



Ámbito de la casación

Es menester resaltar que el Colegiado Superior de mérito es libre en la valoración y selección de las pruebas que han de fundar su convencimiento y en la determinación de los hechos que con ellas se demuestren. Tal razonamiento explica que por la vía del recurso de casación no puede instarse nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, quedando excluido todo lo concerniente a la valoración de los medios de prueba y, por ende, a la fijación de hechos. La casación no es una segunda instancia y menos una tercera instancia no prevista constitucional y legalmente; por consiguiente, no se encuentra dentro del ámbito de las competencias de este Supremo Tribunal revalorar la prueba ni juzgar los motivos que formaron la convicción del órgano judicial superior; *a contrario sensu*, sí es objeto de control el proceso lógico seguido por los jueces en su razonamiento, como se ha cumplido en este caso.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintinueve de noviembre de dos mil veintiuno

VISTOS y OIDOS: en audiencia pública, mediante el sistema de videoconferencia, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del acusado **José Eduardo Garay Ruiz** contra el extremo de la sentencia de vista del treinta de enero de dos mil diecinueve (foja 1444), emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la cual declaró nula la sentencia del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, del trece de junio de dos mil dieciocho, que resuelve absolver al antes mencionado de la acusación fiscal formulada en su contra, como autor de delito contra la administración pública en la modalidad de concusión, tipificado por el artículo 382 del Código Penal, en agravio

del Estado, disponiendo se deriven los autos a Mesa de Partes para su redistribución a otro juez penal que, previo nuevo juicio oral, expida nueva sentencia con arreglo a ley; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente la señorita jueza suprema Torre Muñoz.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso en etapa intermedia

- 1.1.** El representante de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima-Quinto Despacho formuló requerimiento acusatorio, el veinticinco de mayo de dos mil dieciséis (foja 81), contra José Eduardo Garay Ruiz, entre otros, en calidad de autor del delito contra la administración pública-concusión, tipificado en el artículo 382 del Código Penal, en agravio del Estado.
- 1.2.** El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima desarrolló la audiencia preliminar, declarando saneada la acusación fiscal contra el recurrente, por el ilícito aludido en el ítem antelado; dictándose así, el veintisiete de marzo de dos mil diecisiete, el auto de enjuiciamiento respectivo, donde fueron admitidos medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público, haciendo suyos los mismos, tanto el actor civil como el procesado Augusto Isidoro Yangali Espinoza, además de ordenarse remitir los autos al Juzgado Penal de Lima, encargado del juicio oral (foja 960).

Segundo. Itinerario del juicio oral en primera instancia

- 2.1.** Recibidos los autos por el Cuarto Juzgado Unipersonal de Lima, mediante Resolución número 1, del veintidós de mayo de dos mil

diecisiete, se convocó a las partes procesales a la audiencia de juicio oral para el catorce de julio de dos mil diecisiete, materializándose su desarrollo en varias sesiones, arribando así a la de lectura de sentencia que atañe al casacionista, el trece de junio de dos mil dieciocho, conforme consta en acta (foja 1281).

- 2.2.** En uno de los extremos de la sentencia aludida (foja 1210) se absolvió de la acusación fiscal a José Eduardo Garay Ruiz como autor del delito contra la administración pública en la modalidad de concusión, previsto en el artículo 382 del Código Penal, en agravio del Estado.
- 2.3.** Contra la citada decisión, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación (foja 1286), concedido por Resolución número 21, del veintidós de junio de dos mil dieciocho (foja 1351), disponiéndose la elevación de los autos al superior jerárquico.

Tercero. Itinerario del proceso en instancia de apelación

- 3.1.** Recibidos los autos en instancia superior y corrido el traslado de la impugnación, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, conforme a la Resolución número 3, del veintidós de agosto de dos mil dieciocho (foja 1362), convocó a audiencia de apelación de sentencia para el quince de octubre de dos mil dieciocho, realizada con normalidad, según se aprecia en las actas respectivas (fojas 1366, 1371, 1375, 1378, 1383, 1388, 1393, 1397, 1404, 1408, 1419, 1423, 1434 y 1441).
- 3.2.** En la última sesión de audiencia, esto es, el treinta de enero de dos mil diecinueve, se dio lectura a la sentencia de vista, donde se decidió, entre otros extremos, declarar nula la sentencia del Cuarto Juzgado Unipersonal de la citada jurisdicción, del trece de junio de dos mil dieciocho, mediante la cual se absuelve a José

Eduardo Garay Ruiz de la acusación fiscal formulada en su contra, como autor del delito contra la administración pública en la modalidad de concusión —tipificado en el artículo 382 del Código Penal—, en agravio del Estado, disponiendo se deriven los autos a Mesa de Partes para su redistribución a otro juez penal quien previo nuevo juicio oral, expida nueva sentencia con arreglo a ley.

- 3.3.** Ante la decisión aludida, el acusado interpuso recurso de casación (foja 1544), declarado inadmisibile mediante Resolución número 7, del once de marzo de dos mil diecinueve; interponiéndose contra esta, recurso de queja - Queja NCPP N° 253-2019/Lima-, la cual fuera declarada fundada, mediante ejecutoria del diez de diciembre de dos mil diecinueve, concediéndose de esta forma el recurso de casación, además de ordenarse se forme el cuaderno correspondiente y se eleve a la Suprema Sala Penal.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1.** Elevados los autos a esta Suprema Sala, se corrió traslado a las partes, conforme a los cargos de notificación (foja 225 del cuadernillo formado en esta Suprema Sala). En ese sentido, al haberse concedido el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Garay Ruiz mediante la ejecutoria suprema aludida en el ítem 3.3, se programó la audiencia de casación para el tres de noviembre de dos mil veintiuno (foja 230 del cuadernillo formado en esta sede).
- 4.2.** Instalada la audiencia, esta se realizó mediante el aplicativo *Google Meet*, con presencia de la defensa del acusado y del abogado de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción. Una vez culminada, quedó al voto, produciéndose días después la deliberación de la causa en sesión secreta, en

virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estadio es el de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia se efectúa mediante el aplicativo tecnológico antes señalado, con las partes que asisten, en concordancia con el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal.

Quinto. Motivo casacional

- Conforme al fundamento quinto de la ejecutoria suprema del diez de diciembre de dos mil diecinueve —Queja NCPP número 253-2019/Lima—, en concordancia con su parte resolutive, se concedió el recurso aludido por las causales contenidas en los numerales 1 (inobservancia de precepto constitucional), 2 (quebrantamiento de precepto procesal) y 5 (apartamiento de doctrina jurisprudencial) del artículo 429 del Código Procesal Penal, a fin de determinar si las sentencias de primera y segunda instancia han desplegado correcta valoración de una prueba pericial típica basada en los nuevos medios tecnológicos disponibles, así como verificar la corrección de la utilización de la prueba por indicios.

Sexto. Agravios expresados en el recurso de casación

Los agravios relacionados con el objeto de casación, son los siguientes:

- 6.1.** La sentencia de vista habría sido expedida incumpliendo el derecho a la presunción de inocencia, al debido proceso, a la tutela jurisdiccional y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, por inobservar principios doctrinarios y jurisprudenciales de carácter vinculante, consagrados en el Acuerdo Plenario número 01-2006/ESV-22, del veintinueve de diciembre de dos mil seis, y el Acuerdo Plenario número 02-2005, además de la lógica, oralidad e intermediación, en la valoración de pruebas personales y

técnicas (levantamiento del secreto de las telecomunicaciones y geolocalización), actuadas en el juicio oral.

- 6.2.** La Sala habría dado validez a las declaraciones de tres miembros de una organización criminal de tráfico ilícito internacional de drogas como son Gerald Oropeza López, Carlos Antonio Sulca Cruz y Juan Fidel Berríos Navarro; y en virtud a ello, refiere que se dan los supuestos fácticos de concusión, pese a que en primera instancia —durante el juicio oral—, así como en aplicación del principio de inmediación y objetividad, la *a quo* llegó a la conclusión que existió falsedad en la incriminación del imputado Garay Ruiz.
- 6.3.** Se efectuó —a su criterio— indebida aplicación del artículo 382 del Código Penal, por cuanto no se configura el delito de concusión en cuanto al imputado Tito Augusto Velásquez Álvarez, al haberlo determinado así la *a quo*, quien lo sentenció por tráfico de influencias; sin embargo, la Sala, con la finalidad de justificar su decisión de vincular al imputado Garay Ruiz con el delito de concusión, se le atribuye tal responsabilidad, pese a no haber sido funcionario responsable de la investigación.
- 6.4.** La Sentencia de vista habría sido expedida con manifiesta ilogicidad en la motivación. Al respecto, sostiene que el hecho de que la policía, por mandato constitucional, haya brindado facilidades a los detenidos Sulca Cruz y Berríos Navarro para comunicarse con un abogado de su libre elección o familiares, y que en ese tiempo se hayan comunicado con su jefe Gerald Oropeza López, los habría conducido a una errónea e ilógica inferencia sobre una comunicación donde no estuvo presente el suboficial Aguilar Roncal, pero supuestamente se trasladó el pedido de USD 50 000 (cincuenta mil dólares), solicitados por el coronel Garay Ruiz, a cambio de no difundir audios y videos de los

detenidos, sin considerar que estos estaban a cargo de un oficial y varios suboficiales antiguos, quienes eran superiores jerárquicos o jefes del mencionado Aguilar.

- 6.5.** La Sala Penal se habría apartado de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, a pesar de que la defensa invocara la aplicación del Acuerdo Plenario número 02-2005, a fin de considerar la condición de sentenciado por tráfico ilícito de drogas de Julio César Rodríguez Arroyo, así como la situación de los testigos reos en cárcel Gerald Américo Oropeza López, Carlos Sulca Cruz y Fidel Berríos Navarro, procesados por crimen organizado, así como las condiciones personales y motivos de espurio, odio, resentimiento y venganza que incriminan falsamente al coronel José Eduardo Garay Ruiz y al SO2 José Martín Aguilar Roncal, como consecuencia de su detención, el dieciocho de noviembre de dos mil catorce (por los delitos de posesión de drogas y tenencia ilegal de armas).

Séptimo. Hechos materia de imputación

Según el requerimiento acusatorio, el Ministerio Público atribuye al encausado José Edgardo Garay Ruiz, lo siguiente:

Que en su condición de Coronel de la Policía Nacional del Perú y Jefe del Área de Investigación Criminal- Centro (JAIC-CENTRO) entre el dieciocho al veinte de noviembre de dos mil catorce, habría obligado a Gerald Américo Oropeza López, a través de José Martín Aguilar Roncal, Tito Augusto Velásquez Álvarez y Augusto Isidoro Yangali Espinoza, entregarle en un futuro inmediato (promesa) la suma de US\$ 50,000.00 (cincuenta mil dólares americanos). El día diecinueve de noviembre de dos mil catorce, entre las siete y nueve de la noche aproximadamente, fue rebajado a S/50 000 (cincuenta mil soles), pactándose su entrega para el veinte de noviembre de dos mil catorce, con la finalidad de no propalar información a la prensa (audios y videos) que presuntamente vinculaba a Gerald Américo Oropeza

López con el delito de tráfico ilícito de drogas en el muelle del Callao, así como para dejar en libertad a Carlos Antonio Sulca Cruz, Juan Fidel Berrios Navarro y Milton Martínez Velásquez, trabajadores de la empresa SERGERO SAC que habían sido intervenidos el día dieciocho de noviembre de dos mil catorce, por personal policial de la DIVINCRI-MIRAFLORES-SAN ISIDRO-LINCE, entidad policial que dependía de la JAIC-CENTRO [sic].

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Inobservancia de precepto constitucional

Octavo. Es menester tener en cuenta que una de las causales del recurso de casación concedido es el numeral 1 del artículo 429 del Código Procesal Penal; por tanto, trasunta en relevante abordar los aspectos sustanciales concernientes a este postulado, de amplia magnitud, al estar dirigido a cautelar la observancia de garantías constitucionales de carácter procesal o material, así como la debida aplicación de tales garantías que, en términos generales, podría contener a las demás causales del dispositivo legal argüido líneas arriba, según cada caso en concreto.

Noveno. Así pues, es necesario hacer hincapié que como en el *sub materia* se cuestiona la constitucionalidad de uno de los extremos de la sentencia de vista, con la cual se materializa el precepto de pluralidad de instancia, esta se halla revestida de doble presunción, esto es, de legalidad y acierto; por ende, le corresponde al censor la carga procesal de desvirtuarla con la construcción y demostración de una proposición jurídica válida, la cual demuestre el error, así como, su trascendencia¹. Hay que tener presente que una sentencia judicial, converge en síntesis de la verdad, mientras que en juicio de impugnación no se establezca o demuestre lo contrario. En este caso,

¹ RODRÍGUEZ Ch., Orlando A. *Casación y Revisión Penal-Evolución y Garantismo*. Editorial Temis S. A. 2008. Bogotá, Colombia; p.82.

segunda instancia determinó que el extremo relacionado al acusado José Eduardo Garay Ruiz no había sido debidamente analizado bajo la justificación respectiva, declarando su nulidad, esto es, su invalidez.

Décimo. Es pertinente resaltar que de incurrirse en error en una sentencia el cual albergue correlato con garantías constitucionales implicaría, por definición, afectar el debido proceso —en la plenitud de su contenido— y la tutela jurisdiccional efectiva, cuando este sea grave, de tal envergadura que comporte repercusiones nocivas en el resultado de la resolución judicial para el impugnante. De lo contrario, la decisión de segunda instancia será inoponible, pues el casacionista no debe enfrentar su particular criterio con el del organismo judicial de instancia; de lo contrario, se estaría sustituyendo la soberanía estatal para administrar justicia, que ostentan los jueces, por la valoración de un ciudadano. El derecho de disenso de la parte procesal, en el ejercicio de la prerrogativa a la contradicción e impugnación, posee su ámbito de aplicación que de ningún modo puede abatir las competencias del organismo judicial sentenciador².

Decimoprimer. El numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso –derecho continente- y la tutela jurisdiccional. En ese sentido, sin perjuicio de lo antes discernido, es pertinente enfatizar que el derecho a la tutela jurisdiccional deviene en atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los cuales destaca el acceso a la justicia³, garantizando así estar bajo la competencia de un Tribunal independiente e imparcial, además de *apto para la sustanciación del proceso* y la determinación de una

² *Ibidem*, p.85.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente número 00015-2005-AI, fundamento 16.

decisión ceñida al orden jurídico, de conformidad con lo establecido por el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Decimosegundo. Por su parte, el contenido constitucional del derecho al debido proceso se presenta en dos expresiones: formal y sustantiva; en cuanto a la primera, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación⁴. En lo sustantivo, están relacionados con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

Este Tribunal Supremo considera necesario acotar que, al acceder el o la justiciable a la jurisdicción, esta se encuentra obligada a brindar una sensata como razonada decisión, examinando lo que se solicita, estima o desestima, sin incurrir en desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa) —Expediente número 03433-2013-PA/TC-Lima, del dieciocho de marzo de dos mil catorce, fundamento 4; encontrándose así los órganos judiciales obligados a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas.

II. Quebrantamiento de precepto procesal

Decimotercero. La causal prevista en el numeral 2 del artículo 429 de la norma adjetiva penal —referida a la inobservancia de norma legal de carácter procesal sancionada con nulidad, como lo tiene establecido este Supremo Tribunal— implica estar, ante la inejecución *in omitiendo* por el órgano judicial, de lo que la ley prevé, y que por su naturaleza, es de orden sustancial a la validez del proceso penal, de forma tal que dicho acontecimiento

⁴ Sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Expediente número 0023-2005- PI/TC, fundamento 48.

afecte la base del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen⁵, contravención que acarrearía vicio de nulidad por su trascendencia.

Decimocuarto. Dentro de este ámbito, ocupa aludir a la actividad probatoria —sobre cuya valoración se circunscriben los cuestionamientos postulados por la defensa—, entendida en sentido amplio, la cual está reglada por la Constitución y la ley (numeral 1 del artículo 155 del Código Procesal Penal). Ahora bien, este principio incluye la noción de *legitimidad de la prueba*, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del código adjetivo. Según este principio: "1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona [...]".

Decimoquinto. Lo referido en el fundamento precedente nos remite a recordar lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 157 del Código Procesal Penal, donde obra previsto que en el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas, y lógicamente, siempre que no vulneren derechos y garantías de la persona.

III. Prueba por indicios

Decimosexto. En este caso se ha puesto en ciernes la *prueba por indicios*, reconocida expresamente en el artículo 158, inciso 3, del Código Procesal Penal, que por su propia ubicación normativa y *nomen iuris* asignado en el citado dispositivo, debe concebirse como método de valoración probatoria, con requisitos materiales

⁵ Rodríguez Ch., Orlando A. Casación y Revisión Penal-Evolución y Garantismo. Editorial Temis S. A. 2008. Bogotá, Colombia; pp. 244 y 254.

legitimadores, única manera para enervar el derecho a la presunción de inocencia⁶ —cuando no estamos ante prueba directa— los cuales deben converger en función tanto al indicio en sí mismo como a la deducción o inferencia, sobre los cuales ha de tenerse cuidado debido, pues lo característico de esta prueba radica en que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, sino otro hecho intermedio, el cual permite llegar al primero, mediante razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar. La ley y precedente vinculante de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, por razones de seguridad y certeza jurídica, han delimitado sus elementos constitutivos, se trata de reglas internas que guían el razonamiento indiciario o presuncional, así como de una regla de fondo que fija criterios específicos para la motivación del razonamiento indiciario o presuncional, es decir, su contenido (fundamento cuarto de la Casación número 241-2019/ANCASH, del diecinueve de mayo de dos mil veintiuno)⁷.

Al respecto, Ortells Ramos sostiene que la prueba por indicios forma parte del juicio de hecho, pero no como un medio de prueba que es valorado, sino como una operación intelectual basada en el resultado de la prueba practicada —y, por tanto, ya valorada—. Consecuentemente, no hay proposición ni práctica de la “prueba” de indicios —o presunciones—, sino construcción y utilización del

⁶ Acuerdo Plenario número 1-2006/ESV-22, del trece de octubre de dos mil seis, y R. N. número 1912-2005, del seis de septiembre de dos mil cinco, *considerando cuarto*, de la Sala Penal Permanente.

⁷ Fundamento cuarto. Casación número 241-2019/ANCASH, del diecinueve de mayo de dos mil veintiuno.

razonamiento indiciario, siempre que concurren las condiciones legales para ello ⁸.

De esta forma, de acuerdo con nuestro marco legal, la prueba por indicios requiere que: **a)** el indicio esté probado plenamente por los diversos medios de prueba autorizados por ley —de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno—; **b)** la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia, y **c)** cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes —interrelacionados de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia, esto es, imbricados entre sí—, así como que no se presenten conraindicios consistentes. En ese sentido, para arribar a la certeza judicial sobre responsabilidad penal se debe contar con prueba directa o, en su defecto, con la indiciaria⁹.

Decimoséptimo. Amerita tener presente que el medio de prueba, en general, trasunta en un procedimiento establecido por ley para incorporar al proceso fuentes de prueba y obtener de las mismas los correspondientes resultados. Este incorpora el elemento de prueba, es decir, el dato debidamente comprobado, objetivo, mediante la producción de un medio probatorio que lo ingresa regularmente al juicio; siendo esto así, es inviable concebir la prueba por indicios como un medio de prueba, como una testimonial, pericia, documental o inspección, con las cuales se acredita el hecho secundario, auxiliar o indicio.

IV. Apartamiento de doctrina jurisprudencial

⁸ Derecho Procesal Civil, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001; pp. 398-399.

⁹ Fundamento Cuarto. Casación número 241-2019/ANCASH, del diecinueve de mayo de dos mil veintiuno.

Decimoctavo. La causal 5 del artículo 429 de la norma adjetiva penal está prevista para cautelar que los jueces de la República, al expedir sus autos y/o sentencias, no se aparten de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Al respecto, tenemos que el fundamento y la finalidad de ello radica en resguardar el precepto de igualdad ante la ley, asegurando la *interpretación unitaria* de la Constitución y de la ley, a nivel nacional, por los operadores jurisdiccionales de todas las instancias.

Decimonoveno. No obstante lo argüido, es menester tener en cuenta que, de conformidad con el primer y segundo párrafo del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *por excepción*, si algún juez decide apartarse del criterio de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante el cual se fijan principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento, estará apremiado a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestima y de los fundamentos que invoca. Por su parte, en cuanto a la interpretación y aplicación de las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, y aquellas que constituyan precedente vinculante, es imperativa su observancia, de conformidad con los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Vigésimo. El recurso de casación en ciernes, como obra indicado en el fundamento quinto de esta ejecutoria suprema, fue concedido por las causales contenidas en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal; advirtiéndose, centrarse el enfoque otorgado a estas por el

casacionista se advierte centrado en la valoración probatoria desarrollada en la sentencia de vista sobre el acusado Garay Ruiz, con incidencia en las reglas de la prueba por indicios establecidas legal y jurisprudencialmente.

Vigesimoprimer. Al respecto, es menester precisar el haberse constatado a simple vista en la recurrida —cuyo extremo se pretende casar— que la Sala Penal Superior cumplió con su deber de analizar la prueba, apreciándola individualmente y en conjunto, *en forma pormenorizada*, para luego cruzar la información que emana de ella, a cuyas resultas logró detectar las inferencias incorrectas en las cuales incurrió la juez de primera instancia sobre el acusado José Eduardo Garay Ruiz, justamente a la luz del Acuerdo Plenario número 01-2006-ESV-22 y el artículo 158 del Código Procesal Penal, esto es, sobre la prueba por indicios y la valoración de la prueba, respectivamente.

Vigesimosegundo. Resultado de lo distinguido en el fundamento antelado se aprecia que en la sentencia de vista obra minuciosamente, en su acápite 11.1.2, examinada la sentencia del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, en cuyo extremo materia de pronunciamiento, resalta:

- a) Sobre el momento en que Garay Ruiz toma conocimiento de la intervención a Sulca Cruz, Berríos Navarro y Martínez Vásquez:
 - i. La sentencia de primera instancia parte de la premisa de no haberse probado la participación de José Martín Aguilar Roncal, acotándose que las diligencias se habrían realizado entre las diecisiete a diecinueve horas, mientras que las dos llamadas telefónicas de coordinación delictiva, se realizaron entre las dieciocho y diecinueve horas, por lo cual, la A quo concluyó, en que estas fueron antes de que el acusado en ciernes tomara conocimiento de la intervención [sic].

- ii. El Colegiado Superior, denota, no existir certeza del momento en que Garay Ruíz, tomó conocimiento de la intervención, pues el Parte N° 403-DIRINCRI PNP/JAIC-C-DIVINCRI-MIRAFLORES-S-L, no cuenta con cargo, firma y/o sello de recepción, sino además porque el encartado, sostuvo que el dieciocho de noviembre de dos mil catorce, en horas de la noche, el comandante Palomino le comunicó haberse intervenido a tres sujetos con armas y droga, llegándole luego la nota informativa; mientras su propio defensor en los alegatos de clausura, aseveró que su patrocinado tomó conocimiento de la intervención el diecinueve de noviembre en horas de la mañana con una nota informativa del director de Investigación Criminal, contradiciendo lo sostenido por el acusado en ciernes [sic].
- iii. La nota informativa N° 318-DIRINCRI PNP/JAIC-C-DIVINDRI-MI-SI-LI, elaborada por el Comandante Walter Palomino Simón, tampoco cuenta con cargo, sello ni firma de recepción [sic].

Datos que evidentemente, como lo señala el Colegiado Superior, permiten calificar como inexacto el razonamiento de la juez de primera instancia sobre el tema en comento.

b) Respecto a que Yangali Espinoza haya conocido al acusado Garay Ruiz, y comunicado directamente.

- iv. La sentencia de primera instancia señala que la fiscalía no habría acreditado que Yangali, conoció al encartado o se comunicó con él; empero, no tenía por qué hacerlo ya que la imputación fiscal no está referida a tales hechos [sic].

c) Sobre los fundamentos contenidos en los numerales 62 y 63 de la sentencia de primera instancia.

- v. El Colegiado Superior explicó que, del reporte de llamadas, de la empresa CLARO, el diecinueve de noviembre de dos mil catorce, obra registrada una llamada entrante al celular de Velásquez (942275025) desde el celular de Molina (993540975) a horas 13:30:49, luego una llamada saliente de Velásquez hacia Molina a las 13:41:19 y otra llamada saliente de Velásquez a Molina a las 13:50:01, mensajes de texto entre ambos, además de otras

llamadas entrantes y salientes, una vez más, entre los aludidos, hasta las 19:44:03 horas, aproximadamente [sic].

- vi. Lo antes anotado, resulta concordante, según la Sala de Apelaciones, con las declaraciones de Vásquez y Molina, no desvirtuando ello, como en sentido contrario se sostuvo en la sentencia de primera instancia, que en el primer contacto, el procesado Velásquez le haya preguntado por el coronel Garay [sic].
- vii. En la sentencia de vista al acudir a la prueba indiciaria, se contrastó como hecho base la declaración preliminar del co-procesado Tito Augusto Velásquez Álvarez¹⁰, donde indica que: “El día diecinueve de noviembre de dos mil catorce, a horas 13:00 aproximadamente me llama por teléfono el Dr. Yangali manifestando que a sus amigos les habían pedido la cantidad de treinta mil (US\$ 30,000.00), y que si conocía a alguien para interceder y que podrían hacer una rebaja a la cantidad solicitada, luego del cual procedí a indagar por efectivos policiales de la DIVINCRI-Miraflores, un sub oficial de apellido Molina quien laboraba en la DIVINCRI me indicó que conocía al Coronel PNP Garay, Jefe de la DIVINCRI-Miraflores, a quien podrían buscar para solucionar el problema, quien me proporcionó el teléfono móvil del Coronel PNP Garay, cuyo número no recuerdo y que se encuentra registrado en el teléfono particular de mi propiedad, llegando a conversar con el Coronel PNP Garay el día diecinueve de noviembre de dos mil catorce, a las 19:30 aproximadamente en la plaza Italia, a quien le ofrecí la cantidad de cincuenta mil soles (S/50,000.00) a solicitud del Dr. Yangali quien me respondió que vaya al día siguiente con el abogado (Yangali) para conversar [sic].
- viii. La declaración antes glosada en parte, fue sometida al contradictorio en la audiencia de apelación de sentencia, y al ser preguntado al respecto el autor de lo declarado, negó su dicho inicial alegando que fue inducido a manifestarlo, con la finalidad de aceptar someterse a la terminación anticipada; empero, esta retractación, no llegó a ser probada en el plenario, más aún si la acotada diligencia preliminar contó con la presencia de su defensor de libre elección, en presencia del representante

¹⁰ Fojas 208-213 (tomo I). Ingresaron al debate contradictorio en la audiencia de apelación de sentencia, fojas 1379-1392 (tomo III).

del Ministerio Público, calificándose así, sin sustento la negativa, al ser evaluado, de conformidad con el Acuerdo Plenario N°2-2005/CJ-116 [sic].

Lo enunciado permitió al Colegiado Superior colegir que el encausado Velásquez llamó al testigo Molina, a fin de conseguir el número telefónico del coronel Garay, el cual le fue proporcionado por el testigo Molina el cual registrara en su celular.

d) Sobre los contraindicios aludidos en los numerales 63 y 64 de la sentencia de primera instancia.

- ix.** En la sentencia de vista, se destaca que si bien la sentencia de primera instancia admite como indicio que en la diligencia de deslacrado y autorización para visualización del abonado 942275025 usado por el procesado Velásquez, se constata el registro con el nombre de "Cnrl. Garay", del número 947237060, la cual era usada por el acusado en ciernes; se resalta obrar contraindicios [sic].
- x.** Se advirtió en la recurrida, que el procesado Velásquez Álvarez, durante la diligencia antes referida, practicada con presencia fiscal, y su defensor, así como del encausado Yangali Espinoza, acompañado de su abogado; no formuló observación alguna ni su defensa sobre lo que se visualizaba, acorde consta en el acta respectiva, considerando así que los cuestionamientos formulados contra dicha pieza, durante el desarrollo de la audiencia de apelación, carecen de sustento, más aún al obrar en el registro telefónico, otros nombres de miembros policiales con sus respectivos grados, abreviados, al igual que la del coronel Garay; concluyendo el Colegiado Superior, que el número de celular del recurrente, fue brindado a Velásquez, por el testigo Molina, signado este bajo el número 947237060, y que Velásquez, llegó a comunicarse con el encartado, llamando a dicho número así como al 997900247, que según el reporte de la empresa CLARO, corresponde como titular a Garay Ruíz [sic].
- xi.** Se sostuvo en la sentencia de primera instancia que según el acta de intervención del veinte de noviembre de dos mil catorce, a las 16:15 horas así como de la respectiva acta fiscal, la última llamada del abonado 997900247 (Garay), fue a las 16:04 horas, y según el registro de levantamiento del secreto de las comunicaciones, la última llamada

saliente del abonado Velásquez a la línea 947237060 (Garay), fue a las 16:22:12, después de la intervención, considerando la A quo que no podía haber hecho uso de su celular para comunicarse libremente, por la presencia policial y fiscal. Al respecto la Sala Superior, advierte que el acta de intervención señalada, no corresponde al procesado Velásquez, sino al encausado Yangali, no pudiendo así, tomársele como referencia, incluso la real acta de intervención de Velásquez Álvarez, no fue oralizada en primera instancia, por ende no fue valorada por la A quo [sic].

- xii.** En la sentencia pretendida casar, se resalta que Velásquez Álvarez admitió llegar a conversar con Garay Ruíz en plaza Italia, el diecinueve de noviembre de dos mil catorce, entre las 19:00 y 20:00 aproximadamente, donde le ofreció al último S/50 000 (cincuenta mil soles) a solicitud de Yangali; al ser reconocido por el primero señalado, en su declaración preliminar, corroborado por el testigo Franco Raúl Moreno Panta, valorado esto en la sentencia de la A quo. El Colegiado Superior acota, que lo enunciado, concuerda con la ubicación de las antenas que captan las llamadas entrantes y salientes de las direcciones consignadas en el informe de la empresa CLARO y ENTEL, además con la declaración del testigo impropio Augusto Isidoro Yangali Espinoza, quien en juicio oral refirió que, el diecinueve de noviembre de dos mil catorce, después de recibir una llamada de Gerald Oropeza al medio día, llamó al procesado Velásquez para ver si conocía al coronel Garay, respondiendo que no, pero podía preguntar; siendo así a las dos de la tarde recibió llamada de Velásquez, revelándole tener un amigo que conocía al coronel, para luego, en horas de la noche, volver a llamar a Yangali, refiriéndole haber contactado al coronel, quien aceptó el cambio del monto de cincuenta mil dólares a soles [sic].
- xiii.** Se resaltó en la sentencia de vista, que los hechos imputados al acusado Garay Ruíz, se encontrarían acreditados además, con los audios y videos oralizados en la audiencia de apelación, donde se escucharon diálogos entre Velásquez Álvarez, el sentenciado Yangali Espinoza y el testigo Rodríguez Arroyo, cuando se dirigían a encontrarse con Garay en la comisaría de San Isidro, referidos a la entrega de dinero a realizarse ese mismo día, así como el diálogo entre Velásquez Álvarez y Garay Ruíz,

avisándole el primero estar a media cuadra, llegando con los "documentos" [sic].

- xiv. El Colegiado Superior, hizo hincapié que estando a los elementos probatorios analizados, se acreditaría que la conducta del recurrente se subsumiría en el delito de concusión [sic].

Vigesimotercero. De conformidad con el marco jurídico abordado en el acápite de esta ejecutoria, atinente a los fundamentos de derecho, indispensables a considerar, trasunta en fácilmente constatable que lo expuesto en el fundamento antelado revela que la sentencia pretendida casar de ningún modo se encuentra incurso en las causales 1 (inobservancia de precepto constitucional), 2 (quebrantamiento de precepto procesal) y 5 (apartamiento de doctrina jurisprudencial) del artículo 429 del Código Procesal Penal.

Vigesimocuarto. En el extremo impugnado, la Sala Superior cumplió con su deber competencial revisando la sentencia de primera instancia y efectuando control de la misma, en forma clara y lógica, resaltando las falencias en el razonamiento en que incurrió la *a quo* en lo atinente al acusado Garay Ruiz; arribando de esta forma, a una decisión de alzada debidamente motivada, acorde a las prerrogativas legales de las cuales se encuentra investida, observando escrupulosamente la normatividad constitucional, legal y jurisprudencial; lo cual permite conocer con claridad que la operadora judicial penal unipersonal no cumplió a cabalidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 393 del Código Procesal Penal, que a la letra señala:

El juez penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Vigesimoquinto. Quepa destacar, para los fines del *sub materia*, que la justificación de una sentencia judicial debe satisfacer, además de presupuestos externos, también requisitos internos, entre estos últimos sustancialmente se encuentra, *expresar el sentido de la razón del juicio* en lo relativo a la valoración de las pruebas y determinación de los hechos demostrados por ellas, presidiendo el razonamiento las reglas legales —el derecho—, siendo esto último el ámbito correspondiente a la casación¹¹.

Vigesimosexto. A razón de lo discernido, es menester resaltar que el Colegiado Superior de mérito es libre en la valoración y selección de las pruebas que han de fundar su convencimiento, y en la determinación de los hechos que con ellas se demuestren. Tal razonamiento explica que por la vía del recurso de casación no puede instarse nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, quedando excluido todo lo concerniente a la valoración de los medios de prueba y, por ende, la fijación de hechos¹². La casación no es una segunda instancia y menos una tercera instancia no prevista constitucional y legalmente; por consiguiente, no se encuentra dentro del ámbito de las competencias de este Supremo Tribunal revalorar la prueba ni juzgar los motivos que formaron la convicción del órgano judicial superior; a *contrario sensu*, sí es objeto de control el proceso lógico seguido por los jueces en su razonamiento, como se ha cumplido en este caso. Por lo esgrimido, la nulidad del extremo de la sentencia en cuestión, mantiene solidez constitucional y legal; así, corresponde desestimar el

¹¹ DE LA RÚA, Fernando. *La Casación Penal*. Segunda edición (reimpresión). Editorial Lexis Nexis. 2006. Buenos Aires, Argentina; p.146.

¹² *Ibidem*; pp.148 y 149.

recurso de casación interpuesto, de conformidad con el artículo 433, numeral 2, del Código Procesal Penal.

V. Costas

Vigesimoséptimo. El artículo 504, numeral 2, del Código Procesal Penal establece como regla el abono de costas por quien interpuso un recurso sin éxito, entre lo cual se encuentra el recurso de casación, ciñéndose su liquidación al procedimiento previsto por los artículos 505 y 506 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del acusado **José Eduardo Garay Ruiz** contra el extremo de la sentencia de vista, del treinta de enero de dos mil diecinueve, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la cual declaró nula la sentencia del Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, del trece de junio de dos mil dieciocho, que resuelve absolver al antes mencionado de la acusación fiscal formulada en su contra, como autor de delito contra la administración pública en la modalidad de concusión, tipificado por el artículo 382 del Código Penal, en agravio del Estado, disponiendo que se deriven los autos a Mesa de Partes para su redistribución a otro juez penal que, previo nuevo juicio oral, expida nueva sentencia con arreglo a ley; con lo demás

que al respecto contiene. Por consiguiente, **NO CASARON** dicha sentencia de vista en el extremo recurrido.

- II. **IMPUSIERON** al recurrente el pago de las costas, acorde al procedimiento legal preestablecido, cuya liquidación estará a cargo de Secretaría de esta Suprema Sala Penal Permanente. Su ejecución deberá ser cumplida por el Juzgado de investigación preparatoria de origen.
- III. **DISPUSIERON** la lectura de esta sentencia en audiencia pública, notificándose a las partes apersonadas ante esta Sede Suprema y que se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. **MANDARON** que, cumplido el trámite respectivo, **hágase conocer** lo resuelto al órgano jurisdiccional de origen, y que Secretaría de este Supremo Tribunal **archive** el cuaderno de casación en el modo y forma de ley.

Intervino el juez supremo Bermejo Ríos, al haber participado en la audiencia de casación, por vacaciones el juez supremo Coaguila Chávez.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

BERMEJO RÍOS

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

TM/yerp