

No haber nulidad en la sentencia de vista

En forma excepcional, la Corte Suprema puede conocer un proceso penal sujeto al trámite sumario solo por infracción constitucional o legal.

Pese a que este Colegiado Supremo confirmó que los órganos de instancia incurrieron en la vulneración de garantías del procesado por no valorar oportunamente sus escritos de defensa, una vez analizados dichos argumentos, se aprecia que estos resultan intrascendentes para demostrar su teoría del caso y, por el contrario, no justifican ni exculpan su accionar típico. Empero, se deberán remitir copias al órgano de control al confirmar las irregularidades advertidas por el Juzgado de Primera Instancia.

Lima, catorce de octubre de dos mil veinte



VISTOS: el recurso de nulidad (concedido por queja excepcional) interpuesto por la defensa del procesado **Jesús Abel Milla Chávarry** contra la sentencia de vista del siete de septiembre de dos mil dieciocho, que confirmó la de primera instancia del veintiséis de julio de dos mil dieciocho, que reservó el fallo condenatorio como autor del delito contra la familia-atentado contra la patria potestad en la modalidad de sustracción de menor, en perjuicio de [REDACTED] y [REDACTED] bajo reglas de conducta por doce meses y fijó en S/ 500 (quinientos soles) la reparación civil que deberá pagar en el plazo de tres meses.

Intervino como ponente el señor juez supremo CASTAÑEDA ESPINOZA.

CONSIDERANDO

§ I. De la pretensión impugnativa

Primero. El procesado Milla Chávarry formalizó su recurso de nulidad (fojas 362) y solicitó que se revoque la sentencia recurrida en mérito de que se vulneró su derecho a la prueba y la motivación de las resoluciones judiciales, puesto que no se tomaron en cuenta sus escritos y pruebas presentados previamente a la expedición de la sentencia de primera instancia, que acreditan su justificación para haber actuado conforme a los hechos imputados, tanto más si en la sentencia de vista tampoco se dio respuesta a sus agravios pese a que los expuso de forma precisa.

§ II. De los hechos objeto del proceso penal

Segundo. Según la acusación fiscal (foja 275), se atribuyó al acusado haberse rehusado a entregar a su menor hijo [REDACTED] a su madre, [REDACTED] pese a que esta tenía la tenencia del referido menor, toda vez que con fecha veintitrés de junio de dos mil catorce el denunciado y la recurrente firmaron el Acta de Conciliación número 169-2014-CCG/SEDE ALEGRA-INDEPENDENCIA (foja 137), la cual estableció la tenencia del menor a favor de la agraviada y el régimen de visitas respecto al acusado.

En ese sentido, el veintisiete de noviembre de dos mil quince, a las 19:00 horas, la denunciante entregó al menor al acusado en mérito del acuerdo antes señalado, y debía retornarlo el veintinueve de noviembre de dos mil quince a las 20:00 horas; empero, ello no se cumplió y el acusado se rehusó a devolver al menor desde la fecha, incluso cuando su progenitora acudió el veintiuno de diciembre de dos mil quince con personal policial de la comisaría de Condevilla.

§ III. La queja excepcional que motivó el concesorio de nulidad



Tercero. Se debe precisar que el presente caso se deriva de un proceso penal sujeto al trámite sumario, previsto en el Decreto Legislativo número 124, cuya jurisdicción se agota con la decisión de Sala Superior respectiva.

Sin embargo, el Código de Procedimientos Penales de 1940 contempla la posibilidad de que la Corte Suprema pueda conocer un proceso de esta naturaleza en forma excepcional a través de una queja, siempre que se infrinjan normas constitucionales o normas con rango de ley directamente derivadas de aquellas, conforme al literal c) del numeral 2 del artículo 297 de la norma procesal.

Por lo tanto, le corresponde a este Colegiado Supremo evaluar el presente recurso de nulidad al haberse declarado fundado el recurso de queja excepcional planteado por el recurrente, en aplicación de lo señalado por el numeral 1 del artículo 297 de la norma procesal, contra la sentencia de vista del siete de septiembre de dos mil dieciocho, que confirmó la de primera instancia del veintiséis de julio de dos mil dieciocho, que reservó el fallo condenatorio como autor del delito contra la familia-atentado contra la patria potestad en la modalidad de sustracción de menor, en perjuicio de [REDACTED] y [REDACTED] y resulta facultado para realizar el análisis de fondo respectivo.

Cuarto. Conviene remarcar que, conforme a la ejecutoria suprema del cinco de agosto de dos mil diecinueve (foja 393) que declaró fundada la queja excepcional, este Tribunal Supremo señaló en sus considerandos octavo y noveno los supuestos criterios de afectación legal:

Octavo. En ese sentido, el recurso de nulidad declarado improcedente tiene como argumento central que se expidieron resoluciones que establecen la responsabilidad penal del procesado, sin considerar dos escritos presentados

con antelación a la expedición de la sentencia de primera instancia, pero que no se encuentran incorporados al expediente principal y no fueron tomados en cuenta en la sentencia de primera instancia, tampoco se consideraron en la sentencia de vista, pese a haberlo advertido en el recurso de apelación; lo cual es un argumento factico para alegar la vulneración tanto de su derecho constitucional a la defensa [...] como del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales [...].

Noveno. De acuerdo con lo expuesto y desde la perspectiva de que, al sentenciar, el órgano jurisdiccional penal tiene el deber de pronunciarse sobre las alegaciones de las partes y sobre los medios probatorios admitidos y ofrecidos, es de advertirse que en la sentencia de primera instancia no existe pronunciamiento alguno sobre la defensa expuesta por el proceso en los escritos aludidos; en tanto que la sentencia de vista se limitó verificar la existencia física de los escritos en el expediente y omitió precisar su ubicación en este, así como corroborar la alegación de que no estaban insertados en los autos principales la incidencia de estos argumentos y pruebas en la controversia, sea para preservar o para quebrantar la presunción de inocencia del procesado.

Por lo que, en función de ello, se deberá analizar la existencia o no de la afectación procesal referida a la valoración probatoria, a fin de ratificar o descartar dicha vulneración en la tramitación de la presente causa.

§ IV. Cuestiones dogmáticas

Quinto. El delito de atentado contra la patria potestad en la modalidad de sustracción de menor parte de la preexistencia de una relación parental establecida por la patria potestad.

Cabe señalar que esta relación no es única por existir regularmente dos padres, quienes comparten dicha potestad de forma conjunta; empero, como en el caso de autos, ante la separación de estos, cabe la posibilidad de que se pongan de acuerdo para establecer quién de ellos la ejerce de forma principal y quién de forma

accesoria (régimen de visitas), y es reprochable como delito quien se rehusase a cumplir con los acuerdos sobre dicha potestad en perjuicio del padre con la potestad que se ve afectada, como del propio menor.

§ V. Absolución del grado

Sexto. De la revisión de lo actuado, que sirvió de sustento para expedir la resolución de vista del siete de septiembre de dos mil dieciocho, que confirmó la de primera instancia del veintiséis de julio de dos mil dieciocho, que reservó el fallo condenatorio contra el recurrente por el delito contra la familia-atentado contra la patria potestad en la modalidad de sustracción de menor, se originó en mérito de un acta conciliatoria suscrita entre las partes sobre la tenencia de hijos, practicada con la intervención del Centro de Asistencia Legal Gratuita (Alegra) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, facultado para llevar a cabo acuerdos de conciliación con validez y exigibilidad judicial en materia de familia (pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia y otros de similar naturaleza), en aplicación de la Ley número 26872 (Ley de Conciliación), modificada por el Decreto Legislativo número 1070.

Séptimo. Según lo expuesto, como antecedente del hecho judicializado, el recurrente y la agraviada concurrieron a uno de estos centros de conciliación a fin de llegar a un acuerdo sobre las obligaciones y derechos de ambos sobre la tenencia de su menor hijo [REDACTED], por lo que se acordó y firmó el Acta de Conciliación número 169-2014-CCG/SEDE ALEGRA-INDEPENDENCIA (foja 137), en cuya cláusula 5 se estableció

¹ Quien conforme al acta de nacimiento de foja 28 nació el veintiuno de abril de dos mil trece, y sus progenitores son el acusado y la agraviada.

claramente que se otorgaba la tenencia del menor a su madre, mientras que en la cláusula 6 se precisó el régimen de visitas que le correspondía al procesado como padre sobre su menor hijo, señalando que sería el fin de semana, desde los viernes a las siete de la noche hasta las ocho de la noche de los domingos. Dicho documento conciliatorio fue firmado por ambas partes y no ha sido objeto de cuestionamiento ni tachas por el recurrente, por lo que su contenido y sus efectos mantienen plena validez para el cumplimiento de ambas partes y su valoración en el caso de autos.

Octavo. Conforme a la denuncia policial del veintiuno de diciembre de dos mil quince (foja 2), se dejó constancia de que, a las 21:00 horas, la denunciante agraviada [REDACTED] se constituyó a la casa del recurrente para solicitar la devolución de su menor hijo; pero aquel se rehusó a devolverlo y dar cumplimiento al acta conciliatoria suscrita, alegando que sería visto en sede judicial². La agraviada [REDACTED] al momento de denunciar (foja 3), precisó que el veintisiete de noviembre de dos mil quince, a las 19:00 horas, entregó a su menor hijo al acusado (que es su padre), quien debía habérselo devuelto el veintinueve de noviembre del mismo año a las 20:00 horas, conforme al acuerdo del acta de conciliación que ambos firmaron; pero llegada la fecha y hora indicada este se rehusó a entregar al menor hasta la actualidad, pese a que concurrió posteriormente con la policía (ratificado a foja 218).

Noveno. Al respecto, al prestar sus declaraciones, el recurrente durante el proceso (fojas 21 y 215) señaló que vivía con sus padres y su

² Corroborado por el policía Manuel Calderón Pichus en su declaración de foja 141.



hijo. Era verdad que fue a recoger a su menor hijo el veintisiete de noviembre de dos mil quince a las 19:00 horas porque tenía régimen de visitas. También era cierto que tenía que devolverlo el día domingo en la noche, pero no lo hizo por el abandono y descuido en que lo tenía su madre. Preciso que no era la primera vez que lo tenía por más tiempo que el plazo acordado y todo ello siempre era aceptado por la madre del menor, por lo que no sabía por qué ahora hacía problemas, más aún si en la actualidad ella no podía cuidar a su hijo porque tenía un menor de un mes de nacido.

Décimo. En tal sentido, la materialidad del delito de atentado contra la patria potestad en la modalidad de sustracción de menor no resulta cuestionable, tomando en cuenta su aceptación del cargo denunciado con base en el acuerdo de conciliación que firmaron ambas partes, donde se establecían cláusulas claras sobre la tenencia del menor hijo y el régimen de visitas para el recurrente en su condición de padre, documento conciliatorio que fue firmado por ambas partes, conforme ha reconocido.

Además, este reconoce que, pese a la vigencia de dicho acuerdo extrajudicial, se negó a entregar al menor en contra de su obligación y justificó su accionar en dos cuestiones: **i)** que el menor no se encontraba bien cuidado por su madre y **ii)** que anteriormente la madre del menor consintió que este se quedara con su padre más tiempo que el acordado.

Undécimo. Sobre el punto central del hecho denunciado, resulta conveniente hacer una diferenciación sobre los argumentos de defensa y la subsunción jurídica correspondiente. Así, tenemos que analizar si la renuencia o negativa a devolver a su menor hijo se encuentra justificada en razón de que no estaría bien cuidado por su



madre (la denunciante) y si esta se encuadraría, bien sea como causal de justificación (conforme al numeral 3 del artículo 20 del Código Penal)³, o de exculpación (numeral 5 del artículo 20 de la norma sustantiva)⁴. De igual manera lo sostenido acerca de que en varias oportunidades previas al hecho la madre del menor ya había permitido que el recurrente se quedase con su hijo por más tiempo que el señalado en el acuerdo de conciliación sobre la base del consentimiento de la agraviada (numeral 10 del artículo en mención)⁵.

Duodécimo. Sobre los argumentos de defensa planteados como causal de justificación o de exculpación, el primero se sustenta en la afirmación de la comisión de un hecho típico, pero que bajo las reglas de justificación deviene en antijurídico; mientras que el segundo hecho se sustenta en la comisión de un hecho típico y antijurídico, pero que no puede serle imputable al sujeto activo porque la conducta esperada o requerida no se le puede exigir.

Sin embargo, en el caso de autos, verificamos que, en cualquiera de los dos casos, el acusado no cumplió con demostrar objetivamente los requisitos para la subsunción de sus justificaciones, aunque este señaló indistintamente que su negativa a devolver a su menor hijo se debió a que “dijo” que “lo vio golpeado en el labio, malnutrido o no bien cuidado”. Tal versión justificadora no está acreditada

³ “Artículo 20: [...] 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa. c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa”.

⁴ “Artículo 20: [...] 5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación”.

⁵ “Artículo 20: [...] 10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”.



documentalmente, pues para ello el imputado tuvo que haber presentado algún certificado médico legal, denuncia o constatación policial, o incluso alguna fotografía sobre dicha situación de peligro del menor que avale su justificación o inexigibilidad para que lo entregue a su madre en el plazo establecido del régimen de visitas. Por ende, del trámite y la copia de la demanda de variación de tenencia (foja 46) del quince de diciembre de dos mil quince presentada en autos, se evidencia que recién viene realizando acciones para obtener la custodia del menor con posterioridad a la comisión del hecho de la ilegal retención de su hijo (y no previamente, como debió ser el caso, en que incluso pudo solicitar alguna medida cautelar). De igual modo, no existe prueba que acredite que la madre del menor, debido al hecho de haber dado nuevamente a luz (o por tener más hijos), no puede hacerse cargo de su hijo, por lo que todo ello deviene en meros argumentos de defensa.



Decimotercero. Si bien en autos se recabaron las declaraciones testimoniales de Blanca Lidia Chávarry Sánchez de Milla y Cynthia Milla Chávarry (fojas 225, 241, 227 y 243), madre y hermana del recurrente, respectivamente, estas deben tomarse con las reservas del caso por no ser argumentos objetivos y verificables por tratarse de familiares directos que abogan únicamente por la teoría del caso a favor de su familiar. De este modo, todo lo alegado respecto a la primera causal de justificación invocada por el recurrente para no devolver al menor a su madre en el plazo previsto por el acuerdo conciliatorio no tiene sustento probatorio.

Decimocuarto. En cuanto a la segunda causa de justificación del acusado referida a los consentimientos previos de la madre del menor al permitir que aquel mantuviera la tenencia del niño más allá

del tiempo señalado en el acuerdo extrajudicial, ello tampoco es base ni fundamento para justificar su accionar, debido a que la única persona que tiene la tenencia del menor es precisamente la madre; y, en el supuesto de que ella permitiera extender el periodo de visitas, es de su exclusiva responsabilidad por situaciones específicas, y no debe entenderse como un acto de anulación tácita del acuerdo conciliatorio, ya que para ello existen las vías correspondientes.

Además, si tenía conocimiento de que la madre del menor desnaturalizó dicho acuerdo conciliatorio, debió manifestarlo o dejar constancia ante la autoridad respectiva, lo cual no hizo. Por lo tanto, tampoco existe suficiencia probatoria respecto a esta segunda justificación alegada para no devolver al menor a su madre. Análisis realizado que coincide con el razonamiento y los argumentos expedidos en las sentencias de primera y segunda instancia.



Decimoquinto. Por otro lado, en relación con el tema planteado por la defensa en su recurso de nulidad, que motivó la concesión del recurso impugnatorio vía queja excepcional, está referido a que en autos el imputado recurrente presentó dos escritos introduciendo alegatos y pruebas que no fueron analizados ni valorados por las instancias de mérito. Estos son:

- 15.1.** Escrito del ocho de junio de dos mil dieciocho (foja 271), en el que adjunta fotos de su hijo en su colegio y el cuaderno de control respectivo.
- 15.2.** Escrito del trece de julio de dos mil dieciocho (foja 300), en el que se solicita que se le absuelva por consentimiento de la agraviada, conforme al numeral 10 del artículo 20 del Código Penal, debido a que él y su familia cuidaron del menor permanentemente desde el dos mil trece.

Decimosexto. Uno de los reclamos planteados incide en que dichos escritos no fueron anexados al cuaderno principal, pese a que los presentó antes de la expedición de la sentencia de primera instancia. También indicó que estos fueron más bien agregados al cuaderno de embargo, por lo que nunca fueron valorados adecuadamente (conforme se puede apreciar de la toma fotográfica que adjuntó a su escrito de apelación de foja 319).

Sin embargo, luego de la revisión detallada del expediente elevado a esta instancia para su análisis, se aprecia que, aunque ambos escritos sí obran en el cuaderno principal, al revisar las fojas previas y posteriores se encuentran refoliadas, lo cual evidencia su incorporación al expediente ya sea en forma tardía o posterior.

Igualmente, respecto al escrito del ocho de junio de dos mil dieciocho, se aprecia que el orden de los folios también se encuentra desordenado y que únicamente obran las fotografías del menor en su colegio, pero en ninguna parte se encuentra el cuaderno de control.

Decimoséptimo. Al respecto, el Colegiado Superior, al expedir la sentencia de vista, ya se pronunció (foja 353) y confirmó la sentencia de primera instancia, señalando lo siguiente:

La defensa del procesado sostiene que, ausencia de escritos de fecha 08 de junio del 2018 donde adjunta fotografías de su menor hijo en su centro educativo y agendas de control que acredita que viene estudiando a dos cuadras de su casa desde el año 2014; y escrito del 1 de julio del año en curso, en que se establece que la progenitora del menor jamás tuvo de manera permanente al menor (agravio i) Al respecto, tenemos que en relación al escrito del 08 de julio del año en curso, si es verdad se encuentra adjunta dicho escrito a foja 334, más su contenido fue anexado a fojas 277 (agendas y tomas fotográficas) antes de la emisión de la sentencia; en relación al escrito del 1 de julio del presente año, fue anexado con posterioridad a la impugnada; sin embargo, se le otorgó el uso de informar



oralmente ante la juzgadora, diligencia que según el acta de constatación a folios 293, acredita que no concurrió; de otro lado, apreciaciones del tenor del escrito aludido gran parte hace un resumen de las diligencias llevadas a cabo en el proceso, por lo que consideramos que no se le ha vulnerado derecho de defensa alguno del procesado.

Si bien lo analizado por la Sala contiene una motivación que puede ser aparente e insuficiente para dar respuesta a los agravios del recurrente por cuanto el hecho de que su defensa no concurriera a informar sobre dichos alegatos en nada justifica que los órganos de instancia valoren y respondan sus alegatos.

De este modo, tal y como se señaló en la ejecutoria suprema que declaró fundada la queja excepcional, sí se aprecia una vulneración de los derechos de defensa, la prueba y la motivación del procesado por dicha falta de respuesta y evidente error (y se evidencia más ello al apreciar que hasta consideraron erróneamente la fecha del segundo escrito del trece de julio, habiendo colocado "1 de julio").



Decimoctavo. No obstante, de la verificación de la afectación en perjuicio de los derechos del recurrente, este Colegiado Supremo, como máxima instancia jurisdiccional de justicia del país, tiene el deber y potestad de apreciar todas las pruebas en su conjunto y puede, en dicho estado, realizar un análisis de fondo sobre el contenido y el sentido de los escritos presentados para decidir si estos representan suficiencia probatoria para acreditar su tesis defensiva o si, por el contrario, resultan irrelevantes para la determinación de la materialidad de los hechos.

De este modo, sobre el primer escrito, se tiene que tanto las fotografías del menor agraviado que aparece en su colegio como el cuaderno de agenda de este no resultan trascendentes para su justificación del hecho cometido por el acusado, puesto que ellos

solo acreditarían que el menor acudía a su colegio, que está ubicado cerca de la casa del reclamante; pero bajo ningún aspecto demuestran la necesidad de este para incumplir los acuerdos suscritos en el acta conciliatoria y apartar al menor de su progenitora, reteniéndolo indebidamente hasta la fecha.

En cuanto al segundo escrito con el que solicita su absolución por considerar que en el caso de autos se acredita la causal de justificación por el consentimiento de la madre del menor, nos remitimos a lo señalado en los considerandos precedentes, en los que hicimos mención y desarrollo sobre cada uno de ellos.

Decimonoveno. Por lo tanto, del análisis de fondo de los escritos del recurrente que, efectivamente, no fueron valorados por los órganos de instancia, la Corte Suprema concluye que estos no resultan de trascendencia para sustentar su teoría del caso y eximirlo de responsabilidad de la retención indebida del menor hasta la fecha, que fue materia de denuncia por la agraviada. En consecuencia, se deberá ratificar la sentencia de vista que confirmó la de primera instancia que emitió el fallo reservando la condena contra el procesado por el delito de sustracción de menor, al haberse acreditado suficientemente que el imputado mantuvo retenido a su hijo sin devolverlo a su madre en contra del acuerdo extrajudicial que lo compelmía, y se descarta su argumento de que exista causal de justificación o exculpación debidamente acreditada que lo ampare.

Vigésimo. Finalmente, conforme se ha descrito, se advierte la existencia de irregularidades y faltas graves en la tramitación de la presente causa sobre los escritos y anexos presentados por el recurrente que no fueron glosados en forma oportuna en el expediente y tampoco fueron advertidos ni valorados por los órganos



de instancia, por lo que se deberán remitir copias a la OCMA para los fines correspondientes.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista del siete de septiembre de dos mil dieciocho, que confirmó la de primera instancia del veintiséis de julio de dos mil dieciocho, que reservó el fallo condenatorio contra **Jesús Abel Milla Chávarry** como autor del delito contra la familia-atentado contra la patria potestad en la modalidad de sustracción de menor, en perjuicio de [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED] bajo reglas de conducta por doce meses y fijó en S/ 500 (quinientos soles) la reparación civil que deberá pagar en el plazo de tres meses.
- II. **ORDENARON** la remisión de copias del presente expediente a la OCMA, conforme a lo expuesto en esta ejecutoria suprema para los fines de ley. Y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CE/ran

