

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL (C.II-14.a)

Inc. 101- 2008 - B

S.S. VILLA BONILLA
TELLO DE ÑECCO
PIEDRA ROJAS

Resolución N° 27.

Lima, trece de noviembre

De dos mil nueve.-

AUTOS y VISTOS: Interviniendo como Jueza Superior ponente la señora Magistrada Hilda Piedra Rojas, estando a lo dispuesto en el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Superior en su Dictamen N°. 33-2009 de folios 661 a 662; y, **ATENDIENDO: PRIMERO: Delimitación del tema materia de análisis.-** Es materia de pronunciamiento la **apelación** deducida por la señora Fiscal Provincial de la Cuarta Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios **contra** la resolución de fecha treinta de enero de dos mil nueve, obrante de fojas 619 y siguientes, emitida por el señor Juez del Cuarto Juzgado Penal Especial que **declara** Fundada la Excepción de Prescripción deducida por la defensa de Manuel Ernesto Custodio Poemape, quien fuera procesado como presunto autor del delito contra la Tranquilidad Pública –Delito contra la Paz Pública (Asociación Ilícita para Delinquir), en agravio del Estado. **SEGUNDO: Antecedentes Procesales.-** A mérito de la Denuncia N° 06-2004 que en copia certificada se glosa de folios 527 a 529 del presente cuaderno, el Cuarto Juzgado Penal Especial con fecha veintinueve de agosto de dos mil ocho emite el Auto de Apertura de Instrucción que en copias certificadas obra de folios 537 a 543 contra **Manuel Ernesto Custodio Poemape** y Wilfredo Venero Garrido como presuntos autores del delito contra la Tranquilidad Pública (**Asociación Ilícita para Delinquir**), en agravio del Estado. Por escrito de fojas 01 de fecha seis de octubre de dos mil ocho, el citado procesado deduce la excepción de prescripción, la misma que por auto de fecha treinta de enero del dos mil nueve, corriente de folios 619 a 621 fue **DECLARA FUNDADA**. Y notificada a las partes procesales, el Titular de la Acción Penal interpone recurso de apelación mediante Dictamen N°. 012-2009 de folios 625 a 628. Concedido el recurso impugnatorio mediante decreto de fecha once de febrero de dos mil nueve corriente a folios 629, se elevaron los

autos a la Sala Penal Superior para los fines de ley. **TERCERO: Sobre los hechos incriminados.**- El hecho formulado por la Titular de la Acción Penal y que constituye el sustento fáctico del delito de Asociación Ilícita para delinquir se encuentra descrito en la **Denuncia No. 06-2004-6°FPEDCF**, obrante en autos a folios 527 y siguientes. La Fiscal Provincial sostiene: “[...] que los procesados Vladimiro Montesinos Torres, Víctor Alberto Venero Garrido y Juan Valencia Rosas, actuaron en concertación con la finalidad de ocultar la procedencia ilícita del dinero proveniente de comisiones ilegales obtenidas a través de la Caja de Pensiones Militar Policial, que fueron depositados en las cuentas de Montesinos Torres el Banco Wiese, tal y como lo admite el mismo Montesinos Torres a través de sus declaraciones instructivas en dicho proceso penal; Que Víctor Alberto Venero Garrido era quien manejaba las cuentas que mantenía en el Banco Wiese, en su oportunidad el mencionado denunciado en su declaración instructiva que obra en copias certificadas de fs. 25 a 41 y Juan Silvio Valencia Rosas en su declaración instructiva que obra en copias certificadas de fs. 01 a 24, confirmaron que manejaban las cuentas de Montesinos Torres, creando Empresas Of Shore a nombre de familiares de Valencia Rosas, empresas que remitían el dinero de comisiones ilícitas; que eran sacados del Perú hacía las empresas antes mencionadas, para luego ser depositadas en las cuentas de Montesinos Torres desde diferentes países, por concepto de asesoría legal, servicio que nunca prestó el tantas veces mencionado, contando para tal fin con la actuación de Miguel Custodio Poemape, quien era el funcionario del banco Wiese que autorizaba las instrucciones que daba Montesinos Torres, a través de los formatos ‘Sírvase Ejecutar’, asimismo Custodio Poemape presentaba al denunciado Montesinos Torres, a nombre del Banco Wiese mediante ‘Carta Recomendación’, ante cualquier entidad bancaria en el mundo, dando fe de su solvencia moral, lo que es absolutamente irregular, por que los bancos sólo pueden dar fe de la solvencia económica de los clientes”.¹ **CUARTO: Fundamentos del petitorio.**- Por escrito de fecha seis de Octubre del dos mil ocho de fojas 01 y siguientes, Manuel Custodio Poémape, interpone excepción de prescripción de la acción penal por el delito de Asociación Ilícita para delinquir tipificado en la primera parte del artículo 317° del Código Penal, señalando como argumento lo siguiente: “Las imputaciones que le hacen a mi cliente es cuando se desempeñaba como funcionario del Banco Wiese Limitado, haber manejado en forma personal las cuentas de Vladimiro Montesinos Torres; haber presentado a Vladimiro Montesinos Torres mediante cartas de Recomendación ante cualquier banco del mundo, dando cuenta de su solvencia moral no obstante que ello no era regular; haber recibido de las cuentas de Vladimiro Montesinos Torres dinero por montos que superaron los tres millones de dólares y no haber dado cuenta a la SBS en su calidad de oficial de cumplimiento del Banco Wiese (...) su presunto accionar delictivo con el procesado Montesinos Torres se habría desarrollado entre 1993 y el 31 de Agosto del año 199[9], debido a que hasta esta última fecha (31/AGO/1999), laboró en el Banco Wiese

¹ Denuncia N° 06-2004-6ª FPPEDCF que en copias certificadas obran a folios 527 a 529.

Limitado, tal como aparece de la copia certificada del Convenio de Extinción de la relación Laboral por Mutuo Disenso celebrado entre mi patrocinado y el Banco Wiese Limitado, siendo materialmente imposible que después de esta fecha que haya podido manejar en forma personal las cuentas de Vladimiro Montesinos Torres; haber presentado a Vladimiro Montesinos Torres mediante cartas de Recomendación ante cualquier banco del mundo dando cuenta de su solvencia moral no obstante que ello no era regular; haber recibido en las cuentas de Vladimiro Montesinos Torres (...) para sacar dinero al exterior o pagar algún certificado de depósito que hubiera tenido en sus cuentas en dicho banco. (...) la defensa considera que la acción penal se halla prescrita porque desde el 31 /AGO/1999 hasta la actualidad han transcurrido nueve años, un mes y seis días, habiendo perdido el estado la acción punitiva y coercitiva para la persecución del precitado delito cuyo plazo máximo de prescripción extraordinaria es de nueve años, por lo que debe declararse fundada la excepción que se propone...". **QUINTO: Fundamentos de la resolución apelada.-** Con fecha treinta de enero de dos mil nueve, el señor Juez del Cuarto Juzgado Penal Especial por resolución de fojas 619 a 621, declara **Fundada la Excepción de Prescripción** deducida por la defensa del procesado **Manuel Ernesto Custodio Poémape** en la instrucción que se le sigue como presunto autor del delito contra la Tranquilidad Pública – delito contra la Paz Pública (**Asociación Ilícita para Delinquir**), en agravio del Estado, argumentando lo siguiente: “[...] **SEPTIMO.-** (...) el delito de Asociación Ilícita para Delinquir, en razón de configurar un concierto subjetivo orgánico con características de continuidad y permanencia, no es un delito instantáneo sino permanente, por cuanto la acción antijurídica perdura en tanto subsista la afiliación o pertenencia del sujeto activo a la agrupación criminal, en tal sentido, la permanencia en la incursión delictiva se mantiene no únicamente hasta el momento en que se llegan a desarrollar concretamente los actos orientados al objetivo que pretende la agrupación delictiva sino propiamente hasta el momento en que se produce la disolución de la agrupación e, incluso, hasta el momento en que el agente deja de pertenecer efectivamente a la misma, ello en función al propio verbo rector ‘formar parte’ y el carácter individualista de la acción penal que recoge el artículo ochenta y ocho del precitado ordenamiento sustantivo. **OCTAVO.-** (...) el imputado Manuel Ernesto Custodio Poémape ejercía funciones como Gerente de Finanzas- [...] la actuación que le habría correspondido [...] se encuentra en función a su calidad de funcionario de la señalada entidad bancaria: en tal sentido, su actuación en el marco del objetivo de la agrupación delictiva y, concretamente su pertenencia a dicha conformación ilícita, no es posible extenderla más allá de su calidad de funcionario del Banco Wiese Limitado, es decir, que la perduración del despliegue de la acción típica y antijurídica de ‘formar parte’, respecto del inculpado Custodio Poémape, se mantuvo en tanto dicho encausado ejercía funciones en la entidad bancaria donde la persona de Montesinos Torres tenía su cuenta [...], teniendo en cuenta [...] la copia legalizada del Convenio de Extinción de Relación Laboral por Mutuo Disenso [...] que no se tuvo a la vista al momento de calificar la formalización de denuncia penal-, mediante la cual se acredita debidamente que el procesado Manuel Custodio

Poémape ha laborado en el Banco Wiese Limitado hasta el treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y nueve, fecha en la que es posible ubicar el término de la permanencia en la acción antijurídica atribuida al imputado [...] y, consecuentemente determinar dicha fecha como el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal. **NOVENO.-** Que en lo concerniente al criterio asumido por la señorita Fiscal Provincial, respecto al extremo en el que establece el cese de la permanencia del delito en el momento en el que “**tras tomar conocimiento de los hechos delictivos, éstos se interrumpen con la denuncia formalizada por el Ministerio Público y el correspondiente auto que abre instrucción**”, el suscrito no comparte dicho criterio, puesto que se basa en un supuesto de interrupción del cómputo de la acción penal, que no es compatible con la determinación del inicio del cómputo del plazo de prescripción, al cual se pretende adecuar, más aún si constituye un criterio genérico – con prescindencia del tipo delictivo al sujetarlo al efectivo ejercicio de dicha acción penal, que conlleva a suponer que los delitos permanentes se tornarían imprescriptibles debido a la “equiparación” que se hace a la interrupción del plazo de prescripción con el inicio del cómputo de la prescripción, entendiéndose que el inicio del cómputo de la prescripción, se produce al momento de la formalización de denuncia penal. **DECIMO:** Que, consecuentemente, habiéndose acreditado mediante prueba instrumental que a la actualidad ha transcurrido más de nueve años con cuatro meses desde el cese de la permanencia del delito, por lo que, se evidencia que se ha sobrepasado el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, que asciende a nueve años; [...]”. **SEXTO: Fundamentos de la Apelación interpuesta por el Ministerio Público.-** Mediante Dictamen No. 012-2009 de folios 625 a 628, la señora Fiscal Titular apela de la resolución antes citada al considerar que: “1) El delito de Asociación Ilícita para Delinquir es un delito permanente y se consuma con la mera pertenencia a una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos, sin importar la materialización de los ilícitos penales proyectados, pues lo que se sanciona es el peligro que significa para la tranquilidad pública la existencia de una agrupación criminal, entendida como aparato organizado con división funcional de roles, en cuya estructura sus integrantes tienen una participación decisiva o simplemente ejecutiva. [...] para que pueda hablarse de asociación criminal es necesario cierto elemento de permanencia, así como un mínimo de cohesión. Sin embargo, ello no implica equiparar los conceptos de banda, concierto o la mera pluralidad de personas con el de ‘asociación ilícita’. La banda exige al igual la permanencia, pero a diferencia de la simple asociación delictiva parece requerir necesariamente del elemento organizativo, es decir de un sistema jerárquico y de reparto de trabajo, aspectos que no necesariamente deben observarse en la asociación criminal. [...] 5) [...] el delito de Asociación Ilícita para delinquir nace con la filiación y se prolonga hasta que exista un vínculo entre el socio y la organización criminal, sin necesidad de demostrarse su participación en el planeamiento o ejecución de los concretos delitos cometidos por la agrupación, 6) [...] que el plazo de prescripción debe computarse recién desde el “día en que termino la actividad delictuosa...” 7) Nuestro Código Penal norma la prescripción de la acción a través del plazo ordinario y el plazo extraordinario, regulado el primero en el artículo 80° del

Código Penal. Sentencia recaída en el Expediente N° 1805-2005-HC/TC de fecha 29 de abril del 2005 [...] F.J.6 'Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia. [...] Siendo también de aplicación el artículo 82° que prescribe que los plazos de prescripción de la acción penal comienzan: '...En el delito permanente, a partir del día que cesó la permanencia' Ver resolución recaída en el incidente 37-2002 "C" del dos de junio del dos mil tres, [...] 8) De esta manera tenemos que a la fecha no ha operado la prescripción de la acción penal, pues, debe contarse a partir de la actuación del Ministerio Público y del Poder Judicial". **SEPTIMO: Normatividad,**

jurisprudencia y doctrina relacionadas con el petitorio.- (7.1) La petición

planteada por el recurrente Custodio Poémape es la extinción de la acción penal incoada en su contra por el delito de Asociación Ilícita para Delinquir contemplado en el artículo 317° del Código Penal que criminaliza la conducta:

"El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años". (7.2) La extinción de la acción penal

solicitada se fundamenta en la causal de prescripción contemplada en el inciso 1 del artículo 78° del Código Penal. El Supremo Intérprete de la Constitución Política, precisa que: *"La prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al ius puniendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma"*². (7.3) El artículo 80° concordante con

el artículo 83° del Código Sustantivo, prescriben que el **plazo ordinario** de prescripción es igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, si es privativa de la libertad y en los delitos que merezcan otras penas, a los dos años y el **plazo extraordinario** corresponde al plazo ordinario mas la mitad.

(7.4) Asimismo debe observarse las reglas prescritas en el artículo 82° del Código citado para determinar el comienzo del plazo de prescripción según se trate de un delito instantáneo, continuado o permanente. En el caso de un delito permanente el plazo de prescripción comienza a partir del día en que cesa la permanencia (numeral 4). (7.5) De conformidad con la normatividad glosada, para resolver la excepción planteada es necesario en primer lugar definir la naturaleza del delito instruido (instantáneo, continuado o permanente) a fin de poder determinar el momento en que debe comenzar a computarse el

² Exp. No. 1805-2005-HC/TC. STC del 29 de Abril del 2005. FJ. No 6.

plazo de prescripción. **(7.6.) El Acuerdo Plenario No. 4-2006/CJ-116 del 13 de Octubre de 2006** publicada en el diario “El Peruano” con fecha veintinueve de diciembre del dos mil seis, ha establecido “[...] el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación – a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas – sin que se materialice sus planes delictivos. [...] el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometan determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. [...] La Asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan –no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en el tiempo y lugar-, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hechos diferentes, y, por cierto de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó”.³ **(7.7) Leandro**

Reaño indica: “Respecto a la fase consumativa del ilícito de asociación para delinquir, el legislador ha optado por pergeñar un delito permanente, en el que mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, de suerte que –en cierta forma- el hecho se renueva constantemente (...). En términos prácticos, la consecuencia más importante de haberse diseñado un delito permanente está vinculada a la prescripción de la acción penal. De este modo, de conformidad con el art. 82.4 del CP, el plazo de prescripción para el tipo de asociación para delinquir comienza a correr desde el día en que se cesó la permanencia, esto es, cuando el agente abandona la asociación criminal o ésta es desintegrada. Ello encuentra explicación en el carácter prolongado o de tracto sucesivo que caracteriza a la fase consumativa”⁴. **(7.8.) Castillo Alva** señala: “En primer lugar, se sostiene que la ley no castiga únicamente el solo hecho de afiliarse o de obtener la calidad de socio o de integrante de la organización, sino el de formar parte de ella, situación que si bien implica el pasar a ser miembro o una conducta positiva de integrarse, supone también un estado temporal –más amplio- distinto del afiliarse. El formar parte, si bien comienza con la adscripción o afiliación del nuevo miembro a la organización, posee un contenido mucho más vasto que exige una prolongación temporal y una vinculación permanente del socio con la organización criminal. (...) el formar parte se inicia con la afiliación pero abarca y se extiende hasta el tiempo en el que se conserva el vínculo asociativo. En efecto, se forma parte de algo – en este caso de la asociación- no solo desde que existe una adscripción formal o material, sino hasta que medie una efectiva desvinculación que impida seguir hablando de un formar parte (...). El formar parte es un estado temporal que dura mientras haya un vínculo que ligue al

³ Fundamento jurídico N°12.

⁴ Reaño Peschiera, José Leandro. “Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de Asociación Ilícita” En el libro “Los Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir – Aspectos Sustantivos y Procesales”. Editorial Juristas Editores. Lima 2002. Pág. 299.

miembro con la organización o a la parte con el todo. Una vez que se rompe dicho vínculo recién se puede hablar que ya no se forma parte de algo. (...) La calidad de delito permanente (...) se configura no tanto mientras dura y extiende su vida la organización criminal, sino mientras rige el vínculo entre cada individuo –individualmente considerado- y la asociación. La permanencia se da en la medida que la persona (autor) siga perteneciendo a la organización. El delito cesa para cada integrante en el momento que se desvincula de ella, aunque la asociación siga existiendo.”⁶. **(7.9.)** Por su parte, **Rojas Vargas**, refiriéndose a la permanencia precisa: “La permanencia no es un estado antijurídico absoluto, es decir que se perpetúe indefinidamente, pues finiquita cuando la acción ilícita sostenida que la mantiene cesa o termina por voluntad del agente, por la labor disuasiva externa, o en todo caso por la imposibilidad de perpetuarla ante la muerte del sujeto pasivo o del daño irreversible sobre el bien” ⁶. **(7.10)** Del Acuerdo Plenario y la doctrina glosada, podemos concluir que el ilícito de Asociación Ilícita para delinquir es **un delito de mera actividad y de carácter permanente** pues la afectación al bien jurídico protegido como es la Tranquilidad Pública, se prolonga en el tiempo hasta el cese de la actividad de la asociación, a diferencia de lo que acontece respecto a cada delito en particular cometido por esta, cuya consumación esta circunscrita al momento de la lesión de cada bien jurídico específico. En tal sentido, a efectos de establecer el plazo prescriptorio no resulta válido tomar como referente las acciones singulares sino la situación permanente de ofensa al bien jurídico protegido, la misma que se extiende hasta la fecha que finaliza sus actividades la organización ilícita. **(7.11)** Con respecto al comportamiento del sujeto activo, debemos diferenciar dos momentos: uno inicial identificado con la adhesión al plan delictivo de la asociación, es decir, el sujeto activo integra la asociación con el objetivo claro de cometer ilícitos; y, otro, un estado de desvinculación con la misma, que se entiende es coetáneo a la constatación de una circunstancia que evidencia “ya no formar parte” de aquélla, es decir, que la realización del delito se prolonga hasta que el integrante de la asociación ilícita para delinquir se haya retirado de dicha organización o, en todo caso, este haya cesado en sus actividades. **OCTAVO: Análisis del petitorio.-** De lo alegado por los sujetos procesales, la normatividad vigente, jurisprudencia, doctrina y lo actuado en el proceso, podemos concluir: **a.-** El plazo de la prescripción extraordinario en el delito de asociación ilícita para delinquir es de

⁵ Castillo Alva, José Luis. “Asociación para Delinquir”. Editora Jurídica Grijley. Año 2005. Pág. 136, 137, 138 y 139.

⁶ ROJAS VARGAS, Fidel S. “El Delito, Preparación, Tentativa y Consumación”. Idemsa. Lima-Perú. Agosto 2009. Pág. 507.

nueve años. **b.-** El delito objeto de denuncia es de carácter permanente; por lo que, para resolver la presente incidencia es necesario determinar el momento en que el sujeto que integra la asociación ilícita para delinquir se desvincula o cesa su comportamiento a favor de ésta. **c.-** De los términos de la denuncia penal glosada, es claro que la parte acusadora sostiene que el fin de la Asociación Ilícita denunciada fue realizar diferentes operaciones bancarias y lograr el lavado del dinero ilícito obtenido por Vladimiro Montesino Torres a través de las cuentas que tenía en el Banco Wiese. **d.-** Asimismo, la incriminación formulada por el Ministerio Público contra el peticionante Miguel Custodio Poemape es haber participado en la Asociación Ilícita en su condición de Gerente de Finanzas del citado Banco, autorizando las instrucciones que dada Montesinos Torres a través de los formatos “Sírvasse Ejecutar” y presentándolo a nombre del Banco Wiese mediante “Carta de recomendación” ante cualquier entidad bancaria en el mundo, dando fe de su solvencia moral a pesar de que los bancos solo pueden dar fe de su solvencia económica; es decir, desde su posición funcional, como funcionario del Banco Wiese, es que se produce su participación en la Asociación Ilícita. **e.-** Con la instrumental que en copia fotostática certificada obra de fojas 04 a 06, sobre “Convenio de Extinción de la Relación Laboral por Mutuo Disenso” suscrito por José Barroso Pardo –Sub Gerente General del Banco y Manuel Custodio Poémape–trabajador, se acredita que con fecha treintiuno de agosto de mil novecientos noventinueve el último citado renunció al Banco Wiese, extinguiéndose la relación laboral por mutuo disenso. **f.-** Sucedida la renuncia, el peticionante perdió objetivamente toda posibilidad de seguir participando en la asociación ilícita, produciéndose el cese de sus actividades a favor de esta, pues en los hechos incriminados por el Titular de la Acción Penal el rol del recurrente se cumplía en tanto funcionario de la entidad Bancaria citada. Por lo que, el cómputo del inicio del plazo de prescripción debe operar a partir de dicho acontecimiento conforme lo alega no solo el peticionante sino también el A-quo y el señor Fiscal Superior. **g.-** Habiéndose producido el cese de las actividades a favor de la Asociación Ilícita con la renuncia a la entidad Bancaria acaecida el treintiuno de agosto de mil novecientos noventinueve, se tiene que a la fecha ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción extraordinario de nueve años, operando la extinción de la acción penal. Por los fundamentos expuestos:

CONFIRMARON La resolución de fecha treinta de enero de dos mil nueve obrante de folios 619 a 621, que declara Fundada la Excepción de Prescripción deducida por **MANUEL ERNESTO CUSTODIO POEMAPE**; en la instrucción que se le sigue como presunto autor del delito contra la Tranquilidad Pública –Delito contra la Paz Pública (Asociación Ilícita para delinquir), en agravio del Estado, con lo demás que contiene. **ORDENARON** El archivo definitivo de lo actuado en contra de Manuel Ernesto Custodio Poémape respecto de este delito. Notifíquese y devuélvase.-