



SENTENCIA DE CASACIÓN – DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

DELIMITACIÓN DE LOS ALCANCES INTERPRETATIVOS DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVADA EN LA CONDICIÓN DE EDUCADOR PREVISTA EN EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 297° DEL CÓDIGO PENAL.

Lima, trece de junio de dos mil trece.

VISTOS, en audiencia pública, el recurso de casación concedido por las causas establecidas en los numerales primero y tercero del artículo 429 del Código Procesal Penal a la defensa técnica del encausado don Elmer Américo Arribasplata Vargas; emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor Salas Arenas, Juez de la Corte Suprema.

PRIMERO: DECISIÓN CUESTIONADA. Lo es la sentencia de vista de nueve de marzo de dos mil doce -folios doscientos cincuenta y ocho a doscientos sesenta y siete-, que confirmó la sentencia de primera instancia de veinticinco de noviembre de dos mil once -folios ciento cincuenta y siete a ciento setenta y cinco-, en el extremo que condenó al encausado como autor del delito contra la salud pública –**POSESIÓN DE DROGAS TÓXICAS PARA TRÁFICO**- en agravio del Estado; impone **250 DÍAS MULTA, FIJÁNDOSE EN DIEZ NUEVOS SOLES EL DÍA MULTA, E INHABILITACIÓN PARA EJERCER LA PROFESIÓN DE EDUCADOR, POR EL PERIODO DE CINCO AÑOS** con lo demás que contiene; y la revocó en el extremo que le impusieron veinte años de pena privativa de libertad y reformándola le fijaron quince años de sanción.

SEGUNDO: DEL ITINERARIO DE LA CAUSA EN PRIMERA INSTANCIA.

2.1.- El encausado Arribasplata Vargas fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de veinte de junio de dos mil once -folios uno a ocho- formuló acusación en su contra por el delito contra la salud pública –**POSESIÓN DE DROGAS TÓXICAS PARA EL TRÁFICO**- en agravio del Estado, **previsto en el segundo párrafo del artículo 296 concordado con el inciso 2° del artículo 297° del Código Penal**, en agravio del Estado.

2.2.- El señor Juez de Investigación Preparatoria llevó a cabo la audiencia de control de la acusación –conforme se advierte del acta de diecisiete de agosto de dos mil once de los folios nueve a veinticuatro-. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado (nueve de septiembre de dos mil once –ver folios veinticinco a veintisiete del cuaderno de debate-).

2.3.- Seguido el juicio de primera instancia –como se advierte de las actas de los folios cincuenta y dos, setenta y cuatro, setenta y nueve, noventa y tres, ciento nueve, ciento treinta y siete y ciento cuarenta y tres- el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de veinticinco de noviembre de dos mil once -folios ciento cincuenta y siete a ciento setenta y cinco-, que lo condenó como autor del delito contra la salud pública –**POSESIÓN DE DROGAS TÓXICAS PARA EL TRÁFICO**- en agravio del Estado, imponiéndole veinte años de sanción, fijando en veinte mil nuevos soles el monto de la reparación civil.

2.4.- El señor abogado defensor del encausado Arribasplata Vargas interpuso recurso de apelación mediante escrito de los folios ciento sesenta y siete a ciento ochenta y nueve. Dicho recurso fue concedido mediante auto de nueve de diciembre de dos mil once de los folios ciento noventa y ciento noventa y uno.



TERCERO: DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

3.1.- Culminada la fase de traslado de la impugnación la Sala Superior Penal "de Apelaciones" de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, emplazó a las partes a fin de que concurrieran a la audiencia de apelación de sentencia y se realizó el nueve de marzo de dos mil doce - folios doscientos cincuenta y seis y doscientos cincuenta y siete-, cumpliendo el Tribunal de Apelación con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de apelación de trece de enero de dos mil once -folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos-.

3.2.- La sentencia de vista recurrida en casación confirmó la de primera instancia en el extremo que lo condenó como autor del delito indicado y la revocó en el extremo que le impusieron veinte años de pena privativa de la libertad y reformándola le impusieron quince años de sanción; con lo demás que contiene.

CUARTO: DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR LA DEFENSA TÉCNICA DEL PROCESADO.

4.1.- Leída la sentencia de vista, la defensa técnica del encausado formuló recurso de casación correspondiente mediante escrito de los folios doscientos ochenta y cuatro a doscientos noventa y tres.

4.2.- Concedido el recurso por auto de veintiuno de marzo de dos mil once de los folios doscientos noventa y cuatro a doscientos noventa y siete, se elevó la causa a este Supremo Tribunal el trece de abril de dos mil doce.

4.3.- Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, ésta Suprema Sala Penal mediante Ejecutoria de trece de julio de dos mil doce -folios veintiuno a veintiséis- del cuadernillo formado en esta Instancia-, en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso por los motivos previstos en los numerales primero y tercero del artículo 429 del Código Procesal Penal.

4.4.- Se realizó la audiencia conforme se aprecia del folio treinta y dos quedando la causa expedita para emitir decisión.

4.5.- Deliberada la causa en secreto y votada en la fecha, ésta Suprema Sala Penal cumple con emitir la presente sentencia, cuya lectura se llevará a cabo en audiencia pública -el cuatro de julio del año en curso a las ocho horas con treinta minutos.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.

1.1. El inciso primero y tercero del artículo 429 del Código Procesal Penal, en cuanto refiere si: "**La sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías previstas en el artículo 139.3 y 14 de la Constitución**" y "**Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas**".

1.2. El segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis concordado con el inciso segundo del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal que regula el delito de tráfico ilícito de drogas en su forma agravada cuando el agente tiene la condición de educador o se desempeña como



tal en cualquiera de los niveles de enseñanza, la pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

1.3. El expediente N.º 0014-2006-PI/TC, LIMA -de 19 de enero de 2007-, al abordar el principio de culpabilidad y la proscripción de la responsabilidad objetiva, señaló que: "El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado. Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad **se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella**. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. El principio que se comenta no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es el principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal "d" del numeral 24 del artículo 2º de la Constitución. Su texto es el siguiente: "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible". De lo vertido se desprende que -tipificado previa y claramente el delito y cometido éste- el Estado se encuentra legitimado y limitado **para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y no otra circunstancia adicional**; es decir, resultan susceptibles de sanción sólo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. El principio de legalidad penal, entonces, restringe la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprobable al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad anteriormente descrito, que consiste en la calificación de reprobable que **debe recaer sobre cierta conducta humana** y su consecuente tipificación, para poder ser objeto de punición estatal. Por ello, al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad.

1.4. La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC/ Fundamentos jurídicos 44, 45, 46, 47, 48, 51 y 52 -de tres de enero de dos mil tres- relativo al Principio de Legalidad e Interpretación de la Ley Penal, al puntualizar: "El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal "d" del inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución Política del Perú, según el cual **"Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)**". Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11º, numeral 2; Convención Americana sobre



Derechos Humanos, artículo 9°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.°). El **principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley.** Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y **constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional** al requerir el literal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea "**expresa e inequívoca**" (*Lex certa*). **El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal,** de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre. **Esta exigencia de "lex certa" no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad.** Por eso se ha dicho, con razón, que "en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje"¹. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional². El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos³. Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso "Encuesta a boca de urna" (Exp. N.° 002-2001-AI/TC), citando el Caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, "**una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad**" (Fundamento Jurídico N.° 6).

Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional⁴ de España ha sostenido que "**la exigencia de "lex certa" no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada**"⁵(...)El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa. Nuevamente, **en la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación**

¹ [CURY URZUA; Enrique: *La ley penal en blanco*. Temis, Bogotá, 1988, p. 69].

² [FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257].

³ (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Temis, Bogotá, 1989, p.35).

⁴ [BUSTOS R., Juan: *Introducción al Derecho Penal*. Temis, Bogotá, 1986, p. 62; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1990, p.61]

⁵ [STC 69/1989]



típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener "un cierto carácter de indeterminación" (pues bajo el término "concepto jurídico indeterminado" se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de la *lex certa* (...) **la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada** (...) (STC de 29 de setiembre de 1997) .

1.5. El inciso 3° del artículo 433 del Código Procesal Penal –referente al contenido de la sentencia casatoria y Pleno casatorio- en tanto establece que: "(...) la Sala, de oficio o a pedido del Ministerio Público, podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

1.6. Asimismo el inciso cuarto del citado dispositivo procesal señala que: "Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior".

1.7. La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 00607 – 2009- PA/TC, Fundamentos jurídicos 6, 7, 11 -de 15 de marzo de 2010-, relativa al derecho a la educación, al subrayar que:

"Según el criterio establecido por este Tribunal en la STC 04232-2004-AA/TC, **la educación posee un carácter binario en razón de que no sólo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público, dado que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado**, de ejecución por el propio Estado o por terceros bajo fiscalización estatal, y que, indudablemente, constituye, además de un elemento esencial en el libre desarrollo de la persona, un bien de trascendental importancia en la función social del Estado recogido en los artículos 13 y 14 de nuestra Carta Magna y que se vincula directamente con el fortalecimiento del sistema democrático y con el desarrollo económico y social del país. Así pues, de conformidad con el artículo 13 de nuestra Ley Fundamental, **la educación "tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana"**, mientras que de acuerdo con su artículo 14 **"promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y**



el deporte" y "prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad" (...). **La educación es un bien preciado en muchos aspectos.**

1.8. La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 00535 – 2009- PA/TC, Fundamento jurídico "3." - de 5 de febrero de 2009- **relativa a la necesidad de aplicar criterios de razonabilidad y proporcionalidad en los supuestos de consumo de marihuana de estudiantes de educación superior:** "Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional. En este sentido, se debe tener en cuenta **el principio de proporcionalidad, el cual está estructurado por tres subprincipios: (i)** el de idoneidad o de adecuación; **(ii)** el de necesidad; y **(iii)** el de proporcionalidad en sentido estricto. Esto supone que el Tribunal deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adopta. A su vez, **el principio de razonabilidad conduce a una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad.** La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto "implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos". Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 3° y 43° de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: **(i)** en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; **(ii)** en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En este sentido, el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha dado: **a)** La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto. **b)** La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en "**abstracto**" de los hechos, sino **su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un "hecho"** resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los "antecedentes del servidor", como ordena la ley en este caso. **c)** Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados



en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

1.9. La sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00286-2008-PHC/TC -Ayacucho- de 6 de febrero de 2009, en que se resaltó que: **"Una reconducción del hecho delictivo al tipo penal, (...) no puede ser entendida como una nueva persecución punitiva, de modo que no se ha producido la afectación del principio constitucional del debido proceso"**.

1.10. La Ejecutoria Suprema del 20/5/2004, R. N. N.º 215-2004 PUNO; en cuanto a la graduación de la pena conforme a los principios de proporcionalidad y racionalidad: «Corresponde graduar la pena impuesta en atención al principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, considerándose además sus fines preventivos, protectores y resocializadores, los cuales deben ir en consonancia con los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45º y 46º del Código acotado. En ese contexto analizados los actuados se desprende que el encausado carece de antecedentes penales, no se ha acreditado violencia física ni la utilización de armas al momento de la consumación del delito, escaso nivel cultural y los factores sociológicos que en cierto modo condicionaron su conducta delictiva, resultando procedente efectuar la rebaja prudencial de la pena impuesta».⁶

1.11. En la Sentencia del Tribunal Supremo número 305/2005 -de 8 de marzo-, se declaró que el subtipo agravado cuando el culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, **docente o educador** (...) existirá siempre que **la conducta típica haya tenido lugar en el ejercicio de las funciones propias del cargo de que se trate**, en este caso es un funcionario público, Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, y como ya hemos señalado más arriba es indisociable esta condición de los hechos imputados y por los que ha sido condenado. Precisamente porque su función consistía en investigar hechos delictivos de esta naturaleza, tuvo la posibilidad de acceder a la sustancia estupefaciente (...).

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO DEL CASO SUB MATERIA.

2.1.- En principio se debe precisar que está fuera de discusión la responsabilidad penal del encausado en el hecho punible por haber cometido el delito de tráfico ilícito de drogas pero habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis concordado con la circunstancia agravante prevista en el inciso segundo del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, corresponde tras el cuestionamiento, evaluar si se subsumió técnicamente lo acontecido en la tipología penal.

2.2.- En el auto de calificación de trece de julio de dos mil doce, se subraya que las razones **"que justifican la casación en relación a la infracción o a la garantía constitucional de defensa y errónea interpretación de la agravante por la calidad de agente establecida en el numeral dos del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal"**⁷.

2.3.- Parte de la doctrina nacional, señala que: " (...) en caso del inciso segundo del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal la **agravante sólo tiene en cuenta la profesión del**

⁶ Castillo Alva, José Luis. Jurisprudencia penal 1, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima, Grijley, 2006, p. 232.

⁷ Conforme se aprecia en el sexto considerando del folio 24.



infractor y la confianza social que ella inspira en la colectividad de un comportamiento ético de tales profesionales. De allí que bastará con acreditar que el autor o participe del delito tenía la calidad de educador (...)"⁸.

Contrario a dicha posición **Peña Cabrera**, sostiene que: "Cuando el «agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza». La agravante radica en que teniendo el profesor la misión de educar, prevenir y luchar para que sus educandos no se involucren en el problema de las drogas, falta a ese compromiso con la sociedad y por el contrario, permite la venta de drogas o las ofrece por el ánimo de lucro. (...) el grado de responsabilidad del agente se agrava por el hecho de tener la relación profesor -alumno, que tiene implicancias no sólo pedagógicas sino sociales; (...) es decir, el prevalimiento de la función docente, que provoca una mayor alarma social, al constituir una conducta de mayor disvalor, al traficar y/o comercializar los estupefacientes en ambientes donde circulan personas especialmente vulnerables, generándose una vulneración de entidad considerable, al bien jurídico tutelado. La agravante in comento tiene como antecesor directo el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos de 1973, el mismo que en su primer protocolo adicional (art. 3. inc. J) tipificaba como circunstancia agravante específica el hecho de que el agente tenga la condición de docente o educador de la niñez o juventud.

Resulta importante destacar que para la adecuación de esta agravante no bastara que el sujeto activo sea educador, sino que, el comportamiento sea realizado en el ejercicio de su profesión?

2.4. A criterio de este Supremo Tribunal, la agravante sub examine, **se funda en la deslealtad con la causa pública y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en el entorno del educador**, esto es, la mayor cercanía y autoridad frente a grupos de estudiantes, recalcando que es determinante el título y/o la posición funcional como educador en cualquier nivel de enseñanza. De lo que se desprende que **para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la condición de educador, sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con el consiguiente grave riesgo de los alumnos sea que no hubieran alcanzado una edad que les permita comprender las posibles consecuencias del consumo al que pudieran ser inducidos por el comportamiento de su maestro ó que pudieran ser influidos negativamente, pese a su mayoría al consumo de estupefacientes.**

2.5. En dicha línea argumental, cabe subrayar que tal agravante es independiente de la que correspondería si **el sujeto activo del delito además se sirva de los menores para la comisión del hecho delictivo, prevaliéndose de su situación de ascendencia sobre ellos o sí traficara en sede educativa o su entorno, en cuyo caso se configuraría concurso de agravaciones.**

2.6. El considerar el solo hecho de la condición de docente (profesional o no profesional) importaría la implantación de una forma de derecho penal de autor que el Estado democrático recusa y que daría lugar a paradojas tales como castigar por la modalidad agravada al profesor graduado que

⁸ Prado Saldarriaga, "Agravantes relacionadas con la condición del agente [incisos 1,2,3]" Criminalidad Organizada. Lima Idemsa p.p. 138-139.

⁹ Alonso R. Peña Cabrera Freyre **-TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y DELITOS CONEXOS-** perspectivas criminales, Jurista Editores - Lima 2009 pp. 177-178.



nunca ejerció la docencia que hubiera perpetrado tráfico ilícito de drogas sin nexo alguno con la actividad educativa.

2.7. A raíz de lo expuesto, la configuración de la referida agravante estará supeditada a la verificación de los siguientes elementos: **a.-** De modo general la agravante se funda en la deslealtad con la causa pública de la educación y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en su entorno de población vulnerable; **b.-** El Agente tiene profesión de educador, de lo que se exige como medio probatorio, a modo general, el título profesional de educador; **c.-** El Agente se desempeña como educador (sin titulación) en cualquier nivel de enseñanza; **d.-** El accionar delictivo debe viabilizarse en el entorno educativo, en cuyo contexto el sujeto activo instrumentaliza su condición de educador; **e.-** Pero el hecho puede ser adicionalmente cometido en el interior o en otros ambientes vinculados a la enseñanza, verbigracia centros deportivos donde se practica deporte, dada que el mayor reproche se funda en que hay mayor capacidad de difusión de la droga porque la oferta se puede hacer llegar a un mayor número de personas vulnerables.

2.8. Aunado a ello, es preciso resaltar que cuando el legislador incorporó dicha figura a la ley tuvo en miras prevenir desde el inicio el consumo de drogas de los educandos que concurren a un establecimiento público o privado, debido a que la ley no distingue a formarse. Nada puede ser más nefasto, para quien busca tomar una educación sana en el más puro sentido, que se le proporcione droga para que consuma. No hacía falta que la ley pusiera énfasis en aclarar: abusando de sus funciones específicas, en virtud de que ninguna función, aún administrativa, puede estar relacionada con el delito de tráfico ilícito. Valga recordar que educar es encaminar, dirigir, doctrinar a la par que también implica desarrollar las facultades intelectuales y morales de quien recibe esa educación, por medio de preceptos, ejercicios y primordialmente (...)¹⁰.

2.9. Es de anotar que la ley no ha establecido circunstancia especial vinculada a la edad de las víctimas (alumnos o estudiantes) por lo que no existe referente etáreo que implique mayor desvalor específico, cuando no, es su caso de orden genérico (artículo 46° del Código Penal).

2.10. A criterio de Este Supremo Tribunal no se configuró la agravante objeto de acusación y condena, por lo que la calificación legal es la que corresponde al tipo base pero de la segunda parte del primer párrafo del artículo 296° del Código acotado.

TERCERO: DEL QUÁNTUM DE LA PENA A IMPONER.

3.1. Como segundo nivel de análisis, compete referirse al cuántum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que la pena impuesta por la Sala de Fallo contenida en la agravante prevista en el inciso dos del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal suponía una sanción conminada no menor de 15 ni mayor de 25 años de privación de libertad y de 180 a 365 días multa, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente a quien afecta al tipo base previsto en la segunda parte del primer párrafo del artículo 296 del Código acotado, que tiene como límites de punición no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad, y 120 a 180 días multa, teniendo en

¹⁰ ABEL CORNEJO, *Estupefacientes* – Segunda Edición actualizada – Editorial Ribunzal Culsoni Editores – 2009 Argentina pp. 176-177.



5
cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (tendiendo en consideración sus condiciones personales al ser un agente con treinta y tres años de edad aproximadamente, natural de Caserío de Tantachawal Bajo – del Distrito de San Silvestre - Cajamarca, soltero, con grado de instrucción superior y sin antecedentes penales) corresponde imponérsele la sanción de seis años de privación de libertad.

3.2.- Asimismo, es pertinente señalar que no se vulnera el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produjo agravio al encausado.

CUARTO: DE LA INAPLICACIÓN DE LA INHABILITACIÓN PREVISTA EN EL INCISO 4° DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL FIJADA POR LA SALA SENTENCIADORA.

Es de resaltar que como se glosa en la sentencia recurrida que se impuso al encausado pena de inhabilitación, sin embargo al haberse acreditado que la conducta delictiva se encuadra en el tipo base de la segunda parte del primer párrafo del artículo 296° del Código Penal y no sanciona al agente activo con tal inhabilitación por lo que corresponde dejarla sin efecto.

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron:

- 6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000
- I. **POR UNANIMIDAD, DECLARAR FUNDADA LA CASACIÓN** y, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista del nueve de marzo de dos mil doce -folios doscientos cincuenta y ocho a doscientos sesenta y siete-, que confirmando y revocando la sentencia de primera instancia condenó a don **ELMER AMÉRICO ARRIBASPLATA VARGAS** como autor del delito contra la salud pública –**POSESIÓN DE DROGAS TÓXICAS PARA TRÁFICO en la modalidad agravada del inciso 2 del artículo 297 del Código Penal y artículo 296 segundo párrafo del acotado Código** en agravio del Estado; le imponen 15 años de pena privativa de libertad, 20,000 nuevos soles por reparación civil y **200 DÍAS MULTA, fijándose en DIEZ NUEVOS SOLES EL DÍA MULTA, e INHABILITACIÓN para ejercer la profesión de educador, por el periodo de cinco años; en consecuencia:**
Actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo:
 - II. **POR UNANIMIDAD, REVOCARON** la sentencia de primera instancia que condenó a don **ELMER AMÉRICO ARRIBASPLATA VARGAS** como autor del delito contra la salud pública –**POSESIÓN DE DROGAS TÓXICAS PARA TRÁFICO-** en agravio del Estado conforme al inciso 2° del artículo 297° y artículo 296 segundo párrafo del Código Penal; imponiéndole 20 años de pena privativa de libertad y
 - III. **REFORMÁNDOLA: CONDENARON** a don **ELMER AMÉRICO ARRIBASPLATA VARGAS** como autor del delito contra la salud pública –**POSESIÓN DE DROGAS TÓXICAS PARA TRÁFICO,** bajo el supuesto normativo previsto en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal, **LE IMPUSIERON SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD** que con el descuento de carcerería que viene sufriendo desde el veinticuatro de diciembre de dos mil diez vencerá el veintitrés de diciembre de dos mil dieciséis.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 126-2012
CAJAMARCA

- IV. **POR MAYORÍA**, confirmar la apelada en cuanto impuso **200 DÍAS MULTA** al citado procesado, fijándose en **Diez Nuevos Soles el día multa**.
- V. **POR UNANIMIDAD**, **DEJAR SIN EFECTO LA INHABILITACIÓN IMPUESTA** al aludido encausado.
- VI. **POR UNANIMIDAD**, **ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE** lo señalado en los acápites 2.4 al 2.9 de la presente Ejecutoria Suprema –de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal -, **respecto a las exigencias para la configuración de la agravante sub examine**.
- VII. **DISPONER** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la señorita Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique todas las partes apersonadas a la instancia e incluso a las no recurrentes.
- VIII. **PUBLICAR** en el Diario oficial "El Peruano", conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal; interviene el señor Juez Supremo Rozas Escalante por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

ROZAS ESCALANTE

JLSA/eam


Dr. Lucio Jorge Ojeda Barazorda
Secretario de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR SALAS ARENAS, EN CUANTO A COMPURGAR LA PENA DE MULTA IMPUESTA AL ENCAUSADO POR RAZÓN DE LA DETENCIÓN QUE VIENEN SUFRIENDO, TIENE EL FUNDAMENTO SIGUIENTE:

Lima, cuatro de julio de dos mil trece.

PRIMERO: DE LA PENA DE MULTA.

1.1. La aplicación de la pena de multa por los Tribunales Sentenciadores, suscita problemas de diferente calado; así por ejemplo, Du Puit, ha puntualizado, que: **a.-** La multa es una pena destinada, sobre todo, a ser aplicada en los casos en que el procesado tiene capacidad económica para soportarla. Esto sólo constituye una manifestación del criterio general de la capacidad de ser sometido a una pena. Su imposición pierde todo sentido y eficacia cuando es impuesta a quien carece de dicha capacidad. En este caso, será sentida como una doble injusticia social: agravación de la desigualdad social por razones económicas¹; y **b.-** Junto a esta necesidad de volver a plantearse la necesidad de la multa en relación con la realidad social y económica, debe buscarse regularla de manera más simple y coherente en el Código Penal. Ante las deficiencias de la ley, los jueces no deben esperar una modificación de la ley, sino que deben tratar, mediante una interpretación creadora, de corregir las deficiencias y completar las lagunas del texto legal de acuerdo con los principios del derecho penal liberal y, en particular, de conformidad con las pautas constitucionales².

1.2. En el régimen penal peruano, la capacidad económica se contempla en la graduación del porcentaje como de la sanción, que ha de ser del veinticinco al cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado.

1.3. Por su parte, Prado Saldariaga ha subrayado (en el año mil novecientos noventa y siete) que, de la revisión analítica, recaída sobre una importante muestra del volumen de sentencias condenatorias y dictámenes fiscales que vienen emitiendo los operadores del Sistema Judicial Nacional, desde la vigencia del Código Penal de 1991, se percibió diferentes problemas y distorsiones en la **aplicación, determinación y ejecución de la pena pecuniaria**. Muchas de las dificultades y errores registrados en el proceder jurisdiccional se deberían, a nuestro entender, a la influencia de distintos factores cuya etiología resulta ser fundamentalmente de carácter psicosocial. De ellos, cabría mencionar como predominantes a los siguientes: De un lado, la escasa información que se suministra a abogados, jueces o fiscales en la formación universitaria o de capacitación funcional sobre la naturaleza,

¹ Si no queda más remedio que hacer uso de criterios genéricos por falta de datos suficientes acerca de la situación económica del acusado, creo que lo más adecuado es acudir al principio *in dubio pro reo*, y optar, en consecuencia, por la solución que resulte más favorable para el acusado. En la práctica, el criterio apuntado supondrá fijar la cuota diaria de multa en la cuantía mínima prevista por la ley, salvo en aquellos casos en los que se disponga de datos que, aun siendo incompletos, revelen que el acusado tiene capacidad económica para soportar el pago de una multa con una cuota diaria superior a la mínima legal. Claro está que esa solución puede conducir a imponer multas ínfimas a condenados que, tal vez, cuenten con recursos económicos suficientes para afrontar el pago de una multa de importe más elevado. Pero resulta preferible asumir este riesgo en vez de atribuir al acusado, sin ningún fundamento objetivo ni datos acreditados, una capacidad económica que puede ser realmente inexistente, y que, a la postre, puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria de aquél por imposibilidad de hacer efectivo el pago de la multa. Al fin y al cabo, estamos ante una cuestión que, si bien no afecta a la determinación de la culpabilidad del acusado, sí incide directamente en la extensión de la pena a imponer, aunque se trate de una pena pecuniaria. Ver Cachón Cadenas, Manuel, La pena de días – multa: el difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado, página 194, En: Problemas Actuales de la Justicia Penal, Joan Pico I Junoy – Director, Bosch Procesal, Barcelona 2001.

² Du Puit, Joseph, La Pena de Multa, página 174. En Anuario de Derecho Penal, Director Hurtado Pozo, El sistema de penas del nuevo Código Penal, Grijley, Lima 1999.



características y operatividad de las consecuencias jurídicas del delito en general, y de la multa en particular. Y, de otro lado, el escaso valor que el operador judicial parece conceder a las penas no privativas de libertad, las que, las más de las veces, son apreciadas como sanciones leves y poco útiles a objetivos de prevención general. De allí que sea frecuente, que la jurisprudencia analizada, conceda únicamente la pena privativa de libertad la condición de pena principal³.

1.4. Emerge como común denominador, la adopción de una defectuosa técnica legislativa utilizada por el legislador, y como corolario de ello, potenciales errores en materia interpretativa por parte del órgano jurisdiccional sentenciador.

SEGUNDO: AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL.

2.1. La libertad es un bien esencial de la dignidad humana (artículo tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, inciso uno del artículo nueve del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el inciso séptimo del Pacto de San José de Costa Rica), que se debe afectar en tanto y en cuanto corresponda por mandato judicial, antes de la sentencia penal con las exigencias que la ley procesal ha establecido para decidir tal medida.

2.2. El Tribunal Constitucional, precisó que: es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y, al mismo tiempo un valor superior del ordenamiento jurídico; sin embargo, su ejercicio no es absoluto e ilimitado ya que se encuentra regulado y puede ser restringido mediante la ley, conforme lo establece el artículo 2, inciso 24, literal b), de la Norma Fundamental. Por ello, se afirma que no toda restricción o privación al derecho a la libertad individual es *per se* inconstitucional, pues puede verse legítimamente limitada. Sin embargo, puede verse afectada de manera arbitraria con mandatos de prisión preventiva, sentencias condenatorias o la imposición de una medida de seguridad que derive de una resolución judicial arbitraria expedida con violación al debido proceso⁴

2.3. El descuento ha puesto en el artículo cuarenta y siete del Código Penal (considerado *integrum*) que en el caso de tratarse de delitos que merezcan pena privativa de libertad y multa, la privación preventiva de libertad nacida en la pena con doble consideración; en la privación de libertad y en su afectación patrimonial.

TERCERO: DEL DEBER DE LOS JUECES DE MOTIVAR LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICOS PENALES:

3.1. DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINARIA:

3.1.1. La determinación de la pena es una de las labores más complejas para los operadores jurídicos penales y, en especial, para los Jueces y Tribunales. Consiste en el proceso por el que se transforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en un determinado tipo penal del Código Penal, y las

³ Agregando que: generalmente la documentación procesal que hemos revisado presenta los siguientes defectos:

- Determinación parcial del monto pecuniario de la pena de multa.
- Percepción errónea de la multa como pena accesorio.
- Extensión indebida de la suspensión de la ejecución de la pena a la multa.
- Aplicación errónea de la pena de multa en un régimen de reserva de fallo condenatorio.
- Deficiencias en la utilización de las normas sobre cumplimiento del pago de la multa.

Prado Saldarriaga, Víctor, Problemas y desarrollo jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa, página 341. II Congreso Internacional de Derecho Penal – Consecuencias Jurídicas del Delito, Pontificia Universidad Católica, Ara Editores, Lima 1997.

⁴ Ver sentencia emitida en el expediente 03425-2010-PHC/TC – LIMA de 14 de noviembre de enero de 2011.

reglas que conforman la parte general, en la concreta pena correspondiente al responsable de un hecho delictivo, de acuerdo con la gravedad del hecho cometido y sus circunstancias personales. Esta decisión no es arbitraria sino que responde a una serie de procesos informados por las reglas de la parte general del Código Penal, que el Juez debe observar en concordancia con los márgenes de discrecionalidad de que goza.

3.1.2.- En el Estado democrático se impone el postulado del sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. Lo anterior significa que tanto la pena, su aplicación e imposición deben estar determinados en una ley previa. De esta manera, el principio de legalidad satisface la exigencia de seguridad jurídica que también constituye una garantía.

3.1.3.- Siguiendo a Mir Puig del principio de legalidad se derivan cuatro garantías específicas, a saber: garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución. Y dado el tema de discusión se debe resaltar que la garantía jurisdiccional, exige que, la imposición de la pena deben determinarse por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido⁵.

3.1.4. En esta línea argumental, desde la perspectiva de la "lex certa", la norma penal debe ser exhaustiva, conteniendo una descripción de la conducta típica sancionada y de la pena aparejada a su violación. Para poder considerar una ley penal como exhaustiva ésta debe contener todos los presupuestos que condicionen la pena y determinen la consecuencia jurídica. Estos presupuestos pueden estar presentes en una enumeración expresa de los elementos o bien en forma implícita siempre que la ley brinde los criterios para deducirlos⁶. La prohibición que da origen a la exigencia de este requisito es la prohibición de las leyes penales indeterminadas.

3.1.5. Finalmente según Zaffaroni el principio de legalidad se completa con el denominado principio de reserva legal⁷. Esto significa que la norma penal debe tener rango de ley en sentido estricto, quedando excluidas como fuente de establecimiento de delitos y penas las normas reglamentarias de la administración, y en general toda norma que no emane del Poder Legislativo.

3.2. DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL:

3.2.1. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales constituye un elemento esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 5) del artículo 139.º de la Norma Fundamental, que garantiza el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables⁸.

⁵ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. REPERTOR. Barcelona, España, 1998, página 77.

⁶ Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. Segunda Edición. Ediciones Akal, S.A. Madrid, España, 1990, página 36.

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. EDIAR S.A. Editora. 2002, página 112.

⁸ Ver sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente número 8125-2005-PHC/TC.

3.2.2. En tal sentido, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: **a)** fundamentación jurídica, lo que conlleva a que se exprese no sólo la norma aplicable al caso en concreto, sino también la explicación y justificación de por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado dentro de los supuestos que la norma prevé; **b)** congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresan la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y lo pretendido por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún cuando esta sea sucinta, o se establezca el supuesto de motivación por remisión⁹.

3.2.3. Asimismo el Supremo Intérprete de la Constitución en relación a la determinación de la pena, afirma que la individualización de la pena privativa de libertad se encuentran fundamentadas por el órgano jurisdiccional, cuando la imposición de la pena ha estado precedida de la evaluación de "las circunstancias de la perpetración del evento delictuoso, así como la responsabilidad que tuvo el actor para su comisión, hechos que han sido acreditados en autos" y sustancialmente "que se le *impuso una pena de acuerdo al marco normativo que sanciona el citado delito*"¹⁰.

CUARTO: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 47 DEL CÓDIGO PENAL.

4.1. Conforme a lo expuesto, la configuración y determinación de toda forma de sanción penal está supeditada a la observancia de los principios de legalidad, proporcionalidad y motivación.

4.2. El problema que subyace en el caso sub examine, está relacionado con aquellos hechos punibles en donde la pena multa converge por estar conminada en forma conjunta, con una pena privativa de libertad que puede ser de cumplimiento efectivo o suspendida de efectividad, pero cuando en la investigación se dispuso mandato de detención, que se prolonga hasta dictada la sentencia con o sin privación de libertad efectiva. En tales situaciones, puede ocurrir por tanto, que el condenado se haya visto privado de su libertad durante todo el transcurrir del proceso penal.

4.3. Sentado lo expuesto, el análisis interpretativo del referido dispositivo legal, resulta relevante tener en cuenta los siguientes aspectos:

i) El primer párrafo del artículo 47 del Código Penal, no hace sino demostrar que la privación de la libertad decidida intra proceso penal al decretarse mandato de detención, reviste importancia gravitante para la ejecución y descuento del cuántum de la pena privativa de libertad que se fijará en el estadio resolutorio del proceso penal, tan es así, que incide en el cuántum de pena impuesta a razón de un día de prisión preventiva por un día de cumplimiento de sentencia.

ii.) Por mandato del segundo párrafo del referido artículo, la pena privativa de libertad, también surtirá efectos compensatorios y en su caso cancelatorios sobre la pena de multa, conforme a lo estipulado en dicha norma ("*Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención*").

⁹ Ver sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente número 4348-2005-PA/TC.

¹⁰ Sentencia del 10 de septiembre del 2010, EXP. N.º 01652-2010-PHC/TC, LIMA, JUAN CARLOS MORAN ZEGARRA A FAVOR DE LINO OLAYA PÉREZ.



iii.) Más allá del reconocimiento legal de los efectos reduccionistas de la privación de libertad como consecuencia de la implementación del mandato de detención, en relación a la pena de prisión sea efectiva o suspendida en una sentencia; a partir del principio de legalidad se concluye que el tiempo de detención sufrido por el procesado debe surtir efectos cancelatorios en la pena de multa, y que todos los Jueces deben observar dichos efectos en el momento de imponer la pena de multa, debiendo en su caso descontar o de corresponder, darla por cumplida (compurgada).

4.4. En ese sentido, al haberse configurado la conducta delictiva del encausado bajo los alcances normativos del segundo párrafo del artículo 296° del Código Penal, que sanciona al agente además de pena privativa de libertad con pena de multa de 120 a 180 días multa; se deberá realizar el computo dentro de su extremo mínimo al haberse impuesto la sanción en el extremo mínimo legal, en aplicación del principio de proporcionalidad.

4.5. En consecuencia, en el presente caso, el encausado Arribasplata Vargas honró con su libertad provisionalmente afectada (hasta antes de la emisión de la sentencia de primera instancia) la dimensión temporal y pecuniaria de la multa (pagó con su libertad) conforme es de verse del cuadro ilustrativo que a continuación se presenta:

CÓMPUTO DE PENA MULTA AL AMPARO DEL 2do PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 47° DEL CÓDIGO PENAL						
ENCAUSADOS	FECHA DE DETENCIÓN	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	DÍAS DE DETENCIÓN (A la fecha de la emisión de la citada sentencia)	IMPOSICIÓN CONCRETA PENA DE MULTA	APLICACIÓN DEL 2do PARR. ART. 47 CP (1X2)	ESTADO DE CUMPLIMIENTO
ARRIBASPLATA VARGAS	24 DICIEMBRE 2010	25 NOVIEMBRE 2011	11 MESES y 1 día = 331 días	120 DÍAS MULTA	(331X2=) 662 (dúplica de días de detención); dimensión mayor a 120 días multa	COMPURGADA

Por ello:

Mi voto es porque se declare compurgada la pena de multa.

S.

SALAS ARENAS

JLSA/eam

Dr. Lucio Jorge Ojeda Barazorda
Secretario de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA