



Concurso real retrospectivo

Sumilla. En casos de concurso real retrospectivo de delitos, la pena aplicable en la condena se sumará a la impuesta en la sentencia anterior, no debiendo excederse de los límites que fija el artículo cincuenta y uno, del Código Penal.

Sentencia vinculante, de conformidad con el inciso 1, del artículo 301-A, del Código de Procedimientos Penales.

Lima, veintisiete de agosto de dos mil quince

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado HEMBERT VLADIMIR BARRUTIA BONILLA, contra la sentencia de fojas ochocientos noventa, del treinta de enero de dos mil catorce. De conformidad, en parte, con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal. Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga.

CONSIDERANDO

I. SOBRE LOS AGRAVIOS EXPUESTOS

Primero. El encausado Barrutia Bonilla, en su recurso formalizado de fojas novecientos cuatro, solicita se revoque la condena y se le absuelva de la acusación fiscal formulada en su contra, para lo cual alega:

a) Que no existen elementos probatorios que acrediten su responsabilidad, pues la agraviada no reconoció a ninguno de sus victimarios como los autores del hecho.



35

b) Que si bien el teléfono celular de donde se realizaron las llamadas para estafar a la víctima está a nombre de su hermano Simbala Bonilla, no se tomó en cuenta que este lo tramitó a pedido del recurrente, quien, a la vez, lo entregó a su coprocesado Rosas Almeyda o Pérez Romey para ayudarlo, pues la hija de este lo usaría con fines lícitos fuera del penal.

c) Que no existe contradicción alguna en sus declaraciones.

d) Que no se fundamentó debidamente la prueba indiciaria invocada en la sentencia; es más, con la declaración de su coprocesado Rosas Almeyda se acredita su inocencia.

e) Que conforme con la tesis de la acusación fiscal, su intervención sería en la figura de infracción culposa, conforme con el segundo párrafo, del artículo doce, del Código Penal.

f) Que no existe prueba alguna que acredite que su hermano Simbala Bonilla haya adquirido el chip con la finalidad de ingresarlo al penal y posteriormente sea utilizado en fines ilícitos.

g) Que el recurrente nunca supo que su coprocesado Rosas Almeyda daría un mal uso al chip que requirió a su hermano, pues actuó de buena fe; por tanto, su conducta resulta irrelevante penalmente.

h) Que el único responsable de los hechos materia de investigación sería el acusado Élmer Rosas Almeyda o Ángel Francisco Pérez Romey, quien no solo admitió haber realizado las llamadas telefónicas para estafar a la agraviada, pues también manifestó que las realizó junto con Danny Daniel Lara Grados. Sin embargo, pese al pedido de su abogado defensor, no se llamó a declarar a dicha persona, quien podría haber aclarado los hechos investigados.



i) Finalmente, aduce que la actividad que realizó su hermano Simbala Bonilla resulta penalmente irrelevante, pues tampoco se acreditó que este haya formado parte de un plan delictivo tendiente a perpetrar la estafa imputada, y que lo único que hizo es confiar en el pedido de su hermano, por lo que en sí solo se le atribuyen actos preparatorios, que escapan a su responsabilidad penal.

II. RESPECTO DE LOS HECHOS IMPUTADOS

Segundo. En la acusación fiscal de fojas seiscientos setenta y ocho, se imputa a Rolando Simbala Bonilla, Hembert Vladimir Barrutia Bonilla, Élmer Rosas Almeyda o Ángel Francisco Pérez Romey y Prudencia Carrera Ruiz, haber incurrido en el delito de estafa. Que el hecho imputado habría ocurrido entre los días dos y diez de marzo de dos mil once, al haberse procurado para sí, un provecho ilícito pecuniario en perjuicio de Francisca Isabel Peña Tordoya, a quien indujeron y mantuvieron en error mediante engaño. Que para perpetrar el acto ilícito se comunicaron vía telefónica con la agraviada y uno de ellos se identificó como abogado defensor de su hijo Luis Enrique Díez Peña, quien radica en los Estados Unidos, el mismo que presuntamente habría atropellado a una persona y por eso se encontraba recluido, por lo que le requirió una suma de dinero para asumir la defensa de su hijo y para pagar a los familiares de la víctima una supuesta reparación económica. Ante tal situación, la agraviada, convencida de lo que lo manifestado por Simbala Bonilla era cierto, en su estado de desesperación efectuó dos retiros de siete mil nuevos soles del Banco de la Nación y un préstamo de dos mil nuevos soles ante esta misma entidad bancaria; Finalmente, hizo entrega de los dieciséis mil nuevos soles a un sujeto no identificado, a petición de uno de los estafadores.



37

III. ABSOLUCIÓN DE LOS AGRAVIOS

Tercero. La materialidad del delito objeto de imputación —estafa, previsto en el artículo ciento noventa y seis, del Código Penal— se acredita con el atestado policial número doscientos veintidós-doce-DIRINCRI-PNP/DIVIEOD-D dos [fojas ciento treinta y seis], mediante el cual se determinó que la agraviada Peña Tordoya fue víctima de engaño.

Así, durante las investigaciones se determinó que los delincuentes realizaron diversas llamadas al teléfono fijo de su domicilio, entre el dos y siete de marzo de dos mil once, en las cuales le manifestaron que su hijo, quien residía en los Estados Unidos, había atropellado a una persona y se encontraba detenido. Este atestado está respaldado con la sindicación de la víctima —fojas diecinueve y ciento cincuenta y uno—, quien narró la forma y circunstancias cómo la estafaron; así, sostuvo que el sujeto que la llamó se hizo pasar como abogado y le manifestó que se haría cargo de la defensa de su hijo; para ello, debería entregarle una suma de dinero; mas como no tenía lo solicitado, le ofreció catorce mil nuevos soles. Solicitó un préstamo bancario de dos mil nuevos soles y, finalmente, le entregó dieciséis mil nuevos soles, más artefactos para completar sus honorarios y otros gastos de la supuesta víctima del atropello.

Cuarto. En cuanto a la vinculación del encausado Barrutia Bonilla, si bien no se aprecia prueba directa alguna, cierto es que existen indicios suficientes y convergentes que acreditan su responsabilidad en el ilícito imputado, por los siguientes motivos:

a) Según el registro de llamadas entrantes al teléfono fijo de la agraviada Peña Tordoya, esta recibió dieciocho llamadas entre los días



33

dos y siete de marzo de dos mil once, del teléfono celular número nueve nueve ocho dos cuatro uno nueve seis ocho (ver reporte de llamadas entrantes de fojas seis).

b) El número de teléfono celular antes consignado está registrado a nombre de Rolando Simbala Bonilla, hermano del encausado Barrutia Bonilla y las llamadas salientes de este número coinciden con las registradas en el reporte del teléfono de la agraviada (ver hoja de resumen de la empresa Nextel de fojas ciento catorce).

c) Según versión del encausado Simbala Bonilla, fue su hermano Barrutia Bonilla quien le solicitó que le tramite un equipo telefónico, supuestamente para ayudar a uno de sus compañeros internos del penal (ver declaraciones de fojas ciento cuarenta y cuatro, doscientos seis y setecientos noventa y tres).

d) Tal versión, también fue admitida por el encausado Barrutia Bonilla, quien adujo que a insistencia de su coencausado Rosas Almeyda le solicitó a su hermano un chip en plan pospago, supuestamente para ayudar a Rosas Almeyda, pues le entregaría dicho chip a su hija para que lo trabaje como una especie de "locutorio ambulante" (fojas doscientos cincuenta y uno, cuatrocientos setenta y cuatro y setecientos ochenta y cuatro).

Quinto. Que en virtud a las afirmaciones expuestas y conforme lo sustentó el Colegiado Superior al emitir la sentencia materia de análisis —ver fundamento jurídico tercero—, existe un indicio de mala justificación en la versión exculpatoria del encausado Barrutia Bonilla; pues resulta ilógico e incoherente, de acuerdo con las reglas y las máximas de la experiencia, que una persona que se encuentra fuera de un establecimiento penitenciario solicite ayuda, en la forma como los encausados involucrados sostienen, a un interno del penal; por ello,



J también resulta absurdo sostener que desconocía del mal uso que su coencausado Rosas Almeyda daría a la línea telefónica; es más, si esta persona se encontraba recluida y, según el certificado de antecedentes penales que obra en autos, era un prontuario del delincuente que registraba seis condenas por diversos delitos contra el patrimonio (véase fojas quinientos treinta y siete).

R
S
M
S
Sexto. Que si bien el encausado Barrutia Bonilla mantiene una negativa constante, debe advertirse que tal actitud, así como los agravios que expone en su recurso de nulidad, carecen de sustento para ser validados; especialmente porque él también registra diversos procesos por este mismo delito y por otro contra la fe pública. En efecto, según sus antecedentes penales, que obran en el expediente, el veinte de julio de dos mil once fue condenado a dieciséis años de pena privativa de libertad, por los delitos de falsificación de documentos y estafa, en perjuicio de Hipermercados Metro, Scotiabank y otros; condena que fue confirmada el cinco de diciembre de dos mil once, mediante sentencia expedida por la Primera Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima —ver fojas quinientos treinta y cuatro—. En atención a lo expuesto, este Supremo Tribunal concluye que el encausado recurrente tiene por modo de vida cometer este tipo de delitos; por tanto, se asume que el delito materia de análisis, así como la responsabilidad que alcanza a dicho encausado se encuentran debidamente acreditados. Que en el caso concreto, los delincuentes, sometieron a engaños a la víctima, haciéndole creer que le llamaba telefónicamente el abogado de su hijo, y así provocaron un error en ella brindándole falsa información; de esa manera hicieron que voluntariamente la agraviada se desprenda de su patrimonio —véase vouchers de fojas siete y nueve—, para ellos beneficiarse económicamente.



40

Por consiguiente, los argumentos que se exponen en su recurso impugnatorio, solo están dirigidos a evadir su responsabilidad penal, en la medida que la condena recurrida se respalda en material indiciario que legitima el sentido de la decisión.

Séptimo. En consecuencia, al haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asistía al encausado Barrutia Bonilla, de conformidad con lo previsto en el artículo doscientos ochenta y cinco, del Código de Procedimientos Penales, la sentencia condenatoria recurrida se encuentra conforme a Ley.

IV. SOBRE EL QUANTUM PUNITIVO IMPUESTO EN EL PRESENTE CASO

Octavo. No obstante lo expuesto, este Supremo Tribunal puede revisar, en lo que sea favorable al imputado, la sanción impuesta. En tal sentido, se advierte que se impuso al encausado Barrutia Bonilla una sanción superior al límite legal, esto es, diez años de pena privativa de libertad, aun cuando la pena máxima conminada para el delito materia de condena era de seis años de pena privativa de libertad. Que, para imponer dicha sanción, el Colegiado Superior precisó —ver fundamento jurídico cuarto, numeral dos— que el imputado registra antecedentes penales, ya que fue condenado anteriormente a dieciséis años de pena privativa de libertad por los delitos de falsificación de documento público y estafa, por lo que consideró —aunque no expresamente—, que se trataba de un reincidente.

Noveno. Sin embargo, el órgano de fallo no advirtió que del certificado de registro penitenciario correspondiente se aprecia que la única condena que el sentenciado registra data de una fecha posterior a los



hechos materia de análisis. Esto es, del veinte de julio de dos mil once, mientras que los hechos que originaron el presente proceso son de marzo de dos mil once. Por lo que, en el presente caso, se configura un concurso real retrospectivo, que según lo dispuesto en el artículo cincuenta y uno, del Código Sustantivo, se suscita cuando con posterioridad a una sentencia condenatoria se descubre otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado.

V. SOBRE EL CONCURSO REAL DE DELITOS Y EL CONCURSO REAL RETROSPECTIVO

Décimo. El concurso real de delitos tiene lugar cuando un mismo agente, con varias acciones independientes, comete también, sucesivamente, varios delitos independientes. Como esclarece con precisión VILLAVICENCIO TERREROS¹: "El concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y, por ello, constituye la contrapartida del concurso ideal". Este tipo de concurso de delitos requiere, pues, para su realización, de los siguientes requisitos: a) Pluralidad de acciones. b) Pluralidad de delitos independientes. c) Unidad de autor.

Décimo primero. Para la determinación de la pena concreta en el concurso real de delitos el texto original del artículo cincuenta, del Código Penal, regulaba el siguiente procedimiento: primero, para la determinación de la pena básica se elegía la pena más grave de las conminadas para los delitos integrantes del concurso. Regía, pues, en esta primera fase, el Principio de Absorción. Luego, los demás delitos de menor gravedad eran considerados como circunstancias agravantes específicas que hacían posible definir la extensión de la pena concreta.

¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2006, p. 703.



42

Esto es, con ellos se podía graduar dicha pena, a fin de alcanzar la más severa represión. En esta operación complementaria primaba, pues, el denominado Principio de Asperación.

Décimo segundo. Ahora bien, la reforma introducida en el artículo cincuenta, por la Ley veintiocho mil setecientos treinta, del trece de mayo de dos mil seis, incorporó como principio rector de la determinación judicial de la pena en el concurso real de delitos al Principio de Acumulación. En consecuencia, para estos casos, en la actualidad la pena se determina desarrollando el procedimiento siguiente: primero se debe definir una pena básica y una concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Esto es, inicialmente se señalará la pena básica, en atención a la penalidad conminada para el ilícito. Posteriormente, se definirá la pena concreta que corresponda a ese delito y a las circunstancias concurrentes en su comisión. Finalmente, se sumarán las penas concretas parciales obtenidas para cada delito, lo que aportará como resultado la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena resultante deberá someterse a un examen de validación, a fin de verificar que no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad. Que tampoco el resultado punitivo obtenido supere el doble de la pena concreta parcial obtenida para el delito más grave. Y que si uno de los delitos en concurso resulta sancionable con una pena concreta parcial de cadena perpetua, solo se considerara tal sanción privativa de libertad indeterminada como la única pena concreta del concurso de delitos, excluyéndose, en tal supuesto, las demás penas concretas parciales.

Décimo tercero. Una forma especial de concurso real de delitos es el denominado **concurso real retrospectivo o posterior**. Esta modalidad de concurso real, que está regulada en el artículo cincuenta y uno, del Código Penal, se produce cuando los delitos que componen un concurso real no son juzgados simultáneamente en el mismo proceso. Esto es, si bien el mismo agente ha sido autor de varios delitos independientes, él fue inicialmente procesado y condenado solo por algunos de los delitos cometidos. Posteriormente, al descubrirse de manera sucesiva los delitos restantes, es decir, con posterioridad a la primera condena, ellos darán lugar a nuevos juzgamientos. Tomando en cuenta, pues, su especial configuración y regulación legal, para que se produzca un concurso real retrospectivo de delitos se requiere:

a) Pluralidad de delitos independientes. b) El juzgamiento sucesivo de los delitos en procesos diferentes. c) Unidad de autor.

Décimo cuarto. Ahora bien, para la imposición de la pena en esta forma especial de concurso real de delitos se debe asumir como regla esencial y límite punitivo implícito, el que al agente no se le debe imponer como pena concreta final, luego de ser sometido a los juzgamientos sucesivos, una penalidad que resulte ser más grave o de mayor extensión que la que hubiese correspondido aplicarle de haber sido juzgado en el mismo proceso por todos los delitos que cometió y que integraron el concurso.

Décimo quinto. En coherencia con dicho postulado, la modificación hecha al artículo cincuenta y uno, mediante la Ley veintiocho mil setecientos treinta, ha establecido que la pena concreta en estos casos debe construirse utilizando igual procedimiento que el contemplado



44

J

para el concurso real de delitos. Por tanto, se sumarán las penas concretas parciales que se impongan por cada delito en cada nuevo juzgamiento a aquellas que fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Esta operación se repetirá hasta agotar el número de los delitos en concurso. Sin embargo, el resultado de la pena concreta total del concurso real retrospectivo tampoco podrá sustraerse a los mismos límites de validación señalados en el artículo cincuenta para el concurso real. Este procedimiento, además, fue ya enunciado por el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis (Cfr. fundamento jurídico octavo).

H

Décimo sexto. Al haberse ratificado con esta resolución el procedimiento pertinente para aplicar la pena frente a casos de concurso real retrospectivo, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante, en aplicación de lo autorizado por el inciso uno, del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales.

Am

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas ochocientos noventa, del treinta de enero de dos mil catorce, en el extremo que condenó a Hembert Vladimir Barrutia Bonilla, como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de estafa, en perjuicio de Francisca Isabel Peña Tordoya, y como tal le fijó en veinte mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar junto con los demás sentenciados a favor de la parte agraviada.

R

II. **HABER NULIDAD** en la misma sentencia, en cuanto le impuso diez años de pena privativa de libertad; reformándola: le **IMPUSIERON** seis años de pena privativa de libertad, sumada a los dieciséis años de pena impuesta en la sentencia del veinte de julio de dos mil once (Expediente número dieciocho mil ochocientos veintinueve-dos mil diez), confirmada por sentencia del cinco de diciembre de dos mil once, produce una pena total de veintidós años, la misma que con el descuento de carcelería que purga desde el veinte de abril de dos mil ocho, vencerá el diecinueve de abril de dos mil treinta.

III. **DIPUSIERON** que los fundamentos jurídicos décimo al décimo quinto de la presente Ejecutoria constituyen precedente vinculante. **ORDENARON** su publicación en el diario oficial *El Peruano*, y en el portal de la página web del Poder Judicial. Y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO



PRADO SALDARRIAGA



SALAS ARENAS



BARRIOS ALVARADO

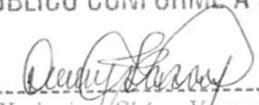


PRÍNCIPE TRUJILLO



VPS/jccc

SE PUBLICO CONFORME A LEY



Diny Yurianiévi/Chávez Vramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA