CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUST - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE CARLOS ZAVALA - JR MANUEL CUADROS 182 - CERCADO LIMA,
Vocal:SALINAS SICCHA Emerito Ramiro FAU 20159981216 soft
Fecha: 01/10/2020 13:34:37,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUST / Lima SEDCOF,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUST - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE CARLOS ZAVALA - JR MANUEL CUADROS 182 - CERCADO LIMA,
Secretario:GALVEZ PEREZ Ximena FAU 20159981216 soft
Fecha: 01/10/2020 13:39:40,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUST /

PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Expediente	**: 00044-2015-139-5002-JR-PE-03**
Jueces superiores	: **Salinas Siccha** / Guillermo Piscoya / Angulo Morales
Ministerio Público	: Segunda Fiscalía Superior Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Sentenciado	: Percy Gilberto Rojas Rosas
Delitos	: Asociación ilícita para delinquir y otro
Agraviado	: El Estado
Especialista judicial	: Gálvez Pérez
Materia	: Apelación de auto sobre conversión de pena privativa de la libertad

Resolución N.° 4
Lima, veintiocho de septiembre
de dos mil veinte

AUTOS y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado Percy Gilberto Rojas Rosas contra la Resolución N.° 12, de fecha dieciséis de julio de dos mil veinte, emitida por la jueza del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante la cual **declaró improcedente** la solicitud de conversión de pena privativa de libertad efectiva por vigilancia electrónica personal. Lo anterior, con motivo de la ejecución de sentencia impuesta en contra del referido condenado por los delitos de asociación ilícita para delinquir y peculado doloso en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior **SALINAS SICCHA**, y **ATENDIENDO**:

I. ANTECEDENTES

1.1 Mediante Resolución N.° 7, del veinte de noviembre de dos mil diecinueve, se emitió sentencia condenatoria en contra de Percy Gilberto Rojas Rosas por los delitos de asociación ilícita para delinquir, en calidad de autor, y peculado doloso, en calidad de cómplice, imponiéndosela pena privativa de la libertad de 4 años, 3 meses y 12 días con carácter de efectiva, la cual se viene cumpliendo en el Establecimiento Penitenciario “Cantera” de Cañete.

1.2 Durante la ejecución de la sentencia, el juez del Tercer Juzgado Penal Unipersonal Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, por Oficio N.° 00044-2015-125-JR-PE-03/3°JNUP-RZF, remitió al Tercer Juzgado Penal Nacional de Investigación Preparatoria el escrito con número de ingreso N.° 223-2020, mediante el cual la defensa técnica del sentenciado Percy Gilberto Rojas Rosas solicita la conversión de la pena privativa de la libertad impuesta por la pena de vigilancia electrónica personal.

1.3 Dicha solicitud fue objeto de pronunciamiento por la jueza del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, en mérito al turno judicial especial, quien por Resolución N.° 12, del dieciséis de julio del presente año, declaró improcedente la solicitud planteada. Contra la mencionada decisión, la defensa del referido sentenciado interpuso recurso de apelación. Concedido el mismo, se elevaron los actuados a esta Sala Superior, la que, por Resolución N.° 3, programó la audiencia virtual de apelación. Luego de realizada la citada audiencia y la correspondiente deliberación, se procede a emitir la resolución siguiente.

II. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

2.1 Conforme se aprecia en la recurrida, la jueza de primera instancia resuelve declarar improcedente el pedido de conversión de la pena privativa de la libertad por la pena de vigilancia electrónica bajo los siguientes argumentos: en primer lugar, sostiene que la alegación de la defensa técnica referida a la aplicación de la ley más favorable no puede ser de recibo, toda vez que el Tribunal Constitucional ha distinguido entre las normas de derecho penal y procesal penal. En ese sentido, refiere que el Decreto Legislativo N.° 1322 no se trata de una ley penal material, pues sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales. En tal sentido concluye que no existe un conflicto de normas y que, en el presente caso, debe aplicarse la ley vigente al momento de resolverse el acto.

2.2 En segundo lugar, en la recurrida se concluye que el citado decreto alegado por la defensa técnica ha sido modificado por el Decreto Legislativo N.° 1514, publicado el cuatro de junio de dos mil veinte, el cual, en su artículo quinto, regula la procedencia de la vigilancia electrónica personal. Así, se establece que no resulta de aplicación el referido decreto en aquellas personas condenadas a pena privativa de la libertad efectiva no menor a cuatro ni mayor a diez años por los delitos tipificados en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-B, 152, 153, 153-A al 153-J, 170 al 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 181-B, 182, 183, 183-A, 183-B, 189, 200, 297, *317,* 317-A, 317-B, 319 al 321, 325 al 332, 346, 347, 349, 382, 383, 384, 386, *387*, 389, 393 al 398-A, 399, 400, 401 del Código Penal; por los delitos cometidos como miembro o integrante de una organización criminal o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella, conforme a los alcances de la Ley N.° 30077; por los delitos tipificados en el Decreto Ley N.° 25475 y sus modificatorias; y, los previstos en los artículos 1 al 6 del Decreto Legislativo N.° 1106.

2.3 Finalmente, concluye que, dado que al sentenciado Rojas Rosas se le condenó por los delitos de asociación ilícita para delinquir (art. 317 del CP) y peculado doloso (art. 387 del CP), los cuales se sitúan en los supuestos de excepción para no aplicar el Decreto Legislativo N.° 1514, el pedido de la defensa deviene en improcedente.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1 La defensa técnica del sentenciado Rojas Rosas, en su recurso de apelación y en audiencia, pretende que se revoque la resolución venida en grado y, reformándola, se declare fundado su pedido de conversión de la pena privativa de la libertad por la pena de vigilancia electrónica personal, sobre la base de los siguientes fundamentos: en primer lugar, refiere que la jueza ha omitido en interpretar y aplicar los artículos 6, segundo párrafo, y 52-B del Código Penal, los cuales se encuentran referidos a la fórmula penológica con que se conmina la infracción penal objeto de condena firme para imponer la vigilancia electrónica personal.

Asimismo, alega que el a quo ha omitido en aplicar lo desarrollado en el Acuerdo Plenario N.° 2-2000, el cual establece la posibilidad de convertir una pena privativa de libertad en ejecución, en aplicación del artículo 6, segundo párrafo, del CP.

3.2 Finalmente, sostiene que la jueza de primera instancia ha omitido en pronunciarse respecto al uso de la atribución del control difuso planteado por la defensa para el presente caso.

IV. AUTODEFENSA DEL SENTENCIADO ROJAS ROSAS

4.1 Al concederle el uso de la palabra al sentenciado Rojas Rosas, refiere que, en el establecimiento penitenciario de Cañete, existe un hacinamiento de un 300%. Agrega que, en la celda en la que se ubica, que es para 3 personas, está ocupada por 10 internos. De modo que el referido establecimiento no cumple con las medidas de salubridad ni sanitarias.

4.2 Asimismo, expresa que a veces no tienen el servicio de agua hasta por dos días y no se respeta el distanciamiento social, lo cual lo hace más vulnerable al contagio de Covid-19. Finalmente, manifiesta que no podrá realizar el pago de reparación civil si ve afectada su salud y solicita que se pondere aplicar el principio del interés superior del niño porque tiene 2 hijos menores de edad.

V. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

5.1 A su turno, en audiencia, la fiscal superior ha referido que,en una anterior oportunidad, el catorce de febrero de dos mil veinte, la defensa solicitó la conversión de esta pena por la de vigilancia electrónica digital bajo el supuesto del Decreto Legislativo N.° 1322 y el artículo 6 del CP, pidiendo la aplicación de principio de combinación de leyes. Dicha solicitud fue declarada improcedente, porque los delitos imputados están considerados como incarcelables. Frente a dicha resolución interpuso recurso de apelación, luego se desistió.

5.2 En un segundo intento, solicitó la libertad anticipada, bajo el supuesto de que su patrocinado se encontraba incurso en las causales de comorbilidad por la pandemia de Covid-19. Esta solicitud fue también declarada improcedente. Agrega que, en el Acuerdo Plenario N.° 2-2019, se señala que la vigilancia electrónica se puede aplicar en la ejecución de la pena, siempre y cuando se cumpla con los supuestos que señala la norma.

5.3 Agrega que el hecho de que el juez no se haya pronunciado sobre el control difuso, no afecta lo resuelto por la *a quo*, dado que declara improcedente su pedido. Añade que el control difuso constituye una facultad y deber de los jueces en virtud de la primacía de la Constitución, lo cual está prescrito en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución. Asimismo, si bien los decretos Legislativos 1314 y 1514 introducen un trato desigual, ello no implican discriminación. La igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carece de justificación objetiva y razonable. Ello no ha sucedido con relación a la emisión de los Decretos Legislativos 1322 y 1514, sino que se justifica en la política criminal seguida por el Estado para combatir los delitos de corrupción y de organización criminal. Por lo expuesto, solicita que la resolución recurrida sea confirmada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

Presentados así los argumentos de los sujetos procesales intervinientes en la audiencia, corresponde a este Superior Colegiado determinar si la resolución venida en grado, que declara improcedente la solicitud de conversión de la pena privativa de la libertad debe ser revocada por haberse inobservado los artículos 6 y 52-B del CPP, como pretende el impugnante, o, en su caso, debe ser confirmada por estar arreglada a derecho, como alega el representante del Ministerio Público.

VII. FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR

PRIMERO: De entrada, debemos precisar que esta Sala Superior solo puede emitir pronunciamiento respecto a los agravios expresados en el escrito del recurso impugnatorio, interpuesto en la forma debida y en el plazo de ley. Al mismo tiempo, nos está vedado responder agravios planteados con posterioridad, debido a que ello implicaría vulnerar los principios de preclusión e igualdad que no solo deben coexistir entre las partes durante el procedimiento, sino que los jueces debemos preservar y promover[1].

SEGUNDO: El derecho penal se constituye en un medio de control social que sanciona, a través del proceso penal, aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos tutelados por la ley para efectos de lograr una sociedad pacífica y soportable. Ante la constatación de responsabilidad penal, corresponde al juzgador la imposición de las sanciones a que hubiere a lugar, en observancia estricta de sus fines y el principio de proporcionalidad. Al respecto, nuestra normativa penal vigente contempla cuatro tipos de penas: **i)** privativa de libertad, **ii)** restrictivas de libertad, **iii)** limitativas de derecho y **iv)** multa.

TERCERO: En cuanto a la pena privativa de la libertad, esta será dictada y ejecutada en concordancia con los artículos 45-51 del Código Penal. No obstante, el mismo cuerpo normativo reconoce hasta cinco modalidades alterativas a la prisión efectiva: **i)** sustitución de pena privativa de libertad, **ii)** *conversión de pena privativa de libertad*, **iii)** suspensión de la ejecución de la pena, **iv)** reserva del fallo condenatorio y **v)** exención de pena. La segunda de ellas –es la que interesa para efectos de dilucidar la presente incidencia– es definida como la conmutación de la

[1] La actividad recursiva en nuestro sistema procesal tiene entre sus principales principios el de limitación, también conocido como "*tantum apellatum tantum devolutum*", que recoge el principio de congruencia (409 CPP), consistente en que el órgano revisor, al momento de revisar la impugnación, debe hacerlo conforme a las pretensiones o los agravios invocados por el impugnante en el referido recurso.

pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia, por una sanción de distinta naturaleza y magnitud en afectación de derechos.

CUARTO: Desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.° 1300, del treinta de diciembre de dos mil dieciséis, este procedimiento especial de conversión de pena no solo es admisible al momento de dictarse la sentencia, sino, además, durante su ejecución[2], en los siguientes supuestos: **a)**cuando se trate de una pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa; haber sido condenado a pena privativa de libertad no mayor de 4 años y encontrarse en el régimen ordinario cerrado del sistema penitenciario o **b)** cuando ha sido condenado a pena privativa de libertad no mayor de 6 años y encontrarse en la etapa de mínima seguridad del régimen ordinario cerrado del sistema penitenciario.

No obstante, este procedimiento se encuentra prohibido en forma taxativa para aquellos que hayan sido condenados bajo las siguientes modalidades delictivas tipificadas en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 170, 171, 172, 173, 174,176-A,177, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 279-F, 296, 297, 307, 317, 317-A, 319, 320, 321, 325 al 333, 382, 383, 384, 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401 del Código Penal; condenados por delitos tipificados en el Decreto Ley N.° 25475; condenados por delitos cometidos como miembros o integrantes de una organización criminal o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella, conforme a los alcances de la Ley N.° 30077. También se encuentran imposibilitados los reincidentes,

[2]Es de precisar que el artículo 52 del Código Penal solo permitía aplicar la conversión de la pena al momento de dictarse sentencia y no durante la ejecución de la misma. En tal sentido, la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario N.° 2-2000/CJ-116, señaló que la conversión de una pena privativa de libertad en otra de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres solo puede hacerse en la sentencia, mas no durante su ejecución. Incluso, en la Casación N.° 382-2012/La Libertad, se estableció que la conversión de pena se efectúa al momento de emitirse sentencia; toda vez que opera residualmente, es decir, cuando no procede la condena condicional o reserva del fallo, y como estas se determinan al emitirse sentencia, la conversión de pena, por otra alternativa, se realizará al momento de emitirse sentencia.

habituales y aquellos en donde su internamiento sea como consecuencia de la revocatoria previa de alguna pena alternativa a la privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio o suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Estas prohibiciones se mantienen aún con la emisión y entrada en vigencias de los Decretos Legislativos 1322, del seis de enero de dos mil diecisiete, y 1514, del cuatro de junio de dos mil veinte.

QUINTO: Es de destacar que incluso, mediante el último decreto legislativo citado en el considerando anterior, se incorpora el artículo 52-B al Código Penal, por el cual se permite la conversión de la pena privativa de la libertad por la de vigilancia electrónica personal en tres supuestos: **i)al momento de imponer la pena**, si esta es no menor de cuatro ni mayor de diez años o cuando esta sea no menor de siete ni mayor de diez años, en este último supuesto se impondrá, de manera conjunta, la pena de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres; **ii) cuando la pena se encuentre en ejecución,** si esta es no menor de seis ni mayor de ocho años o cuando esta sea no menor de ocho ni mayor de diez años, en este último supuesto, también se impondrá la pena de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres; y **iii)** en todos los **delitos culposos**, el juez preferentemente ha de imponer la pena de vigilancia electrónica por la de prisión de libertad efectiva. De manera que, a la fecha, para la admisibilidad de la conversión de la pena privativa de la libertad por la de vigilancia electrónica personal, es de aplicación el artículo 52-B del Código Penal, pero sin dejar de lado o inobservar legítimamente las restricciones establecidas en los decretos legislativos números 1300, 1322 y 1514, vigentes a la fecha.

SEXTO: Sobre la base de estos fundamentos jurídicos, se verifica que, como primer agravio, la defensa técnica del sentenciado Rojas Rosas argumenta que, en la recurrida, no se ha interpretado ni aplicado correctamente los artículos 6, 29-A y 52-B del Código Penal, así como lo establecido en el Acuerdo Plenario N.° 2-2000, pues a su patrocinado no se le ha permitido que la pena privativa de la libertad

impuesta en su contra y que se encuentra en ejecución, sea convertida por la pena de vigilancia electrónica personal. Contrario a ello, la fiscal superior en audiencia ha manifestado que, por vigencia de los Decretos Legislativos 1300, 1322 y 1514, el pedido de la defensa técnica deviene en improcedente, pues, por los delitos a los que ha sido condenado el solicitante, no es posible la conversión.

SÉPTIMO: Al respecto, es de precisar que el Acuerdo Plenario N.° 2-2000, citado por la defensa técnica tanto en su escrito de apelación como en audiencia, sin ser vinculante, debemos precisar que difiere totalmente con su pretensión y con las conclusiones que, según la defensa, se extraen de dicho acuerdo. Pues allí aparece que la conversión de una pena privativa de libertad solo puede hacerse en la emisión de la sentencia y no en la ejecución de la misma[3]. Asimismo, si bien en el citado acuerdo se establece una regla de excepción para aplicar la conversión, esta se encuentra referida únicamente a las sentencias emitidas antes de 1999. Conclusión que, por supuesto, es totalmente contraria a la argumentada por la defensa y de imposible aplicación al presente caso. Siendo ello así, el agravio planteado por el recurrente en este extremo, no es de recibo.

OCTAVO: Luego, conforme a los fundamentos jurídicos ya expuestos *supra*, queda claro que, recién desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.° 1300, del treinta de diciembre de dos mil dieciséis, y sus posteriores modificatorias, la conversión de la pena privativa de la libertad por la de vigilancia electrónica personal ahora sí es posible, incluso, durante la ejecución de la pena privativa de libertad decretada por sentencia, pero se exceptúan en forma taxativa ciertos delitos y entre ellos los delitos de asociación para delinquir y peculado doloso. Asimismo, por vigencia del artículo 52-B del CP, también es posible su aplicación, pero solo en ciertos casos, conforme ya se ha precisado. Así las cosas, analizando el

[3]Recuperado en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3da0658043eb780c937dd34684c6236a/IV_PLENO_JURISDICCIONAL_PENAL_2000.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3da0658043eb780c937dd34684c6236a.

caso en concreto, se verifica que, por Resolución N.° 7, del veinte de noviembre de dos mil diecinueve, se emite la sentencia de conformidad, mediante la cual se le condena a Percy Gilberto Rojas Rosas como autor del delito de **asociación ilícita para delinquir** (art. **317** del CP) y como cómplice primario del delito de **peculado doloso** (art. **387** del CP) imponiéndosele, por concurso real, a 4 años, 3 meses y 12 días de pena privativa de la libertad con carácter efectiva, la misma que se viene contabilizando desde el veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve y vencerá el seis de febrero de dos mil veinticuatro. En vista de ello, al haber sido sentenciado por delitos que, por mandato expreso de la ley, no es posible la conversión pretendida, el pedido de la defensa deviene en improcedente.

NOVENO: Tampoco es posible aplicar el principio de combinación de leyes penales ni interpretar extensivamente el precepto normativo que regula la conversión de pena, pues, el inciso primero del artículo 52-B del Código Penal, que solicita la defensa se aplique, está referida a la posibilidad de convertir la pena al momento que esta ha sido impuesta, mas no en su ejecución. En este último supuesto, es de aplicación solo el inciso segundo del citado artículo; no obstante, en atención al *quantum* de la pena impuesta, tampoco es posible aplicar este inciso. En consecuencia, este agravio debe ser descartado.

DÉCIMO: Como otro agravio, la defensa técnica refiere que, en la recurrida, la jueza de primera instancia no se ha pronunciado sobre la solicitud del control difuso de las normas para inaplicar el artículo 5.5 del Decreto Legislativo N.° 1322, modificado por el artículo 6.2 del Decreto Legislativo N.° 1514, por cuanto esta disposición colisiona con los derechos fundamentales de la persona, referidos a la igualdad jurídica, a la salud y a la vida, contenidos en la Constitución.

DÉCIMO PRIMERO: Planteado así el agravio, es de precisarse que, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, prevalece la norma constitucional, cuya supremacía y jerarquía, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución

Política, debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia[4]. No obstante, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y otra legal, los jueces deben preferir, en todos los casos, siempre la primera, ejerciendo así una revisión judicial de las leyes, esto es, el denominado control difuso, tal como se prescribe en el artículo 138 de la norma fundamental. Es más, en el artículo 14, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial se regula que: "cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven con arreglo a la primera". Con lo expuesto, queda claro entonces que, en nuestro ordenamiento jurídico, prevalece el principio de supremacía de la Constitución.

DÉCIMO SEGUNDO: No obstante, esta autorización constitucional de los jueces ordinarios para el ejercicio del control difuso tiene sus límites, no pudiendo ser ejercida en forma irrestricta ni vulnerando el ordenamiento jurídico y constitucional que justamente se pretende y corresponde preservar y promover. Es por ello que el control difuso se ejerce, en estricto, para los fines constitucionales preservando la supremacía de las normas del bloque de constitucionalidad, siendo siempre de **carácter excepcional** y de ***ultima ratio***, por cuanto solo procede cuando no se puede salvar, vía interpretación sistemática, la constitucionalidad de las normas[5]. En todos los casos, este control se encuentra limitado al caso en particular y no constituye, de modo alguno, en un control abstracto de las leyes, pues dicha labor es de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, vía acción de inconstitucionalidad.

[4]En ese sentido, los expedientes 30-2005-AI/TC, del 10 de febrero de 2006; 5854-2005-PA/TC, del 8 de noviembre de 2005; 2939-2004-AA/TC, del 26 de octubre de 2005; 2502-2005-HC/TC, del 24 de junio de 2005; y 0005-2007-PI/TC, del 26 de agosto de 2008.

[5]Cfr. Consultas 286-2013/Arequipa, del nueve de mayo de dos mil trece, y 1618-2016/Lima Norte, del dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

DÉCIMO TERCERO: Es más, en el Segundo tema del Primer Pleno Jurisdiccional en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo aprobado por Resolución Administrativa N.° 440-2015-P-PJ, del trece de noviembre de dos mil quince, así como en las Consultas 286-2013/Arequipa, del nueve de mayo de dos mil trece, y 1618-2016/Lima Norte, del dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se han fijado reglas plausibles para el ejercicio del control difuso judicial. Son las siguientes:

i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política[6] y gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la norma fundamental[7], debiendo suponer *a priori* que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada;

ii) Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es sólo respecto de la norma del caso en un proceso particular;

[66]En dicho precepto, se prescribe que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.
[7]El artículo 108 de la Constitución establece el procedimiento de aprobación y promulgación de una ley.

iii) Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, **distinguiendo entre disposición y norma**, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la *ultima ratio* que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución, es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario, el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo; y

iv) En esencia, el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los **derechos fundamentales involucrados** en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el *test de proporcionalidad* u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el **examen de idoneidad** -de medio a fin-, el **examen de necesidad** -de medio a medio-, y el **examen de proporcionalidad en sentido estricto** -cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional-.

DÉCIMO CUARTO: En el presente caso, en primer lugar, sobre la **presunción de constitucionalidad** de las normas que se pretenden inaplicar, se verifica que estas han sido publicadas en el diario oficial "El Peruano". Así, el Decreto Legislativo N.° 1300 fue publicado el treinta de diciembre de dos mil dieciséis; el 1322, el seis de enero de dos mil diecisiete; y el 1514, el cuatro de junio de dos mil veinte; superando el control de producción normativa conforme al procedimiento constitucional de los artículos 108 y 109.

En segundo lugar, respecto al **juicio de relevancia,** se advierte que las normas cuestionadas se encontraban vigentes al momento de resolver la solicitud del sentenciado Rojas Rosas. Asimismo, del contenido de las normas citadas, se advierte que estas hacen referencia a la posibilidad de convertir una pena privativa de la libertad por otra de vigilancia electrónica, así como de los supuestos donde dicha conversión se encuentra excluida por delitos de corrupción de funcionarios y cometidos como miembro o integrante de una organización criminal o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella, los cuales guardan relación directa con el presente caso, toda vez que el sentenciado Rojas Rosas ha sido condenado por los delitos de asociación ilícita para delinquir y peculado doloso, y, de acuerdo, a las normas antes citadas, se encuentra excluida la posibilidad de convertir la pena privativa de libertad efectiva.

Luego, sobre la **interpretación de las normas citadas**, estas prescriben que, pese a cumplir con los requisitos para la conversión de la pena, al haber sido condenado como miembro de una organización criminal –asociación ilícita para delinquir (art. 317 del CP) y por un delito de corrupción de funcionarios –peculado doloso (art. 387 del CP)– no procede legalmente dicha conversión, tratándose de una prohibición expresa.

Finalmente, en cuanto al **cuarto análisis,** las normas objeto de cuestionamiento por la defensa, se encuentran vinculadas al artículo II del Título Preliminar del CP, mediante el cual se prevé que nadie será sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en la ley vigente al momento de la comisión. Asimismo, al artículo V establece que solo el juez competente puede imponer las penas y no puede sino en la forma establecida en la ley, acogiéndose con ello, el principio de legalidad en la pena y su graduación. Además, con la garantía de

ejecución de las resoluciones judiciales que deben cumplirse en la forma en que fue impuesta, la cual forma parte de la tutela judicial efectiva[8].

DÉCIMO QUINTO: Pese a las normas antes citadas, existen supuestos de excepción a dicha garantía, permitiendo la conversión de la pena privativa de la libertad por la de vigilancia electrónica en supuestos donde la pena sea no menor de cuatro ni mayor de diez años –si es al momento de dictarse la sentencia–, no menor de siete ni mayor de diez años –si la pena se encuentra en ejecución– y en delitos culposos cuya pena sea no menor de cuatro años –de preferencia cuando corresponda la pena privativa de la libertad–. De modo que si bien la regla general es que la pena a cumplirse sea aquella que ha sido fijada legalmente por el legislador por el delito que ha cometido, así como en los términos en que fue impuesta; se habilita un tratamiento diferenciado para algunos sentenciados para salir de los establecimientos penitenciarios antes de cumplimiento total de la pena impuesta primigeniamente, lo cual tiene plena sustentación por los fines de la pena.

DÉCIMO SEXTO: De modo que las normas que regulan la conversión de la pena en ejecución (art. 52-B del CP), específicamente el Decreto Legislativo N.° 1514, en sí no se configura como una norma universal o igualitaria para todos los sentenciados, sino que, por el contrario, contiene distinciones al establecer su procedencia para ciertos supuestos. De suerte que la admisibilidad de la conversión, como un supuesto de excepción, se encuentre supeditado a las particularidades del sentenciado y del caso, evaluadas y motivadas en la decisión del juez. No obstante, comoquiera que se cumpla con los requisitos iniciales para la conversión, esta no es admisible para aquellos que hayan incurrido en delitos de corrupción de funcionarios o vinculados a una organización criminal, manteniéndose para ellos la vinculación a la pena legal y la sentencia.

[8] La efectividad de la tutela judicial se encuentra también reconocida internacionalmente en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

DÉCIMO SÉPTIMO: Precisamente, ante esta exclusión, la defensa técnica cuestiona que dicho decreto colisiona con el derecho a la igualdad jurídica reconocido en la Constitución. Al respecto, el derecho fundamental a la igualdad se encuentra previsto y reconocido en los artículos 1[9] y 7[10] de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y que todos son iguales ante la ley. En igual sentido, lo establecen los artículos 1[11] y 24[12] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido adecuadamente que no todo trato diferenciado, basado en criterios razonables y objetivos, constituye discriminación[13]. En ese mismo sentido, es criterio uniforme y pacífico del Tribunal Constitucional que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, sino que esta tendrá lugar cuando carezca de una justificación razonable y objetiva[14]. Es más, el mismo Tribunal ha concluido que, pese a encontrarse en ejecución de sentencia, la posibilidad de establecer o conceder beneficios penitenciarios, en algunos supuestos, es competencia del legislador que no constituyen derechos, sino como parte de la Política Criminal del Estado[15].

[9]En dicho precepto se prescribe que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

[10]Este artículo establece que: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

[11]A la letra, se señala que: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

[12]Asimismo, este precepto señala que: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

[13]Opinión Consultiva 4/1984, del diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, párrafos cincuenta y seis y cincuenta y siete.

[14]Cfr. Expediente N.° 48-2004-PI/TC, del primero de abril de dos mil cinco, fundamento sesenta y uno.

[15]Cfr. Expediente N.° 12-2010-PI/TC, del once de noviembre de dos mil once, fundamentos jurídicos del sesenta y cinco al setenta y ocho.

DÉCIMO OCTAVO: Estando a lo expuesto, se concluye que la exclusión establecida en el Decreto Legislativo N.° 1514 se fundamenta en la Política Criminal del Estado Peruano en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado que es, a su vez, la materialización de las obligaciones internacionales asumidas por el Gobierno al suscribir los tratados sobre dichas materias, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, la Declaración de Beijing sobre la Lucha contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Asimismo, el Perú forma parte del Grupo Antisoborno de la OCDE y, en la actualidad, se encuentra en ejecución el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción, se ha creado la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), se ha aprobado un Código de Ética de la Función Pública, la Ley N.° 30077, entre otros mecanismos. Todos ellos, en puridad, demuestran y responden al compromiso internacional del Estado Peruano a la lucha contra la corrupción y el crimen organizado.

DÉCIMO NOVENO: Por tanto, se concluye que el sentenciado Rojas Rosas viene cumpliendo su condena impuesta acorde a la Constitución Política del Perú, al haber sido declarado culpable en un debido proceso penal y encontrándose recluido en un establecimiento penitenciario que, frente a la pandemia generada por el Covid-19, viene adoptando una serie de medidas sanitarias para prevenir y mitigar su contagio, conforme se advierte de la Nota de Prensa N.° 212-2020-INPE. Además, es de destacar que las normas que ahora son cuestionadas han sido de conocimiento por parte de la defensa técnica y del sentenciado quien, en su condición de abogado, se acogió voluntariamente a la conclusión anticipada, a sabiendas que no procedían los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. De manera que a criterio de este Superior colegiado no corresponde aplicar el procedimiento de control difuso. El agravio también debe ser desestimado.

VIGÉSIMO: Finalmente, como agravio, también el recurrente ha alegado que debe aplicarse el principio del interés superior del niño porque tiene 2 hijos menores de edad. Esta alegación, a criterio de esta Sala Superior, debe ser rechazada, toda vez que la sola invocación de tal principio y la existencia de dichos menores no basta para su sola aplicación, sino que, además, quien pretende su observancia, debe fundamentar y comprobar que su omisión importa una puesta en peligro o grave afectación a los derechos fundamentales del niño o adolescente y que merecen ser amparados por el juzgador. Así las cosas, en el presente caso, se verifica que si bien el solicitante es padre de dos menores de 6 y 8 años, también se advierte que dichos menores se encuentran bajo el cuidado de su madre Melissa Agnes Castillo Salazar[16]. Asimismo, a la fecha, no existe inhabilitación alguna contra el sentenciado Rojas Rosas para el ejercicio de su profesión u otra actividad lícita dentro del penal donde se encuentra, conforme se verifica del reporte de habilitación presentado por la defensa, y así seguir atendiendo las necesidades básicas de sus menores hijos.

VIGÉSIMO PRIMERO: En consecuencia, habiendo concluido que la improcedencia de la solicitud de conversión de pena privativa de libertad por la de vigilancia electrónica personal se encuentra arreglada a derecho, no puede ser otra la decisión de este Colegiado superior que desestimar el pedido formulado por la defensa y, en consecuencia, confirmar la resolución venida en grado.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos, los magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, en aplicación del artículo409 del Código Procesal Penal, **RESUELVEN**:

[16]Conforme se verifica de la declaración jurada presentada por la defensa técnica en su solicitud inicial de conversión de pena.

CONFIRMAR la Resolución N.° 12, de fecha dieciséis de julio de dos mil veinte, emitida por la jueza del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante la cual **declaró improcedente** la solicitud de conversión de pena privativa de libertad efectiva por vigilancia electrónica personal. Lo anterior, con motivo de la ejecución de sentencia impuesta en contra del condenado Percy Gilberto Rojas Rosas por los delitos de asociación ilícita para delinquir y peculado doloso en agravio del Estado. Reasume sus funciones la especialista que suscribe. ***Notifíquese y devuélvase***.

Sres.:

SALINAS SICCHA GUILLERMO PISCOYA ANGULO MORALES