

Principio de legalidad

Sumilla: la conducta desplegada por el agente debe estar debidamente descrita en el tipo penal imputado.

Norma: art. II del Título Preliminar del Código Penal.

Palabras clave: principio de legalidad, lex certa, mandato de determinación, atipicidad.

Lima, veinte de octubre de dos mil quince.-

I. VISTOS

El recurso de nulidad interpuesto por la **Procuraduría Pública Especializada para Delitos de Terrorismo del Ministerio del Interior** contra la sentencia - fojas 1342 - del catorce de enero de dos mil catorce, que absolvió a Néstor Máximo Asparren Gómez, Darío Victoriano Martínez Marín y Yola Cesárea Garcés Olivera de la acusación fiscal por el delito contra la tranquilidad pública - colaboración con el terrorismo - inc. "b" del art. 4 del Decreto Ley 25475 - en agravio del Estado. De conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal. Interviniendo como ponente el señor juez supremo Villa Stein.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

La Procuraduría Pública Especializada para Delitos de Terrorismo del Ministerio del Interior en su recurso de nulidad fundamentado a fojas 1364, argumenta que:

1. No se ha valorado correctamente las pruebas actuadas en el proceso como son la declaración del testigo identificado con código N° 0054-2009 y la declaración de los propios acusados que aceptaron haber realizado actos de colaboración a favor de los miembros de la organización terrorista Sendero Luminoso.
2. El Colegiado Superior ha aplicado incorrectamente la institución de descargo de la responsabilidad penal por miedo insuperable, pues no se ha acreditado tal estado en los procesados al momento de los hechos.

IMPUTACIÓN FÁCTICA – hechos –

De acuerdo a la acusación fiscal – fojas 1044 – se imputa a los procesados actuar como colaboradores de la organización terrorista Sendero Luminoso (en adelante OT-SL), realizando sus acciones de apoyo en el anexo de Potrero, Distrito de Santo Domingo de Acobamba, provincia de Huancayo, departamento de Junín desde el año 2006 hasta el momento de su intervención en septiembre de 2009. Siendo que Néstor Máximo Asparren Gómez, como propietario de una tienda de abarrotes ubicada en la plaza principal del anexo de Potrero, abastecía de víveres a los delincuentes terroristas, además de ayudarles a cargar las baterías de sus celulares cuando se encontraban en su localidad. Asimismo, Darío Victoriano Martínez Marín, como propietario de una tienda de abarrotes con teléfono público, ubicada en la plaza principal de Potrero, también ayudaba en la entrega de víveres y permitía que los elementos subversivos realicen llamadas para comunicarse entre ellos, mediante tarjetas telefónicas, además de comunicarles los movimientos de las fuerzas del orden por la localidad. Finalmente, Yola Cesárea Garcés Olivera, al ser propietaria de un restaurante en la feria de Huachicnapata, habitualmente proveía de alimentos cocidos para los miembros de la OT-SL, entregándoles inclusive comida para llevar a los integrantes de dicha organización criminal.

II. CONSIDERACIONES DEL SUPREMO TRIBUNAL

1. El recurrente consigna como uno de sus agravios el que el Tribunal Superior no haya valorado positivamente la declaración del colaborador eficaz con código N° 0054-2009. Sin embargo, tal como se aprecia de la motivación de la sentencia venida en grado, ese medio probatorio no pudo ser apreciado por cuanto no se cumplió con las exigencias del procedimiento de colaboración eficaz.
2. En efecto, la declaración de un testigo de esta naturaleza – colaborador eficaz – está sujeta al cumplimiento de las exigencias normativas que la regulan. En

el presente caso, el Ministerio Público negó el beneficio de colaboración eficaz al mencionado testigo, y por lo tanto no se puede valorar como prueba – testimonio del colaborador eficaz – si no se ha obtenido con observancia de la norma legal que prevé el modo en que se logra so pena de vulnerar el principio de legalidad que rige la actividad probatoria¹, y el debido proceso en su faz formal.

3. Por otro lado, se observa que la Sala Penal Superior, con gran acierto, califica los hechos imputados como atípicos. El principio de legalidad que rige al Derecho Penal tiene cuatro manifestaciones, dentro de las cuales se cuenta el mandato de determinación – *lex certa* – por el cual se exige que la conducta punible esté descrita en la ley penal para poder ser sancionada² tal como lo prescribe el artículo II del Título Preliminar del Código Penal³.

4. El Derecho Penal como sistema de control social, necesita para diferenciarse de otros medios de control social del principio de legalidad, y con especial énfasis, del mandato de determinación que de este deriva. La predeterminación precisa de la conducta punible es lo esencial del Derecho Penal en su condición de sistema de control social⁴.

5. Así las cosas, la tipicidad exige que la conducta desplegada por el agente configure el riesgo jurídicamente desaprobado establecido en la ley penal, que en el caso del delito de colaboración al terrorismo está contenida en el literal "b" del artículo 4 del Decreto Ley 25475 – de conformidad con la acusación fiscal – cuyo texto prescribe:

¹ La actividad probatoria se rige por el principio de legalidad en cuanto a que la norma prevé cómo se debe probar. Eso no debe confundirse con la libertad de prueba, por la cual las partes pueden elegir con qué probar. Respecto al principio de legalidad en la actividad probatoria Cfr. Montero Aroca, Juan. "Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)". En: Montero Aroca, Juan (director), y otros. *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 53.

² Cfr. García Cervera, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. Segunda edición. Lima: Jurista editores, 2012, p. 146 y siguientes.

³ Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

⁴ Cfr. Villa Stein, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. Cuarta edición. Lima: Ara editores, 2014, p. 123-125.

Artículo 4.- Colaboración con el terrorismo Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años, el que de manera voluntaria **obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios o realiza actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos comprendidos en este Decreto Ley o la realización de los fines de un grupo terrorista.**

Son actos de colaboración:

b. La **cesión o utilización** de cualquier tipo de alojamiento o de otros medios susceptibles de ser **destinados a ocultar personas o servir de depósito para armas, explosivos, propaganda, víveres, medicamentos, y de otras pertenencias relacionadas con los grupos terroristas o con sus víctimas.**

6. Tal como se puede advertir de la simple lectura de la norma penal objeto de acusación, la acción típica contenida en su primer párrafo puede consistir en *obtener, recabar, reunir o facilitar* de modo voluntario. El adverbio "voluntario", como todo elemento descriptivo del tipo⁵, exige su presencia en los hechos para que la conducta del sujeto penetre el tipo penal conforme al principio de legalidad en su vertiente del mandato de taxatividad de la norma -*lex certa* -.

7. Sin embargo, se advierte que como única prueba de este hecho, la voluntariedad del sujeto, se tiene la declaración de los mismos procesados. Si se toma como verdaderas sus declaraciones, naturalmente se tiene que reconocer ese carácter al íntegro de las mismas, pues resultaría arbitrario considerar verdadero aquello que les incrimina; y falso a aquello que los exculpa siendo la fuente de prueba su propio testimonio.

8. En este orden de ideas, se observa que si bien los procesados aceptan haber brindado víveres a los encausados, era una asistencia brindada por miedo a las represalias que contra ellos podían tomar los delincuentes si no accedían a sus solicitudes. En este contexto, si bien se tiene por probado que aportaron alimentos a los subversivos, no fueron actos voluntarios. Y al ser la voluntariedad una exigencia de la tipicidad del delito imputado, los hechos resultan atípicos.

⁵ Por elementos descriptivos del tipo penal se entienden "aquellos que refieren hechos de realidad natural, observable o deducible". Villa Stein, Javier. *Derecho Penal* ob. cit., p. 287.

9. El mismo argumento, referido al mandato de taxatividad se puede esgrimir en lo que al inciso "b" del tipo penal se refiere. Toda vez que la conducta típica en este supuesto es el ceder o utilizar algo para el alojamiento o almacenamiento, en este caso, de víveres. Sin embargo se observa de los mismos hechos imputados, que el vender o dar alimentos y servicios de telefonía, además por temor, no configura la conducta vetada por la norma penal.
10. En atención a lo expuesto, al haberse comprobado que la conducta de los procesados es atípica, resulta innecesario emitir pronunciamiento sobre cualquier otro tema por ser irrelevante para lograr la solución al caso concreto. Toda vez que la sentencia impugnada falló absolviendo a los procesados, y siendo que esta es la solución jurídica correcta para el presente caso, se impone la confirmación de la misma.

III. DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** la sentencia - fojas 1342 - del catorce de enero de dos mil catorce, que absolvió a Néstor Máximo Asparren Gómez, Darío Victoriano Martínez Marín y Yola Cesárea Garcés Olivera de la acusación fiscal por el delito contra la tranquilidad pública - colaboración con el terrorismo - inc. "b" del art. 4 del Decreto Ley 25475 - en agravio del Estado; y los devolvieron. Interviene el señor juez supremo Príncipe Trujillo por impedimento del señor juez supremo Loli Bonilla.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VS/jdtr

5

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

06 ABR 2016