy grave de daño síquico, o cuando se genere una afectación psicológica como consecuencia de que el agente obligue a otro a presenciar cualquier modalidad de homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, o pudiendo evitar esta situación no lo hubiera hecho. Asimismo, introdujo como agravantes de segundo grado cuando la víctima es servidor civil y es lesionada, como en los otros supuestos ya existentes, y la agresión se produjo en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas; cuando la víctima es una persona menor de edad, adulta mayor o discapacitada y el agente se aprovechó de dicha condición; cuando el agente utilizó un arma, objeto contundente o instrumento con capacidad de poner en riesgo la vida de la víctima; y, cuando el delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía.

Tercero, añadió semejantes circunstancias de agravación en el delito de lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar: artículo 121-B del Código Penal, al igual que en el delito de lesiones leves: artículo 122 del Código Penal, y en las faltas de maltrato: artículo 442 del Código Penal.

Cuarto, fijó los criterios técnicos y, esencialmente, de apoyo pericial para fijar el nivel de daño síquico y de afectación psicológica: artículo 124-B del Código Penal.

Quinto, excluyó de la excusa absolutoria por delitos patrimoniales (hurtos, apropiaciones, defraudaciones o

daños), "cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar": artículo 208 del Código Penal.

∞ La Ley también (i) incorporó medidas de seguridad obligatorias, que se imponen conjuntamente con la pena, a semejanza del tratamiento terapéutico para delitos sexuales –de fuente francesa– fijado por el artículo 178-A del Código Penal. El artículo 20.3 de la Ley ordenó el tratamiento especializado al condenado, que según el artículo 37.3.4 del Reglamento es "reeducativo o terapéutico", lo que en todo caso será definido o concretado por los peritos correspondientes. De igual manera, (ii) estipuló un tratamiento terapéutico a favor de la víctima (artículo 20.2. de la Ley), en coherencia con el hecho de que el artículo 10, literal c), de la Ley indicó que la atención y recuperación integral de la salud física y mental de las víctimas de violencia es un derecho y le corresponde prestarlo a los establecimientos de salud del Estado. Esto último es a lo que se denomina, más ampliamente, "medidas de carácter social", las cuales (i) comprenden derechos de asistencia y de protección, de asistencia jurídica, de derechos laborales y derechos educativos; (ii) importan la creación de servicios de atención y prevención contra la violencia, y abarcan la creación de hogares de refugio temporal; y (iii) institucionalizan servicios de reeducación de las personas agresoras (artículos 9-12 y 27-32 de la Ley).

9.º La Ley, en la esfera del Derecho Procesal Penal, introduce nuevas normas y modifica el CPP.

En el primer espacio:

A. En caso de sentencia absolutoria, permite que las medidas de protección a favor de la víctima puedan continuar, pero sujetas a un término determinado que se fijará en la sentencia, no así las medidas de coerción civiles que cesan en el acto.

B. En caso de sentencia condenatoria, dispone la continuidad y modificación de las medidas de protección, el tratamiento terapéutico a favor de la víctima, el tratamiento especializado al condenado, la continuidad o modificación de las medidas coercitivas civiles, la emisión de providencias de implementación del cumplimiento de las medidas de protección y de cualquier otra medida a favor de las víctimas o sus deudos (artículo 20).

C. Prohíbe la confrontación entre víctima y agresor –en pureza, "careo", conforme con el artículo 182 del Código Procesal Penal–. Estatuye que la reconstrucción, de ser el caso, se realice sin la presencia de la víctima, salvo que ésta, siempre que sea mayor de catorce años de edad, lo solicite, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194, apartado 3), del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–, esto es, que tal diligencia no la afecte psicológicamente (artículo 25).

D. Los certificados de salud física y mental, que expidan los médicos de los establecimientos públicos de salud del Estado –nacional, regional y local–, tienen valor probatorio, al igual que los expedidos por los centros parroquiales y privados autorizados por el Ministerio de Salud, en tanto cumplan con los parámetros médico legales fijados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En esa línea, los informes psicológicos de los Centros Emergencia Mujer y otros servicios del Estado de salud mental también tienen valor probatorio –se entiende, bajo las pautas arriba indicadas–. No se requiere, además, que esas pericias sean objeto de examen pericial –se utiliza el término ya superado de "ratificación pericial"– (artículo 26), lo que en buena cuenta se les homologa al carácter de "pericia institucional".

10.º En el segundo espacio, el cambio esencial es el siguiente:

∞ Modifica el artículo 242 CPP, sobre los supuestos de la prueba anticipada. Introdujo el literal d), en el apartado 1, en que sin necesidad de un motivo específico de indisponibilidad o irrepetibilidad, procede anticipar prueba en los casos de declaraciones de niños, niñas y adolescentes agraviados en los procesos por delitos de trata de personas, violación contra la libertad sexual, proxenetismo, ofensas al pudor público y contra la libertad. Una modalidad especial de actuación de la referida prueba personal es la intervención de psicólogos especializados –quienes intervienen en ella pero no la dirigen, en tanto se trata de una potestad exclusivamente jurisdiccional– "[...] en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público" (modalidad parecida a la prescrita en el artículo 171.3 CPP).

∞ Cabe acotar lo insólito del último extremo del aludido enunciado normativo, pues las actuaciones judiciales se realizan regularmente en las instalaciones del Poder Judicial, no de una institución ajena a la institución judicial, menos del órgano acusador –más allá de la posible explicación presupuestal que entraña–. Ello, por consiguiente, obligará al Poder Judicial a implementar Salas de Entrevistas propias y bajo sus específicos parámetros de ordenación procesal, pues de otra forma no se cumpliría a cabalidad el rol directivo del proceso por el juez y su condición de órgano suprapartes.

10.º El Reglamento regula, de modo específico, lo relativo a las medidas de protección, a su variabilidad, así como a la consideración de reglas de conducta (artículo 55) que le atribuye, de suerte que, de ser así, permitirá la revocatoria de la suspensión condicional de la pena o de la reserva del fallo condenatorio y, adicionalmente, por expresa remisión legal, del procesamiento penal del culpable en caso de incumplimiento.

∞ Las medidas de protección (i) deben entenderse como medidas provisionales que inciden, de uno u otro modo, en el derecho a la libertad del imputado –y también, según la Ley, en el derecho de propiedad, aunque en este caso su calidad cautelar es indiscutible–, y buscan proteger a la víctima de futuras y probables agresiones, con lo que cumplen su función de aseguramiento y prevención [GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2015, p. 700]; (ii) buscan otorgar a la víctima la debida protección integral frente a actos de violencia [DÍAZ PITA, "Violencia de Género: el sistema de medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas". En *Estudios* (...), Valencia, p. 338]; (iii) inciden en el *periculum in damnum* –peligro fundado en la reiteración delictiva–, pero es apropiado enfatizar que apuntan a otorgar a la víctima la protección necesaria para que pueda hacer efectivo el ejercicio cotidiano de sus derechos [FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Madrid, 2009, p. 73].

∞ Tres son sus notas características. Primera, son aquellas que se reconocen en el artículo 22 de la Ley y 37 del Reglamento, entendiéndose como medidas específicas. Segunda, incoado el proceso penal, bajo la dirección del juez penal, también pueden imponerse, sin perjuicio de aquellas, otras previstas taxativamente en los artículos 248 y 249 CPP. Tercera, como medidas provisionales, están sujetas al principio de variabilidad, como lo definen el artículo 41 del Reglamento y, especialmente, el artículo 250 CPP.

∞ Siendo provisionales, las medidas de protección están sujetas a los principios de intervención indiciaria (sospecha razonable de comisión delictiva por el imputado) y de proporcionalidad (cumplimiento de los subprincipios de necesidad, adecuación y estricta proporcionalidad –en orden a los fines de protección: aseguramiento y prevención–). La revocatoria de la medida y la aplicación de una medida de restricción más intensa de la libertad –expresión de su variabilidad–, se tendrá en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar [GIMENO SENDRA, *Obra citada*, p. 700].

∞ De otro lado, el Reglamento instaura reglas de valoración de la prueba respecto de la declaración de la víctima en delitos de violencia sexual –y de otros actos de violencia descritos en la Ley, en cuanto sean pertinentes (artículo 63)–, tanto en el plano de la apreciación del consentimiento y su credibilidad (artículo 61), como en relación a la persistencia de la sindicación de la víctima –a su relativización, en todo caso– (artículo 62).

§ 2. Aspectos de Derecho procesal de la Ley 30364 y su Reglamento

11.º Los cambios generados en la legislación procesal penal, desde luego, serán materia de los debates y estudios jurídicos respectivos, y de las oportunas interpretaciones y criterios de aplicación por los jueces en los casos sometidos a su conocimiento. No es posible ni deseable abarcar en este Acuerdo Plenario, con carácter definitivo, la amplia gama de situaciones procesales a los que tendrá lugar esta normatividad en los procesos penales concretos.

Por ello, en función a las exigencias más acuciantes del momento, solo será conveniente abordar dos temas: a) la declaración de la víctima y b) su valor probatorio, en el nuevo ordenamiento procesal penal.

12.º **Declaración de la víctima.** El Código Procesal Penal parte de una premisa fundamental en materia de las actuaciones de la investigación preparatoria, sancionada en el artículo IV del Título Preliminar CPP. Establece, al respecto,

que “Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá el órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición”. En esta misma perspectiva, el artículo 325 CPP dispone que: “Las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de actos de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles [prueba preconstituida] cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código”.

∞ La prueba documental y las diligencias documentadas –prueba “documentada”– susceptibles de oralización en el juicio oral, desde lo previsto en el citado artículo 325 CPP, están indicadas en el artículo 383 CPP. Según esta última norma procesal se oralizan, entre otras, primero, las actas que contienen la prueba anticipada –bajo los términos del artículo 384 del citado Código–; y, segundo, las actas que contienen diligencias objetivas e irreproducibles, de suerte que toda acta o diligencia distinta de ese listado no puede ser incorporada al juicio, pues, de ser así vendría en inutilizable –categoría procesal de origen italiano–, por imperio del artículo 393.1 CPP. La oralización de las declaraciones prestadas en sede de investigación preparatoria solo es posible en los marcos descritos en los artículos 376.1 CPP (imputados) y 378.6 CPP (testigos y peritos).

∞ La prueba anticipada, en cuanto modalidad de prueba sumarial, está condicionada al cumplimiento de los requisitos de (i) indisponibilidad o irrepeticibilidad del acto y (ii) urgencia. Estos requisitos se exceptúan –o mejor dicho, se entienden cumplidos *iure et de iure*– en el caso de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos de trata, violación de la libertad personal, de la libertad sexual, proxenetismo, ofensas al pudor público y contra la libertad personal, que es uno de los cambios trascendentes de la Ley en el aspecto procesal.

La aceptación y actuación de la prueba anticipada está sujeta a un trámite previo de admisibilidad y, luego, al necesario concurso en su actuación del Fiscal y del defensor del imputado, así como de las demás partes procesales –lo que presupone, por lo menos, una definición en su actuación de la individualización del sujeto pasivo del procedimiento penal (imputado y defensor; si no tiene designado uno, la diligencia se entenderá con el abogado de oficio) y, por cierto, de la víctima, cuya asistencia jurídica impone la Ley–, conforme lo estipula el artículo 245.1 y 2 CPP. Queda claro que esta prueba, por las lógicas de necesidad y urgencia de su actuación, puede ser solicitada y solo en sede de investigación preparatoria formalizada y del procedimiento intermedio, sino también en el ámbito de las diligencias preliminares. No existe ninguna prohibición legal al respecto ni exigencia previa de procedibilidad.

13.º Desde el punto de vista de la legalidad o licitud de la declaración de la víctima –juicio de valorabilidad–, esta, para ser considerada jurídicamente prueba o prueba lícita, debe ejecutarse mediante el supuesto de anticipación probatoria del artículo 242 CPP o, en su defecto, bajo la regla general, con las especialidades correspondientes, de actuación en el juicio oral (cfr.: artículos 171.3, 380 y 381.2 CPP), sin que ello obste a que se reciba una manifestación –o registro de información– en sede de investigación preparatoria con el mero carácter de acto de investigación. Las notas de contradicción efectiva –de carácter plena– y de intermediación judicial –de carácter relativa cuando se actúa en vía de anticipación probatoria, pues se hace ante un juez distinto del juez de enjuiciamiento–, explican esta exigencia legal, que se enraíza en el respeto de las garantías del debido proceso y defensa procesal.

14.º Es verdad que el artículo 19 de la Ley estatuye que la declaración de la niña, niño, adolescente o mujer –incluso de la víctima mayor de edad– se practicará bajo la técnica de entrevista única y que su ampliación, en sede de Fiscalía, solo cabe cuando se trata de aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración. No obstante, cabe acotar que esa norma no puede imponerse a lo que la misma Ley consagra al modificar el artículo 242 CPP, y al hecho de que la declaración en sede preliminar no tiene el carácter de acto o medio de prueba.

∞ Esta disposición, en todo caso, solo rige para los procedimientos no penales de la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Para los procesos penales, como no puede ser de otra forma, son de aplicación

las reglas del Código Procesal Penal y sus respectivas modificatorias. Además, cabe aclarar que no es que en el primer caso se trate de prueba preconstituida –como indica la Ley–, sino de una modalidad *sui generis* –y ciertamente opinable– de prueba anticipada, sin intervención del juez. La prueba preconstituida, por su propia naturaleza, más allá de su indisponibilidad o irrepeticibilidad y urgencia –con casi exclusión del principio de contradicción en su actuación, por obvias razones–, está referida, con la salvedad de las pruebas personales, a las pruebas materiales, a los documentos, a las diligencias objetivas e irreproducibles (recogida del cuerpo del delito, aseguramiento de documentos, inspección cuando no se identificó aun al imputado, actos de constancia policial inmediata, diligencias alcoholimétricas, fotografías, planos, etcétera).

∞ Las citadas disposiciones legales, por lo demás, obligan al Ministerio Público a trazar una adecuada estrategia procesal para el aporte de la declaración de la víctima, esencialmente cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, que por su edad son especialmente vulnerables. Está claro que se debe obtener información de las víctimas para el desarrollo del procedimiento de investigación preparatoria –muchas técnicas de acceso a su información pueden articularse más allá de la tradicional “manifestación”–, pero su declaración con carácter probatorio, si se pretende que sea única, con evitación de la criminalización secundaria, deberá obtenerse bajo el sistema de anticipación probatoria o, en su defecto, esperar al juicio oral; dato último que, por lo que cabe entender, en función a las estructuras de presión familiar y de dificultades reales de un apoyo integral, con un adecuado sistema de protección –que es de esperar sea efectivo–, no es especialmente recomendable.

∞ La información que proporciona un órgano de prueba –prueba personal– debe cumplir con dos exigencias: *contradicción* –la más importante y no excludible– e *intermediación*.

15.º **Valoración de la declaración de la víctima.** La regla general de valoración probatoria es la contemplada en el artículo 158.1 CPP: “En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia [...]”. A este principio el artículo 393.2 CPP denomina, siguiendo la tradición hispana, reglas de la sana crítica.

∞ El juez, sin duda, es libre para decidir, según la prueba actuada, acerca de los hechos objeto del proceso penal. La sentencia penal debe estar fundada en la verdad, entendida como coincidencia con la realidad –o, mejor dicho, elevada probabilidad de que hayan ocurrido los hechos–. Para ello, el juez debe observar los estándares mínimos de la argumentación racional [VOLK, KLAUS: *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2016, pp. 387-388].

∞ Un postulado, en el que las exigencias de la racionalidad epistemológica se expresa con cierta particularidad, tiene lugar en los denominados delitos de clandestinidad y, por extensión, en los delitos en que su comisión está en función a la vulnerabilidad de la víctima –que es el caso típico tanto de los delitos de trata de personas, como de los delitos contra niños, niñas, adolescentes y mujeres en contextos de violencia familiar o doméstica–. Ha sido la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, a fin de consolidar mecanismos de seguridad en la valoración probatoria, traducidos en reglas valorativas, la que a través de los Acuerdos Plenarios números 2-2005/CJ-116, de 30-9-2005, sobre sindicación de la víctima, y 1-2011/CJ-116, de 6-12-2011, sobre la apreciación de la prueba en el delito de violación sexual, que sirven para aceptar el mérito de las declaraciones en cuestión –se trata de un testimonio con estatus especial, pues no puede obviarse la posibilidad de que su declaración resulte poco objetiva por haber padecido directamente las consecuencias de la perpetración del delito, así como por el hecho de erigirse en parte procesal [por ejemplo: STSE de 28-10-1992. FUENTES SORIANO, *Obra citada*, p. 124]–, la que estableció las siguientes pautas o criterios:

A. Que no existan motivos para pensar que hay relaciones entre denunciante e imputado que puedan incidir en la parcialidad de la deposición –es decir, inexistencia de móviles espurios (imparcialidad subjetiva), que le resten solidez, firmeza y veracidad objetiva (STSE de 5-11-2008)–, desde que, como es evidente, no se puede poner en tela de juicio la credibilidad del testimonio de la víctima por el hecho de ser tal (STSE de 21-7-2003).

B. Que las declaraciones sean contundentes, es decir, coherentes y creíbles, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades, y que el relato mantenga la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes–. Verosimilitud, que a su

vez exige el suplementario apoyo de datos objetivos que permitan una conclusión incriminatoria, esto es, presencia de datos añadidos a la pura manifestación subjetiva de la víctima (STSE de 23-10-2008); es lo que se denomina "corroboración periférica de carácter objetiva". Dos son las exigencias constitucionalmente impuestas: aportación al proceso contradictoriamente y corroboración del resultado con datos externos (STCE 57/2009). En este último caso, se entiende que los elementos, datos o factores, aunque fuera mínimamente, han de ser externos a la versión de la víctima y referidos a la participación del imputado en el hecho punible atribuido (STSE de 14-3-2014).

C. Que las declaraciones sean persistentes y se mantengan a lo largo del proceso, así como que carezcan de contradicciones entre ellas. No se requiere una coincidencia absoluta, basta con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante, que esté presente en todas las declaraciones (STSE de 10-7-2007). Este supuesto es al que el último Acuerdo Plenario relativizó o matizó, en atención a las especiales características y situación de la víctima [ASENCIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2012, p. 289].

16.º El artículo 62 del Reglamento estipuló, sobre este punto: "*En los supuestos de retractación y no persistencia en la declaración incriminatoria de la víctima de violación sexual [que no se explica por qué no se extendió a otros supuestos de vulnerabilidad: sujetos pasivos y delitos, aunque tal limitación, por la naturaleza de la norma en cuestión, no permite una interpretación a contrario sensu, sino analógica], el Juzgado evalúa el carácter prevalente de la sindicación primigenia, siempre que esta sea creíble y confiable. En todo caso, la validez de la retractación de la víctima es evaluada con las pautas desarrolladas en los acuerdos plenarios de la materia*".

Esto último ya ha sido desarrollado en el Acuerdo Plenario número 1-2011/CJ-116, de 6-12-2011. Cabe precisar que:

A. Los tres elementos arriba descritos no pueden considerarse como requisitos formales, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que se pueda dar crédito a la declaración de la víctima como prueba de cargo. Tienen, pues, un carácter relativo, encaminado a orientar el sentido de la decisión judicial pero a los que, en modo alguno, cabe otorgar un carácter normativo que determine el contenido de la sentencia [FUENTES SORIANO, *Obra citada*, p. 126]. Puede reconocerse, desde luego, la existencia de enemistad entre autor o víctima, pues este elemento solo constituye una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de las declaraciones de aquella, desde que no se puede descartar que, pese a tales características o debilidades, pueden ostentar solidez, firmeza y veracidad objetiva. De igual modo, la víctima puede retractarse, por lo que será del caso analizar las verdaderas razones de la retractación –muy común en razón del lapso temporal entre la fecha del delito y la fecha de la declaración plenaria–, y el nivel de coherencia y precisión de la primera declaración incriminatoria. Como se sabe, desde las investigaciones criminológicas, las presiones sociales, culturales y familiares, así como la propia relación compleja entre agresor y víctima, tienen una importancia trascendental en la retractación de esta última.

B. Es imprescindible, eso sí, que el testimonio incriminador sea coherente y sólido (fiable), y que, además, esté corroborado, es decir, que supere la exigencia de confrontación de sus aportes con los de otra procedencia, aunque fuera mínimos, para confirmar la calidad de los datos proporcionados.

C. Es inevitable, no obstante, descartar la sindicación de la víctima cuando carece de los tres elementos antes enumerados, pues ello determina un vacío probatorio o ausencia de prueba, que por respeto a la garantía de presunción de inocencia exige la absolución.

17.º El artículo 61 del Reglamento establece algunas reglas de prueba en delitos de violencia sexual, referidas tanto al consentimiento como a la honorabilidad de la víctima. Sobre lo primero, en primer lugar, no se aceptan conclusiones contrarias sobre el consentimiento a la actividad sexual –este siempre ha de ser libre y voluntario–, si medió fuerza, amenaza, coacción o aprovechamiento de un entorno coercitivo. En segundo lugar, cuando la víctima sea incapaz de dar un consentimiento libre, por las circunstancias precedentes, no se aceptan conclusiones a partir de alguna palabra o conducta de esta última –el contexto en que actúa

es decisivo–. En tercer lugar, de igual manera, cuando la víctima guarda silencio o no opone resistencia, no se puede presumir que aceptó el acto sexual, pues el ejercicio de violencia, amenazas o el entorno coercitivo en que se ve sometida lo impide.

Finalmente, no es una regla de experiencia válida, fundar la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo –dado el bien jurídico vulnerado: libertad sexual–, sobre la base de su conducta anterior o posterior. Debe analizarse el hecho violento como tal –en sí mismo–, pues a toda persona, sea cual fuere su conducta previa o posterior al evento delictivo, se le respeta su libertad de decisión y, en todo momento, se le reconoce su dignidad.

Es obvio que en casos de menores de catorce años de edad, por el bien jurídico vulnerado: indemnidad sexual, tales referencias no son de recibo.

III. DECISIÓN

18.º En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias 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

19.º ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos diez al diecisiete del presente Acuerdo Plenario.

20.º 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.

21.º DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor "seguridad jurídica" y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de 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.

22.º PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PARIONA PASTRANA (*)

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VENTURA CUEVA

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHAVEZ MELLA

CALDERÓN CASTILLO

(*) El Señor Pariona Pastrana no suscribe el presente Acuerdo Plenario por mantener reservas jurídicas a su contenido.