



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

SENTENCIA CASATORIA

Lima, quince de julio de dos mil trece.-

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesto por la defensa técnica de la encausada Francisca Correa Montenegro contra la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil once, de fojas ciento cincuenta y siete, que confirmó la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, de fojas noventa y cuatro, que la condenó como cómplice del delito contra la Libertad, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R., y revocó el extremo que le impuso treinta años de pena privativa de libertad y reformándola, le impusieron diez años de pena privativa de libertad.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Que, llevado a cabo el proceso penal, el Fiscal Provincial Penal Corporativo de Jaén, por requerimiento fiscal del diecisiete de marzo de dos mil once -fojas quince- solicitó se imponga treinta años de pena privativa de libertad a los encausados Gilberto Castillo Díaz, como autor y **Francisca Correa Montenegro**, a título de cómplice primaria, por el presunto delito contra la libertad sexual, violación sexual de menor, ilícito previsto y sancionado en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del código Penal, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R., así como el pago de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 367-2011
LÁMBAYEQUE

5 cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil de manera solidaria a favor de la menor antes referida.

1.2. Así, por resolución del veintisiete de mayo de dos mil once -fojas treinta- se dictó auto de enjuiciamiento, llevándose a cabo el juicio oral contra la encausada Francisca Correa Montenegro, pues el encausado Castillo Díaz fue declarado reo contumaz; y concluidos los debates orales, se emitió sentencia el trece de julio de dos mil once -fojas noventa y cuatro-, que falló condenado a la antes referida, como cómplice primaria del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en el artículo ciento setenta y tres segundo párrafo del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R. a treinta años de pena privativa de la libertad, y fijó la suma de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de dicha menor.

1.3. Leída la sentencia en audiencia privada, la condenada interpuso recurso de apelación dentro el plazo de ley, fundamentándola por escrito del veinte de julio de dos mil once -fojas ciento veintiuna- y concedido el mismo, por resolución del veinte de julio de dos mil once -fojas ciento veintiocho- se elevaron los autos al Superior jerárquico, donde se señaló fecha para llevar a cabo la audiencia de apelación de sentencia.

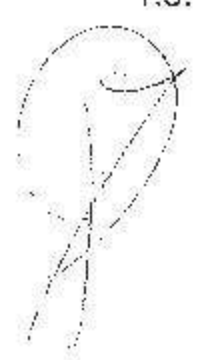
1.4. Que, llevada a cabo la audiencia de apelación, se emitió sentencia de vista el veintisiete de setiembre de dos mil once -fojas ciento cincuenta y siete-, de cuyo análisis se desprende que a criterio del A quem el grado de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

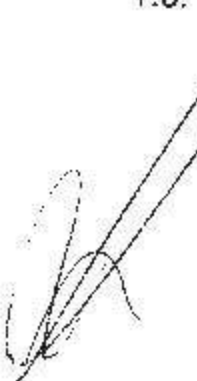
CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE



complicidad de la imputada sólo fue secundario, pues si bien colaboró en alguna de las oportunidades que el imputado Castillo Díaz ultrajó a la menor agraviada, la conducta desplegada por dicha imputada no fue determinante para la realización del hecho punible, razón por la cual consideró necesaria la graduación de la pena impuesta primigeniamente; de esta manera, confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a la acusada Correa Montenegro, como cómplice, y revocó la pena impuesta de treinta años y reformándola se le impuso diez años de pena privativa de libertad.



1.5. Leída la sentencia de vista en audiencia privada, la encausada Correa Montenegro interpuso recurso de casación, dentro del plazo señalado en la ley procesal, y fundamentado por escrito del once de octubre de dos mil once -fojas ciento sesenta y cuatro- invocando como causal el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, motivo por el cual por resolución del trece de octubre de dos mil once -fojas ciento setenta y uno- la Sala Descentralizada y de Apelación de Jaén concedió el recurso de casación, disponiendo se eleven los autos al Supremo Tribunal.



1.6. Elevados los autos a este Supremo Tribunal, con fecha siete de noviembre de dos mil once, y cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, por Ejecutoria Suprema del veinticuatro de febrero de dos mil doce -fojas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, en uso de sus facultades, declaró inadmisble el recurso de casación por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

la presunta causal prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, y declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal,

7. Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, que se llevará en audiencia privada, con las partes que asistan.

II. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

- 2.1. Como se estableció por Ejecutoria Suprema del veinticuatro de febrero de dos mil doce -fojas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación de la Ley penal, al considerar un interés casacional a fin que se determine si el sustento fáctico de la conducta imputada en la acusación fiscal se enmarca en el delito de violación sexual en grado de complicidad primaria o secundaria, conforme al inciso cuarto de artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal y por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del citado texto legal,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

III. GRADOS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LA COMPLICIDAD:

3.1. La descripción de un hecho típico está pensada originalmente en la comisión unitaria de ese suceso. Vale decir, que se construye en torno a la realización individual del hecho delictivo. No obstante, la realidad demuestra que un delito no sólo puede ser obra de una persona, sino que puede ser atribuido a un colectivo de intervinientes.

3.2. Nuestro Código Penal distingue dos formas de intervención: la autoría y participación. En torno a la primera caben la figura de la autoría directa, mediata, la coautoría y la inducción (tradicionalmente conocida como autoría intelectual). En torno a la segunda sólo caben la complicidad primaria y la complicidad secundaria.

3.3. No existe una diferencia establecida en el Código Penal en torno a que debe entenderse por autoría y que ha de entenderse por complicidad. De ahí que es necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia para establecer una diferenciación entre ambos niveles de intervención.

3.4. En primer lugar, puede adoptarse la teoría del injusto único de intervención. Según esta teoría no existe una distinción, a efectos de la configuración del injusto, entre la autoría y la participación. Ambas categorías sólo serán diferenciables al momento de la determinación de la pena, siendo que el autor recibirá una mayor pena y el cómplice una menor.

3.5. Debido a que la autoría y la participación no son relevantes a efectos de la configuración del injusto, el criterio de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 367-2011
LAMBAYEQUE

diferenciación entre ambas no es de carácter cualitativo, sino que es cuantitativo. En ese sentido, será autor, aquel sujeto cuyas contribuciones hubieran sido más importantes para la realización del hecho delictivo; asimismo, por contraposición, aquella persona que hubiera realizado aportes menos relevantes será considerado partícipe.

3.6. Una consecuencia adicional de adoptar esta teoría es que desaparece la accesoriedad, como criterio fundamentador de la responsabilidad del partícipe.

3.7. En segundo lugar, tenemos las teorías restrictivas, las cuales han sido acogidas en este Supremo Tribunal y el Tribunal Constitucional, que son las que adoptamos; siendo ilustrativa al respecto la sentencia Nº 1805-2005- HC/TC, Lima, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005, en el que el Tribunal Constitucional toma partido por una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, definiendo quién es autor y quién es partícipe; con este fin, se afilia a la teoría del dominio del hecho, según la cual, por un lado, es autor quien ostenta dominio sobre el resultado del hecho, y, por otro, es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. En esta línea de desarrollo, el TC se pronuncia acerca del fundamento de la responsabilidad penal del partícipe, afirmando que este responde por brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. De esta forma, el Supremo interprete de la Constitución recoge una posición doctrinal de larga tradición, y que, además, ha servido de fundamento para gran parte de los pronunciamientos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

**CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE**

judiciales de los últimos años¹², teoría que conforme detallaremos, debe ser considerada como punto de inicio para el análisis sobre el tópico sub examine, para luego ser complementada por criterios provenientes de las teorías normativistas, dada la objeción

¹ Subraya el Tribunal Constitucional que, "No obstante, es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un iter procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco teórico-jurídico de las formas de intervención delictiva.

El Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva: la autoría y la participación.

El artículo 23.º de Código Sustantivo establece que "[E]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometen conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción". A su vez, distingue tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí misma el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros.

La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a "[a]quel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo" (Derecho Penal Alemán, Parte General, Edición 11ª Editorial Jurídica, 1976, p. 143). Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive.

En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arribe al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho.

Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuya accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución."

² En esta misma línea argumental, se tiene la sentencia del 6 de junio de 2005, recaída en el expediente N° 4118 - 2004-HC/TC, cuyos criterios en los que se funda esta sentencia: "tienen efectos vinculantes para todos los operadores jurídicos conforme al artículo 6 del título preliminar del Código Procesal Constitucional"; criterios que sintetizamos a continuación: I.- "La participación delictiva se encuentra prevista en el capítulo IV, Título Segundo, del Libro Primero de nuestro Código Penal. Las formas de participación reconocidas en nuestro Código Penal son dos: la inducción y la complicidad"; y II.- "La participación delictiva es un ilícito penal regulado en la Parte General del Código. Debido a que los tipos penales suelen estar redactados en función de su autor, la participación delictiva viene a ampliar los alcances del tipo legal para comprender aquellas conductas delictivas que no corresponden a la autoría, incorporándose la complicidad y la inducción".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 367-2011
LAMBAYEQUE

a la teoría del dominio del hecho al "estar anclad(a) en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido, fundamentalmente social – normativo"³.

3.8. De estas, es la teoría del dominio del hecho la que mayor acogida ha tenido. Según esta teoría será autor quien tenga el dominio del suceso delictivo. De otro lado, el partícipe, será aquel que ayude a la realización del tipo, sin tener el dominio del hecho. Es necesario resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede.

3.9. La complicidad, es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que sólo es ejercido por el autor del delito.

3.10. Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de **complicidad primaria** aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos.

3.11. De otro lado, la **complicidad secundaria** se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. Es el caso de

³ Mir Puig, Derecho Penal. Parte general, cit., p. 366, citado por el Maestro San Marquino Javier Villa Stein en su obra Derecho Penal – Parte General, Tercera Edición aumentada y actualizada, Grijley, Lima 2008, p.315.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

3 *aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco de la llegada de la policía.*

8 3.12. La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta -objetivamente típica- también puede ser imputada subjetivamente.

9 3.13. En el análisis subjetivo tiene que determinarse si la conducta fue realizada o no de forma dolosa. Nuestro Código Penal sólo admite la posibilidad de una participación dolosa, distinto a lo que prevé la doctrina. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito.

10 3.14. Estando a los fundamentos esgrimidos, podemos arribar a la conclusión que existen conductas desarrolladas por algunos sujetos que si bien pueden evidenciar una forma de aporte para la perpetración de un hecho, lo cual significaría que estamos ante un acto objetivo de complicidad; sin embargo, luego de realizado el análisis objetivo, debe establecerse el análisis subjetivo, buscando concretamente determinar si el aporte fue realizado de manera dolosa, para los efectos de arribar a la conclusión de si aquel aporte alcanzan una responsabilidad penal.

11 **IV. LA PRUEBA DEL DOLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

4.1. La imputación subjetiva se centra en determinar si el autor actuó con dolo, entendido como el conocimiento exigido al sujeto según su rol en un caso concreto; y, culpa, entendida como el no conocer que la acción es delictiva, pero que es posible de exigir en función a la posición del imputado en el contexto de la acción por él realizada.

4.2. Un error común al momento de evaluar el elemento subjetivo del delito es obviar su prueba, y dar por supuesto o probado el elemento subjetivo. Ello puede constatare al observar una resolución y analizar que el Juzgador centra todos sus argumentos en la imputación objetiva, descuidando la argumentación en el plano subjetivo.

4.3. La prueba del dolo en el proceso penal va de la mano del concepto que se tenga de dolo. Si se parte de considerar un concepto eminentemente subjetivo de dolo (que ponga un énfasis en el elemento volitivo), entonces existirá un serio problema de prueba, porque no es posible -al menos no con los métodos de la ciencia técnica actual- determinar que es aquello que el sujeto deseó al momento de realizar la acción.

4.4. El problema de la prueba del dolo será distinto en el caso de que el concepto sea de corte normativo. Ya no se buscará determinar el ámbito interno del procesado, sino que el énfasis se centrará en la valoración externa de la conducta, vale decir, en la imputación.

4.5. En una concepción normativa del dolo, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito.

4.6. Por ejemplo, si un policía tiene un arma y dispara a un delincuente en la cabeza, de forma innecesaria más aún cuando el delincuente estaba desarmado, podríamos considerar que estamos frente a un hecho doloso. En este caso, el policía sabe que el disparo que el realiza tendrá como efecto la muerte de la persona.

4.7. Tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica⁴. En el dolo, la relación es directa tanto en lo causal como en lo culpable, por ello el agente conoce el resultado delictivo y lo quiere, para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente.

4.8. En ese sentido, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración; que la ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad.

4.9. En consecuencia, estando a los argumentos antes esgrimidos este Supremo Tribunal considera que debe establecerse como doctrina jurisprudencial que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o

⁴ Ragués i Valle Ramón, Consideraciones sobre la prueba del Dolo, Revista de Estudios de la Justicia N° 4 año 2004.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 367-2011
LAMBAYEQUE

segundaria, deberá analizarse si la conducta desplegada por él imputado en cada caso concreto al cooperar o prestar colaboración ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

4.10. Siendo así, en el caso de autos se advierte que a Correa Montenegro se le imputó el delito de violación sexual, en grado de **cómplice primaria**; argumentando que la menor de iniciales R.N.S.N. fue ultrajada por Gilberto Castillo Díaz (reo contumaz), en varias oportunidades, entre ellas en su domicilio, en el cementerio y en tres de dichas oportunidades las relaciones sexuales se consumaron en el inmueble de la referida encausada. Bajo el grado de complicidad primaria es que se le procesó y finalmente en la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once -fojas noventa y cuatro- se le condenó a treinta años de pena privativa de libertad; sin embargo, en vía de apelación, llevada a cabo la audiencia respectiva, la Sala Superior emitió sentencia el veintisiete de setiembre de os mil once -fojas ciento cincuenta y siete- en la cual se arribó a la conclusión que la conducta desplegada por la encausada era en grado de complicidad secundaria mas no primaria, motivo por el cual se procedió a reformar el extremo de la pena en atención al segundo párrafo del artículo veinticinco del Código Penal, imponiendo la sanción de diez años de pena privativa de libertad.

Desde nuestra perspectiva, y sobre la base de la teoría del dominio del hecho, complementada con los criterios provenientes de la imputación objetiva - superando una perspectiva ontológica -, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

conducta objetivamente resulta inocua y neutral para el derecho penal.

4.11. Por otro lado, desde una perspectiva subjetiva de la conducta, debemos afirmar la proceda no actuó dolosamente. Efectivamente, no existe prueba suficiente para determinar que la encausada habría prestado su vivienda con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal entre el encausado y la agraviada. La versión de la menor acredita que dos de las siete ocasiones donde sostuvo relaciones sexuales fueron en la casa de la encausada Correa Montenegro, mas no que ella tenía conocimiento de que su vivienda sería utilizada por el encausado para sostener relaciones sexuales con la menor agraviada.

4.12. En consecuencia, es evidente que en el caso concreto se efectuó una errónea aplicación del artículo veinticinco del Código Penal, relativo a que tanto el Juzgado Unipersonal como las Salas Superiores, únicamente deben aplicar el artículo veinticinco del Código Penal, siempre y cuando de la conducta desplegada por el procesado se establezca no sólo que prestó algún tipo de auxilio o asistencia para la realización de un hecho ilícito, sino además que se logre acreditar que aquella contenga como elemento subjetivo el dolo (conocimiento de que la acción realizada era ilícita).

4.13. Cabe indicar que en el caso sub examine se ha producido una votación en mayoría, por lo tanto, se ha resuelto los de la materia, de conformidad con el artículo cuatrocientos treinta y uno inciso cuarto *in fine* del Código Procesal Penal.

IV. DECISIÓN:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

Por estos fundamentos: Declararon **por mayoría**:

I. FUNDADO el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación del artículo veinticinco del Código Penal; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil once, de fojas ciento cincuenta y siete.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, de fojas noventa y cuatro, que condenó a Francisca Correa Montenegro como cómplice del delito contra la Libertad, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R.; reformándola: la **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el delito y agravado en mención;

III. DISPUSIERON: la anulación de sus antecedentes penales y judiciales que se hubieran generado como consecuencia del presente proceso y el archivo definitivo de la presente causa;

IV. ORDENARON su inmediata libertad, siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado por autoridad competente; **oficiándose** vía fax con tal fin a la Sala Superior correspondiente, para los fines consiguientes.

V. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial, que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, en cada caso concreto, deberá analizarse la conducta del imputado desde la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

perspectiva de los criterios de imputación objetiva, teniendo punto de inicial para el análisis, la teoría del dominio del hecho.

VI. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el diario oficial El Peruano, de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber.

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

PRINCIPE TRUJILLO

ROZAS ESCALANTE

18 8 MAR 2014

Dr. Luis Jorge Ojeda Baragorda
Secretario de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 367-2011
LAMBAYEQUE

**EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZ SUPREMO BARRIOS ALVARADO ES
COMO SIGUE:**

 PRIMERO: Como se estableció por la ejecutoria suprema del veinticuatro de febrero de dos mil doce -fojas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; por errónea interpretación de la ley penal, al considerar de interés casacional que se determine si el sustento fáctico de la conducta imputada en la acusación fiscal se enmarca en el delito de violación sexual en grado de complicidad primaria o secundaria. Conforme al inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del citado texto legal.

SEGUNDO: En el caso de autos se advierte que a la encausada Francisca Correa Montenegro, en primera instancia, se le condenó por el delito de violación sexual, en grado de **cómplice primaria** a treinta años de pena privativa de libertad; sin embargo, en vía de apelación se determinó que su conducta constituiría una **complicidad secundaria**.

TERCERO: La complicidad constituye la segunda forma de participación reconocida en el derecho penal peruano, cuya regulación se encuentra estipulada en el artículo veinticinco del Código Penal que prevé: *"El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

prevista para el autor. A los que de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena". Dicho aquello, la complicidad puede considerarse como una forma de participación criminal en donde caben a modo de "cajón de sastre"⁵ todo auxilio, ayuda o cooperación intencional para la realización de un delito doloso que no constituye autoría, coautoría o autoría mediata.

CUARTO: La complicidad constituye un incremento de riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico⁶. Usualmente también se la define como la cooperación en un hecho punible cometido dolosamente por otro, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro⁷ que se consuma o al menos queda en la fase de la tentativa.

QUINTO: En ese sentido, la ley distingue dos niveles o grados de complicidad convirtiéndolos en indispensables y no indispensables⁸. La calidad del aporte dependerá siempre de su naturaleza imprescindible y su eficacia en la lesión del bien jurídico; sin embargo, el valor central del aporte no deja de vincularse al desarrollo del proceso de ejecución del delito. Así, la **cooperación necesaria o complicidad primaria** sólo será posible en la etapa preparatoria, antes del principio de ejecución (tentativa); en tanto, de otro modo aquella cooperación se convertiría en coautoría. La **complicidad secundaria, o simple**, por tratarse de un mero auxilio o asistencia, como prescribe la ley peruana, puede

⁵ GÓMEZ BENTES, JOSÉ: Teoría Jurídica del Delito; p. 533.

⁶ ROXIN, CLAUDIUS: ¿Qué es la complicidad?; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 403.

⁷ WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 170.

⁸ SOLER SEBASTIÁN; Derecho Penal Argentino; T. II; p. 277.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

realizarse tanto en la fase preparatoria del delito como en la ejecutiva hasta la consumación.

SEXTO: Ambas formas de complicidad comportan una participación en un hecho delictivo ajeno mediante acciones que se caracterizan por no tener un dominio del hecho. La distinción entre una y otra clase de complicidad debe producirse sobre la base de criterios fundamentalmente objetivos e imparciales, que tengan en cuenta la naturaleza o el valor del aporte o la importancia objetiva y/o eficiencia de la cooperación.

Séptimo: Bajo este contexto, la conducta desplegada por Doña Correa Montenegro si tiene relevancia penal, toda vez que: *"Esencialmente el partícipe no tiene ninguna manera de dominio del hecho"; siendo así, sus actos no lesionarán el bien jurídico, sin embargo, su responsabilidad penal se justifica en razón a que contribuye a poner en peligro al bien jurídico que será lesionado por el autor¹⁰"*

OCTAVO: Es decir, la condena impuesta a la encausada Correa Montenegro encuentra su fundamento en que contribuyó de manera determinante a poner en peligro el bien jurídico, pues con su aporte se logró la perpetración del ilícito penal, conforme lo ha detallado la sentencia al pronunciarse respecto a lo señalado por la menor agraviada: *"... sabe que el señor Gilberto la ha violado, que a llegado a su casa de la señora sola, porque ella le decía para ir y estar ahí y luego llegaba el señor Gilberto y*

⁹ Nilo Batista, 1979, Pág. 120-121, Concurso de agentes, Editorial Liber Juris, Río de Janeiro.

¹⁰ Berdugo, 1999, Pág. 326, citado por Felipe Villavicencio Terreros en Derecho Penal-Parte General, Pág. 493 cuarta reimpresión, enero 2013, editorial Grijley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

la señora lo consentía, eso fue en el dos mil nueve, durante los meses de enero, marzo y junio..." "... que era Francisca quien le decía para hacer con el señor, esto es para tener relaciones con el señor, Gilberto aceptada y la declarante también porque él le ofrecía plata, una vez le dio diez soles..." sic; hecho probado que objetivamente demuestra aporte de la inculpada en el hecho delictual del autor.

NOVENO: Ahora bien, para determinar si la participación de Correa Montenegro fue a título de cómplice primario o secundario, se debe de establecer la relevancia del aporte en la comisión del delito, sin la cual no se hubiera concretado y el momento en el que se presenta la contribución.

[Handwritten signature] **DÉCIMO:** En el caso concreto se determinó que el hecho delictivo -violación sexual- fue llevado a cabo en varias oportunidades, dos de las cuales se dieron en la casa de la encausada, por lo que está plenamente acreditado que la conducta desempeñada por ésta si bien no fue imprescindible para la comisión del delito -ya que se concretó el delito en otras cinco oportunidades sin su ayuda- aportó causalmente a su ejecución.

DÉCIMO PRIMERO: Por tanto, si bien el hecho delictivo se hubiera podido perpetrar sin su ayuda o con ayuda de cualquier otra persona; ello no excluye su responsabilidad respecto de las dos oportunidades en las que prestó apoyo para la comisión del delito, lo único que determina es que su participación para cometer el delito era reemplazable(irrelevante) y si bien la conducta de ayudar al hecho delictivo hubiera podido ser

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

realizado por cualquier otra persona -ya que cualitativamente podría haber sido reemplazada-, en el presente caso su participación fue relevante para la consumación del hecho delictivo, ya que con sus acciones produjo un incremento del riesgo relevante en razón del cual favoreció causalmente la conducta del autor, incrementando incluso las posibilidades de éxito en la comisión del delito de violación sexual, por lo que es susceptible de reproche penal a título de cómplice secundario.

DÉCIMO SEGUNDO: Finalmente, es de precisar que la conducta desplegada por la procesada no es neutral, ya que la misma no es una conducta inocua, cotidiana, ni mucho menos banal, tampoco se encontraba desempeñando un rol en concreto, la conducta de la procesada favoreció a la comisión del hecho delictivo -violación sexual- ya que no sólo autorizó el uso de su inmueble para la consumación del hecho sino que realizó actos concretos para facilitar el encuentro entre el inculpado y la menor agraviada cuando ésta contaba con trece años de edad, actuando dolosamente en su aporte.

DECIMO TERCERO: Que, el artículo quinientos cuatro, inciso dos, del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del aludido Código Adjetivo, y no existen motivos para su exoneración.

DECISIÓN:

Por estas consideraciones **MI VOTO** es porque se declare **EL INFUNDADO** el recurso de casación para desarrollo de doctrina

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

jurisprudencial, por errónea interpretación del artículo veinticinco del Código Penal, interpuesta por Francisca Correa Montenegro contra la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil once, de fojas ciento cincuenta y siete, que confirmó la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, de fojas noventa y cuatro, que la condenó como cómplice del delito contra la Libertad, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R., y revocó el extremo que le impuso treinta años de pena privativa de libertad y reformándola, le impusieron diez años de pena privativa de libertad.

II. CONDENARON al recurrente al pago de las costas por la tramitación del recurso, que serán exigidas por el Juez de la Investigación Preparatoria.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a las partes procesales.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

S.S

BARRIOS ALVARADO



8 MAR 2014



Dr. Luis Jorge Oyeda Barzorda
Secretario de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 367-2011

Lima, quince de julio de dos mil trece.-

AUTOS y VISTOS; y ATENDIENDO: Que, en la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, décimo fundamento jurídico se consigna que *"la presente sentencia en su extremo penal se cumplirá provisionalmente por la naturaleza y gravedad del delito y peligro de fuga de la condenada (...)";* que este hecho indujo a error al Supremo Colegiado al ordenar la libertad de la citada imputada, cuando su situación jurídica era la de reo contumaz con orden de ubicación y captura; que, de conformidad con el artículo 124° del Código Procesal Penal es menester aclarar el extremo decisorio, pues, no se afecta el sentido de la resolución: **ACLARARON** la sentencia del quince de julio de dos mil trece, numeral IV del extremo decisorio, para **ESTABLECER** que en el presente caso no hay orden de libertad respecto de Francisca Correa Montenegro; **MANDARON** que por secretaria se oficie a las autoridades competentes para levantar las órdenes de captura impartidas contra la citada imputada derivadas del presente proceso; **DISPUSIERON** que la presente resolución sea parte de la sentencia, agregándose copia certificada al expediente principal. Oficiese y notifiquese.-

SS

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

svl

10 6 JUL 2013

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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