

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: PRADO
SALDARRIAGA Victor Roberto
FAU 20159981216 soft
Fecha: 29/05/2024 09:00:43 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: PACHECO
HUANCAS IRIS ESTELA /Servicio
Digital
Fecha: 10/06/2024 08:08:58 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: GUERRERO
LOPEZ IVAN SALOMON /Servicio
Digital
Fecha: 27/05/2024 17:01:24 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Vocal Supremo: PLACENCIA
RUBINOS DE VALDIVIA LILIANA
DEL CARMEN /Servicio Digital
Fecha: 28/05/2024 17:42:55 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA CORTE SUPREMA
- Sistema de Notificaciones
Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA,
Secretario De Sala -
Suprema CAMPOS OLIVERA
ROSARIO AURORA /Servicio
Digital
Fecha: 11/06/2024 12:07:20 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D.Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

IMPROCEDENCIA DE LA SUSTITUCIÓN DE PENA

La Ley 30076 no dejó de regular el comportamiento prohibido efectuado por el sentenciado; por el contrario, esta ley enfatizó la sanción con cadena perpetua a los agentes que causan la muerte o lesiones graves a las víctimas al momento -de despojarlos patrimonialmente, siempre y cuando se encuentren dentro de una estructura organizacional con el fin de cometer delitos.

Lima, trece de diciembre de dos mil veintitrés

AUTO Y VISTO: el recurso de nulidad

interpuesto por la defensa técnica del condenado **ALEJANDRO MARISCAL CARBAJAL** contra la Resolución 133 del uno de septiembre de dos mil veintitrés, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Cusco, en el extremo que **confirmó** la Resolución 128 del catorce de abril de dos mil veintitrés, que declaró **improcedente** la solicitud de sustitución de pena presentada por el citado condenado, en el proceso que se le siguió como autor del delito de robo con agravantes, en perjuicio de Jesús Uriel Fernández Orellana¹ y otros; con lo demás que contiene.

De conformidad con lo opinado por el fiscal supremo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **SUSANA CASTAÑEDA OTSU**.

CONSIDERACIONES

RESOLUCIÓN OBJETO DEL RECURSO DE NULIDAD

1. Mediante la Resolución 128 del 14 de abril de 2023, el Juzgado Penal Liquidador de la sede de Anta declaró improcedente la solicitud formulada por la defensa técnica del condenado **ALEJANDRO MARISCAL CARBAJAL** sobre sustitución de pena que le fue impuesta en la sentencia del 5 de octubre de 2011, en el extremo que lo condenó como autor del delito contra el patrimonio (robo con agravantes), en perjuicio de Jesús Uriel Fernández Orellana y otros².

¹ Consignado erróneamente en dicha resolución como José Fernández.

² También se declaró improcedente el pedido de sustitución de penal efectuado por la defensa técnica del sentenciado Carlos Bellido Ventura.

La citada resolución fue materia de apelación; y, mediante resolución del 1 de septiembre de 2023, la Sala Penal Superior la confirmó con base en los siguientes fundamentos:

1.1. La interpretación gramatical del último párrafo del artículo 189 del Código Penal (CP), modificado por la Ley 30076, está condicionada a que el agente del delito sea integrante de una organización criminal y con dicha condición provoque la muerte de la víctima o le cause lesiones graves físicas o mentales; sin embargo, esto no determina que no se sancione a quienes cometan el delito en banda criminal.

1.2. El Acuerdo Plenario 8-2019/CIJ-116 establece que el tipo penal de banda criminal también es un delito de organización criminal, los cuales tienen un tipo penal abstracto y de operatividad estrictamente residual frente a aquellos delitos comunes que sean ejecutados por sus integrantes. Por ello, la banda criminal, dada su acepción general, se encuentra comprendida como una organización criminal.

1.3. Finalmente, la conducta efectuada por el sentenciado es subsumible aún en la modificatoria establecida por la Ley 30076 del 19 de agosto de 2013, con lo cual la pena a imponer es la de cadena perpetua. En consecuencia, se debe de confirmar la resolución recurrida.

Lo resuelto por la Sala Penal Superior fue objeto del recurso de nulidad por la defensa técnica del sentenciado Mariscal Carbajal, lo que es materia de análisis en la presente ejecutoria suprema.

AGRAVIOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE NULIDAD

2. La defensa técnica del sentenciado Mariscal Carbajal centró sus cuestionamientos en la diferencia que existe entre los delitos de banda criminal y organización criminal. En su criterio, su patrocinado fue condenado por el delito de robo con agravantes en su condición de integrante de una banda criminal y no de una organización criminal, por lo cual, en virtud de la interpretación extensiva, dicha calidad no figura en el tercer párrafo del artículo 189 del CP de la Ley 30076, la cual es más favorable.

OPINIÓN DEL FISCAL SUPREMO PENAL

3. El fiscal supremo penal opinó que se declare **no haber nulidad** en la resolución impugnada, puesto que la Ley 30076 no contempló en sí misma una situación más favorable para el sentenciado Mariscal Carbajal, dado que la conducta no fue despenalizada por el contrario evolucionó en sus conceptos y con mayor técnica legislativa³.

FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE Y SUSTITUCIÓN DE PENAS

4. El principio de legalidad, previsto en el literal d del inciso 24 del artículo 2 de la norma fundamental, tiene una doble dimensión: como principio y como derecho subjetivo del ciudadano. En la segunda dimensión garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita; y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica⁴.

5. En nuestro ordenamiento jurídico rige, en principio, la aplicación inmediata de las normas. En el derecho penal sustantivo este principio determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión⁵. No obstante, esta proscripción de la retroactividad tiene su excepción en el principio de retroactividad de la ley penal, siempre que resulte favorable al procesado.

6. Así lo dispone el artículo 103 de la Constitución Política, cuyo texto prescribe: “[...] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo [...]”⁶.

³ Se distinguió los tipos de estructura criminal que a la fecha son sancionables.

⁴ STC 02758-2004- HC/TC, y STC 2723-2018-PHC/TC.

⁵ STC 1300-2002-HC/TC

⁶ El principio de retroactividad benigna propugna la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión del hecho delictivo a condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Constituye una excepción al principio de irretroactividad

En conexión con este dispositivo se encuentra el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política, que establece el principio de la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

7. El principio de retroactividad de la ley penal más benigna ha sido desarrollado por el artículo 6 del CP, que textualmente señala:

La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictase una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.

8. Con relación a la interpretación del artículo 6 del CP, las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia Plenaria 2-2005/CJ-301A, han establecido que, como este dispositivo consagra el instituto de la retroactividad de la ley penal más favorable, debe aplicarse la ley más favorable en caso de conflicto de leyes penales en el tiempo, incluso cuando exista sentencia firme de condena, en cuyo caso, en tanto la pena subsista, esté pendiente o en plena ejecución, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponde, conforme a la nueva ley⁷.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

9. Sobre la solicitud de sustitución de la pena privativa de libertad formulada por la defensa de Alejandro Mariscal Carbajal, se precisa lo siguiente:

9.1. La Sala Penal Superior incurrió en un error formal al conceder el recurso de nulidad materia de análisis, ya que, conforme el literal d del artículo 292 del Código de Procedimientos Penales, dicho medio impugnatorio solo procede contra resoluciones que versan sobre la sustitución de pena, pero que fueron emitidas por la Sala Superior como primera instancia. Por otro lado, los pedidos de sustitución de pena se presentan y tramitan ante la Sala Penal Superior. En

de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida en que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida); y, primordialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, el que se fundamenta en la dignidad de la persona humana. STC 09810-2006-PHC/TC.

⁷ Del 30 de septiembre de 2005. Asunto: sustitución de penas por retroactividad benigna. La aplicación de la Ley Penal 28002. De modo correcto, se afirma que se trata, en este caso, según doctrina unánime, de una excepción a la prohibición de revivir procesos fenecidos, a la cosa juzgada.

este caso, por el accionar de la Sala Penal Superior se efectivizó el derecho a la doble instancia; no obstante, se procederá a emitir pronunciamiento a efectos de no recortar el derecho de defensa.

9.2. Con base en lo anotado, se advierte que la Sala de Apelaciones Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco, mediante sentencia del 5 de octubre de 2011, resolvió:

9.2.1. Condenar a Alejandro Mariscal Carbajal, Alberto Huari Umán y Armando Cumapa Onorbe por el delito de robo con las agravantes contenidas en los incisos 1, 2 y 3 (en casa habitada, durante la noche, a mano armada) del primer párrafo del artículo 189 del CP, hecho ocurrido del 30 de abril de 2008, en perjuicio de la Empresa Frigoríficos Inka Distribuciones SAC representado por Aidé Pérez Vera.

9.2.2. Condenar a Alejandro Mariscal Carbajal, Alberto Huari Uman, Armando Cumapa Onorbe y Carlos Bellido Ventura por el delito de robo con agravantes contenidas en los incisos 1, 2 y 3 del primer párrafo e inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189 del CP, hecho ocurrido el 5 de mayo del 2008, en perjuicio de Jesús Uriel Fernández Orellana.

9.2.3. Condenar a Alejandro Mariscal Carbajal, Alberto Huari Umán y Armando Cumapa Onorbe por el delito de robo con agravantes contenidas en los en los incisos 2 y 3 del primer párrafo y último párrafo del artículo 189 del CP, hecho ocurrido el 6 de mayo de 2008, en perjuicio de Mario Mayta Maraví y Celedonia Huamán Huamán.

9.2.4. Condenar a Alejandro Mariscal Carbajal, Armando Cumapa Onorbe y Alberto Huari Umán por el delito de robo con la agravante contenida en el inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189 del CP, hecho ocurrido el 6 de mayo de 2008, en perjuicio de Mario Mayta Maraví.

En consecuencia, se le impuso a **Alejandro Mariscal Carbajal** la pena de **cadena perpetua**.

9.3. Mediante la Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad 3963-2011/Cusco del 29 de agosto de 2012, se declaró **no haber nulidad** en la condena y se ratificó la pena de cadena perpetua que le fue impuesta.

10. En el transcurso de la ejecución de la pena privativa de libertad, la defensa del sentenciado **Mariscal Carbajal**, el 7 de abril de 2022, presentó ante la Sala Penal Superior una solicitud de sustitución de pena por aplicación retroactiva de la ley penal; sin embargo, la solicitud fue derivada mediante resolución del 20 de diciembre de 2022 al Juzgado Penal Liquidador de Cusco, el mismo que mediante resolución del 14 de abril de 2023 la **declaró improcedente**.

Como se anotó, la citada decisión fue ratificada por la Sala Penal Superior, mediante resolución del 1 de septiembre de 2023; por lo que la defensa del sentenciado Mariscal Carbajal interpuso recurso de nulidad.

11. Este Supremo Tribunal conoce el presente recurso en mérito a lo expuesto en el párrafo 9.1 de la presente Ejecutoria. Al respecto, se tiene que el fiscal superior imputó a **Mariscal Carbajal** integrar una banda criminal y con dicha condición causar lesiones a las víctimas materia de robo, por lo cual se tipificó la conducta en las circunstancias agravantes contenidas en los incisos 1, 2, 3 del primer párrafo, inciso 1 del segundo párrafo y último párrafo del artículo 189 del CP.

11.1. La defensa del sentenciado Mariscal Carbajal solicita que se aplique la Ley 30076 puesto que el último párrafo del artículo 189 del CP en su descripción típica no concurre cuando el agente pertenece a una banda criminal sino a una organización criminal.

11.2. Al respecto, la Ley 30076, publicada el 19 de agosto de 2013, varió el contenido normativo del último párrafo del artículo 189 del CP, dado que dejó de regular alternativamente las agravantes para tener solo una de forma copulativa, es decir, al momento de la sustracción del bien, el agente, en calidad de integrante de una organización criminal genere la muerte o

lesiones graves a la víctima⁸; asimismo, suprimió el término banda en la citada agravante⁹.

Sin embargo, a través del Acuerdo Plenario 8-2019/CIJ-116 del 10 de septiembre de 2019, los jueces penales de las Salas Supremas de la Corte Suprema precisaron que la banda criminal y la organización criminal son tipos penales de la misma naturaleza, que difieren solo en el grado de complejidad organizativa, puesto que la banda criminal ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la delincuencia común urbana, de allí que su número de integrantes pueden ser reducido y su *modus operandi* rutinario.

12. Por tanto, le Ley 30076 no dejó de regular el comportamiento prohibido efectuado por el sentenciado **Mariscal Carbajal**; por el contrario, dicha ley enfatizó en la sanción con cadena perpetua a los agentes que causan la muerte o lesiones graves a las víctimas al momento de despojarlos patrimonialmente siempre y cuando se encuentren dentro de una estructura organizacional con el fin de cometer delitos.

13. En ese sentido, no se advierte que se haya emitido una nueva ley más favorable al sentenciado Mariscal Carbajal que permita la procedencia de una sustitución de pena. Por consiguiente, la resolución materia del recurso de nulidad debe ser ratificada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces y las juezas integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDARON**:

- I. Declarar NO HABER NULIDAD** en la Resolución 133 del uno de septiembre de dos mil veintitrés, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Cusco, en el extremo que **confirmó** la Resolución 128 del catorce de abril de dos mil veintitrés, que declaró **improcedente** la solicitud de sustitución de pena presentada por el condenado **ALEJANDRO**

⁸ Lo que varió con la vigencia de la Ley 30077 del 20 de agosto de 2013.

⁹ En el Decreto Legislativo 896 del 24 de mayo de 1998, Ley 27472 del 5 de junio de 2001, Ley 28982 del 3 de marzo de 2007 y la Ley 29407 del 18 de septiembre de 2009 en la descripción típica del último párrafo del artículo 189 del CP contenía a la banda como una forma de comisión de la acotada agravante.

MARISCAL CARBAJAL en el proceso que se le siguió como autor del delito de robo con agravantes, en perjuicio de Jesús Uriel Fernández Orellana y otros; con lo demás que contiene.

II. DISPONER que se devuelvan los actuados a la Corte Superior de origen y que se haga saber a las partes apersonadas en esta suprema instancia.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

PLACENCIA RUBIÑOS

SYCO/lamt