

9

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R.N. N° 353 – 2009**  
**TUMBES**

Lima, dieciocho de mayo de dos mil diez.-

**VISTOS:** el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia de fecha veintidós de diciembre de dos mil ocho, obrante a fojas quinientos doce; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el señor Fiscal Superior en su recurso fundamentado a fojas quinientos veintiuno, cuestiona el *quantum* de la pena impuesta a los sentenciados Temístocles López Balladares y Einar Fidel Oyarce Morán como autores de los delitos contra la Administración Pública – omisión de actos funcionales y concusión, en agravio del Estado, alegando lo siguiente: **a)** Que no se ha tenido en cuenta la gravedad del delito y la intensidad de la afectación al bien jurídico; **b)** Que no se ha valorado que los procesados se aprovecharon de su condición de miembros de la fuerza policial, siendo esta condición calificada del agente una circunstancia agravante, conforme al artículo cuarenta y seis – A del Código Penal, en virtud del cual el Juez puede aumentar hasta en un tercio la pena; **c)** Que tratándose de un concurso real de delitos, corresponde sumar las penas de cada uno de los delitos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal, obrante a fojas cuatrocientos sesenta y siete, con fecha diecinueve de julio de dos mil siete, siendo aproximadamente las doce horas con quince minutos, en circunstancias en que los menores Carmen Lucero Godoy Gonzáles y Raúl Andrés Cruz Vásquez salían del interior de la Cevichería "El Estadio" en la ciudad de Tumbes, al pretender abordar la motokar conducida por Julio César Villegas Lojas, fueron interceptados por un vehículo policial en el que se encontraban los procesados

26

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R.N. N° 353 – 2009**

**TUMBES**

Temístocles López Balladares –chofer- y Einar Fidel Oyarce Morán – copiloto-, obligándolos a subir a la parte posterior de dicho vehículo, dirigiéndose al hospedaje “Los Andes”, estacionándose a cincuenta metros de su frontis, lugar en que el encausado Oyarce Morán descendió del vehículo y se dirigió hacia el mototaxista, mientras tanto, su co inculpadó Temístocles López Balladares refirió a los menores que sabía que ellos eran los que habían fugado de la ciudad de Lima con la cantidad de quince mil dólares americanos y que por tal hecho los iban a llevar a una correccional donde los iban a violar, golpear y tratar muy mal debido a que en dicho lugar habían delincuentes, luego ordenó al menor Raúl Andrés Cruz Vásquez que descienda del vehículo y se ubique en el asiento del copiloto, instantes en que le mostró un periódico donde aparecía la fotografía de los dos menores con todos los detalles de la fuga, indicándole que su deseo era ayudarles, preguntándoles cuál era su meta, respondiendo los menores que deseaban trasladarse al vecino país de Ecuador, momento en que el efectivo policial López Balladares alcanzó al menor una tablilla y un lapicero para que anotara la cantidad de dinero que le podía entregar con la finalidad de dejarlos ir, escribiendo el referido menor la cantidad de cuatrocientos nuevos soles, a lo que el referido efectivo policial rechazó la propuesta, diciéndole “quiero más”, mostrándole el periódico y manifestándole que tenía pleno conocimiento de la cantidad de dinero que habían traído de la ciudad de Lima, solicitándole la cantidad de mil dólares americanos, procediendo el menor Raúl Andrés Cruz Vásquez a sacar su billetera, arrebatándosela el policía apoderándose de la suma de novecientos cincuenta dólares americanos que habían en su interior, asimismo, se dirigió a la menor Carmen Lucero Godoy Gonzáles preguntándole cuánto tenía y procediendo a buscar en los bolsillos de su casaca, mostrando la menor una reacción adversa y tirándole veinte o treinta dólares que tenía en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R.N. N° 353 – 2009**

**TUMBES**

su sostén. **Tercero:** Que, la expresión de agravios define y delimita el marco de pronunciamiento de este Supremo Tribunal, por lo que, habiendo impugnando la sentencia únicamente el representante del Ministerio Público, quien cuestiona el *quantum* de la pena impuesta a los encausados Temístocles López Balladares y Einar Fidel Oyarce Morán, éste es el marco insuperable a tener en cuenta para resolver el recurso interpuesto. **Cuarto:** Que, frente a la imputación, expuesta sucintamente por el Fiscal Superior en la sesión de juicio oral de fecha dieciocho de diciembre de dos mil ocho –véase acta de fojas quinientos ocho-, los encausados Temístocles López Balladares y Einar Fidel Oyarce Morán, acogidos a lo previsto en el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, admitieron plenamente los cargos formulados por el Fiscal Superior, aceptando ser autores de los delitos materia de acusación y responsables de la reparación civil, lo que se afianza con la garantía de la plena conformidad de su abogado defensor; por lo que, los hechos, convenidos por el Fiscal Superior y los acusados, vinculan de forma absoluta al Tribunal Sentenciador, – *vinculatio facti*– los que son tomados como realmente acontecidos. **Quinto:** Que, admitidos los hechos criminales y sentados éstos como realizados, tenemos que en nuestro ordenamiento jurídico penal para determinar e individualizar la pena se exige que se tomen en cuenta los diversos criterios que establecen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; que en el primero se prevén las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, mientras que en el segundo se contemplan los factores para la medición o graduación de la pena, a los que se recurre atendiendo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad.

120  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. Nº 353 – 2009

TUMBES

En ese sentido, se advierte que la Sala Penal Superior ha tomado en cuenta al momento de fundamentar el *quantum* de la pena impuesta, que conforme a los certificados de antecedentes penales de fojas cuatrocientos ochenta y ocho y cuatrocientos ochenta y nueve, se evidencia que los procesados no son proclives a la comisión de eventos delictivos. **Sexto:** Que, sin embargo, estando a la gravedad de los hechos conformados, se aprecia que la sanción impuesta a los procesados Temístocles López Balladares y Einar Fidel Oyarce Morán – cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el término de tres años bajo reglas de conducta- no sólo resulta inferiormente desproporcional a la conducta desplegada por los encausados, sino que además vacía de contenido la finalidad preventiva tanto general como especial de la pena privativa de libertad; por lo que tal situación debe ser revertida imponiendo a los encausados una pena efectiva, sin perder de vista los efectos benéficos de la conclusión anticipada como circunstancia de atenuación especial que se presenta en este caso en concreto, por lo que, si bien la pena conminada para los delitos de omisión de actos funcionales y concusión, es no mayor de dos años y no menor de dos ni mayor de ocho años, respectivamente, conforme a lo regulado en los artículos trescientos setenta y siete y trescientos ochenta y dos del Código Penal, debe tenerse en cuenta que en los casos en que se produce la conclusión anticipada del proceso el Tribunal de Fallo no se encuentra obligado a tomar como punto de referencia las penas mínimas establecidas en los delitos materia de procesamiento, pues en el Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia número cinco guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, se asumió como criterio interpretativo, que el “único límite, para no introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena

3 24

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R.N. N° 353 – 2009**  
**TUMBES**

superior a la pedida por el Fiscal", teniendo libertad para que dentro de esos parámetros se determine la pena conforme a las reglas establecidas por los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, apreciando las circunstancias de atenuación especial que se presenten en el caso en concreto. **Sétimo:** Que, asimismo debe tenerse en consideración que la señora Fiscal Superior tanto en su escrito de acusación de fojas cuatrocientos sesenta y siete como en el juicio oral de manera previa al trámite establecido en el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, solicitó se imponga ocho años de pena privativa de libertad a los procesados, es decir, petitionó un *quantum* de pena privativa de libertad único, siendo que, vía impugnación y con distinto criterio, ahora alega que en el presente caso puede imponerse a los sentenciados una pena de hasta trece años y dos meses, lo cual evidencia una falta de coherencia en cuanto a su pretensión punitiva y por tanto no resulta atendible dicho argumento en esta instancia, tanto más si –como ya se ha señalado– el Acuerdo Plenario antes citado establece de manera expresa la prohibición de imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal. **Octavo:** Que, por otro lado, estando a que el señor Fiscal Superior al expresar agravios ha señalado que la Sala Penal Superior no ha valorado la condición calificada del agente como circunstancia agravante, conforme el artículo cuarenta y seis – A del Código Penal, debe indicarse que si bien este dispositivo faculta al Juzgador a incrementar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido cuando el sujeto activo se aproveche de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer el hecho punible, debe tomarse en cuenta también que en su tercer y último párrafo señala que "No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el

30

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R.N. N° 353 – 2009**  
**TUMBES**

tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible", situación que se presenta en el caso *sub judice*, pues en los delitos imputados –concusión y omisión de actos funcionales- el sujeto activo requiere de una condición cualificada –ser funcionarios o servidores públicos-, la misma que resulta inherente a los tipos penales incriminados y necesarios para su configuración no pudiendo ello ser valorado doblemente para efectos de la determinación de pena en el presente caso, con lo cual la agravante antes descrita invocada por el Ministerio Público resulta inaplicable. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintidós de diciembre de dos mil ocho, obrante a fojas quinientos doce, en el extremo que impuso a Temístocles López Balladares y Einar Fidel Oyarce Morán, cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el término de prueba de tres años bajo reglas de conducta; **reformándola**, impusieron a los citados encausados tres años de pena privativa de libertad efectiva por los delitos contra la Administración Pública – Delitos cometidos por Funcionarios Públicos – concusión, en agravio del Estado, la que será computada desde que se hagan efectivos sus ingresos al Establecimiento Penal correspondiente; **ORDENARON** la inmediata ubicación y captura a nivel nacional de los precitados encausados; y los devolvieron.-

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO

BIAGGI GÓMEZ

**BARRIOS ALVARADO**

BARANDIARÁN DEMPWOLF

MILYRA FLORES

BA/icc

**SE PUBLICO CONFORME A LEY**

6. MIGUEL ANGEL SOTELO TASAYCO  
SECRETARIO (e)  
Sala Penal Transitoria  
CORTE SUPREMA

**24 AGO. 2010**