

# Amparo, retracto, acusación fiscal, recurso de aclaración, reincidencia

Lino Roncalla Valdivia

## I. ACCION DE AMPARO

**N**O ESTAN IMPEDIDOS de conocer de la acción de amparo los Vocales que han intervenido en la resolución contra la cual se hace valer dicha acción.

### DICTAMEN FISCAL

Señor Presidente de la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema

Doña Estanislada Purizaga Cruz Vda. de Salgado interpone acción de amparo contra la Corte Superior de Justicia de Piura y Tumbes, en la resolución de fecha 10. de junio de 1983, recaída en el expediente de expropiación seguido por la Sanidad de las Fuerzas Policiales de Tumbes contra la actora.

A fs. 4, se origina el incidente de excusa de parte de los Vocales de la Sala Civil que expidieron la resolución contra la actora; a fs. 17, aún no resuelta de excusa formulada, don Juan Salazar Tagle, Vocal titular de la Corte Superior de Piura interpone recurso de nulidad.

Sin incidir en el punto materia de grado y de conformidad con lo dispuesto en el inc. 10. del Art. 86 de la L.O. del M.P., corresponde a esta Fiscalía Suprema emitir dictamen final sólo sobre el fondo del asunto, mas no sobre incidentes; por lo que en razón de ello, se devuelve a la Sala

de su procedencia para que ésta resuelva con arreglo al inc. 2 del Art. 113 de la L.O. del P.J.

Lima, 14 de Marzo de 1984

ALVARO REY DE CASTRO LOPEZ DE ROMANA  
Fiscal Supremo en lo Contencioso  
Administrativo

### RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de marzo de mil novecientos ochenticuatro.

VISTOS: con lo opinado por el señor Fiscal; y CONSIDERANDO: que si bien en el artículo veintitrés inciso segundo de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, rige en la tramitación judicial de la acción de hábeas corpus la regla que no caben excusas de los secretarios ni de los jueces, disposición que no se repite respecto del procedimiento que para la acción de amparo prevé dicha ley, resulta en principio forzada la invocación y aplicación del Código de Procedimientos Civiles en materia de recusación y excusa, pero aun admitiéndola no deviene procedente en el presente caso porque el inciso cuarto del artículo ochentinueve del Código acotado, el que se refiere a fallos en instancia inferior, mas no en la misma instancia, sobre puntos materia del recurso u otro conexo con él, lo que no se da en este caso porque no se trata de un juicio conexo con el de expropiación, por lo que declararon: NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas ocho, su fecha cuatro de noviembre del año próximo pasado, que declara IMPROCEDENTE la excusa formulada por los señores Vocales Eleazar Huancas Ibáñez y Juan Salazar Tagle, debiendo continuar el trámite de la presente causa con los señores Vocales ya mencionados, integrantes titulares de la Sala Civil; y los devolvieron. — GANOZA GANOZA. — FLORES ALARCON. — UGARTE DEL PINO. — LECETA CEDAMOS. — Bernardo del Aguila Paz, Secretario General de la Corte Suprema.

CONSIDERANDO: que es principio fundamental que garantiza la imparcialidad e idoneidad de los jueces, el que no hayan intervenido en las resoluciones judiciales que son motivo de cuestionamiento; por ello, los artículos noventa y noventiocho del Código de Procedimientos Civiles conceden a las partes el derecho de recursarlos, de conformidad con el inciso cuarto del artículo ochentinueve del mismo Código; que en el caso de no ser recusados los jueces deben inhibirse del conocimiento de aquellas causas en que se encuentran impedidos; que el artículo veintitrés de la Ley veintitrés mil quinientos seis, en sus incisos primero y segundo, establece que no caben recusaciones ni excusas de los jueces que intervie-

nen en las acciones de hábeas corpus, pero no repite la misma prohibición para la acción de amparo; que estando plenamente probado que los señores Vocales doctores Eleazar Huancas Ibáñez y Juan Salazar Tagle, han sido co—autores de la resolución contra la que se interpone acción de amparo, debe admitirse la excusa que formulan; MI VOTO es porque se declare HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas ocho, su fecha cuatro de noviembre del año próximo pasado, FUNDADA la excusa que formulan los doctores Huancas Ibáñez y Salazar Tagle.—TARAZONA.—Se publicó conforme a ley.—Bernardo del Aguila Paz, Secretario General de la Corte Suprema.

Cuad. No. 158—84.

## COMENTARIO

Para Alsina: "La ley ha tratado de garantizar la imparcialidad del fallo mediante una serie de prescripciones tendientes a sustraer al juez a la influencia de otros poderes o del medio en que deba actuar (inamovilidad, incompatibilidades, sanciones civiles y penales, etc.) pues la eficacia de la administración de justicia reposa precisamente en la confianza que los que la ejerzan inspiren a los litigantes, ya que, como decían las leyes de las Partidas "... no es mucho peligrosa cosa haver ome su pleito delante del juzgador sospechoso". Pero puede ocurrir que no obstante esas preocupaciones, las partes tengan motivo para poner en duda la imparcialidad del juez, y en esa situación se comprende que el fallo que éste dicte, aunque las obligue legalmente, carecería de esa fuerza moral indispensable para imponerse a sus espíritus. Es necesario entonces prevenir esa situación que puede tornarse irremediable, permitiendo a los litigantes eliminar de la relación procesal al juez sospechoso . . ." <sup>1</sup>

Nuestro ordenamiento procesal, con la finalidad de preservar la imparcialidad del juez, ha implementado el instrumento de la excusa y de la recusación, señalando en forma clara y detallada las causales que dan lugar a la separación del juez del conocimiento de la causa.

Una de las causales de recusación señaladas en el Art. 89 del C. de P. C., consiste en: "tener el juez, su esposa, su padre o su hijo interés en el pleito o ser parte en otro igual". Causal que conforme al Art. 86 del mismo Código da lugar a la excusa, bajo responsabilidad.

<sup>1</sup> HUGO ALSINA, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Bs. As. 1941, t. 1, pág. 464.

Esta causal de recusación es de carácter excepcional y, en consecuencia, son limitados los casos que, eficientemente, pueden fundarla. El interés en el pleito debe ser inmediato y versar materialmente sobre su resultado o sobre la cosa que está en litigio. El interés del juez también puede ser indirecto, cuando conoce y juzga en un pleito semejante al pleito en que realmente está interesado. El otro juicio debe ser anterior, salvo el caso de que sea el mismo juez el que la inicie. En esta última hipótesis, a los efectos de la recusación, es indiferente que el juicio semejante esté iniciado con antelación o con posterioridad al pleito en el que ha intervenido el juez recusado.

En la acción de amparo interpuesto por doña Estanislada Purizaga Cruz Vda. de Salgado, los Vocales de la Corte Superior de Piura y Tumbes, doctores Eleazar Huancas Ibáñez y Juan Salazar Tagle, se excusan invocando que han intervenido en el proceso de expropiación seguido por la Sanidad de las Fuerzas Policiales de Tumbes con dicha señora, en la que han dictado la resolución que ha dado lugar a la acción de amparo.

En el supuesto de ser declarada fundada la acción de amparo e identificado el responsable, de acuerdo a lo prescrito en el Art. 11 de la Ley 23506, debe mandarse abrir la instrucción correspondiente; y tratándose de alguna autoridad o funcionario público, se le impondrá la destitución en el cargo y no podrá ejercer la función pública hasta pasada dos años de cumplida la condena principal, asimismo, debe condenársele al pago de las costas del juicio y de la indemnización por el daño causado.

De lo expuesto se deduce que los nombrados Vocales tienen interés en el resultado de la acción de amparo que ha hecho valer doña Estanislada Purizaga Cruz Vda. de Salgado, el que ha de entenderse que existe siempre que, bajo cualquier forma, el juez se encuentra en situación de aprovechar o sufrir las consecuencias de fallo. Es, pues, indiscutible que la causal señalada para la excusa encuadra perfectamente en la prevista en el inc. 5o. del Art. 89 del Código citado.

De acuerdo a las precedentes consideraciones, teniendo en cuenta, además, que uno de los deberes de los jueces, de conformidad con lo prescrito en el inc. a) del Art. 23 de la L. O. del P. J., es aplicar la ley, no resulta explicable la resolución —manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley— que declara improcedente la excusa formulada por los Vocales de la Corte Superior de Piura y Tumbes, mucho menos la forma obstinada como vienen conociendo de las acciones de amparo ejercitadas con motivo de las cuestionadas ratificaciones judi-

ciales del año 1982, en las que han intervenido y han sido objeto de recusación por los interesados.

De haberse aplicado la ley, en este caso, el inc. 5o. del Art. 89 del acotado, se habría evitado convertir a los Vocales doctores Huancas Ibáñez y Salazar Tagle, en juez y parte en el aludido proceso de amparo. Sólo cabe esperar que la Corte Suprema, cuya decisión comentamos en esta ocasión, evolucione hacia la solución que armoniza con el deber de imparcialidad, que es el elemento esencial de la jurisdicción.

## II. RETRACTO

1.- La acción de retracto importa la sustitución del demandante en todas las obligaciones y derechos del comprador del inmueble que es materia de la litis.

2.- No puede ordenarse la sustitución del actor en solo parte del bien sujeto a retracto, ya que atentaría contra la unidad del contrato de compraventa.

### RESOLUCION SUPERIOR

Arequipa, veintitrés de julio mil novecientos ochenta.

VISTOS; en discordia, con la prueba instrumental presentada en esta Instancia, por los fundamentos pertinentes de la apelada y CONSIDERANDO; que se trata de un inmueble dedicado a vivienda, razón por la cual se ha cumplido con plantear la demanda dentro de los sesenta días que contempla el artículo veintidos del decreto ley veintiun mil novecientos treintiocho; CONFIRMARON la sentencia de fojas ciento diecisiete, su fecha, dieciocho de octubre pasado en cuanto declara fundada la demanda de retracto interpuesta por don Humberto Tamayo Rivera en contra de don Gino Magagna Menghini, Guillermina Sicheri de Magagna y otros; y continuando la discordia en lo demás que contiene, llamaron para dirimirla al señor Aranibar Vocal expedito del Primer Tribunal. — GALDOS L. — MANRIQUE D. ROMAN S. — Juan Chávez Zapater, Secretario.

## RESOLUCION SUPERIOR

Arequipa trece de noviembre  
de mil novecientos ochenta

**VISTOS:** en discordia, completando la resolución de fojas ciento ochentiseis; con el informe oral del abogado del demandado Magagna y **CONSIDERANDO:** Que la superficie del departamento retractado es de ciento cincuentiocho punto sesentidós metros cuadrados, que a cuatro mil soles el metro hace un total de seiscientos treinticuatro mil cuatrocientos ochenta soles; que con las consignaciones efectuadas a fojas uno, dieciséis veinticuatro, veintinueve, cuarentitrés, cuarentiséis, cincuentiséis, cincuentisiete y setentidós se hace un total de cuatrocientos setentimil novecientos dieciocho soles; que queda un saldo por pagar de ciento setentidós mil quinientos sesentidós soles; que no se puede dar por pagado el precio del retracto, como se hace en la apelada, debiendo reintegrar el retrayente la suma que adeuda a fin de que se le expida la escritura traslativa de dominio; que los demandados han tenido motivos atendibles para litigar: **REVOCARON** la sentencia de fojas ciento diecisiete, su fecha dieciocho de octubre del año próximo pasado en cuanto da por pagado el precio; dispusieron que el retrayente consigne la suma de ciento setentidos mil quinientos setentidós soles previamente al otorgamiento de la escritura pública por los compradores; revocaron igualmente la sentencia en cuanto condena al pago de costas a los demandados; los exoneraron del pago de las mismas; y los devolvieron.— **GALDOS L.— ARANIBAR M. N.— MANRIQUE D.—** Juan Chávez Zapater, Secretario.

En la causa seguida por don Humberto Rivera Tamayo con don Gino Magagna Menghini, sobre retracto, el voto discordante del señor vocal que suscribe, es el siguiente:

**CONSIDERANDO:** Que mientras el demandante con el plano presenta a fojas noventa y nueve afirma que el inmueble materia del retracto se halla comprendido en diferentes lotes, a los que se les ha asignado diferentes precios, el demandado don Gino Magagna Menghini sostiene que el precio del inmueble es a razón de cuatro mil soles metro; que en vista de la forma como se ha llevado a cabo la venta dando diferentes precios a los lotes en que se ha dividido el terreno, es necesario que se determine con precisión la ubicación del inmueble dentro de los lotes y así poder fijar el precio que debe consignar el retrayente para lo cual, debe el Juez ordenar se lleve a cabo una operación pericial, nombrando al efecto los peritos respectivos; que en consecuencia no habiéndose expedido la sentencia con los elementos de prueba indispensables se ha incurrido en la

nulidad prevista en el inciso octavo del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles; MI VOTO es porque se declare insubsistente la sentencia apelada de fojas ciento diecisiete, su fecha dieciocho de octubre del año próximo pasado y se disponga se dicte nuevo fallo previo el dictámen pericial anotado.— Fecha la misma. DIAZ V.— Juan Chávez Zapater, Secretario.

En la causa seguida por don Humberto Rivera Tamayo con don Gino Magagna Menghini, sobre retracto, el voto discordante del señor Vocal que suscribe, es el siguiente:

CONSIDERANDO: Que la parte del inmueble materia del retracto demandado por don Humberto Tamayo, forma un polígono irregular que mide ciento cincuentiocho punto sesentidós metros cuadrados; que de acuerdo a la inspección ocular de fojas sesentinueve, lo expuesto por el actor de fojas sesentinueve con la copia del plano perimétrico que adjunta sin haber sido contradicho, así como el plano original presentado en esta Instancia a fojas ciento ochentidós, acreditan que el área materia del retracto está integrada por partes de los lotes números dos, tres y cuatro a los que se refiere la cláusula tercera del testimonio de compra—venta corriente a fojas ciento cinco, en la cual se detalla que el valor del metro cuadrado tiene diversos precios en cada uno de los lotes; que teniendo en cuenta estos hechos, el Juez Inferior ha calculado en su sentencia el valor del bien materia de la acción, separando previamente el valor de cada porción de lo que lo integra, lo que representa en total la suma de cuatrocientos veintisiete mil cuatrocientos trece punto cuarentisiete; que el retrayente ha cumplido con efectuar este pago, ciñéndose a lo dispuesto en la cláusula cuarta del referido testimonio; MI VOTO es porque se confirme la sentencia apelada en todo lo demás que contiene.— Fecha la misma.— ROMAN S.— Juan Chávez Zapater, Secretario.

### RESOLUCION SUPREMA

Lima, seis de noviembre de mil novecientos ochentuno.

Vistos; CONSIDERANDO: Que la acción de retracto importa la sustitución del demandante en todas las obligaciones y derechos del comprador del inmueble que es materia de litis; que, consecuentemente, no puede ordenarse la sustitución del actor en solo parte del bien sujeto a retracto, ya que atentaría contra la unidad del contrato de compra—venta cuestionado; que como se desprende de la escritura de compra—venta de fojas ciento cinco, los inmuebles objeto de transferencia son los signados con el número cien, ciento doce, ciento veinte y ciento veinti-

cuatro del jirón Comercio de la ciudad de Camaná y ciento setenticuatro, ciento setentiséis, ciento ochenta, ciento ochentidós, ciento ochenticuatro y ciento noventiséis, del jirón veintiocho de julio de la misma ciudad, los cuales constan de solares y construcciones, por una suma total de tres millones cuatrocientos mil ciento cincuenta soles; que el demandante pretende retraer el departamento que ocupa y que está signado con los números ciento veinte y ciento veinticuatro del jirón Comercio, es decir una parte del todo vendido; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento ochentiséis, su fecha veintitrés de julio del año próximo pasado, completada a fojas ciento noventitrés, su fecha trece de noviembre de dicho año, que confirmando en un extremo y revocando en otro la apelada de fojas ciento diecisiete, fechada el dieciocho de octubre de mil novecientos setentinove, declara fundada la demanda de retracto interpuesta a fojas cuatro por don Humberto Tamayo Rivera contra don Gino Magagna Menghini y otros; con lo demás que contiene; reformándola la primera y revocando la segunda; declararon IMPROCEDENTE la precitada demanda; sin costas; y los devolvieron RODRIGUEZ.— ANCHORENA.— BELTRAN.— DIEZ-CANSECO.— VASQUEZ. Se publicó conforme a Ley. Gustavo Bacacorzo, Secretario General de la Corte Suprema.

Exp. No. 185-81.

## COMENTARIO

El Art. 22 del Decreto Ley 21938, en que se funda la demanda de retracto, establece que: "el inquilino tiene la primera opción de compra para adquirir el inmueble que ocupa en los casos de venta, adjudicación en pago, aporte a sociedad y cualquier otro acto translativo de dominio con excepción de los que se realizan a título gratuito".

Cuando la letra de la ley es clara y precisa, como ocurre con el precepto del artículo transcrito, en cuanto al derecho preferencial que establece en favor del inquilino, se impone su interpretación literal.

La legislación especial de alquileres, procurando soluciones para el grave problema de la vivienda, tiende a proteger al ocupante legítimo para adquirir la casa-habitación arrendada, razón por la cual, no es legal ni racional, que para amparar la acción de retracto, en el caso de que el inmueble que habita hubiera sido vendido junto con otros inmuebles, se le obligue a que también adquiera inmueble distinto al que conduce como

inquilino, con el argumento no convincente de que de no procederse de ese modo, se "atentaría contra la unidad del contrato de compra-venta".

De otro lado, en nuestro concepto, tratándose de leyes de carácter social, la misión del juzgador no se reduce a dirimir una contienda privada, resolviendo entre intereses encontrados y renunciables por voluntad de las partes, sino que ha de velar porque se cumplan las leyes que no afectan sólo a los litigantes, sino al orden social en general, y que, por consiguiente, se imponen por encima de las determinaciones de la voluntad individual, cuya autonomía restringen en aras de lo que se estima más conforme a la justicia y a la paz social.

La indebida aplicación de la norma que contiene el mencionado precepto legal, declarando, como consecuencia, improcedente la demanda de retracto incoada por el inquilino, desvirtúa la finalidad social que ella persigue, que no es otra que promover el acceso a la propiedad de personas de escasos recursos económicos.

Por las razones que anteceden, con el debido respeto a las decisiones de la Corte Suprema, nos permitimos discrepar de la solución dada a la referida demanda y manifestar nuestra creencia de que su fallo, en este caso, difícilmente puede considerarse justo.

### III. ACUSACION FISCAL

Si el Fiscal formula acusación por un delito específico, el Tribunal puede mandar pasar a juicio oral por el delito genérico.

#### RESOLUCION SUPREMA

Lima, nueve de noviembre de mil novecientos ochentuno.

**VISTOS;** y **CONSIDERANDO:** que los artículos doscientos veintidós y doscientos veintitrés del Código de Procedimientos Penales han sido derogados por el artículo ciento seis del Decreto Legislativo número cincuentidós, estando a lo establecido en el artículo primero del Decreto Legislativo número ciento veintiséis, modificatorio del artículo doscientos veinte del Código Procesal acotado; y en aplicación a lo prescrito en la Disposición Transitoria del Decreto Legislativo últimamente referido; que corresponde al Tribunal tipificar el delito que se estimara cometido, como

resultado del juzgamiento, en la oportunidad de expedir sentencia si ésta fuere condenatoria, por lo que no obstante que el señor Fiscal formulara acusación por delito específico de lesiones, no hay inconveniente legal alguno para que el Tribunal mande pasar a juicio oral por el delito genérico contra la vida, el cuerpo y la salud, en el auto de enjuiciamiento, lo que el Tribunal Correccional debe tener en cuenta en su debida oportunidad: declararon NULO el auto de fojas cuatrocientos setentiséis, su fecha veinticuatro de octubre del año próximo pasado, en la parte que dispone se devuelvan los autos al Fiscal para que formule acusación contra Orrillo Núñez y Ríos Paredes por delito de homicidio en agravio de Nilda María Rioja Carpio; INSUBSISTENTE el concesorio de fojas cuatrocientos setentiocho, e IMPROCEDENTE la solicitud de su propósito; MANDARON que el Tribunal de origen proceda conforme a los nuevos dispositivos legales; y los devolvieron.— BARROS CONTI.— GANOZA y GANOZA.— FLORES ALARCON.— BRAMONT ARIAS.— UGARTE DEL PINO.— Se publicó conforme a ley, Gustavo Bacacorso, Secretario General de la Corte Suprema. "El Ministerio Público" por Luis A. Bramont Arias, pág. 180.

Cuad. No. 3490-80.

## COMENTARIO

La acusación fiscal es un acto esencial del procedimiento íntimamente relacionado con las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio que, como tal, debe bastarse así mismo y reunir los requisitos exigidos por la ley, entre ellos, la relación ordenada de los hechos probados; calificación del delito; requerimiento punitivo; etc.

Desde el punto de vista legal, doctrinario y jurisprudencial, la acusación fiscal fija los límites de hecho y de derecho de la sentencia. Obliga al Tribunal a resolver, bajo pena de nulidad, todos los puntos objeto de ella, con la condición de no sancionarse un delito más grave del indicado en el escrito de acusación. Por ello, la calificación del delito por el Fiscal es de trascendental importancia, por cuanto fija los límites del auto de enjuiciamiento, del curso de la audiencia y de la propia sentencia.

Es doctrina constante, rigurosamente mantenida por la Corte Suprema, entre otras resoluciones en las publicadas en la R. de J. P. de 1944, pág. 42; R. de F. de 1945, pág. 652; R. de J. P. 1953, pág. 92 y A. J. de 1971, pág. 293: "son nulas las sentencias que condenan por delito distinto

al de la acusación Fiscal". Esta doctrina se justifica por la necesaria congruencia que debe existir entre la sentencia y la acusación fiscal, que obliga al Tribunal a juzgar todos los delitos materia de la acusación escrita.

En concordancia con lo expuesto, no puede, pues, el Tribunal pasar a juicio oral sobre un delito que no ha sido materia de la acusación fiscal. Admitir lo contrario, importaría aceptar la violación de las garantías del debido proceso y la defensa en juicio en agravio del encausado e incurrir en la causal de nulidad contemplada en el inc. 3 del Art. 298 del C. de P., modificado por D. L. 126.

La limitación impuesta al Tribunal no es óbice para que —en el supuesto de que de los debates resultara que el delito reviste un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación—, proceda con arreglo a las pautas señaladas en el Art. 263 del Código citado.

Sin embargo de las consideraciones que anteceden, en estricta concordancia con la ley, en la resolución comentada, la Corte Suprema ha establecido: "que no obstante que el señor Fiscal formulara acusación por delito específico de lesiones, no hay inconveniente legal alguno para que el Tribunal mande pasar a juicio oral por delito genérico contra la vida, el cuerpo y la salud, en el auto de enjuiciamiento"; vale decir, eventualmente, el acusado podría ser condenado por delito de homicidio que no ha sido materia ni de la instrucción, ni de la acusación.

En virtud de todo cuanto se lleva dicho, no compartimos con el nuevo criterio adoptado por el Supremo Tribunal de Justicia, apartándose de su anterior jurisprudencia, que consideramos es más ajustada a la ley y a la justicia.

#### *IV. RECURSO DE ACLARACION*

La vía de la aclaración no es admisible para obtener la modificación de la sentencia respecto a la naturaleza de la pena impuesta al acusado, por cuanto, en el fondo constituiría una nueva sentencia.

#### DICTAMEN FISCAL

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA:

Por sentencia de fs. 64, su fecha 22 de agosto del presente año, el

Tribunal Correccional de Tacna, falló declarando a Héctor Jaime Olivares Pereira como autor del delito de Contrabando en agravio del Estado a la pena de 2 años de prisión que fue suspendida condicionalmente; le impuso la multa ascendente a 16'093,440 soles y le fijó la suma de 500,000 soles como Reparación Civil en favor del Estado.

Según se aprecia del acta final de la audiencia pública, corriente a fs. 66, tanto el sentenciado como el señor Fiscal Superior no interpusieron Recursos de Nulidad.

Habiendo quedado concluido el proceso penal en esa forma, 2 días después, esto es, el 24 del mismo mes y año, el mismo Tribunal por mayoría y con los votos de los señores Leonidas Berríos Chalco y Wender Copaja Ticona expide el auto corriente a fs. 68 en el que sostiene que por haber incurrido en un error material en la sentencia, resuelve dejar sin efecto la condena condicional impuesta a Héctor Olivares Pereira y modificándola aclaran que la pena respectiva es de 2 años de prisión efectiva, disponiéndose su inmediata captura e internamiento en la dependencia carcelaria, detención que se produce el mismo día 24, conforme se dice en el oficio de fs. 70.

Contra esta resolución el sentenciado interpone Recurso de Nulidad a fs. 73, recurso que se le concede a fs. 74 vlt.

Efectuado el análisis de lo acontecido con posterioridad a la sentencia, este Ministerio concluye porque los miembros del Tribunal Correccional de Tacna, doctores Leonidas Berríos Chalco y Wender Copaja Ticona, han dictado una resolución desdorosa para la administración de justicia del país, porque es violatoria no sólo de la Constitución Política del país, sino también del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales y del Código Tributario, debiéndose tomar las más severas medidas disciplinarias contra tales Magistrados, a fin de impedir que en lo sucesivo profanen tan flagrantemente la augusta función de administrar justicia, no mediante error o ignorancia sino por mala fe y por qué no con espíritu delictivo. Merecen destacarse las siguientes irregularidades:

a).- Se ha violado el Inc. 2 del Art. 233 de la Constitución, pues al haber quedado consentida la sentencia de fecha 22 de agosto del presente año, tiene la autoridad de cosa juzgada, y nadie puede dejar sin efecto resoluciones que tienen esa calidad, ni modificar sentencias de ese orden.

b).- Se ha trasgredido el Inc.11 del mismo artículo al haber revivido un proceso que había quedado fenecido.

c).- No se ha respetado el Art. 1 del Código Penal que puntualiza como garantía penal el hecho de que la privación de un derecho a título de pena, sólo puede ser interpuesta en virtud de una condena dictada por una sentencia después de un proceso penal, y no por una resolución de inferior jerarquía.

d).- Porque importando el auto de fs. 68 una Revocatoria de la condena condicional, debió darse cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 57 del Código Penal, eso es oír al Ministerio Público, trámite que tampoco se cumplió.

e).- Porque no habría relación jurídica o consecuencia lógica entre lo que se planteó y votó en las cuestiones de hecho de fs. 63 y lo que posteriormente se modificó por auto de fs. 68, contraviéndose los Arts. 281 y 282 del C. de P. P.

f).- El auto en cuestión también significa que el quebrantamiento de todo el ordenamiento jurídico, pues desacatando el Art. 300 del Código Adjetivo, se ha irrogado una facultad que solo corresponde a la Corte Suprema, cual es modificar la pena del condenado cuando se haya aplicado al delito una que no le corresponde por su naturaleza o por las circunstancias de su comisión; y

g).- Porque los juzgadores anteriormente indicados, deliberadamente han pasado por alto la norma contenido en el Art. 170 del Código Tributario que establece que tratándose de delitos tributarios, la pena privativa de la libertad, solo se hará efectiva contra el encausado que esté en la condición de reo libre, cuando quede firme la sentencia condenatoria.

Por las razones expuestas este Ministerio, haciendo uso de la facultad que le confiere los Arts. 1 y 82 Inc. 2 del D. Leg. No. 52, solicita la nulidad del auto recurrido de fs. 68 y la inmediata libertad de Víctor Jaime Olivares Pereira.

Lima, 24 de Octubre de 1984.

MANUEL S. CATAORA GONZALES  
Fiscal Supremo en la Penal

## RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintinueve de Octubre de mil novecientos ochenticuatro.—

Vistos; de conformidad en parte con lo dictaminado por el Señor Fiscal; y **CONSIDERANDO**: que expedida una sentencia, si existe error material o numérico, solamente puede ser corregida al día siguiente de tal expedición y no a los dos días como indebidamente lo ha hecho el Tribunal Correccional a fojas sesentiocho, al haber dejado sin efecto por mayoría la pena condicional e imponerle pena con el carácter de efectiva; que, de otro lado, una sentencia tampoco puede ser variada en lo fundamental por cuanto en el fondo constituiría una nueva sentencia: declararon **NULA** la resolución recurrida de fojas sesentiocho, su fecha veinticuatro de Agosto de mil novecientos ochenticuatro, que deja sin efecto la parte de la sentencia condenatoria de fecha veintidós de Agosto del año en curso, donde concede el beneficio de la pena condicional al sentenciado Héctor Jaime Olivares Pereyra y que la pena impuesta es con el carácter de efectiva; con lo demás que contiene: **DISPUSIERON** su inmediata libertad, siempre y cuando no exista orden de detención alguna emanada de autoridad competente, telegrafándose para tal efecto a la Corte Superior de Justicia de Tacna, y los devolvieron.— **RODRIGUEZ MONTOYA.- DIEZ-CANSECO YANEZ.- BRAMONT ARIAS.- FIGUEROA ESTREMADOYRO.- PORTUGAL RONDON.**— Se publicó conforme a ley. Bernardo del Aguila Paz, Secretario General de la Corte Suprema. Cuad. No. 1818—84.

**COMENTARIO**

La primera parte del Art. 1078 del C. de P. C., aplicable por analogía a los casos de aclaración de resoluciones expedidas en la vía penal, prescribe: "el juez no puede alterar los decretos consentidos. Tampoco puede alterar los autos y sentencias después de notificadas a cualquiera de las partes". Sin embargo, dicho dispositivo legal, en su segunda parte, señala que lo único que puede solicitarse a él, por escrito o verbalmente, dentro del día posterior a la notificación, es la corrección de cualquier error material o numérico, la aclaración de algún concepto oscuro y que supla cualquier omisión en que hubiera incurrido acerca de los puntos discutidos en el pleito.

En consecuencia, el recurso de aclaración contemplado en el mencionado artículo sólo procede en los siguientes casos:

1.— Errores materiales: tal es el caso de errores en los nombres, en las fechas o en la calidad de las partes.

2.— Conceptos oscuros: como en el caso de que la resolución contenga frases de difícil interpretación o contradictorias.

3.— Omisiones sobre alguna de las pretensiones discutidas en el pleito: como en el caso de que el actor hubiera pedido el pago de intereses y el juez, al expedir sentencia, omita pronunciarse al respecto.

No puede el juez, de acuerdo a lo expuesto, so pretexto de supuesta aclaración, el de que se declarase ser la sentencia sin expresa imposición de costas, siendo así que en ella se hubiera condenado expresamente en el pago de las mismas; o que la demanda que fue declarada fundada se declare infundada, modificar la sentencia, por rebasar los límites de la potestad concedida por el referido precepto legal.

Con el mismo criterio, en materia penal, no puede el juzgador, a petición de parte, ya sea por escrito o en forma verbal, ni menos de oficio, declarar que el fallo es de condena a prisión efectiva, siendo así que, en el mismo, el acusado ha sido expresamente condenado a prisión condicional, por cuanto una resolución modificatoria en tal sentido, en caso de producirse, rebasaría todos los límites de la mencionada potestad de los jueces; atentando, de otro lado, contra las garantías de seguridad de que deben estar rodeadas las resoluciones judiciales.

La ejecutoria —que es objeto de este comentario— contiene dos fundamentos implicantes; de un lado, señala que la aclaración del "error material" se ha producido después de dos días, esto es, extemporáneamente; y de otro, que una sentencia no puede ser variada en lo fundamental; y concluye, como no podía ser de otro modo, a tenor de lo prescrito en el inc. 1 del Art. 298 del C. de P. P. e inc. 12 del Art. 1085 del C. de P. C., declarando la nulidad del auto en que fue acordada en forma notoriamente ilegal, la modificación de la pena impuesta en la sentencia: prisión condicional por prisión efectiva.

En nuestro concepto, la Sala Penal no ha debido limitarse a declarar la nulidad de la resolución recurrida y a disponer la inmediata libertad del condenado a prisión condicional —indebidamente detenido por un tiempo

mayor a dos meses como consecuencia de la mencionada modificación de la pena— sino, además, ha debido sancionar a los miembros del Tribunal Correccional de Tacna con la medida disciplinaria de su competencia por la irregularidad en que han incurrido, sin perjuicio, si lo hubieran estimado conveniente por su gravedad, de ordenar la apertura de un procedimiento disciplinario, que permitiera a la Corte Suprema, en Sala Plena, imponerles una sanción más severa a la que debió imponer la Sala Penal por las limitaciones de su competencia en esa materia.

## V. REINCIDENCIA

Para que exista reincidencia debe haberse cumplido en todo o en parte la pena privativa de la libertad. No se considera para tal efecto la anterior condena suspendida condicionalmente.

### RESOLUCION SUPREMA

Lima, catorce de octubre de mil novecientos ochentidós.

VISTOS; de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO: que el Título Sexto del Libro Primero del Código Penal, legisla sobre la condena condicional y en su articulado el numeral cincuentiséis, dispone que si dentro del plazo de cinco años que señala el artículo cincuenticinco, se descubrieren antecedentes punibles del encausado que fue condenado con pena condicionalmente suspendida “sufrirá la pena que le hubiere sido impuesta” y “si cometiere un nuevo delito intencional, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponde por el segundo delito conforme a las leyes de la reincidencia”; que esta remisión que se hace a las leyes de la reincidencia colisiona directamente con el artículo ciento once del citado Código Penal, que expresamente establece que es “reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena privativa de la libertad impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre antes de pasar cinco años en otro delito reprimido también con pena privativa de la libertad”; que esta colisión es evidente porque dicho artículo ciento once es claro y expreso en cuanto al requisito imprescindible para la configuración de la reincidencia, cual es el “de haber sufrido en todo o en parte una condena o pena privativa de la libertad”, lo cual constituye un acertado criterio normativo que resulta seriamente afectado y distorsionado por la indicada disposición de la parte final del

del acotado artículo cincuentiséis; que por tanto, se produce la situación de dos normas penales implicantes y contradictorias, en cuya aplicación del juzgador tiene necesariamente que optar por la más favorable al reo, esto es que no tiene la condición de reincidente aquel que habiendo sido condenado con una pena condicionalmente suspendida, comete un nuevo delito dentro del plazo que señala el artículo cincuenticinco del Código Penal; que, en el presente caso, el encausado Rómulo Chávez Miranda ha sido condenado el tres de Octubre de mil novecientos setentisiete, por tentativa del delito de violación sexual, a la pena de un año de prisión condicional, habiendo vuelto a delinquir nuevamente en los meses de Abril y Mayo de mil novecientos setentiocho; que, de otro lado, el Tribunal Correccional en la parte resolutive de la sentencia, ha omitido declarar extinguida por fallecimiento la acción penal incoada contra Luis Alberto Salinas Ruiz o José Luis Livone Govez, no obstante que en los considerandos de la misma lo indica, situación que debe subsanarse en atención al penúltimo párrafo del artículo doscientos noventiocho del Código de Procedimientos Penales modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis; que el encausado Luis Alberto Taramona Sansuy o Luis Gonzales Santander ha cometido solamente el delito de robo en agravio de Josefina Horna Cervantes, deviene ilegal que abone la reparación civil solidariamente con los autores del delito de asalto y robo a favor de los agraviados por tal hecho delictivo: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas seiscientos veintisiete, su fecha veinte de Julio de mil novecientos ochentiuono, en cuanto absuelve a José Cubillas Custodio, Rodolfo Botteri Sotomayor y a Apolonio Carrasco Limas de la acusación fiscal por el delito de encubrimiento; condena a Rómulo Chávez Miranda y a Oswaldo Bolaños Lira como autores del delito de asalto y robo en perjuicio de Josefina Horna Cervantes, Casa Comercial Lituma, Sociedad Anónima, Fortunato Ramírez Osorio y Comercial Reynoso, Sociedad de Responsabilidad Limitada; a Luis Alberto Taramona Sansuy o Luis Gonzáles Santander como autor del delito de robo en agravio de Josefina Horna Cervantes; y a William Torres Delgado como autor del delito de encubrimiento; IMPONE a Bolaños Miranda la pena de siete años de penitenciaría, la misma que con descuento de la carcelería que viene sufriendo vencerá el tres de Julio de mil novecientos ochenticinco; con las accesorias de inhabilitación absoluta e interdicción civil durante la condena y la posterior inhabilitación de dos años; y a Luis Alberto Taramona Sansuy o Luis Gonzáles Santander la pena de tres años de prisión, la misma que con la carcelería sufrida se dio por compurgada; y a William Torres Delgado la pena de un año de prisión condicional y multa de treinta días de su renta a favor del Tesoro Público; FIJA en diez mil soles la suma que deberán abonar solidariamente Chávez Miranda, y Bolaños Lira por con-

cepto de reparación civil a favor de Josefina Horna Cervantes, Casa Comercial Reynoso Sociedad de Responsabilidad Limitada, Casa Comercial Lituma Sociedad Anónima y Fortunato Ramírez Osorio; asimismo en dos mil soles la suma que deberá abonar Torres Delgado por concepto de reparación civil a favor de los agraviados por el delito de encubrimiento; en diez mil soles la suma que deberá abonar Taramona Sansuy o Gonzáles Santander por concepto de reparación civil a favor de Josefina Horna Cervantes; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en la parte que impone a Chávez Miranda, en su condición jurídica de reincidente simple, la pena de doce años de penitenciaría; con lo demás que sobre el particular contiene, reformándola en este extremo le **IMPUSIERON** en su condición jurídica de habitual la pena de diez años de penitenciaría, la misma que revocándose la condicionalidad de la pena de un año de prisión impuesta anteriormente y con descuento de la carcelería que viene sufriendo, vencerá el tres de Julio de mil novecientos ochentinueve; con las accesorias de inhabilitación absoluta e interdicción civil durante la condena y la posterior inhabilitación de cuatro años; declararon **INSUBSISTENTE** el extremo que le impone a Taramona Sansuy o Gonzales Santander abonar la suma de diez mil soles en forma solidaria con Chávez Miranda y Bolaños Lira por concepto de reparación civil a favor de los agraviados por el delito de asalto y robo; **INTEGRANDO** la propia resolución declararon extinguida por fallecimiento la acción penal incoada contra Luis Alberto Salinas Rufz o José Luis Livone Govea por el delito de asalto y robo en perjuicio de los citados agraviados; declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene; y los devolvieron. **ROJAS ESPINOZA, GANOZA Y GANOZA, FLORES ALARCON, BRAMONT ARIAS, FIGUEROA ESTREMADOYRO.** - Gustavo Bacacorzo, Secretario General de la Corte Suprema.

Exp. No. 2336-81.

"El Magistrado", 2do. Semestre de 1982, pág. 265.

## COMENTARIO

Nuestro Código Penal se refiere a la reincidencia en sus artículos 111 y 56, al señalar en el primero: "es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena a pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años en otro delito reprimido también con pena privativa de la libertad"; y, en el segundo, tratándose de los condenados a pena condicional, si dentro del plazo de cinco años que prescribe el Art. 55 del mismo Código, el

condenado: "cometiera un nuevo delito intencional, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponde por el segundo delito conforme a lo dispuesto en las leyes de la reincidencia".

El Art. 111 nos conduce a considerar la cuestión relativa a que la sentencia anterior a pena privativa de la libertad se haya cumplido en todo o en parte, para que pueda hablarse de reincidencia. En tal supuesto, cuando la ley exige que la condena se haya cumplido en todo o en parte, la reincidencia en doctrina se denomina "propia"; pero cuando para la ley es suficiente la sentencia condenatoria, sin exigir el efectivo cumplimiento de la pena efectiva, como en el caso de la condena condicional contemplado en el Art. 56, la reincidencia se denomina "ficta" o "impropia".

En la doctrina de la reincidencia, la norma contenida en el Art. 111 es la regla general: como las penas privativas de la libertad se ejecutan generalmente, el requisito es que la nueva infracción sea cometida luego que la primera pena haya sido sufrida total o parcialmente. Excepcionalmente, la pena privativa de la libertad no es ejecutada (en razón de la condena condicional), por lo que se impone una disposición especial (nueva pena de acuerdo a las leyes de la reincidencia). Por ello, resultan evidentes: a) que no existe contradicción alguna entre los artículos 56 y 111 del C. P.; y b) que el criterio aceptado actualmente por la Corte Suprema es contrario a la orientación de la ley.

La Corte Suprema, en sentencias publicadas en la R. de J. P. 1975, pág. 1134; 1976; pág. 566; 1978, págs. 320 y 437; A. J. 1976, pág. 425; y 1977; págs. 277 y 497, ha establecido la siguiente jurisprudencia:

"Tiene la condición de reincidente conforme al Art. 56 del C.P., el condenado a pena condicional que dentro del plazo de 5 años comete nuevo delito intencional. Esta norma no es implicante con la del Art. 111 del mismo Código, porque la condena condicional, por las razones en que se sustenta y su propia naturaleza, fija un período de prueba durante el cual, cuando menos, el beneficiado se verá impedido de cometer nuevo delito. En consecuencia, el agente debe cumplir la pena suspendida condicionalmente y la que le corresponde por el nuevo delito conforme a las reglas de la reincidencia".

Cabe recordar sin embargo, un criterio muy antiguo de la Corte Suprema sobre el particular, que resulta reiterado en esta ocasión, según el cual:

Para que exista reincidencia debe haberse cumplido en todo o en parte la pena privativa de la libertad. No se considera para tal efecto la anterior condena suspendida condicionalmente", como se aprecia de las sentencias publicadas en la R. de L. y J. de 1951, pág. 371; A. J. 1947, pág. 327; 1960, pág. 129, 1961, pág. 114; R. J. P. 1952, pág. 2325 y en el Diario Oficial "El Peruano" de 14 de agosto de 1974.

En consecuencia, de todo lo expuesto, se deduce que en la sentencia que se comenta no hay nueva doctrina sino, por el contrario, una regresión a la antigua doctrina. Desde esta perspectiva acaso no valiera la pena este comentario, que seguramente nada añade a lo que ya se ha expresado en las sentencias a que nos hemos referido en primer término con la finalidad de esclarecer los alcances de los artículos 56 y 111 de nuestra legislación penal. Hay, sin embargo, en nuestro concepto, una razonable preocupación de jueces y abogados porque la Corte Suprema trate de unificar su criterio en la aplicación de dichas normas penales.