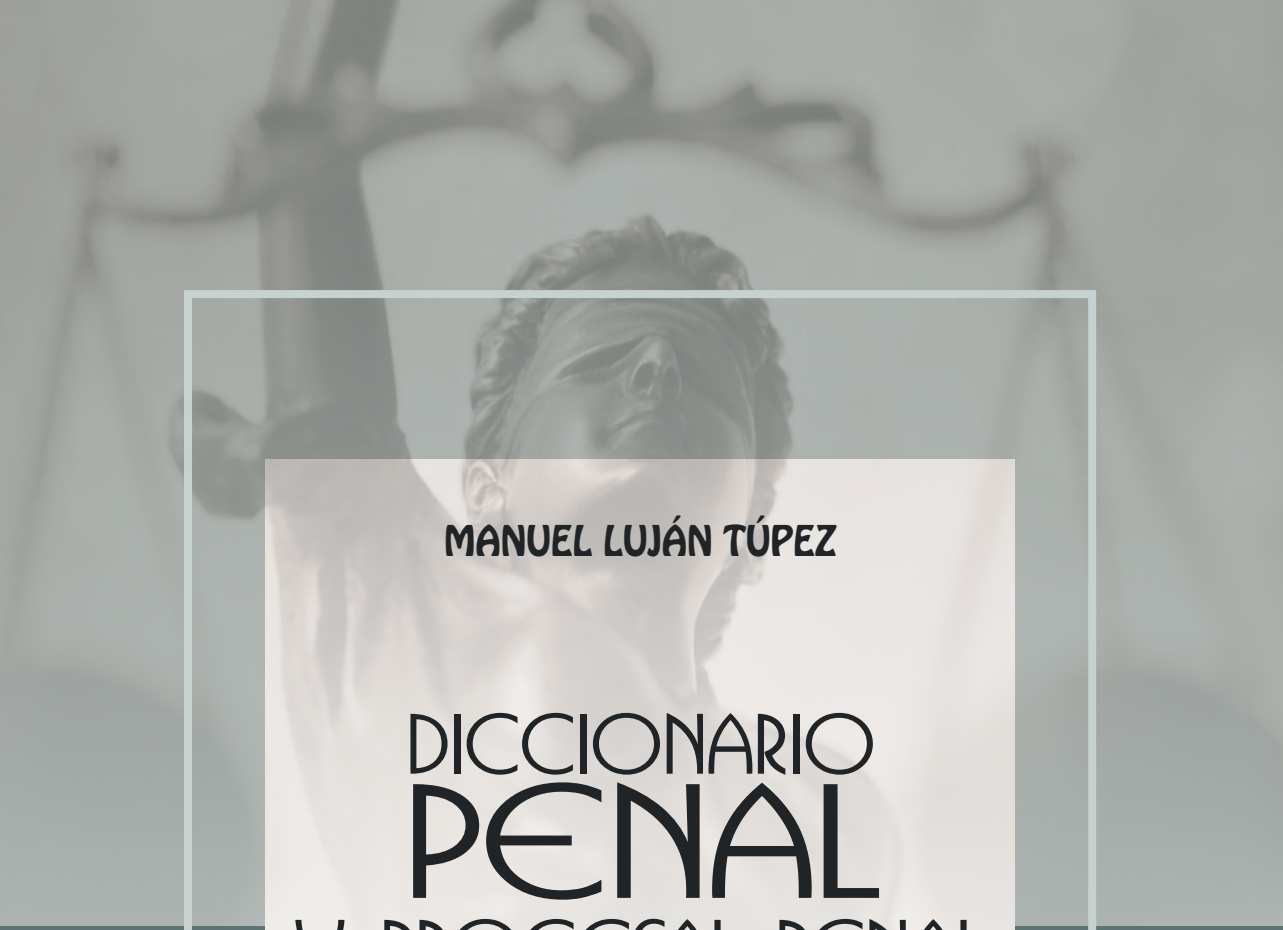


MANUEL LUJÁN TÚPEZ

DICCIONARIO PENAL Y PROCESAL PENAL

Presentación
LUIS LAMAS PUCCIO

GACETA JURIDICA

MANUEL LUJÁN TÚPEZ

DICCIONARIO PENAL Y PROCESAL PENAL

Presentación
LUIS LAMAS PUCCIO

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
(01) 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

GACETA JURIDICA

DICCIONARIO
PENAL Y PROCESAL PENAL

PRIMERA EDICIÓN
FEBRERO 2013
4,660 ejemplares

© **Gaceta Jurídica S.A.**
© **Manuel Luján Túpez**

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. Nº 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2013-03240
LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED
ISBN: 978-612-311-038-3
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221300176

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Erick Saravia Pacaya

GACETA JURÍDICA S.A.
ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

Presentación

Nuestra legislación en materia penal y procesal penal es extensa y profusa. Muchas veces contiene una serie de conceptos que no son de fácil aprehensión y frecuentemente la definición legal de las diversas instituciones está ausente. Son, por lo tanto, la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de discutir y precisar ciertos conceptos, lo que en principio resulta correcto, pues comúnmente la ley penal no es el lugar adecuado para definir todas las ideas con detalle, ello terminaría por tornarla en un texto abrumador e inabarcable.

Pero en no pocas ocasiones las definiciones de las instituciones que aparecen en las diversas obras jurídicas quedan extraviadas en un universo de letras. Más aún, la intensificación de la comunicación informativa así como la desconcertante abundancia bibliográfica, muchas veces terminan por agobiar al estudioso y sobre todo al operador del Derecho que debe resolver casos concretos con la mayor rapidez posible.

Ante tal panorama, la importancia de un diccionario en materia penal, que permita un manejo rápido y asequible de las principales instituciones y figuras jurídico-penales, resulta innegable. Ese es el caso del Diccionario Penal que tenemos el agrado de presentar.

Esta obra recoge y explica de modo ordenado las voces más importantes relacionadas a las ciencias penales, permitiendo a los abogados y a todos los demás operadores del Derecho encontrar fácilmente y en términos concisos las nociones que requieren conocer al momento de analizar los casos que les son presentados o llegan a sus despachos.

Se trata de un valioso material que abarca, desde una perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial, las nociones jurídico-penales de mayor incidencia en el ejercicio del Derecho Penal y Procesal Penal.

De ese modo, permite el fácil acceso a conceptos y definiciones que en general son desarrollados por la doctrina en ámbitos más extensos, como en los manuales y tratados de Derecho Penal y Procesal Penal. Pero no solo ello, sino que a su vez se recogen y condensan los aportes provenientes de la jurisprudencia, lo que garantiza la plena aplicabilidad de los contenidos de esta obra en el quehacer diario de los profesionales del Derecho en el campo del Derecho Penal en sus variadas vertientes.

Su utilidad se hace patente en los diversos ámbitos del Derecho. Permitirá al docente contar con instrumentos para el perfeccionamiento de las definiciones que le compete transmitir; al defensor o al fiscal, contar con los medios adecuados y de rápido acceso para la fundamentación de su teoría del caso o de sus recursos conforme a estándares correctos; al juez, contar con un instrumento útil al momento de decidir las causas; y al abogado, comprender de una manera más fácil las complejas definiciones que caracterizan a la ciencia penal contemporánea.

Estamos seguros de que esta excelente contribución de Gaceta Jurídica se constituirá en una importante fuente de consulta para todos quienes de una u otra forma nos hallamos vinculados al Derecho Penal y Procesal Penal, lo cual, sin duda, redundará en una aplicación más racional y razonable de ambas disciplinas.

Luis Lamas Puccio

Índice por letras

A 9

B 59

C 71

D 137

E 261

F 265

H 271

I 285

J 311

L 317

M 359

N 383

O 389

P 393

R 489

S 507

T 513

U 531

A

Acreditación de la falta de interés del sentenciado

La acreditación es el reconocimiento formal que se obtiene tras la revisión del cumplimiento de los requisitos previamente fijados en un modelo, cuando se trata de la teoría probatoria, esta se refiere a la comprobación que se encuentra mediante prueba directa, indirecta o indiciaria sobre la existencia de un hecho o dato de la realidad. La acreditación de la desidia o falta de interés del sentenciado por el delito de omisión a la asistencia familiar mediante prueba directa es el pago reducido del monto de las pensiones devengadas fijadas en sentencia firme, por lo que es suficiente mérito para revocar la condicionalidad de la pena.

Actividad obstruccionista del acusado

La actividad obstruccionista del acusado es la conducta que puede ser atribuida a quien es imputado de la comisión de un delito, tendiente a evitar el pronunciamiento judicial sobre su causa, dicha conducta se manifiesta a través de actos positivos: interposición de recursos maliciosos, la interposición de recursos de nulidad que se encuentran destinados a ser desestimados, la mentira, la constante y premeditadas faltas a la verdad que desvían en curso de la investigación o el proceso, incumplir las reglas de conducta que se le fijen que importen un hacer, denunciar hechos tendientes a desviar las investigaciones o el proceso; u omisivos: inconcurrencia injustificada a las diligencias a las que fuera citado, no recibir las notificaciones que le quisieran practicar, incumplir las reglas de conducta que importen un dejar de hacer.

Sobre el particular, puede citarse la STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC-Lima, caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio, del 23 de noviembre de 2004. Así, se señala que en lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del detenido a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que

la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada "defensa obstruccionista" (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional) (f.j. 26). Igualmente se sostiene que entre las conductas que podrían ser merituadas como intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es pertinente tener presente que "[s]i bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso" (f.j. 28).

Por su parte, en la STC Exp. N° 0376-2003-HC/TC-Lima, caso Laura Cecilia Bozzo Rotondo, 7 de abril de 2003, se señala en el f.j. 9 que si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso.

ACTOR CIVIL

El actor civil es la persona natural o jurídica, el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito(*).

Dicho de otro modo, en palabras de César San Martín Castro, se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir, quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce

(*) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Editorial Colex. Madrid, 2007, p. 257.

expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito(*).

El artículo 98 del Código Procesal Penal prevé la constitución del actor civil y sus derechos. Esta figura legal está regulada en la Sección IV "El Ministerio Público y los demás sujetos procesales", Título IV "La víctima", Capítulo II "El actor civil" del Libro Primero "Disposiciones Generales". Prescribe la citada norma que: "La acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito".

ACUERDOS PLENARIOS

Los acuerdos plenarios son los acuerdos o conclusiones reuniones plenarias de los jueces de la Corte Suprema de la República en una determinada especialidad y sobre un tema específico, que se adoptan en el marco del artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) [Texto Único Ordenado de la Ley orgánica del Poder Judicial del Decreto Legislativo N° 767 - Decreto Supremo N° 017-93-JUS publicado el 2 de junio de 1993](**). Los acuerdos plenarios no tienen la condición vinculante que posee el precedente vinculante, los acuerdos plenarios fijan una doctrina suprema uniforme y su condición es más orientadora; hasta ahora se han emitido solo en el área penal.

Los acuerdos plenarios emitidos por la Corte Suprema son los siguientes:

1. **Acuerdo Plenario N° 02-2005/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de noviembre de 2005, sobre requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado. Que tratándose de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado, por ser en muchos casos una prueba única, que solo el agraviado, el testigo presencial o el coacusado conocen, como tal no se considera ya como obligatorio el antiguo principio *testis unum testis nullum*, que un solo testigo es un testigo nulo, por eso es necesario que se evalúe el testimonio a partir del **test de certeza** que se cumple cuanto una declaración es **ausente de incredibilidad subjetiva** (no existe una razón subjetiva de venganza, rencor, enojo u otro motivo que justifique la sindicación), es **verosímil** (que los elementos de prueba adicionales corroboran la

(*) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, p. 259.

(**) **Artículo 116. Plenos jurisdiccionales.** Los integrantes de las salas especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

sindicación o esta es conforme a la lógica, las máximas de la experiencia y la sana crítica) y es **persistente** en la incriminación (que en las distintas oportunidades que brinda la narración de los hechos con los matices propios del tiempo y del temor se mantiene idéntica).

2. **Acuerdo Plenario N° 03-2005/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de noviembre de 2005, sobre intervención de tres o más agentes. Alcances del artículo 296.6 del Código Penal. La pluralidad en el caso de la forma agravada del favorecimiento o promoción del tráfico ilícito de drogas en cuyo caso el legislador ha exigido que intervengan tres personas o más, así conforme a la doctrina judicial o suprema, la intervención de dos personas no configura el agravante de pluralidad.

3. **Acuerdo Plenario N° 04-2005/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de noviembre de 2005, sobre definición y estructura típica del delito de peculado, artículo 387 del Código Penal. Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico –penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. Estableciendo como requisitos: a) Existencia de una relación funcional; b) La percepción, administración o custodia del bien o caudal; c) La apropiación o utilización; d) El destinatario; y, e) Los caudales o efectos.

4. **Acuerdo Plenario N° 02-2006/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006, sobre combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes, es posible que se pueda elegir de entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo los preceptos más favorables, en virtud del "principio de combinación" que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo.

5. **Acuerdo Plenario N° 03-2006/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006, sobre delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información. Es necesario un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular, para lo cual es nesaria la valoración penal de si el hecho constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información, la evaluación de si las expresiones inciden en la esfera pública y no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar; es decir, se ha de respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetivas o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones; en segundo lugar, la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera, o sea que la información sea veraz, como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información.

6. **Acuerdo Plenario N° 04-2006/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006, sobre cosa juzgada con relación al delito de asociación ilícita para delinquir. No cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. 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 tiempo y lugar–, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho 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. Siendo un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar.

7. **Acuerdo Plenario N° 05-2006/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006, sobre declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento. Presupuestos materiales. La declaración de reo contumaz no constituye una facultad discrecional de la Sala Penal Superior, sino que está sometida a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente. Es imprescindible el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego una segunda citación y se persistir en la inconcurrencia voluntaria recién se dictará el auto de contumacia y se procederá conforme al artículo 319 del Código de Procedimientos Penales. Por último, un juez recusado o con pedido de inhibición del Ministerio Público, una vez que se acepta iniciar el trámite respectivo, no puede dictar una medida limitativa de la libertad como consecuencia de un auto de contumacia al margen de las normas que regulan la recusación y la inhibición o excusa de magistrados.

8. **Acuerdo Plenario N° 06-2006/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006, sobre reparación civil y delitos de peligro. Si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aún cuando es distinto el objeto sobre el recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados.

9. **Acuerdo Plenario N° 07-2006/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006, sobre cuestión previa e identificación del imputado. La cuestión previa de identificación plena del imputado resulta fundada y solo procederá cuando no se ha podido establecer, de los cuatro datos obligatorios del requerido, el referido al nombre y apellidos completos, o cuando se ha probado positiva e inconcusamente que la referencia a una persona que se identificó con esos nombres y apellidos completos es falsa o inexistente.

10. **Acuerdo Plenario N° 02-2007/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario

oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre valor probatorio de la pericia no ratificada. Aunque la pericia consta de tres elementos: a) el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), b) el dictamen o informe pericial –que es la declaración técnica en estricto sentido–, y c) el examen pericial propiamente dicho. Si las partes no interesan la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expresa o tácitamente –lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes– es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen.

11. **Acuerdo Plenario N° 03-2007/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre pérdida de imparcialidad y proceso de hábeas corpus o de amparo. Se requiere, por consiguiente, indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad.

12. **Acuerdo Plenario N° 04-2007/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre desvinculación procesal. Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales. Tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica. y aun cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifiesto error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa, en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. En estos casos el tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido [esta regla expresa una importante limitación al principio *iura novit curia*], en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes.

13. **Acuerdo Plenario N° 05-2007/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre la *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300 del CPP). Si el Ministerio Público no recurre la pena, el superior no tiene habilitado aumentarla, sin embargo, puede imponer una pena si fue objeto de debate y si sobre ella se ha realizado contradictorio probatorio y oral, además que puede integrar la pena legal de inhabilitación

cuando no fuera accesoria, si no principal, como la integración del tratamiento terapéutico del artículo 178-A del Código Penal. El acuerdo plenario aludido establece en el fundamento siete, que si bien no es vinculante en términos de doctrina legal, sirve para señalar los requisitos para la aplicación de la *reformatio in peius*, máxime si como principio de amparo constitucional, no es ilimitado sino que puede ser modulado sin alterarlo cuando se varía de grado de consumación del delito, el grado de participación, la pena principal a accesoria o viceversa o se integra el tratamiento terapéutico en casos de violación sexual. Luego, esta prohibición y principio no consagra una **cláusula de cierre**(*) sino una **cláusula de vulneración**(**). Siendo que la primera de ellas consiste en que queda cerrada "bajo cualquier hipótesis o por cualquier motivo la reforma de la resolución si solo el sentenciado impugna"; en cambio la segunda forma de prohibición consiste en invalidar la posibilidad de reforma la resolución condenatoria penal **si se deja en incapacidad de defenderse al imputado, porque al reformar en su perjuicio ya no tendría forma de recurrir la decisión.**

14. **Acuerdo Plenario N° 06-2007/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia. la incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecua a las exigencias de los procedimientos que suspenden la prescripción de la acción penal. En consecuencia, para el cómputo de los plazos de prescripción en el referido supuesto no puede considerarse el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoría Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo.

15. **Acuerdo Plenario N° 07-2007/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario

(*) Como lo señala algún sector de la doctrina: La prohibición de reforma peyorativa", significa, según Claus Roxin, que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando solo ha recurrido el acusado o la Fiscalía a su favor (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 454).

(**) Como finalmente adoptó el acuerdo, pues admite que la clase y la extensión de las consecuencias jurídicas, salvo la pena, pueden ser modificadas o integradas sin violar el principio de *reformatio in peius*.

oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre violación sexual: alcance interpretativo del artículo 173.3 Código Penal, modificado por la Ley N° 28704 para la determinación judicial de la pena. Conforme al Acuerdo Plenario: a) Quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia queda exento de pena, si la agraviada cuenta con catorce hasta dieciséis años, deberá atenuarse de conformidad con los criterios que fija el acuerdo: como distancia en la edad, consentimiento, condicionamiento social, etc.; b) deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175 y 179-A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado– median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica; y c) cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, será de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173, inciso 3, del Código Penal.

16. **Acuerdo Plenario N° 08-2007/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal. En la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa en ejecución de los designios de esta. Siendo ello así, la circunstancia agravante del inciso 4 del primer párrafo del artículo 189 del Código Sustantivo **se aplicará, únicamente, cuando no exista esa conexión con los agentes –en número mínimo de dos– con una organización criminal**.

17. **Acuerdo Plenario N° 09-2007/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80 y 83 del Código Penal. Cuando se trate de delitos

cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

18. **Acuerdo Plenario N° 01-2008/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008, sobre reincidencia, habitualidad y determinación de la pena. Para la reincidencia no hace falta que el delito sea de la misma naturaleza, debe existir una sentencia de condena efectiva previa total o parcialmente cumplida, el hecho nuevo debe ser cometido en un lapso no mayor de cinco años, la reicidencia es un agravante que no modifica la responsabilidad de los coautores o partícipes, pero su consideración depende de cada caso concreto, incluso respecto del mismo reincidente y debe ser requerida por la fiscalía o ingresar a la desvinculación. Y para la habitualidad se requiere que se trate de un delito de la misma naturaleza cometido en el lapso no mayor a los cinco años de la primera condena y rige en ambos casos el principio de sumatoria de penas.

19. **Acuerdo Plenario N° 02-2008/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008, sobre alcances de la pena de inhabilitación. En el caso de la inhabilitación principal tiene como duración la fijada por la ley, en defecto la duración es por el mismo plazo de la condena de libertad, (artículo 39 del CP) la pena accesoria no puede ser mayor a cinco años. La inhabilitación se computa a partir que la sentencia queda firme. Si la fiscalía obviase requerir la inhabilitación y esta fuese pena principal el juez penal puede imponerla de oficio, o completar los supuestos de inhabilitación no requeridos por el fiscal (principio de legalidad), como el caso del artículo 300 del Código Penal, en cambio, si la pena es accesoria, sin la solicitud fiscal no es posible imponerla de oficio (principio acusatorio) como en el caso del artículo 376 del Código Penal. Esta regla tiene su excepción para los casos del Código Procesal Penal de 2004, pues conforme al artículo 397 del CPP si el fiscal no lo requiere no se puede sentenciar con inhabilitación, salvo que así se hubiera debatido. Al cumplirse el tiempo de la inhabilitación el reo recupera

el ejercicio de sus derechos sin necesidad de resolución judicial.

20. **Acuerdo Plenario N° 03-2008/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008, sobre correo de drogas, delito de TID y la circunstancia agravante del artículo 297.6 del Código Penal. El "correo de drogas", solo interviene en el transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores; es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el desplazamiento de dichos bienes delictivos. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte. El "correo de drogas" es un coautor del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 296 del Código Penal. Se requerirá, por cierto, que se cumplan los elementos objetivos y subjetivos que integran el citado tipo legal básico. No es de aplicación al "correo de drogas" la circunstancia agravante prevista en el primer extremo del inciso 6 del artículo 297 del Código Penal, salvo lo señalado en el párrafo 11. El simple concurso de tres o más personas en el acto de transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, no es suficiente para su configuración. El agente ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas –anteriores, concomitantes y posteriores– de las propias o específicas del acto singular de transporte. Estas actividades significan un nexo más intenso, aun cuando pueda ser ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte.

21. **Acuerdo Plenario N° 04-2008/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008, sobre aplicación del artículo 173.3 del Código Penal. Conforme al Acuerdo Plenario: a) los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad, si la relación sexual ha sido consentida, debe extenderse por favorabilidad a toda relación contra menor de edad de catorce a dieciocho años; b) toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad queda exenta de responsabilidad; c) los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman

que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo; y d) las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada– han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios de la ley premial, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

22. **Acuerdo Plenario N° 05-2008/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008, sobre nuevos alcances de la conclusión anticipada. Se fijan las siguientes reglas: 1. El Tribunal, en el procedimiento de conformidad, no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias descritos por el fiscal y aceptados por el imputado y su defensa. Tampoco puede pronunciarse acerca de la existencia o no de las pruebas o elementos de convicción. 2. La oportunidad procesal para que el acusado se acoja a la conformidad es cuando se le emplace en el periodo inicial y, siempre, antes que se inicie propiamente el periodo probatorio del juicio oral. 3. La conformidad parcial está expresamente autorizada por la ley. Es posible un juzgamiento independiente para los acusados no conformados, que se producirá siempre que los hechos estén clara y nítidamente definidos en la acusación, y el relato fáctico que contiene la acusación delimite perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe. 4. El imputado conformado puede declarar en el juicio contradictorio seguido contra los acusados no conformados. El régimen jurídico de su declaración variará si al momento de su intervención en el juicio son ajenos o no al proceso –criterio de la alteridad–. 5. El Tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados. No solo un deber de instrucción o información, también tiene poderes de revisión *in bonam partem* respecto a su configuración jurídica, dentro de los límites del principio acusatorio y del respeto al principio de contradicción, y, en consecuencia, está autorizado a dictar la sentencia que proceda. Asimismo, puede dosificar la pena dentro del marco jurídico del tipo legal en aplicación de los artículos 45 y 46 del Código

Penal. 6. La sentencia conformada no tiene efectos extensivos o prejudiciales sobre la sentencia dictada en el juicio contradictorio. Si en el juicio contradictorio surgen datos nuevos que favorezcan la situación jurídica de los reos conformados, en el fallo que se dicte puede revisarse la sentencia con el fin de atenuar la pena. 7. Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados, cuya ratio es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos. No obstante ello, la conformidad, de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471 del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte. 8. La conformidad sobre el objeto civil está informada por los principios dispositivo y de congruencia. Si no se cuestiona la reparación civil no es posible modificarla. Debe respetar la pretensión civil alternativa de la parte civil. Es posible, si fuera el caso la cesura del juicio para la actuación de pruebas en aras de la determinación de la reparación civil. Debe tomarse en cuenta para su concreción la suma global y la regla de la solidaridad en los supuestos de codelincuencia. La variación del monto de la reparación civil en la segunda sentencia no altera la fijada en la sentencia conformada.

23. **Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, sobre rondas campesinas y Derecho Penal. El juez penal para medir la pena tendrá en cuenta, de un lado, los artículos 45.2 y 46.8 y 11 del CP –compatibles con el artículo 9.2 de la Convención, que exige a los tribunales penales tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, el contexto sociocultural del imputado–; y, de otro lado, directivamente, el artículo 10 de la Convención, que estipula tanto que se tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales del individuo y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento –principio de adecuación de las medidas de reacción social– para acreditar la condición de comunera es requisito indispensable la pericia antropológica al imputado.

24. **Acuerdo Plenario N° 02-2009/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero

de 2010, sobre regularización tributaria. La regularización tributaria importa no el aplazamiento o el fraccionamiento del pago sino su total cancelación. Esta exigencia es compatible con la finalidad de política fiscal de toda regularización tributaria, que persigue que se paguen los tributos, no solo que espontánea o voluntariamente se indique el faltante, única posibilidad que haría cesar la necesidad de pena. En tal virtud, el acogerse a un sistema especial de fraccionamiento o de sinceramiento tributario, como lo fue en su día los adoptados por las Leyes N°s 27344 –Ley del Régimen Especial de Fraccionamiento Tributario– y 27681 –Ley de Reactivación a través del Sinceramiento de las Deudas Tributarias (Resit)–, carece de relevancia como presupuesto para excluir la pena.

25. **Acuerdo Plenario N° 03-2009/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, sobre robo con muerte subsecuente y delito de asesinato. Las lesiones como agravantes del delito de robo. Cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte, estamos frente al supuesto de la parte final del artículo 189 del Código Penal. En el asesinato para facilitar u ocultar otro delito como agravante del homicidio, el agente, en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito, por lo tanto la postulación incriminatoria debe hacer referencia a ese otro delito. Si fuera el caso de lesiones graves la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo. No obstante, el medio violento se aplica antes de que cese la acción contra el patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera de dominio del agente vía el apoderamiento. Si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurran medios que den gravedad a las lesiones ocasionadas. Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1 de la segunda parte del artículo 189 del CP.

26. **Acuerdo Plenario N° 04-2009/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, sobre determinación de la pena y concurso real de delitos. La determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado "principio de acumulación" el cual consiste en sumar las penas parciales concretas por cada delito que debe ser determinada previamente, siempre que tal sumatoria no sea mayor al doble de la pena por delito más grave o a treinta y cinco años. En el caso del concurso real retrospectivo se realiza el mismo procedimiento, sin embargo en el nuevo proceso la pena que corresponde en forma concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un solo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real, de ser ese el caso se tendrá por subsumida la nueva pena por hecho anterior en la pena ya impuesta.

27. **Acuerdo Plenario N° 05-2009/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, sobre proceso de terminación anticipada: aspectos esenciales. Frente a la terminación o conclusión anticipada del proceso, el juez debe controlar la legalidad del acuerdo y la razonabilidad de la pena, que se realiza en tres planos: a) Tipicidad, pena concreta legítima y mínima actividad indiciaria solo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo.

28. **Acuerdo Plenario N° 06-2009/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, sobre control en la acusación fiscal. El juez debe realizar un control formal, si la acusación cumple los requisitos del artículo 349.1 del CPP y el control sustancial, que comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes.

29. **Acuerdo Plenario N° 07-2009/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, sobre personas jurídicas y consecuencias accesorias. En el caso de las personas jurídicas se debe seguir los siguientes criterios operativos, inspirados en el NCPP: A) El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91.1 del NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del juez penal. B) La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada persona jurídica, el juez penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92 del NCPP. C) La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral. D) La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso, solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica. E) La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El juez o sala penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

30. **Acuerdo Plenario N° 08-2009/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, sobre la prescripción de la acción penal en el artículo 46-A (derecho penal en la persona, agravante por ser agente funcionario público) y artículo 49 (delito continuado) del Código Penal. Las circunstancias que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser

tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida. La circunstancia agravante del artículo 46-A del CP, solo está justificada en la determinación judicial de la pena concreta, Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado –delito masa–, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49 del CP(*). constituye ya un delito en sí –delito masa–. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto –la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito–, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

31. **Acuerdo Plenario N° 09-2009/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, sobre desaparición forzada, la desaparición forzada de personas solo puede ser atribuida por hechos, que consisten en la negativa de proporcionar información sobre la suerte de una persona a quien se privó de su libertad, siempre bajo la perspectiva de su ejecución permanente, ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1991 que consagró tal conducta como delito y señaló la pena correspondiente.

32. **Acuerdo Plenario N° 10-2009/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnativo. Los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente

(*) **Artículo 49 del Código Penal según el texto original.** Cuando varias violaciones de la misma ley penal hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente a este.

Artículo 49. Delito continuado. Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos. [Modificado por la Ley N° 26683, 11 de noviembre de 1996]

en aquellos distritos judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución –el Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial– para que inicie el procedimiento provisional de ejecución.

33. **Acuerdo Plenario N° 01-2010/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, sobre prescripción: problemas actuales. El plazo de suspensión del proceso conforme al artículo 339 del Código Procesal Penal regula una suspensión sui géneris de la prescripción, desde la formulación de la acusación hasta la culminación del proceso con una sentencia, la cual debe producirse en el tiempo razonable indispensable para culminarlo.

34. **Acuerdo Plenario N° 02-2010/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, sobre concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado y nivel y determinación judicial de la pena. En el caso de la determinación de la pena en caso concurran circunstancias agravadas específicas de diferente grado y nivel, la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior.

35. **Acuerdo Plenario N° 03-2010/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, sobre el delito de lavados de activos, es un delito no convencional y constituye en la actualidad un notorio exponente de la criminalidad organizada, posee carácter pluriofensivo, se acredita principalmente por prueba indiciaria, y, que el informe de la UIF constituye una prueba privilegiada siempre que sea sometida a contradicción en juzgamiento por su nítido carácter pericial, debe ser considerada como pericia institucional.

36. **Acuerdo Plenario N° 04-2010/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, sobre audiencia de tutela. La tutela de derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que

puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71 del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

37. **Acuerdo Plenario N° 05-2010/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, sobre incautación. La incautación es una medida cautelar que realiza en primer término la policía (en flagrancia) y la fiscalía (en las diligencias preliminares), pero requiere la decisión confirmatoria del juez, es indispensable resolución judicial confirmatoria o autoritativa, el afectado (propietario o tenedor) de la medida de incautación puede apelar la decisión judicial o solicitar el reexamen de la medida ante el mismo juez, en este caso se requiere un nuevo dato o elemento de convicción que la modifique.

38. **Acuerdo Plenario N° 06-2010/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, sobre acusación directa y proceso inmediato. La acusación directa se diferencia del proceso inmediato, pues en la primera el fiscal sin necesidad de autorización judicial acusa luego de culminar las diligencias preliminares sin formalizar la investigación siempre que se cumpla los requisitos del artículo 336.4 del CPP y se pasa al control de la acusación, en cuyo caso el imputado conoce los cargos y puede observar la acusación. En el proceso inmediato el fiscal requiere –con conocimiento del imputado– la decisión judicial conforme al artículo 446 del CPP, se presenta culminadas las diligencias preliminares o hasta antes de 30 días de la formalización de la investigación preparatoria, si se aprueba el proceso especial el fiscal acusa y el juez cita a juicio, carece de etapa intermedia, los medios de prueba son ofrecidos y objetados al inicio del juzgamiento.

39. **Acuerdo Plenario N° 01-2011/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, sobre la valoración de la prueba en los delitos contra la libertad sexual: criterios y reglas para su aplicación. En los delitos sexuales, la consumación

se produce con la penetración total o parcial del miembro viril u objeto análodo (dedo, prótesis, juguete sexual, etc.) en la cavidad vaginal, bucal o anal sin que sea necesario ulteriores resultados como eyaculación, ruptura del himen, lesiones o embarazo. En estos delitos el retracto debe verificarse con: a) La solidez o debilidad del nuevo relato, con corroboración periférica; b) Coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato; c) Razonabilidad de justificación de la versión falsa; d) Probados contactos con el procesado que influencie el retracto; e) Intensidad de las consecuencias negativas generadas. Por otro lado, acogiendo las Reglas N°s 70 y 71 de la Corte Penal Internacional, en esta clase de delitos el consentimiento de la víctima tiene que ser cierto e indudable; por ello no se infiere de palabara, conducta, escritos posteriores, emitidos bajo coacción, aprovechamiento de situación disminuida o intensidad de las consecuencias negativas generadas. Y no es necesaria la nueva declaración de la víctima si hay fuente cierta de la misma, aunque fuera en las diligencias preliminares.

40. **Acuerdo Plenario N° 02-2011/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, sobre nuevos alcances de la prescripción para el extraneus. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible. El partícipe solo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor. En suma, los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor –dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP–, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá la dúplica del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que legalmente solo corresponde al autor, en aplicación del principio constitucional de proporcionalidad en tanto el extraneus no infringe ningún deber jurídico especial.

41. **Acuerdo Plenario N° 03-2011/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, sobre delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencia y penalidad.

En la violación sexual se está ante un delito de propia mano, en el que se sanciona al que tiene de modo directo y personal el acceso carnal o acto análogo con la víctima. En tanto que, en la trata de personas, se reprime a quien coloca a la víctima, a través de actos traslativos (posee un tipo penal alternativo y complejo con base en las conductas que promueven, favorecen, financian o facilitan la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima), en una situación de vulnerabilidad para ser explotada sexualmente por otro (se trata de un delito proceso, que implica diversas etapas desde la captación de la víctima hasta su recepción o alojamiento en el lugar de destino y en las cuales se involucran frecuentemente varias personas). Por su parte, en el favorecimiento a la prostitución o proxenetismo se sanciona al que favorece la prostitución de otro, o al que de manera fraudulenta o violenta entrega físicamente a la víctima a otro para el acceso carnal. Se trata de conductas delictivas diferentes. En consecuencia, el juzgador debe analizar con precisión la conducta objetiva y subjetiva del agente, incidiendo predominantemente en la finalidad perseguida, así como en el modus operandi y los antecedentes del imputado, para, con base en tales circunstancias o indicadores, calificar adecuadamente la relevancia penal de los imputados en el caso sub júdice. La presencia de circunstancias agravantes específicas similares para cada delito no afecta tal independencia formal y material, ni limita o compromete de alguna manera la determinación judicial de la pena en caso de concurso real.

42. **Acuerdo Plenario N° 04-2011/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, sobre relevancia del valor bien mueble objeto de hurto para la configuración de las circunstancias agravantes del artículo 186 del Código Penal. Las agravantes del delito de hurto agravado se encuentran descritas en el artículo 186 del CP. Ellas requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, a excepción del elemento "valor pecuniario", pues conservan, con relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa [Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal - Parte Especial*, 2ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 867]. El criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida solo para el hurto simple (artículo 185 CP) y daños (artículo 205 del CP), conforme lo estipula el artículo 444 del CP; esta exigencia no afecta

a los supuestos agravados. Con ello, además, se pone de manifiesto el carácter residual de la falta de hurto. Por tanto, el hurto agravado no requiere del requisito del quántum del valor del bien para su configuración.

43. **Acuerdo Plenario N° 05-2011/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, sobre la constitución del actor civil en el Código Procesal Penal de 2004 requisitos, oportunidad y forma. Resulta entonces que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente –que en el caso del artículo 8 es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo–, pero esta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia. Por consiguiente, no es posible deducir de la ley que la audiencia solo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida por el Código Procesal Penal y sería contraria al principio de legalidad procesal. No obstante ello, la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, sino que subsisten en todos sus efectos las actuaciones que se hubieran ya realizado, debiendo el actor civil acoplarse al desarrollo procesal en su estadío. La intervención en representación del Ministerio Público cesa con la constitución del actor civil.

44. **Acuerdo Plenario N° 06-2011/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, sobre motivación escrita de las resoluciones judiciales y el principio de oralidad: necesidad y forma. En la medida en que se permita conocer el cumplimiento de los presupuestos materiales y formales de una resolución jurisdiccional, que se impida la manipulación de las decisiones judiciales y que se garantice un mecanismo idóneo y razonable de documentación, las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación: 1) Controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad; 2) Hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; 3) Lograr el convencimiento de las partes

sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; 4. Garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales Superiores que conozcan de los correspondientes recursos [PICÓ I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Bosh, Barcelona, 1997, p. 64]. En tanto la resolución oral –con las particularidades antes citadas– se documenta en el acta y, adicionalmente, la audiencia en la que se profiere es objeto de una grabación por medio de audio o de video, su reconocimiento no importa vulneración constitución alguna. Así la decisión y los fundamentos de la misma en el caso de los Autos deben estar expresos en el acta, salvo cuando sean impugnadas en cuyo caso deben transcribirse totalmente y las Sentencias ser íntegramente por escrito. Esta posición ha sido enfatizada en la Cas. N° 159-2011-Huaura, haciéndola precedente vinculante.

45. **Acuerdo Plenario N° 07-2011/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, sobre delito de lavado de activos y medidas de coerción reales. El agotamiento del delito era entendido, pues, como alcanzar materialmente la finalidad que perseguía e impulsó al agente a cometer un hecho punible, Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se convertían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos. A partir, pues, de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, i) sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; ii) sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; iii) sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen

delictivo. Los presupuesto para las medidas de coerción reales en el lavado de activos, son dos: el *fumus delicti comissi*. El *fumus* debe referirse, de un lado, a un delito que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y, de otro, a que los referidos indicios –ciertamente, "procedimentales"– evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o tercero civil. No es necesaria una acreditación específica cuando se dicte sentencia condenatoria, aun cuando fuera impugnada. Y el *periculum in mora*. Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado. Pero, también, el tiempo que dure el proceso, cuyo retraso puede hacer ineficaz la respuesta jurisdiccional.

46. **Acuerdo Plenario N° 08-2011/ CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, sobre Régimen de beneficios penitenciarios en los delitos de terrorismo y criminalidad organizada. Los beneficios penitenciarios son derechos subjetivos condicionados del penado, en el que el rol del juez es central, quien goza de un poder discrecional para modularlos en el caso concreto, en especial, el entendimiento y aplicación de los requisitos subjetivos. Lo que se debe estudiar, a no dudarlo, es la posibilidad de colocar a un sujeto en libertad, y no la posibilidad de que continúe en un establecimiento penal. La personalidad del penado es fundamental, en el caso del delincuente por convicción integrado a organizaciones armadas delictivas es primordial tener por acreditado con absoluta claridad su disociación de aquellas, su sincero apartamiento de toda convicción antidemocrática que opte por el camino de la violencia y la vulneración de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento legal, su visible recusación a su pasado delictivo y la aceptación genuina de la ilegitimidad de la conducta que lo llevó a un establecimiento penal. Puede requerirse mayor información o pericias, y como lo exige la Ley N° 29833 realizar una audiencia con los involucrados.

47. **Acuerdo Plenario Extraordinario N° 01-2012/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de julio de 2012, sobre materia penal sobre reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años de edad, del artículo 170 del Código Penal. La Corte Suprema hace un claro distingo en el delito contra la libertad sexual contenido en el artículo 173.3 del Código Penal y establece que si la víctima tiene

más de catorce años y menos de dieciocho años y existe consentimiento tiene que seguirse los criterios de los Acuerdo Plenario N°s 07-2007 y 04-2008 es decir si el tramo es entre 14 y 16 años debe reducirse prudencialmente la pena; pero si el tramo está entre los 16 hasta los 18 años, la consecuencia es exención de pena por disposición del bien libertad sexual relativa y antinomia jurídica con el orden civil. Pero si no hubo consentimiento y no existe diferencia considerable o si hay gravedad circunstancial dado que se ha determinado en estos casos que no se protege la indeminidad sino la libertad sexual, la solución es aplicar la pena del artículo 170 del CP. este acuerdo es por mayoría relativa. No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3 del CP, como fuera atinente.

48. **Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2012/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de julio de 2012, sobre audiencia de tutela e imputación suficiente. En la Audiencia de tutela se verifica la protección de los derechos del imputado contenidos en el artículo 71 del CPP uno de ellos es el derecho a conocer los cargos imputados con el grado de presunción, sospecha y atribución inicial de la investigación preparatoria, sin embargo con el nivel de detalle suficiente como para defenderse, en todo caso es objeto de protección la negativa ostensible y notaria de precisarlo. Por otro lado, no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular la Disposición Fiscal de Continuación de la Investigación Preparatoria - DFCIP.

49. **Acuerdo Plenario Extraordinario N° 03-2012/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de julio de 2012, en materia penal sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339.1 del Código Procesal Penal 2004.

La interpretación hecha por el Acuerdo Plenario N° 01-2010 es correcta y tiene plena validez técnica y práctica, por tanto el artículo 339 del Código Procesal Penal regula una suspensión sui géneris de la prescripción, desde la formulación de la acusación hasta la culminación del proceso con una sentencia, la cual debe producirse en el tiempo razonable indispensable para culminarlo. Las normas del Código Penal (artículos 80 y 83) son igualmente vigentes, compatibles entre sí y no antinómicas. En adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339, inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo.

ACUSACIÓN DIRECTA

La acusación directa es la denominación conferida en el Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, conforme al artículo 336.4, es parte del proceso común, en la cual si bien es cierto, no existe formalización de la investigación preparatoria, ya que el fiscal acusa directamente con los resultados de las diligencias preliminares, si existe etapa intermedia antes del juicio oral. En esta figura no es necesaria la aprobación del juez solo el fiscal decide sobre su aplicabilidad. Pero las diligencias actuadas preliminarmente deberán establecer: a) suficientemente la realidad del delito y b) la intervención del imputado en su comisión. Además no se necesita que el imputado haya declarado.

Sobre el particular, el **Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, establece: **§ 2. Alcances de la acusación directa conforme al artículo 336.4 del NCPP y diferencias con el proceso inmediato regulado en el artículo 446 y ss. del NCPP.** F.j. 8. La acusación directa como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente, siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336.4 del NCPP. En el presente caso, el fiscal decide pasar direc-tamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal. La acusación directa formulada por el Ministerio Público deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349 del NCPP, y previo traslado del requerimiento a las partes el Juez de la Investigación Preparatoria ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido fiscal cuando concurra alguna de las causales de sobreseimiento, previstas en el artículo 348 del NCPP. F.j. 9.

El proceso inmediato es un proceso especial distinto del proceso común. Sus supuestos de aplicación se encuentran suficientemente desarrollados en el artículo 446 del NCPP. El fiscal podrá solicitar la aplicación del proceso inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria. El requerimiento de proceso inmediato se presentará luego de culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional, pues la exigencia de su aplicación está condicionada a los presupuestos contemplados por el artículo 446.l del NCPP. Asimismo, el requerimiento de incoación de proceso inmediato deberá ser notificado a las demás partes procesales, quienes podrán pronunciarse sobre su procedencia. En el caso de que el juez admita el requerimiento emitirá un auto que dispone la procedencia de este proceso especial, luego de lo cual el fiscal formulará acusación y lo remitirá al juez competente para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. Al ser el proceso inmediato distinto al proceso común y no haber etapa intermedia, será el juez del juicio oral quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos. En el caso de que no concurran los supuestos taxativos de aplicación del proceso inmediato, el Juez de la Investigación Preparatoria podrá desestimar la solicitud del fiscal. La decisión que desestima el pedido podrá ser apelada. **§ 3. La acusación directa y la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.** F.j. 10. La disposición de formalización de la investigación preparatoria es la comunicación formal que el fiscal dirige al imputado a efectos de hacer de su conocimiento la imputación clara y precisa de los hechos que se le atribuyen, la correspondiente calificación jurídica específica y, por ende, que se va a realizar una investigación formalizada en su contra, posibilitándole, a través de su abogado defensor, aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes. Asimismo, este acto fiscal fija las diligencias que se actuarán en la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha. Es decir, que si el Ministerio Público considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen la suficiencia fáctica y probatoria del hecho y la vinculación del imputado al mismo, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria estableciendo las diligencias que de inmediato deban actuarse. F.j. 11. En el caso de que el Fiscal ha decidido no continuar con las diligencias de investigación y acusar directamente –como una de sus facultades como director de la investigación– el imputado solo solicitaría la realización de elementos

de convicción durante las diligencias preliminares porque no se produciría la etapa de Investigación Preparatoria por ser innecesaria, ni tampoco una formalización de la Investigación Preparatoria en este sentido. Además, el artículo 336.4 del NCPP estipula que la acusación directa podrá formularse por el fiscal, si concluida las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Acusación directa, cuyos requisitos están previstos en el artículo 349 del NCPP, que cuenta con los mismos elementos de la formalización de la Investigación Preparatoria prevista en el artículo 336.1 del NCPP, por lo que se garantiza el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción. **§ 4. Funciones del requerimiento acusatorio en la acusación directa.** F.j. 12. Conforme a lo expuesto, el requerimiento acusatorio, en el procedimiento de acusación directa, cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: i) individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; ii) satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; iii) establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; iv) determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; y v) ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia. F.j. 13. El derecho de defensa de las partes procesales queda salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal. Respecto al imputado, se le posibilita, en virtud del artículo 350.1 del NCPP observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento. En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 100 del NCPP y antes de que concluya el plazo establecido en el artículo 350 del NCPP, en virtud de lo eñalado por la citada normativa en el apartado 1, literal h), conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral. F.j. 14. El Fiscal en el requerimiento de acusación, de conformidad con el artículo 349.4 del NCPP, indicará entre otros aspectos las

medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda. En caso de que el fiscal no solicite una medida coercitiva, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 286 del NCPP, la medida que prevé de comparecencia simple. Excepcionalmente, y solo por razones de urgencia y necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso, el fiscal podrá requerir medida de coerción personal proporcional al peligro procesal en una audiencia autónoma a la de la etapa intermedia de control de la acusación directa, según las reglas correspondientes a tal requerimiento. **§ 5. El proceso inmediato y la formalización de la investigación preparatoria.** F.j. 15. Estando a lo dispuesto por el artículo 447.1 del NCPP, el fiscal tiene la posibilidad de requerir la incoación del proceso inmediato en dos momentos: i) luego de culminar las diligencias preliminares y ii) antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria. Con base en el primer supuesto, se estará ante un Proceso Inmediato incoado sin formalización de la Investigación Preparatoria; de ahí que resulta necesario que el requerimiento de incoación de este proceso incorpore los mismos elementos que una disposición de formalización de Investigación Preparatoria y supuestos de aplicación que se producen. En cambio, en virtud del último supuesto, se tiene que en el Proceso Inmediato, sí existe la obligación de formalizar la Investigación Preparatoria con las implicancias que ello tiene, es decir, que se notifique de esta disposición al imputado a fin de que conozca la imputación hecha en su contra y pueda preparar su estrategia de defensa, o de ser el caso interponer los medios de defensa técnicos que considere pertinentes. **§ 6. El proceso inmediato y la etapa intermedia.** F.j. 16. Dentro de la estructura del proceso común, una de las funciones más importantes que debe cumplir la etapa intermedia es controlar los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual se ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no iniciar el juicio oral. Es decir, el juez de la investigación preparatoria como director de la etapa intermedia realiza un control tanto formal, sustancial y sobre la suficiencia de los elementos de convicción de la acusación. F.j. 17. En el proceso inmediato, al ser uno especial que se particulariza en razón de sus supuestos de aplicación: flagrancia delictiva; confesión del imputado; y que los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes, no existe etapa intermedia. F.j. 18. No obstante ello, la autoridad judicial ha de realizar en este proceso dos controles. Son los siguientes: A) De acuerdo con el artículo 448.1 del NCPP el juez de

Investigación Preparatoria realiza un primer control antes de dar inicio al proceso inmediato. Es el control al requerimiento del fiscal para la incoación del proceso inmediato. Este primer control permite al Juez de la Investigación Preparatoria determinar si procede o no dar inicio a un proceso inmediato, para lo cual es preciso que dicha autoridad judicial verifique el cumplimiento de los supuestos de aplicación de este proceso. Asimismo, en armonía con el artículo 448.l del NCPP, el Juez de la Investigación Preparatoria corre traslado a las partes de dicho requerimiento por un plazo de tres días y debe decidir, en un plazo igual, si acepta o rechaza el requerimiento fiscal. Sobre este punto cabe destacar que, en el marco de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, así como para evitar la indefensión, que inspiran el nuevo Código Procesal Penal, puede ser factible, atento a las circunstancias de la causa, establecer una audiencia para el Proceso Inmediato, que se seguirá conforme a las pautas establecidas de manera genérica por el artículo 8 del NCPP. Por tanto, para que el Juez de la Investigación Preparatoria resuelva la procedencia o no de este proceso especial, si fuera el caso –aunque no obligatoriamente–, podrá producirse un debate con la concurrencia del fiscal, quien argumentará oralmente por qué eligió y considera la aplicación de este proceso especial, así como con la presencia del imputado y su abogado defensor, los cuales podrán contradecir este requerimiento fiscal y el juez hará las preguntas aclaratorias expidiendo la resolución motivada que corresponda. Asimismo el fiscal, de ser el caso, solicitará la aplicación de las medidas de coerción que considere pertinentes, de manera simultánea y separada del requerimiento de incoación del proceso inmediato, requerimiento que será discutido en audiencia, siguiendo las consideraciones del Título I, Sección Tres, del citado Código, según corresponda. B) El segundo control a cargo de la autoridad judicial, es el de la acusación fiscal, para ello es preciso referir que en virtud del artículo 349 del NCPP tal requerimiento debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al juez de juicio oral, quien dictará el auto de enjuiciamiento en virtud del artículo 448.2 del NCPP. **§ 7. Momento de aportación de medios probatorios en el proceso inmediato.** F.j. 19. Uno de los problemas que se suscitan en torno al proceso inmediato es que al no contar con fase intermedia, no se tiene un momento específico en el que el imputado y las demás partes realicen la aportación de medios probatorios, por lo que el acusado ingresaría en desventaja al juicio. Asimismo, que no hay oportunidad para que las partes procesales puedan constituirse como tales. F.j. 20. En un proceso común, en el que sí se lleva a cabo la etapa intermedia

–donde las partes tienen la oportunidad de ofrecer cuanto medio de prueba consideren– la posibilidad de permitir que las partes ofrezcan medios de pruebas al inicio del juicio oral, en virtud del artículo 373 del NCPP, lo que se condiciona únicamente a determinados supuestos, tales como: i. Que la prueba sea nueva y que haya sido conocida con posterioridad a la audiencia de control. ii. Que la prueba no haya sido admitida a nivel de la audiencia de control en la etapa intermedia. F.j. 21. De ello se tiene que en el proceso inmediato resulta válida la realización de este acto al inicio del juicio oral bajo la conducción del mismo juez de juzgamiento, quien ha de realizar un control de los medios de prueba ofrecidos para el Juicio Oral como por las demás partes que debe cumplir los principios de legalidad, pertinencia, utilidad y conducencia. Así, la actuación probatoria, eje central del juicio oral, será desarrollada respetando los principios de igualdad, legalidad y contradicción, que integran las garantías del debido proceso y defensa procesal. F.j. 22. Estas consideraciones no afectan el principio de imparcialidad, que garantiza que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que la regla con base en la cual el ofrecimiento y admisión probatoria debe realizarse en la etapa intermedia no puede ser entendida como absoluta y menos aún en el contexto de un proceso especial que, como se tiene expuesto, se rige por pautas propias. Por lo demás, queda garantizado el respectivo contradictorio a que se someterán las pruebas ofrecidas al poder ser actuadas en el juicio oral. F.j. 23. Función que se realiza, siguiendo la misma lógica empleada para la aportación de los medios probatorios, al no existir investigación preparatoria, ni la etapa intermedia, los sujetos procesales tendrán, al inicio del juicio oral, oportunidad para solicitar su constitución en el proceso, y tanto en el rol previsto en el parágrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto.

AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Por agotamiento de la vía administrativa se entiende a la imposibilidad o caducidad, para presentar cualquier reclamación o recurso frente a un acto administrativo expreso o ficto, o frente a una actuación material de la Administración Pública, cuando en sede administrativa, o bien se han utilizado todos los recursos de reclamación posibles, incluyendo el procedimiento de lesividad, dentro del año de notificado o materializado y el ejercicio del derecho de petición; o bien, se ha consentido un acto administrativo sin reclamarlo; o bien, la norma no establece recurso alguno posible frente a dicho acto; o se ha causado indefensión.

En la STC Exp. N° 03778-2004-AA/TC-Piura, caso Tito Martín Ramos Lam, del 25 de enero de 2005 (F.j. 11), se establece que la exigencia del agotamiento de las vías previas debe ser interpretada de manera restrictiva, en la medida que constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos fundamentales, en concreto, al derecho a la jurisdicción. Por tal motivo, debe aplicarse un criterio de flexibilidad, *pro homine*, que evite que la citada exigencia derive en un formalismo inútil que impida la justiciabilidad de la administración. Asimismo, la regla del agotamiento de la vía administrativa debe mantenerse dentro de los cánones constitucionales, vinculándose con las exigencias propias de la administración, como la de asegurar un debido proceso a los administrados. Ello otorga razonabilidad a la exigencia de agotamiento de la vía administrativa, pues no puede haber demora o detención de la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales. En ese sentido, si el recurrente considera que la dilación excesiva del proceso administrativo disciplinario vulneraba su derecho constitucional al debido proceso, restringir la vía constitucional frente a su necesidad de tutela jurisdiccional efectiva implica una limitación injustificada de la misma, más aún cuando el proceso de amparo es la vía idónea para decidir si un derecho fundamental ha sido o no violado.

APERCIBIMIENTO

El apercibimiento es una comunicación emitida por los jueces o tribunales en la cual se hace un llamado a alguna de las partes implicadas en un proceso judicial de una orden relacionada con el proceso y, al mismo tiempo, se hace una advertencia de las consecuencias que acarrearía dejar de cumplir con lo solicitado en la comunicación.

APLICACIÓN TEMPORAL INMEDIATA DE LAS NORMAS PROCESALES

Toda norma que fije una regla de derecho o regla - norma o en general toda norma procesal, se aplica desde el momento de su vigencia, incluso a los procesos en trámite, salvo aquellos actos procesales en que los plazos ya hubieran empezado a contarse. Esta regla también se aplica a las normas de los procedimientos administrativos.

En ese sentido, la STC Exp. N° 1300-2002-HC/TC-Lima, caso Hugo Eyzaguirre Maguiña, 27 de agosto de 2003 (F.j. 12), prescribe que nuestro ordenamiento procesal penal no cuenta con una norma que regule la aplicación de normas en el tiempo, por ello es pertinente acudir a lo establecido en el Código Procesal Civil, el cual dispone, en su Primera Disposición Final, que las disposiciones de dicho cuerpo

normativo se aplicarán supletoriamente a los demás ordenamientos procesales. Así, la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil establece que: "**Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite.** Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y **los plazos que hubieran empezado**".

En la STC Exp. N° 02196-2002-HC/TC-Lima, caso Carlos Saldaña Saldaña, del 10 de diciembre de 2003 (ff.jj.5 al 8) se señala que considerando que el caso *sub examine* plantea un conflicto en la **aplicación temporal de normas,** este Tribunal estima pertinente formular algunas afirmaciones de principio con el propósito de orientar la absolución de controversias en cuanto al derecho a la libertad individual se refiere. Cuando se presenta una sucesión de leyes penales aplicables a un determinado supuesto de hecho en el lapso que va desde la comisión del delito hasta su enjuiciamiento y, más allá, hasta la finalización de la condena impuesta, surge la cuestión relativa a la selección de una de ellas para la resolución del conflicto planteado. Específicamente, en el ámbito del sistema jurídico penal, el problema de la ley aplicable en el tiempo está supeditado a si la disposición se deriva del derecho penal material, del derecho procesal penal o del derecho de ejecución penal. Al respecto, cabe afirmar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como principio general que la ley no tiene efectos retroactivos, conforme lo proclama el artículo 103, tercer párrafo, de la Constitución Política del Perú; sin embargo, esta cláusula constitucional se encuentra matizada por el principio de favorabilidad, que establece una importante excepción en el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo. Ello precisamente porque la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista, y establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad. De igual modo, el alcance de este principio se manifiesta en la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales, como así lo consagra el artículo 139, inciso 11), de la Constitución. Precisada esta regla general, debe aclararse que, **tratándose de normas de Derecho Penal material, rige para ellas el principio *tempus delicti comissi*,** que establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, lo que es acorde con el artículo 2 de la Constitución, literal "d" del numeral 24, que prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se instituye así un

razonable tratamiento de la libertad y de la autonomía personal, fijando límites de aplicación a las normas punitivas. **En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum,* cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal,** mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior.

Asimismo, en la STC Exp. N° 01593-2003-HC/TC-Trujillo, caso Dionicio Llajaruna Sare, del 30 de enero de 2004 (f.j. 12), se establece que en la STC Exp. N° 2928-2002-AA/TC, este Colegio destacó que el derecho al procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea este administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, "no sean alteradas o modificadas con posterioridad" por otra. De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución garantiza que "nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos". Por lo tanto, la cuestión ahora en debate es: ¿cuál ha de ser el momento que establezca la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que acontece, con el de los beneficios penitenciarios aquí abordados? El Tribunal Constitucional considera que ese dies a quo es la fecha en la cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio de semilibertad o liberación condicional, esto es, conforme se desprende de los artículos 50 y 55 del Código de Ejecución Penal, respectivamente, la fecha en la que se presenta la solicitud para acogerse a los beneficiarios. Desde ese momento, cualquier modificación que se realice a las condiciones para acogerse a un beneficio penitenciario no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno.

ASESINATO

El delito de asesinato, también denominado homicidio calificado, es un delito contra la vida humana, de carácter muy específico, que consiste en matar a una persona concurriendo ciertas circunstancias, tales como: alevosía, precio, recompensa o promesa remuneratoria y ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, entre otras agravantes.

Sobre el particular, el Acuerdo Plenario N° 03-2009/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, prescribe: **§ 1. Planteamiento del primer problema.** F.j. 6. El ordenamiento penal vigente contiene dos tipos legales que aluden a la muerte de una persona en conexión con la comisión de otro delito. Se trata de los artículos 108 del CP sobre el delito de asesinato y 189 del CP sobre delito de robo con agravantes. En efecto en estas disposiciones se regula lo siguiente: artículo 108 del CP: "Será reprimido (…) el que mate a otro concurriendo cualquiera de las siguientes circunstancias: 2. Para facilitar u ocultar otro delito". Artículo 189 (último párrafo) del CP: "La pena será (…), cuando (…) como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima (…)". Estas normas han originado divergentes interpretaciones judiciales que se han concretado en resoluciones que califican indistintamente los hechos como homicidio calificado o robo con muerte subsecuente, pero que no llegan a fijar de forma clara cuando se incurre en uno u otro caso. **§ 2. Análisis del primer caso.** F.j. 7. El artículo 189 *in fine* del CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Esta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos propios de violencia o *vis in corpore*– le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado solo se le puede atribuir al agente a título de culpa –la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisible, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal–. El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) –es una situación de preterintencionalidad heterogénea– [VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006, pp. 409/410]. Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre

la base de dos elementos: el apoderamiento del bien mueble y la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última. F.j. 8. Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto –para facilitar otro delito–, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; situación muy frecuente, por lo demás, en los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, en el segundo supuesto –para ocultar otro delito–, el delito previamente cometido o el que está ejecutándose –el delito a ocultar puede ser doloso o culposo– es la causa del comportamiento homicida del agente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el acto del robo y para evitar su captura, dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga, que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito [HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte especial I Homicidio*. 2ª edición, Ediciones Juris, Lima, 1995, pp. 59-69]. En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor. Por consiguiente, el agente, en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito [CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal. Parte especial* I, Grijley, Lima, 2008, pp. 410/411]. **§ 3. Planteamiento del segundo problema.** F.j. 9. El artículo 189, último párrafo, del CP establece una circunstancia agravante de tercer grado: si se producen lesiones graves como consecuencia del robo, la pena será de cadena perpetua. La referida norma en el inciso uno de su segunda parte determina que si se comete el robo y se causan lesiones a la integridad física o mental de la víctima la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años. En esa misma línea, el artículo 188 del CP –modificado por la Ley número 27472, del 5 de junio de 2001–, que tipifica el delito de robo, exige para su comisión que el agente emplee violencia contra la persona, en cuyo caso se sancionará al agente con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. En consecuencia, es del caso determinar, desde las características y entidad de las lesiones producidas a la víctima, cuándo se está ante un delito de robo simple (artículo 188 del CP), cuándo se ha cometido el subtipo agravado del inciso uno de la segunda parte del artículo 189 del CP

y, finalmente, cuándo es del caso sancionar por el subtipo especialmente agravado del párrafo final del artículo 189 del CP. **§ 4. Análisis del segundo caso.** F.j. 10. El delito de robo previsto y sancionado en el artículo 188 del CP tiene como nota esencial, que lo diferencia del delito de hurto, el empleo por el agente de violencias o amenazas contra la persona –no necesariamente sobre el titular del bien mueble–. La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es, la violencia o amenazas –como medio para la realización típica del robo– han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento. En consecuencia, la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo. Ahora bien, cualquier género e intensidad de violencia física *vis in corpore* –energía física idónea para vencer la resistencia de la víctima– es penalmente relevante. Además, ella puede ejercerse antes o en el desarrollo de la sustracción del bien mueble, pudiéndose distinguir entre la violencia que es utilizada para conseguir la fuga y evitar la detención –que no modifica la naturaleza del delito de apoderamiento consumado con anterioridad–; y la violencia que se emplea para conseguir el apoderamiento y la disponibilidad, la que convierte típicamente un aparente delito de hurto en robo. Cabe precisar que en el primer de los casos mencionados, no hay conexión instrumental de medio a fin entre la violencia y la sustracción, pues esta ya se había producido. No obstante, el medio violento se aplica antes de que cese la acción contra el patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera de dominio del agente vía el apoderamiento. F.j. 11. Es potencial al ejercicio de violencia física en la realización del robo que el afectado resulte con lesiones de diversa magnitud. Ahora bien, la producción de lesiones determina en nuestra legislación vigente la configuración de circunstancias agravantes específicas y que están reguladas en el inciso 1) de la segunda parte del artículo 189 del CP y en el párrafo final del mencionado artículo. En este último supuesto se menciona, taxativamente, que el agente ha de causar lesiones graves, mientras que en el primer supuesto solo se indica que el agente ha de causar lesiones a la integridad física o mental de la víctima. Cabe, por tanto, dilucidar las características y tipo de lesión que corresponde a cada caso. Al respecto es de precisar que son lesiones graves las enumeradas en el artículo 121 del CP. Según esta norma se califican como tales a las lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, les

mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente, o infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa. Por consiguiente, la producción en la realización del robo de esta clase de lesiones determinará la aplicación del agravante del párrafo *in fine* del artículo 189 del CP. F.j. 12. En relación con las lesiones aludidas en el inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189 cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441 (lesiones falta) o 122 (lesiones dolosas leves) del CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece con base en indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así, (i) si estas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurran medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; (ii) si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática debe servir para establecer cuándo, con motivo de la comisión del acto de desapoderamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina. En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene expuesto, requiere para su tipificación el ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que esta pueda ocasionar forman parte necesariamente de esa figura delictiva. Entender, por tanto, que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189 del CP comprende toda clase de lesiones, con excepción de las graves por estar referida taxativamente al último párrafo del citado artículo 189 del CP, no resulta coherente con el tipo básico, ya que lo vaciaría de contenido. En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurran medios que den gravedad a las lesiones ocasionadas. Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189 del CP. F.j. 13. Es necesario señalar que el artículo 441 del CP contiene un requisito de validación respecto a la condición de faltas de las lesiones causadas, y que es distinto del registro meramente cuantitativo –hasta 10 días de asistencia o descanso–. Efectivamente él está referido a que

"(…) no concurran circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito". Con relación a ello cabe aclarar, que en el delito de robo no es de recibo aceptar como supuesto de exclusión las "circunstancias que dan gravedad al hecho" respecto de la entidad de las lesiones ocasionadas a la víctima. Es obvio que una *vis in corpore* en un contexto de desapoderamiento patrimonial constituye una circunstancia que da gravedad al hecho, pero para definir su eficacia agravante en el robo lo relevante será, siempre, con exclusión de las circunstancias de su empleo, el nivel de afectación a la integridad corporal de la víctima que ella produjo. Distinto es el caso de los medios utilizados. Estos inciden en la propia entidad de la lesión que se ocasione a la víctima, y revelan un mayor contenido de injusto específico, que es del caso resaltar desde su calificación jurídico penal. No se trata de amedrentar a la víctima sino de atacarla y afectar su integridad más allá del desapoderamiento patrimonial perseguido. Es más, la propia ley da autonomía agravante, por ejemplo, al hecho de robar "a mano armada".

ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

El delito de asociación ilícita para delinquir es el acto ilícito de peligro abstracto, que comete quien forma parte de una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos, así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo 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. En tal virtud, **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 cometen determinadas infracciones**; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.

Sobre este delito, el Acuerdo Plenario N° 04-2006/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006, señaló: F.j. 6. El diseño de un Estado Democrático de Derecho importa limitaciones al *ius puniendi* del Estado, a toda la potestad sancionadora en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto significa el reforzamiento de la plena vigencia de los Derechos Fundamentales y de las condiciones de su realización. F.j. 7. El Pacto Internacional de la Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, inciso 7), estatuye que: "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con

la ley y el procedimiento en cada país". F.j. 8. La Constitución Política del Estado en el artículo 139, inciso 13, establece que: "La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efecto de cosa juzgada". F.j. 9. El Código Penal en su artículo 78, sobre las formas de extinción de la acción penal y la pena, señala: "La acción penal se extingue:(...) 2) Por la autoridad de cosa juzgada". Esta norma hace referencia a la denominada eficacia negativa de la cosa juzgada, es decir, impide una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad; evita que una misma persona pueda ser enjuiciada dos veces por los mismos hechos en tanto se trate de un enjuiciamiento jurídico homogéneo. F.j.10. Más precisamente, el mismo Código en su artículo 90 afirma que: "Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente". Todas las resoluciones que ponen fin al proceso producen el efecto de cosa juzgada una vez firmes, precisión en la que se incluyen los autos de sobreseimiento en tanto se los considera como negación anticipada del derecho de penar del Estado. F.j.11. Desde el punto de vista procesal, el artículo 5 del Código de Procedimientos señala: "Contra la acción penal puede deducirse las excepciones (…) de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona". Ello significa, en cuanto a los límites subjetivos de la cosa juzgada, que la única identidad que cabe entender es la pasiva o del condenado, esto es, a quien se le atribuye el hecho punible materia de condena firme –nunca la activa o del acusador– [en el proceso penal se busca la declaración de que existe el deber y el derecho de castigar, de imponer penas; este deber-derecho incide directa y solamente sobre la persona del acusado, lo que por razones de certeza y seguridad jurídicas prohíbe la extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal a un tercero, distinto del imputado]. Respecto a los límites objetivos de la cosa juzgada, se requiere que se trate tanto del mismo suceso histórico –identidad de una conducta que sucedió en la realidad externa– [hechos que han sido objeto de la acusación y posterior juicio], cuanto del mismo fundamento –que se subsuma en tipos penales o administrativos de carácter homogéneo–. Esto último –la denominada "consideración procesal del hecho"– debe entenderse desde una perspectiva amplia, de suerte que comprenda los concursos de leyes y reales de delitos o de ilícitos administrativos, con exclusión de los supuestos de delitos continuados y concursos ideales en que el bien jurídico fuera heterogéneo. F.j. 12. El delito de asociación ilícita está descrito en el artículo 317 del Código Penal. Dice la citada

disposición: "El que forma parte de una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años (…)". Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo 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. En tal virtud, 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 cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. 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 tiempo y lugar–, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho 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. F.j. 13. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar.

Asimismo, el Acuerdo Plenario N° 08-2007/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal, prescribió que: F.j. 6. La diferenciación sistemática que realiza el artículo 189 del Código Penal, respecto a la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo *in fine* del

citado artículo alude a un proceder singular o plural de integrantes de una organización criminal sea esta de estructura jerárquica –vertical o flexible– horizontal. F.j. 7. En consecuencia, no son circunstancias compatibles. En la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa en ejecución de los designios de esta. Siendo ello así, la circunstancia agravante del inciso 4) del primer párrafo del artículo 189 del Código Sustantivo se aplicará, únicamente, cuando no exista esa conexión con los agentes –en número mínimo de dos– con una organización criminal. F.j. 8. De otro lado, la imputación paralela de cargos por integración en una organización criminal en estos casos no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar porque el artículo 317 del Código Penal opera como un tipo subsidiario a la comisión de uno o más robos por integrantes de dicha estructura delictiva. No se presenta en estos casos un concurso ideal o real de delitos. Obrar en sentido contrario implicaría una doble valoración del mismo factor agravante. F.j. 9. En el contexto analizado es pertinente considerar también la participación de un mismo sujeto en varias organizaciones criminales. Esta hipótesis es posible en el caso de estructuras flexibles, como las denominadas "grupo central" o la "red criminal". En tales casos, se producirá un concurso real homogéneo en relación con el artículo 317 del Código Penal, debiéndose aplicar los efectos penales correspondientes a dicha clase de concurso de delitos.

AUDIENCIA DE TUTELA

La audiencia de tutela es el procedimiento judicial por medio del cual el imputado requiere al Juez de Investigación Preparatoria se convierta en un juez de garantía, con la finalidad de recuperar los derechos que el Código Procesal Penal [artículo 71] le concede o los que forman parte de las garantías judiciales del imputado, cuando en la fase de investigación o de diligencias preliminares e incluso en la fase prejudicial, la fiscalía o cualquier otra autoridad interviniente, le recorta, limita o de cualquier forma impide directa o indirectamente, de modo ilegítimo y arbitrario, el ejercicio de tales derechos o cuando emita requerimientos ilegales.

Sobre el particular, el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, señala: **§ 2. La audiencia de tutela. Alcances.** F.j. 10. Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a

través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71 del NCPP. Son los siguientes: i) conocimiento de los cargos incriminados, ii) conocimiento de las causas de la detención, iii) entrega de la orden de detención girada, iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, vi) defensa permanente por un abogado, vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, ix) o presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, x) no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, xi) no sufrir restricciones ilegales, y xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los fiscales, así como también protejan al afectado. F.j. 11. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del NCPP, responsabilizando al fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio–, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora. F.j.12. Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción –ya consumada– de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de hábeas corpus [ALVA FLORIÁN, César A. *La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 13.] F.j. 13.

Dicho de otro modo, la tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal. En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con 1as audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334.1, 343.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado [RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema]. En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337.4 del NCPP. F.j. 14. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71 numerales del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria

formalizada (artículos 334.1, 343.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado. F.j. 15. Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado. F.j. 16. Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persuasión del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo del 71 del NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley. F.j. 17. Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente –en los casos en que esta sea la base de sucesivas medidas o diligencias– siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71 del NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba –axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos

fundamentales de la persona– que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba –regulado en el artículo 159 del acotado Código– que establece que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección. F.j. 18. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar –desde la defensa– una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela solo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás, debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente. F.j. 19. En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de esp ecífica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71 del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

Asimismo, el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2012/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de julio de 2012, establece que: F.j. 6. Los rasgos generales o características esenciales de la acción de tutela jurisdiccional penal, normada en el artículo 71 del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP– han sido abordados en el Acuerdo Plenario Nº 4-2010-CJ-116. Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71 del NCPP. Uno de ellos es el: conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71.2, "a"). Debe entenderse por "cargos penales", aquella relación o cuadro de hechos –acontecimiento histórico–, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, prima facie, justifican la inculpación formal del Ministerio Público. El artículo 336.2, "b" del NCPP, sobre este extremo, fija como contenido de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria –en adelante, DFCIP–, "los hechos y la tipificación específica correspondiente. El fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación". F.j. 7. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos –que no de su justificación indiciaria procedimental–, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCIP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el fiscal, debe ser compatible –cumplidos todos los presupuestos procesales– con el grado de sospecha inicial simple, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal –es decir, que impulse el procedimiento de investigación–. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible –presupuesto jurídico material– atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso. Lo expuesto explica que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria –o, mejor dicho, "delimitación progresiva del posible objeto procesal"–, y que el nivel de precisión del mismo –relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía– tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito flagrante, que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta y, por tanto, de concreción necesariamente tardía. En iguales términos, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado la STC Exp. Nº 4726-2008-PHC/TC, del 19 de marzo de 2009, aunque es de aclarar que el nivel de detalle del

suceso fáctico está en función de su complejidad y no necesariamente a su gravedad. F.j. 8. En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público –distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales– (verbigracia: artículo 15.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal). Bastaría, en principio, la mera afirmación por el fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal –el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional–. Sólo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del fiscal a propósito de la expedición de la DFCIP. Este sería el caso, por ejemplo, de la delictuosidad del hecho atribuido y de los presupuestos procesales, en que el NCPP prevé vías específicas para su control jurisdiccional –el supuesto más notorio es el de la excepción de improcedencia de acción: artículo 6.1, "b" del NCPP–. F.j. 9. Es evidente, asimismo, que no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular la DFCIP, puesto que se trata de un presupuesto procesal –bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (así, STC Exp. Nº 4845-2009-PHC/TC, del 7 de enero de 2010)–, cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por conclusa la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino "sospecha suficiente – se ha de esperar una condena con fuerte probabilidad, sospecha que a su vez alcanza a un convencimiento por el órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la conducta imputada–, plenamente controlable en este caso (vide artículos 344.1, 346.1, 350.1, "a" y 352.2 y 4 del NCPP). Así las cosas, se entiende que el parágrafo 14 del Acuerdo Plenario Nº 4-2010-CJ-116 limite el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de "residual", a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71 del NCPP, y que el parágrafo 18 fije como criterio base la irrecurribilidad de la DFCIP. F.j.10. Ahora bien, la garantía de defensa procesal, desarrollada por el artículo IX del Título Preliminar del NCPP, incluye, aparte de los llamados "derechos instrumentales" (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios de prueba pertinente, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), los denominados "derechos sustanciales", que son presupuestos básicos de su debido ejercicio, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda,

como correlato del conocimiento de los cargos (artículo 72.2, "a" NCPP), requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (vide artículo 342.1 del NCPP) tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar. Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación (vide artículo 139.14 de la Constitución), que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad. Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el NCPP, que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos –este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71.1 del NCPP–. F.j. 11. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquel –que se erige en requisito de admisibilidad–, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal. En este caso la función del Juez de la Investigación Preparatoria –ante el incumplimiento notorio u ostensible por el fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales– sería exclusiva y limitadamente correctora –disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes–. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación.

Autoría, Participación y Principio de distribución de roles

La **autoría** en la teoría general del delito es el sujeto agente del ilícito que tiene la facultad de manipular el resultado del hecho, de modo directo (autor material: mediato o inmediato) o indirecto (autor intelectual) cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención. Por su parte, la **participación** en la teoría

general del delito es el sujeto agente del ilícito cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución.

Finalmente, el **principio de distribución de roles** o de reparto funcional de roles y de las contribuciones de los intervinientes en el ilícito penal, consiste en entender la ejecución de un delito con pluralidad de intervinientes como un hecho que depende de diferentes conductas, que se conjugan en concierto para alcanzar la finalidad ilícita, para lo cual cada uno realiza una parte del conjunto criminal, distribuyendo las funciones que despliegan entre principales y accesorias.

B

Beneficios penitenciarios

Los beneficios penitenciarios son mecanismos jurídicos o derechos públicos subjetivos expectaticios previstos en la ley, que permiten el acortamiento de la condena o, al menos, el acortamiento de su reclusión efectiva, se fundamentan en los principios de reducación, rehabilitación y reinserción social como fines constitucionales de la pena, se encuentran sujetos a requisitos formales y materiales establecidos en la ley, no poseen naturaleza constitucional ni se encuentren constitucionalmente garantizados en virtud del derecho a la libertad individual.

Sobre el particular, en la STC Exp. N° 02196-2002-HC/TC-Lima, caso Carlos Saldaña Saldaña, del 10 de diciembre de 2003, se establece: F.j. 9. En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados **beneficios penitenciarios** se refiere, resulta ejemplar la Ley N° 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la Administración Pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados. En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como la Ley N° 27770 ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum,* pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento,

como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse. F.j.10. Al respecto, este Colegiado considera que el momento que ha de marcar la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que atañe a **los beneficios penitenciarios, está representado por la fecha en el cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario, esto es, el momento de la presentación de la solicitud para acogerse a este.** Verbi gratia, si en plena vigencia de la Ley N° 27770 el interno que purga condena por cualquiera de los delitos contemplados en el artículo 2 de la mencionada ley, presenta la solicitud de beneficio penitenciario, la resolución de su petición quedará sujeta a los alcances de esta ley y no de otra, sin perjuicio de que cualquier modificación de las condiciones para acogerse a cualquiera de los beneficios penitenciarios contemplados por esta ley especial de ejecución penal, no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno. F.j. 11. Es menester enfatizar que los beneficios penitenciarios **pueden ser estimados como derechos subjetivos de los internos, ciertamente condicionados,** porque su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentra privado de su libertad, sino que está sujetos a presupuestos establecidos en la norma, los que aun si fueran cumplidos por el sentenciado no constituyen un factor decisivo para su concesión, pues su otorgamiento estará librado a la evaluación judicial de si el condenado se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, habida cuenta que la justificación de las penas privativas de la libertad es la de proteger a la sociedad contra el delito.

Asimismo, se señala en la STC Exp. N° 01593-2003-HC/TC-Trujillo, caso Dionicio Llajaruna Sare, del 30 de enero de 2004, F.j. 6. (…) El Tribunal Constitucional estima, además, que para la solicitud de los beneficios penitenciarios de liberación condicional y semilibertad tampoco es aplicable el inciso 11) del artículo 139 de la Constitución, según el cual uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, es: "La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales". En primer lugar, el recurrente, que solicita acogerse a la liberación condicional, no tiene la condición de "procesado", sino la de "condenado", por virtud de una sentencia judicial firme en su contra. En segundo lugar, pese a que existe un nexo entre la ley penal [que califica la conducta antijurídica y establece la pena], y la ley penitenciaria [que regula las condiciones en las que se ejecutará la pena impuesta], esta última no tiene la naturaleza de una "ley penal", cuya duda sobre sus alcances o eventual

colisión con otras leyes, imponga al juzgador la aplicación de la ley más favorable. F.j. 7. Si, por el contrario, el mismo problema de aplicación de la ley para resolver una solicitud de otorgamiento del beneficio penitenciario, se resolviese conforme a las reglas del derecho procesal penal y, en ese sentido, se determinase que es la ley vigente al momento de presentarse la solicitud promovida por el recurrente, podría interpretarse que el Tribunal Constitucional desconoce que, en rigor, el tema de las condiciones en las que se ejecuta la pena, tampoco es un tema del derecho procesal penal, sino, una vez más, del Derecho Penitenciario [Josep-María Tamarit Sumalla et ál. *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p. 47 y ss.]. O, aún más, podría generarse una situación en la que, para resolver una controversia como la de autos, el Tribunal tenga que mediar en una polémica que en última instancia se deriva del reconocimiento o no de la autonomía científica del derecho penitenciario; y para lo cual, desde luego, este Colegiado no fue creado. Y es que el Tribunal Constitucional no es una instancia donde se resuelvan las polémicas existentes en la academia o en el foro, sino un órgano que, en el seno de los procesos constitucionales, como el hábeas corpus, tiene que pronunciarse sobre si un acto vulnera o no un derecho constitucional. Le corresponde esclarecer la duda sobre la legitimidad constitucional de un determinado acto al cual se reputa agravio a un derecho reconocido en la Constitución. Tarea, que, desde luego, tampoco puede realizarse ignorando a la doctrina autorizada, pues el Derecho –cualquiera sea la disciplina de la que se trate–, no es una ciencia cuya creación la realice, *ex novo*, este Tribunal. F.j. 8. Desde esa perspectiva, y al subrayar que en la doctrina especializada existe un debate inconcluso sobre el carácter de las disposiciones del denominado derecho penitenciario, es decir, si pertenecen al derecho penal material o al derecho procesal penal, o que en él existen, simultáneamente, normas de una y otra disciplina [Luis Gracia Martín (Coordinador). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 285], el Tribunal considera que el problema no debe resolverse en abstracto, sino teniendo en consideración la norma en concreto de cuya aplicación se trata. Y es que como afirma Maurach [*Derecho Penal. Parte General*. T. 1, 1994, p. 198], "(...) La cuestión acerca de cuándo nos encontramos frente al derecho material y cuándo frente al derecho procesal no debe ser resuelta conforme a la, muchas veces, arbitraria acumulación de materias en las leyes, sino según su sustancia". Desde esta perspectiva, este Tribunal estima que no son de aplicación retroactiva las disposiciones que tienen carácter sancionador, como, por ejemplo, las que tipifican infracciones, establecen sanciones o presupuestos para

su imposición, o las restrictivas o limitativas de derechos. La aplicación de la norma vigente al momento de la comisión del hecho delictivo constituye, en efecto, una consecuencia del principio de legalidad penal, en su variante de *lex praevia*. La exigencia de ley previa constituye una garantía emergente de la propia cláusula del Estado de Derecho (art. 43 de la Constitución), que permite al ciudadano conocer el contenido de la prohibición y las consecuencias jurídicas de sus actos. En cambio, tratándose de disposiciones de carácter procesal, ya sea en el plano jurisdiccional o netamente administrativo-penitenciario, el criterio a regir, prima facie y con las especificaciones que más adelante se detallarán, es el de la eficacia inmediata de la ley procesal. F.j. 10. Antes de proseguir con el análisis del tema, conviene precisar los eventuales alcances que sobre el tema en cuestión pueda tener el **artículo VIII del Código de Ejecución Penal,** que dispone que: "La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno". Dicha disposición, tomando en cuenta que la ley aplicable es la vigente al momento de presentarse, por ejemplo, **la solicitud de acogimiento a los beneficios penitenciarios, determina que una nueva ley pueda ser aplicable retroactivamente en aquellos casos en los que, a pesar de que la solicitud se presentó durante la vigencia de una ley anterior, la nueva ley establece condiciones más favorables para acceder a los beneficios penitenciarios.** De manera que si, prima facie, tal solicitud debe resolverse conforme a la ley vigente al momento de presentarse tal petición, se aplicará la nueva ley, siempre que esta regule tal materia de manera más favorable a las expectativas del interno. En la dilucidación de la controversia que ahora nos ocupa, por cierto, no entra en juego la segunda parte del referido artículo VIII del Código de Ejecución Penal, esto es, el mandato de que el juzgador deberá interpretar las disposiciones de dicho Código de Ejecución de la manera más favorable al interno. En este último caso, en efecto, ya no se está frente a un supuesto de dos o más leyes que pugnan por ser aplicadas para resolver una determinada materia, sino frente a una sola disposición cuyo sentido prescriptivo admite diversas formas de comprensión. En tal supuesto, como dispone el artículo VIII del Código de Ejecución Penal, el operador jurídico ha de aplicar dicha disposición en el sentido interpretativo que sea más favorable al interno. F.j. 11. Ahora bien, si las disposiciones que establecen los supuestos para conceder un beneficio penitenciario, como la liberación condicional y la semilibertad, no son normas materialmente penales, estas deben considerarse, a los efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, como normas materialmente procesales o procedimentales, como se ha dicho. Se trata, en efecto, de normas

que establecen los presupuestos para iniciar un procedimiento (artículos 50 y 55 del Código de Ejecución Penal) destinado a crear certeza en el juez penal de que el tiempo de prisión efectiva y el tratamiento penal efectuado, permiten concluir que el interno está apto para reincorporarse a la sociedad, pues fue reeducado y rehabilitado durante el tiempo que sufrió la condena. En ese sentido, el problema de la ley aplicable en el tiempo ha de resolverse, prima facie, a la luz del principio de eficacia inmediata de las leyes, con las modulaciones que este pueda tener como consecuencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho "a no ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos", al que se refiere el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. F.j. 18. Ahora bien, **que los beneficios penitenciarios constituyan derechos subjetivos expectaticios previstos en la ley, no quiere decir que ellos tengan naturaleza constitucional o, acaso, que se encuentren constitucionalmente garantizados** en virtud del derecho a la libertad individual. Como antes se ha expuesto, desde que se expide la sentencia condenatoria, el sentenciado se encuentra temporalmente restringido en el ejercicio libre de su libertad locomotoria. Tal restricción constitucionalmente ha de prolongarse hasta que se cumpla con la totalidad de la pena impuesta, de manera que una evaluación judicial que considere que el interno no se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, antes de que venza la pena, a través de la concesión de un beneficio penitenciario, no puede considerarse como una violación de dicha libertad individual. F.j. 19. Ello no quiere decir que la denegación de tales solicitudes de libertad puedan o deban ser resueltas de manera caprichosa o arbitraria por los jueces competentes. No se puede olvidar, sobre el particular, que la resolución que la concede o deniega debe atenerse escrupulosamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho reconocido en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución; es decir, que deberá resolverse de manera especialmente fundamentada, precisándose los argumentos fácticos y jurídicos en los cuales se sustenta. Resulta claro que, inexistente o manifiestamente arbitraria que sea dicha fundamentación [Cf. STC. Exp. N° 0806-2003-HC/TC], **la resolución que deniega el beneficio penitenciario no constituye una violación del derecho a la libertad individual, sino, concretamente, del derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales, susceptible de protección mediante un proceso constitucional distinto al hábeas corpus.** Y es que si se encuentra restringida temporalmente la libertad locomotoria del sentenciado en virtud de una sentencia condenatoria firme, la denegación de tales beneficios penitenciarios no altera tal restricción.

Por su parte, en el Acuerdo Plenario N° 08-2011/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, se puede apreciar lo siguiente: **§ 2. Criterios generales para la concesión de beneficios penitenciarios en delitos de terrorismo y criminalidad organizada**. F.j. 8. En primer lugar, corresponde ratificar las reglas señaladas en la Circular aprobada por la Presidencia del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 297-2011-P-PJ; fundamentalmente en cuanto se precisa que los beneficios penitenciarios no son derechos del condenado, sino parte del régimen penitenciario que corresponde a un modelo de tratamiento progresivo técnico en su etapa de prueba –estación previa a la excarcelación definitiva por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta–. Cabe señalar que en la propia configuración de los beneficios penitenciarios confluyen, como es obvio, requisitos objetivos fácilmente determinables, tales como el transcurso de una determinada parte de condena, junto a otros requisitos subjetivos de carácter altamente indeterminado, como la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Solo desde esta perspectiva –de ahí su naturaleza mixta– puede inferirse que los beneficios penitenciarios son derechos subjetivos condicionados del penado, en el que el rol del juez es central, quien goza de un poder discrecional para modularlos en el caso concreto, en especial, el entendimiento y aplicación de los requisitos subjetivos. El juicio de probabilidad que se exige demanda una dosis de prudencia y un análisis de tal intensidad que conduzca con seriedad a una convicción razonable de no reiteración delictiva: lo que se debe estudiar, a no dudarlo, es la posibilidad de colocar a un sujeto en libertad, y no la posibilidad de que continúe en un establecimiento penal. Así las cosas, la concesión de tales beneficios es una facultad legal exclusiva del órgano jurisdiccional competente, que exige la verificación de concretos y específicos requisitos legales, los cuales, entre otros, aluden a periodos de cumplimiento efectivo de las penas impuestas, y buena conducta –que tiene un tinte fundamentalmente de regimental y no de tratamiento, puesto que se equipara en la práctica con la ausencia de partes y sanciones disciplinarias [PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*. Edersa, Madrid, 2000, p. 591]–, así como una prognosis favorable de conducta futura. Este último requisito se conecta más con la personalidad del individuo y su evolución y comportamiento que con las circunstancias materiales en que se va a desenvolver la vida en libertad, ya que estas, por su estancia en prisión no suelen variar, y lo que único que el penado puede modificar es su propio comportamiento mediante la asunción de pautas vitales que le

lleven al convencimiento de vivir en libertad sin quebrantar las normas penales [SÁNCHEZ YLLERA. "Comentario al artículo 82 del Código Penal". En: AAVV: *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996]. Esta última demanda del juez un pronóstico razonado y justificado de probabilidades significativas de que el potencial beneficiario no incurrirá en nuevas conductas delictivas luego de producida su excarcelación condicionada. La personalidad del penado es fundamental, pues es diferente un delincuente por convicción –caso del terrorista–, un delincuente integrado a una organización criminal, un delincuente de carrera delictiva, un delincuente sexual, un delincuente ocasional o, entre otros, un delincuente pasional o con serias perturbaciones derivadas de la ingesta de drogas o alcohol. En el caso del delincuente por convicción integrado a organizaciones armadas delictivas es primordial tener por acreditado con absoluta claridad su disociación de aquellas, su sincero apartamiento de toda convicción antidemocrática que opte por el camino de la violencia y la vulneración de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento legal, su visible recusación a su pasado delictivo y la aceptación genuina de la ilegitimidad de la conducta que lo llevó a un establecimiento penal. F.j. 9. En segundo lugar, es también relevante asumir que la documentación sustentatoria de la solicitud permite al juez verificar la legitimidad y oportunidad del pedido, pero no limita su espacio valorativo y discrecional –jurídicamente vinculado– para la concesión del beneficio penitenciario requerido. En consecuencia, la autoridad jurisdiccional puede estimar validable la información suministrada o complementarla con otros medios de prueba –pericias incluidas– útiles para identificar nuevos indicadores que hagan posible sustentar de modo suficiente la prognosis favorable de conducta futura: se trata de un incidente de ejecución penal y, como tal, la decisión jurisdiccional ha de tomar en cuenta la información contenida en el expediente administrativo, pero esta no es definitiva y, menos, la opinión de la autoridad administrativa. Es más, el órgano jurisdiccional puede desarrollar en la audiencia correspondiente líneas de entrevista que con base en la inmediación con el interno solicitante y su relación con la evidencia acopiada le resulten idóneas para emitir una mejor decisión en torno a la concesión o no del beneficio peticionado. F.j. 10. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional debe prestar especial atención al señalamiento de las reglas de conducta que imponga al beneficiario. La semilibertad y la liberación condicional, por cierto, no transmiten la idea de que por ellas no se cumple íntegra o efectivamente la pena impuesta, esta sencillamente se cumple pero en condiciones de libertad y sujeta a controles [GARCÍA VALDEZ, Carlos. "Sobre la Libertad Condicional: dos o tres

propuestas de reforma". En: AAVV, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Tecnos, Madrid, 2002, p.1071]. Las reglas de conducta han de ser precisas y coherentes con las necesidades de comprobación de la prognosis favorable de conducta futura –régimen de prueba–, así como con el control externo y efectivo del penado durante el cumplimiento en libertad del periodo restante de la pena impuesta –liberación condicional– o de la práctica real de las rutinas laborales o educativas acordadas con el beneficio –semilibertad–. Dado que aún en el país es limitada la aplicación de cintillos electrónicos de localización de los penados beneficiarios o de otros medios que brinda la tecnología de la información y comunicaciones, para la definición con claridad de las reglas de conducta y de las obligaciones de control, derivadas o conexas a estas, que deben cumplir tanto el beneficiado como las autoridades que resulten incluidas en ellas, es de suma trascendencia la adecuada diligencia del juez en este dominio. Esta actitud funcional debe incluso trasladarse a las resoluciones estimativas de pedidos de otros beneficios penitenciarios que impliquen excarcelación transitoria o condicionada, especialmente si comprenden a autores o partícipes de delitos graves o sensibles a la seguridad ciudadana. F.j. 11. Cabe señalar que en determinados casos el artículo 53 del Código de Ejecución Penal exige para la concesión de beneficios penitenciarios que, además, el solicitante haya cubierto la reparación civil o asegurado de modo formal su futuro cumplimiento. **§ 3. Liberación condicional y permisos especiales para estancias en el extranjero.** F.j. 12. De inicio es pertinente destacar que la actual legislación no dispone un arraigo absoluto del penado que accede a un beneficio penitenciario de liberación condicional; ni prohíbe de plano un permiso que puede implicar una precisa y circunscrita estancia del penado en el extranjero. Por tanto, excepcionalmente, el juez tiene la potestad –ciertamente limitada y sujeta a una prognosis de no huida así como de factibilidad del control en el extranjero– de conceder autorizaciones que impliquen traslados o estancias cortas plenamente justificadas en otro país del condenado en régimen de liberación condicional –tratamiento médico urgente, fallecimiento de parientes cercanos, etcétera–. De igual manera cuando se acoge al cumplimiento de condenas en el país de origen o de anterior residencia legal, si el Tratado respectivo lo permite. En estos casos, ciertamente extraordinarios, el juez, luego de evaluar lo razonable, justificado e inaplazable del motivo del viaje al exterior, deberá: a) promover y activar procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal –en aplicación de convenios internacionales o de compromisos de reciprocidad claramente existentes o firmemente aceptados– que posibiliten el control en el país extranjero de

destino del cumplimiento de las principales reglas impuestas al beneficiado en la resolución de concesión del beneficio (reportarse periódicamente a la autoridad); b) requerir la aceptación y, luego, el pleno auxilio de las autoridades extranjeras para la aplicación de medidas de verificación o localización física que impidan un quebrantamiento de la condena que viene efectuándose con régimen de liberación condicional: vigilancia personal o electrónica. Resulta necesario y recomendable que los jueces agoten estos trámites de cooperación internacional antes de acceder a solicitudes de viaje al extranjero planteadas por condenados en régimen de liberación condicional; y que, además, destaquen con nitidez la obligación de los beneficiados de reportarse y quedar bajo supervisión de las autoridades extranjeras que resulten competentes. F.j. 13. Ahora bien, si el condenado beneficiario de liberación condicional, a quien se autorizó a salir del país, no retornara injustificadamente al Perú en el término acordado por el juez, o de manera contumaz no se sometiera a los controles dispuestos por la autoridad competente del país de destino, se asumirá que está quebrantando su condena con lo cual perdería el régimen de libertad condicional concedido, adquiriendo la condición de prófugo de la justicia y habilitando la inmediata incoación de un procedimiento extradicional activo en su contra. El juez deberá, pues, hacer constar en la resolución autorizativa, a modo de apercibimiento, estas condiciones y efectos. [Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha promulgado la Ley N° 29833, publicada el 21 de enero de 2012 en el diario oficial *El Peruano*. Por consiguiente, los criterios y alcances expuestos en los fundamentos jurídicos 12 y 13 deben ser aplicados razonablemente en concordancia con las prohibiciones y restricciones señaladas por la citada Ley y las demás valoraciones expuestas en este Acuerdo Plenario.]

§ 4. Sucesión de leyes sobre concesión de beneficios penitenciarios

F.j. 14. La prohibición de beneficios penitenciarios se rige por el principio de legalidad, en especial la reserva de ley que exige para su legitimidad constitucional la expedición de normas penales –materiales, procesales y de ejecución– con rango de ley, que han de regir la actividad de ejecución penal, y que por razones obvias exige control jurisdiccional. En tal virtud, solo la ley puede indicar de manera expresa e inequívoca qué casos, en relación con el tipo de hecho punible perpetrado –delitos graves específicos– o a la calidades del autor o partícipe del delito –reincidencia o habitualidad–, están excluidos de modo absoluto del acceso a beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo o la educación, semilibertad o liberación condicional, así como las disposiciones fundamentales que determinan el procedimiento que debe regir su

tramitación. F.j. 15. Igualmente, corresponde en exclusividad a una norma legal taxativa identificar las variantes que se aplicarán para el régimen especial de redención de penas por el trabajo y la educación, respecto de las cuotas diarias requeridas para la redención proporcional de la pena en cumplimiento. [Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha aprobado y publicado el Decreto Supremo N° 003-212-JUS, del 23 de enero de 2012, que modifica el artículo 210 del Reglamento del Código de Ejecución Penal, en torno al procedimiento para la eficacia del periodo de pena redimido por el trabajo y la educación en el cumplimiento total de las penas impuestas en delitos graves. Por consiguiente, tal modificación debe tenerse en cuenta, en lo pertinente, para la aplicación de lo establecido en los fundamentos jurídicos 14 y 15]. Ambas clases de normas de ejecución penitenciaria, sin duda, tienen un carácter material. La doctrina ha deslindado cuándo se está ante una norma material y cuándo ante una norma procesal. Las normas que se pronuncian sobre el alcance y requisitos objetivos y subjetivos de un beneficio penitenciario, "(…) al determinar el contenido de la decisión jurisdiccional, la estimación o desestimación de la pretensión ejercitada (…)", sin duda son materiales. Ahora bien, más allá del enfoque referido a la propia decisión jurisdiccional, dichas normas desde la perspectiva de su ámbito de aplicación, "(…) al delimitar acabadamente la conducta de los sujetos jurídicos fuera del proceso –reconociéndoles derechos y fijando reglas que definen su actuación ulterior–", permiten reiterar su evidente naturaleza material [MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional I Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 482]. La conclusión que se deriva de lo expuesto es, a no dudarlo, trascendente. El factor temporal de aplicación, desde luego, no será el mismo que si se tratase de una norma procesal de ejecución, atento a su diferente naturaleza jurídica. ¿Cuál es, entonces, el hecho o acto jurídico material que la determina? La institución debe regirse por la ley vigente al momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal, esto es, cuando queda firme la sentencia que impuso la pena correspondiente, salvo criterios universales de favorabilidad en la fase de ejecución material de la sanción privativa de libertad. En suma, se hace mención, no a la fecha de comisión del delito sino a la del inicio de la ejecución material de la sanción penal, que en términos procesales se objetiva en la fecha en que la sentencia adquiere firmeza. Materialmente la ejecución empieza o se inicia técnicamente en ese momento. Atendiendo al principio diferencial, la finalidad del proceso preventivo es la retención y custodia, no así el tratamiento penitenciario, propio de los penados, que desde un concepto

amplio comporta aquella actividad destinada a suplir aquellas carencias con las que el interno ha entrado en el Establecimiento Penal [NISTAL BURÓN Javier. "El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción". En: *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*. Madrid, pp. 9-10]. Por tanto, por razones de justicia material y de estabilidad o seguridad jurídica, debe estarse a esa circunstancia. Debe quedar en claro que las normas en materia penitenciaria afectan de manera directa al derecho fundamental de la libertad y a la dignidad del individuo. Así las cosas, la pena impuesta en la sentencia debe entenderse como una situación jurídica acabada de la que no pueden quedar al margen las reglas para su concreta ejecución. Una nueva Ley no puede anudar efectos a situaciones producidas y consolidadas con anterioridad a ella [JUANATEY DORADO, Carmen. "La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penales, y los principios constitucionales del Derecho Penal". En: *Estudios Monográficos*. Editorial La Ley, pp. 28-29]. En el fondo de este planteamiento subyace la opción de la doctrina mayoritaria que afirma la autonomía del Derecho de Ejecución Penal, pues presenta peculiaridades que le son propias y que impiden su inclusión en el Derecho Penal material y en el Derecho Procesal Penal –como el protagonismo de la Administración penitenciaria en la ejecución penal y las peculiaridades del juez en la ejecución de las sanciones penales–, sin que ello signifique excluir o reducir la íntima conexión con ambos derechos –que Jescheck ha entendido como los tres pilares del Derecho Penal– [JUANATEY DORADO, Carmen. *Manual de Derecho Penitenciario*. Iustel, Madrid, 2011, p. 20]. El Derecho de Ejecución Penal, como insiste Francesco Siracusa, es el conjunto de normas, que integra el Derecho Público, que regulan la relación jurídica punitivo-ejecutiva [TELLEZ AGUILERA, Abel. "Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho penitenciario". En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. Número 255/2011, Madrid, p. 28]. Por su parte, Giovanni Novelli lo definió como "el conjunto de normas jurídicas que regula la ejecución de las penas y medidas de seguridad, a comenzar desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecución". [SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Política penal y política penitenciaria*. Cuaderno Número 8, PUCP, Setiembre, 2008, p. 4]. F.j. 16. Por lo demás, cabe recordar que reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2198-2009-PHC/TC-Ucayali, del 31 de agosto de 2009, Asunto Darío Rojas Rodríguez) ha deslindado ya que será de aplicación, en caso de sucesión de leyes en el tiempo, el . Tal decisión,

como es evidente, solo rige para las leyes procesales de ejecución –la doctrina procesalista, en este punto, es conteste–, que están sujetas al principio de aplicación inmediata y al *tempus regit actum*, y en las que, por sobre todo, el factor temporal de aplicación –el *dies a quo*– será la ley procesal vigente al momento de realización del acto procesal: petición del beneficio penitenciario. En consecuencia, cuando el pedido fuera formulado por el interno o se encuentre en trámite con anterioridad a la vigencia de una nueva ley, se deberá mantener con eficacia ultractiva el régimen procesal correspondiente, salvo supuestos de clara favorabilidad que incidan en una tramitación más acorde con los derechos procesales y los principios del proceso penal de ejecución. Cabe insistir que esta concepción diferenciadora asume desde la ciencia integral del Derecho Penal las nociones de merecimiento de pena, que están radicadas en criterios que determinan el marco de la sanción penal, y de necesidad social de penas, que constituye el criterio sustancial para las reacciones estatales posdelito.

C

Carga de la prueba

La carga de la prueba es la regla de derecho que exige a todo aquel que postula una cuestión judicial que acredite o pruebe lo que postula si pretende se le dé la razón en el derecho. Para empezar como lo señala el argot jurídico forense, en el proceso penal "se invierte la carga de la prueba, teniendo la obligación la fiscalía de probar la responsabilidad penal, no teniendo obligación del acusado de probar su inocencia". No obstante, la Magistratura al realizar la interpretación correctiva sobre el particular; ha señalado que la prescripción contenida en el artículo 196 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil - Decreto Legislativo N° 768 [Resolución Ministerial N° 10-93-JUS] establece la regla procesal o regla de derecho de todo proceso, "salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos", que es posible aplicarla a todo proceso, conforme a la primera disposición complementaria y final del mismo texto procesal civil. Desde esta perspectiva en el proceso penal, es obligación de la fiscalía probar la responsabilidad del ilícito, no por inversión de carga probatoria, sino todo lo contrario, porque es la parte que postula la acusación, por lo tanto, le corresponde probar los hechos que afirma. En contrario, si la defensa postula una tesis defensiva contraria para destruir la acusación, lo que en el argot judicial se llama "coartada", el principio de inocencia que lo cubre no exige a la fiscalía probar que no es cierta, –so pretexto de la inexistente regla de inversión de la carga de prueba– sino que la defensa del imputado tiene la obligación de probar su tesis defensiva o coartada, pues de no hacerlo solo sería una hipótesis no probada o un argumento de defensa que no podría ser superior a la prueba incriminatoria.

Casación

La casación es el recurso procesal con el que es posible anular una

sentencia judicial, cuando ante la Corte Suprema de la República, se acredita la conformación de una causal establecida en la ley, por la casación no se revisan los criterios ni la valoración probatoria sino la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia. Se deduce que **la casación como institución está formada por dos elementos** que se hallan, como dice el maestro italiano Calamandrei, bajo una relación de complementariedad. Estos elementos son: Corte de Casación y Recurso de Casación. Ambos institutos se integran recíprocamente aun cuando provienen de campos distintos; el primero del ordenamiento judicial-político; y el segundo, que pertenece al derecho procesal(*). De esto resultaría, conforme lo señala Fernando de la Rúa(**), siguiendo la línea de Calamandrei, que el concepto de casación se compone de los siguientes elementos: **A. Una corte de casación**. **1.** Que constituye un órgano judicial supremo, único en el Estado. **2.** Funcionando con una finalidad diversa de la jurisdiccional, esto es: **a)** Con la finalidad de controlar que los jueces decidan las controversias según la ley. **b)** Con la finalidad de controlar que sea mantenida en todo el Estado la uniformidad de la interpretación jurisprudencial. **3.** Con poder negativo de anulación, sobre las sentencias que contengan un error de derecho sobre la decisión de mérito. **B. Un recurso de casación.** Concebido como acción de impugnación. 1. Presentada ante un juez superior. 2. Para obtener la anulación de una sentencia que contenga un error de derecho en la decisión de mérito.

Existen tres **fines de la casación: a) Nomofiláctica.** Monroy(***) señala que su significado proviene de dos palabras griegas, *nomo* y *philasso*. La primera significa "ley" y la "segunda guardar o cuidar". Dado que la función del Estado es cuidar la vigencia del ordenamiento legal, concede a una de sus expresiones más auténticas, el Poder Judicial, la función de cuidar la ley, entendiéndola en su sentido general. Sin embargo, dado que el juez es la persona u órgano que instrumenta el cumplimiento de la ley por parte de los ciudadanos, es indispensable que el Estado cuente con un medio de asegurar que los jueces cumplan con su función, es decir, que apliquen correctamente la ley. Silva Vallejo indica que la casación "cuida la vigencia del ordenamiento legal enseñando a todos los órganos jurisdiccionales cómo debe

(*) CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil (Historia y Legislaciones)*. Volumen I, Traducido por Santiago Sentís Melendo, Oxford University Press., Impreso en México, marzo 2001, p. 4.

(**) DE LA RÚA, Fernando. *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*. Víctor P. de Zavala Editor, Buenos Aires, 1968, p. 21.

(***) MONROY GÁLVEZ, Juan. *La Formación del Proceso Civil peruano*. 2ª edición, Palestra, Lima, 2004, p. 623.

ser la correcta aplicación y la interpretación de la norma jurídica"[*]. (lo subrayado es nuestro) **b) Uniformadora.** Esta finalidad se encuentra orientada a conformar una unidad jurídica y a garantizar el principio de igualdad ante la ley; es decir, que se tienda a una aplicación e interpretación de la norma jurídica común en todo el territorio nacional, ya que siendo las leyes abstractas y generales, es factible obtener una interpretación unificada que tenga efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía. El recurso de casación, buscando la finalidad principal de unificar la jurisprudencia nacional, se encamina en cada caso particular, a estudiar y a decidir si la ley sustantiva ha sido o no violada por sentencia de un tribunal. **c) Dikelógica.** Para Hitters, la función dikelógica apunta a la "justicia del caso"[**], se pregunta si a la altura de la evolución del recurso examinado, cuando tiene dos siglos de vida ordenada ¿es posible todavía sostener que las dos primeras funciones enunciadas son las únicas que cumple? O mejor dicho, ¿son las tareas de control del derecho objetivo y de unificación, exclusivamente, las que justifican su existencia? En otras palabras: ¿Vale la pena mantener semejante y costoso andamiaje para lograr nada más que lo dicho, es decir, revisión nomofiláctica y uniformidad? Afirma que es necesario hablar de la **finalidad trifásica de la casación,** donde no sólo se busca el control nomofiláctico y la uniformadora de la jurisprudencia, sino también la justicia del caso "función dikelógica", sobre todo considerando que el organismo que la resuelve pertenece al Poder Judicial y cumple funciones jurisdiccionales. Soledad García Godos[***] nos dice: "Hoy, sin dejar de lado las finalidades anteriormente previstas, se señala expresamente que dicho recurso también persigue un objetivo jurisdiccional. Es más, el texto actual establece como finalidad la correcta aplicación del derecho al caso concreto, por lo que la defensa de la ley no es un fin en sí mismo, sino que está condicionado a **la justicia en el caso concreto**".

Sobre la finalidad de la casación en la Ley N° 29634, comenta el jurista Ramírez Jiménez[****]: "Los fines de la casación han variado. Ya no son la 'correcta aplicación y la correcta interpretación' del derecho objetivo. En adelante, el fin de la institución es la 'adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto'. Este cambio no es semántico y generará,

(*) SILVA VALLEJO, José Antonio, "El Recurso de Casación: Análisis y Contenido". En: <www.amag.edu.pe/docs/Silva>.

(**) HITTERS, Juan Carlos. "La Casación Civil en El Perú". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Volumen II, Industrial Gráfica, p. 438.

(***) GARCÍA GODOS GOICOECHEA, María Soledad. "La Ley Nº 29364: un contradictorio intento por reducir la carga procesal de la Corte Suprema". En: <www.ejav.com>.

(****) RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. "Importantes cambios procesales. Casación". En: <www.elperuano.com.pe>.

no tengo duda, enormes discusiones. Establecer que no es un fin de la casación que la Corte Suprema 'interprete' correctamente el derecho objetivo es desactivar una de sus tareas más necesarias, dada la característica de generalidad que identifica a la norma jurídica. Sin embargo, es de entenderse que no se está proscribiendo que la Corte Suprema interprete la ley; lo que se indica es que ese ya no es uno de los fines de la casación. Establecer que la interpretación que haga la Corte Suprema, en todos los casos, es la 'correcta', pues es claro que siempre habrá tantas interpretaciones como métodos puedan existir. Empero, comoquiera que para aplicar adecuadamente el derecho objetivo al caso concreto la Corte debe necesariamente interpretar la ley que aplica, lo que debemos entender es que el fin casatorio, según la modificación legal, se afinca en **el resultado de la aplicación de la ley, que debe ser el adecuado al caso concreto, sin que sea necesario apreciar que la interpretación hecha sea tomada como la 'correcta', con valor vinculante en todos los casos"**.

Cesación de prisión preventiva

La cesación de la prisión preventiva es la modificación del estado de privación de la libertad emitido válidamente por concurrir los requisitos de *fumus delicti commissi* (apariencia en grado de alta probabilidad de la comisión del delito), *prognosis penae* (pena conminada mayor a cuatro años) y *periculum in ilbertatem* (peligro de fuga o de obstaculización de la investigación o del juzgamiento); sin embargo nuevos actos de investigación o de juzgamiento han determinado que uno de los requisitos ha desaparecido, por lo que amerita dejar sin efecto la tutela cautelar de privación de libertad por otra medida de menor gravedad.

En la STC Exp. N° 00222-2004-HC/TC-Callao, caso Pablo Hugo Torres Arana, del 11 de mayo de 2004, se señala lo siguiente: F.j.4. Como se aprecia, tal hecho constituyó una causa objetiva y razonable para mantener el mandato de detención; sin embargo, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, la detención judicial preventiva debe ser también una medida provisional; es decir, que su mantenimiento solo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas que sirvieron para su dictado. Una vez investigados los hechos, los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia exigen que se ponga fin a la medida cautelar, pues, de lo contrario, su mantenimiento tendría que considerarse una sanción punitiva, incompatible con su naturaleza cautelar y con los derechos antes mencionados. F.j. 5. En efecto, las medidas coercitivas, además

de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*.

COLABORACIÓN TERRORISTA

El delito de colaboración terrorista es el hecho ilícito que reprime la conducta de aquel que con dolo, de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios o realiza actos de suministrar informaciones sobre personas patrimonios, instalaciones, edificios públicos y privados y cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos o grupos terroristas en el país o en el extranjero. La cesión o utilización de cualquier tipo de alojamiento o de otros medios susceptibles de ser destinados a ocultar personas o servir de depósito para armas, explosivos, propaganda, víveres, medicamentos, y de otras pertenencias relacionadas con los grupos terroristas o con sus víctimas. El traslado a sabiendas de personas pertenecientes a grupos terroristas o vinculadas con sus actividades en el país o en el extranjero, así como la prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos. La organización, preparación o conducción de actividades de formación, instrucción, entrenamiento o adoctrinamiento, con fines terroristas, de personas pertenecientes o no a grupos terroristas bajo cualquier cobertura. La fabricación, adquisición, tenencia, sustracción, almacenamiento, suministro, tráfico o transporte de armas, sus partes y componentes accesorios, municiones, sustancias y objetos explosivos, asfixiantes, inflamables, tóxicos o cualquier otro que pudiera producir muerte o lesiones. Constituye circunstancia agravante la posesión, tenencia y ocultamiento de armas, municiones o explosivos que pertenezcan a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. Cualquier forma de acción económica, ayuda o mediación hecha voluntariamente con la finalidad de financiar las actividades de elementos o grupos terroristas. La falsificación, adulteración y obtención ilícita de documentos de identidad de cualquier naturaleza u otro documento similar, para favorecer el tránsito, ingreso o salida del país de personas pertenecientes a grupos terroristas o vinculadas a la comisión de actos terroristas en el país o el extranjero. Lo que implica tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo; realiza aportes externos, al margen de la adhesión ideológica a la organización terrorista no exigidos por el tipo penal, radica la esencia de este delito, cuyo primer párrafo castiga, alternativamente, tanto al que de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios, cuanto al que realiza actos de colaboración –identificados en el párrafo siguiente–, en la

medida en que –de cualquier modo– favorezcan la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista.

Sobre el particular, la Consulta N° 126-2004-Lima, Precedente Vinculante, caso Pedro Pablo Cotrina Sánchez, sobre asociación terrorista, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 20 de diciembre de 2004; estableció: **Tercero**. Que es de precisar que los delitos de asociación terrorista y de colaboración terrorista son tipos penales autónomos y, como tal, están contemplados en normas jurídicas específicas: artículos cinco y cuatro, respectivamente del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, y que por su propia naturaleza son implicantes entre sí, por lo que no se puede admitir, en ningún caso, supuestos de concurso ideal; que el delito de colaboración terrorista: **a) es un delito de mera actividad y de peligro abstracto,** no requiere que los actos perpretados estén causalmente conectados a la producción de un resultado o de un peligro delictivo concreto, aunque es obvio que requiere de una acción apta en sí misma para producir un peligro al bien jurídico (idoneidad potencial de los actos de favorecimiento), delito que es independiente de las posibles acciones o actos terroristas; **b) importa la comisión de actos preparatorios** realizar, obtener, recabar y facilitar actos de colaboración –especialmente castigados como favorecimiento de la comisión de actos terroristas y de los fines de un grupo terrorista– anticipación de la barrera de protección penal que se justifica en la importancia de los bienes jurídicos fundamentales que afecta el terrorismo y en la objetiva peligrosidad que las conductas de colaboración adquieren en la actividad terrorista, esto es, en la prevención de conductas gravemente [dañosas] dañinas para la comunidad; **c) es un delito residual o subsidiario,** pues que se castigan los hechos siempre y cuando no se llegue a producir un resultado típico determinado, en tanto constituye un auxilio o una preparación de otro comportamiento, pues de ser así –en virtud del principio de absorción– se castigará como coautoría o participación del delito efectivamente perpetrado; y, **d) el dolo del autor** está integrado por la conciencia o conocimiento del favorecimiento a la actividad terrorista y a la finalidad perseguida por los grupos terroristas; que, asimismo, el sujeto activo de este delito solo puede serlo aquella persona que no pertenece o no está integrada a una organización terrorista es decir por un "extraneus", que, como señala la doctrina penalista mayoritaria, una interpretación distinta conduciría a una confusión con el delito de asociación terrorista, siendo de resaltar que los sujetos integrantes de aquella pueden realizar sin duda las actividades típicas de colaboración o favorecimiento, pero en tal caso no estarán

sino haciendo patente su condición de afiliado; que, por otro lado, el tipo penal identifica o precisa seis actos de colaboración, aun cuando en el primer párrafo se inclina por una definición amplia de su contenido general, así: "cualquier tipo de bienes o medios (…) cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos (…)"; que en la descripción de los actos de colaboración el legislador utiliza fórmulas abiertas para evitar lagunas de punibilidad –verbigracia– "(…) cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos terroristas o grupos terroristas (…) prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos (personas pertenecientes a grupos terroristas)"; que, pese a ello, en aras del respeto al principio general de seguridad jurídica y al principio penal de *lex stricta*, es del caso puntualizar que la interpretación que ha de presidir dichas fórmulas típicas necesariamente será restrictiva y, por ende, corresponde asumir la vigencia de la cláusula implícita de equivalencia en cuya virtud las conductas de colaboración típicamente relevantes solo serán aquellas que importen una evidente gravedad e intrínseca idoneidad del acto realizado por el agente en función a la entidad de las actividades terroristas y a las finalidades de los grupos terroristas.

Asimismo, el Recurso de Nulidad N° 1062-2004-Lima, Precedente Vinculante, caso Luis Williams Polo Rivera o Luis Williams Pollo Rivera, sobre colaboración terrorista en agravio del Estado, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 22 de diciembre de 2004; precisó: **Sexto**, Que el delito de colaboración terrorista, en sus diversas expresiones normativas desde su introducción a la ejecución material de cualquier acto de colaboración que favorezca la comisión de los delitos de terrorismo o la realización de los fines de un grupo terrorista; que, sin perjuicio de reiterar lo expuesto en la Ejecutoria Suprema del veinte de diciembre de dos mil cuatro, es de agregar que los actos de colaboración típicamente relevantes, en primer lugar, deben estar relacionados con las actividades y finalidades de la organización terrorista, y, en segundo lugar, deben favorecer materialmente las actividades propiamente terroristas, no es punible el mero apoyo o respaldo moral, pues se requiere una actuación de colaboración en las actividades delictivas de la organización; que la conducta típica debe, pues, contribuir por su propia idoneidad a la consecución o ejecución de un determinado fin: favorecer la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista; que, asimismo, es de acotar que cuando el tipo penal hace mención a "cualquier acto de colaboración" o "(…) actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo" se entiende que los actos de colaboración que a continuación detalla (cinco o seis, según las leyes) tienen un valor

meramente ejemplificativo, es decir, no constituyen una enumeración taxativa; que, ahora bien, los actos imputados al encausado Polo Rivera o Pollo Rivera, se sitúan –en todos los casos– en el primer párrafo del tipo penal, pues no existe un supuesto específico en el que se subsuma lo que hizo conforme aparece descrito en el quinto fundamento jurídico. **Sétimo**. Que esta Suprema Sala, rectificando lo expuesto en el sexto fundamento jurídico del fallo recurrido, toma en cuenta y –por imperativo constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos– asume la doctrina que instituye la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del dieciocho de noviembre del año en curso (2004), recaída en el Asunto De la Cruz Flores *versus* Perú, que dicha Sentencia en el párrafo ciento dos estipula que el acto médico no se puede penalizar, pues no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo: asimismo, tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médido de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye –como afirma un sector de la doctrina penalista nacional– una causal genérica de atipicidad; la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerada típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso –justificación– sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple; que, ahora bien, los cargos contra el encausado Polo Rivera o Pollo Rivera no se centran en el hecho de haber atendido circunstancial y aisladamente a pacientes que por sus características denotaban que estaban incursos en delitos de terrorismo, menos –en esa línea, por no haberlos denunciado– hechos que por lo demás él niega categóricamente, sino porque estaba ligado o vinculado como colaborador clandestino a las lógicas de acción, coherente con sus fines, de la organización terrorista "Sendero Luminoso", que, en su condición de tal, el citado imputado recabó y prestó su intervención en las tareas –ciertamente reiteradas, organizadas y voluntarias– de apoyo a los heridos y enfermos de "Sendero Luminoso", ocupándose tanto de prestar asistencia médica –cuyo análisis no puede realizarse aisladamente sino en atención al conjunto de actos concretamente desarrollados y probados– y también de proveer medicamentos y otro tipo de prestación a los heridos y enfermos de la organización –cuyo acercamiento al herido o enfermo y a la información de su estado y ubicación le era proporcionado por la propia organización, no que estos últimos hayan acudido

a él por razones de urgencia o emergencia y a los solos efectos de una atención médica, cuanto de mantener la propia organización de apoyo estructurada al efecto– con esta finalidad, como ya se destacó, trató de convencer a una de sus integrantes a que no se aparte de la agrupación; que, desde luego y en tales circunstancias, los actos realizados por el acusado estaban relacionados con la finalidad de la organización terrorista –de mantener operativos a sus militantes para que lleven a cabo conductas terroristas– a partir de una adecuación funcional a las exigencias de aquellas, y de ese modo favorecer materialmente la actividad de "Sendero Luminoso".

Por su parte, el Recurso de Nulidad N° 1450-2005-Lima, Precedente Vinculante, Caso Vasty Miriam Lescano Ancieta, Amaro Sánchez Juárez, Rafael Fortunato Ovalle Vargas, Víctor Campos Bullón, Diana Ivonne Suárez Moncada y Javier Érico Suárez Moncada sobre delito de colaboración terrorista, del 31 de agosto de 2005, F.j. 6; estableció que: Que es de precisar que el tipo penal previsto en el artículo cuatro del Decreto Ley veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco, castiga supuestos de colaboración genéricas –más allá que, luego del primer párrafo, la norma penal identifique concretos supuestos de colaboración–, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de una organización terrorista –como Sendero Luminoso–, en cuya virtud los agentes delictivos voluntariamente y a sabiendas de su finalidad ponen a disposición de la organización y de sus miembros determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura, servicios o depósitos de cualquier tipo, que la organización obtendrá más difícilmente –o, en determinados casos, les sería imposible obtener– sin dicha ayuda externa –el tipo subjetivo, el dolo en este delito, implica tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo–; que en estos aportes externos, al margen de la adhesión ideológica a la organización terrorista no exigidos por el tipo penal, radica la esencia de este delito, cuyo primer párrafo castiga, alternativamente, tanto al que de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios, cuanto al que realiza actos de colaboración –identificados en el párrafo siguiente–, en la medida en que –de cualquier modo– favorezcan la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista; que si bien es cierto el conjunto de hechos objeto de imputación se tipificaron en un supuesto específico, incorporado en el literal b) del artículo cuatro del Decreto Ley número veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco, que solo recoge los actos de cesión o utilización de alojamiento de elementos terroristas y los de

depósito de bienes a favor de la organización terrorista, el mismo que no se encuadra en la conducta que se imputa a alguno de ellos, aunque podrían importar supuestos de colaboración terrorista genérica previstas en el primer extremo del párrafo inicial del artículo cuatro antes citado o, en todo caso, en función de la prueba actuada, delito de asociación terrorista –que sería de rigor tener presente con arreglo a la jurisprudencia consolidada de esta Suprema Sala–, a cuyo efecto sería menester que en el momento procesal oportuno se haga uso de la facultad que el apartado dos del artículo doscientos ochenticinco - A del Código de procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuentinueve, confiere al juzgador.

Combinación de leyes

La combinación de leyes es la técnica de la teoría general del Derecho Penal y a la vez una práctica jurisprudencial por la cual se opta por formar o construir una norma jurídica mediante la interpretación de los dispositivos legales o la inferencia de determinadas consecuencias jurídicas optando por las normas que fueran más favorables al imputado o al reo, componiendo una norma a partir de diferentes normas igualmente válidas, bajo el régimen del principio de favorabilidad.

La interpretación de "lo más favorable" al reo ha conducido a la Corte Suprema a decidir sobre el conflicto en el tiempo de leyes penales mediante el reconocimiento, en el artículo 6, de la existencia de un supuesto principio de combinación. En este sentido, la presente cuestión se origina en la interpretación judicial del artículo 6 del Código Penal. El citado precepto establece lo siguiente: "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 dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley". Una lectura atenta de esta norma indica claramente que ella no reconoce al juzgador la potestad de combinar los aspectos más favorables de varias leyes, sino solo de elegir entre ellas una ley, precisamente, aquella que comparativamente resulte más favorable al reo. Solo una forzada interpretación podría mostrar la existencia de un supuesto principio de combinación, lo que desnaturalizaría el sentido de las reglas establecidas en la mencionada norma para la resolución del conflicto en el tiempo de leyes penales. El juez antepondría así su interpretación a la misma ley, lo cual es un peligro muy grande para la garantía de la vigencia de los derechos del ciudadano. Lo anterior supone que

el tiempo atraviesa la estructura del mundo real y de la acción humana. Y cuando en su transcurrir recibe unos límites normativos es porque el ser humano necesita determinar los contornos de la vigencia de una norma, para que de esta manera la validez de las normas no queden expuestas a una indeterminación temporal que incremente la complejidad de las relaciones humanas. En este sentido, la vigencia de la ley penal no es atemporal, sino temporalmente limitada. Ella rige durante un lapso y ese es el sentido que persigue el artículo 6 del CP al fijar los contornos de aplicación de la ley penal en su dimensión temporal. Como cada hecho sucede en un segmento de tiempo determinado, y a este tiempo le corresponde una ley, la regla general es que la única ley aplicable es aquella vigente en el momento exacto de la realización del hecho punible. Sin embargo, puede suceder que después de la comisión del hecho punible cambien las leyes penales, bien incrementando la punibilidad, bien atenuándola o incluso despenalizándola. A este respecto, como la función del Derecho Penal se orienta principalmente a garantizar las condiciones normativas elementales para una convivencia pacífica en sociedad, el propio orden jurídico establece los mecanismos para que el ciudadano no quede expuesto a la arbitrariedad a causa de la variación de las leyes penales. Si al infractor no se le garantizan sus derechos, entonces la misma sociedad se ve expuesta al fracaso, ya que el infractor no es una isla en el conglomerado social, sino un ser social con derechos en permanente comunicación con los demás. Por esta razón, empezando por la Constitución y concretándose luego en el Código Penal, el sistema normativo ha creado reglas para resolver el conflicto de las leyes penales que pueda presentarse en el devenir del tiempo(*).

Sobre el particular, el Acuerdo Plenario N° 02-2006/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006, establece que: F.j. 10. Sin embargo, también es posible que se pueda elegir de entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo los preceptos más favorables, en virtud del "principio de combinación" que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo. F.j.11. Es congruente con la finalidad esencial de favorabilidad que se pueda reconocer –dentro de las leyes penales– los preceptos que más favorezcan al reo, pues si se autoriza escoger entre dos leyes distintas –íntegramente– en el tiempo, resulta coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo. F.j.12. Cabe enfatizar que con ello no se está creando una

(*) CARO JOHN, José Antonio. "¿Combinación de leyes penales?". En: *Interpretación y aplicación de la Ley penal*, *Lima: Anuario de Derecho Penal.* (2005).

tercera Ley o *Lex tertia*, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad. Por lo demás, esta concepción guarda concordancia con el principio de necesidad de la intervención penal, porque cuando se producen variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo, es evidente que el legislador ha estimado necesario regular –en sentido benéfico– la intervención penal. F.j. 13. Por lo demás, el legislador ha consagrado el "Principio de combinación" en la Exposición de Motivos del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, a cuyo efecto ha señalado que: "En acatamiento del artículo doscientos treinta y tres inciso siete de la Constitución Política [de mil novecientos setenta y nueve], se prescribe la aplicación de lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales (artículo seis). De esta manera, el Proyecto sustituye el principio de la unidad de leyes aplicable, ya fuese la precedente, la subsecuente, o la intermedia, según consagra el artículo siete, del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas".

COMPARECENCIA

La comparecencia es la medida cautelar de restricción de libertad menos gravosa, que se emite por cualquiera de estos motivos: a) No concurren o ha desaparecido la concurrencia de los elementos necesarios para emitir la medida cautelar de prisión preventiva, pese a la gravedad del hecho investigado; b) Resulta necesaria para asegurar la concurrencia a las diligencias de investigación o al juzgamiento del imputado; o c) Lo dispone la Ley. Por lo cual tanto el mandato de ubicación y captura, la conducción compulsiva como la requisitoria al igual que el mandato de comparecencia no inciden en el derecho a la libertad ambulatoria, y por ser mandatos legítimos de autoridad judicial o competente según norma con rango de ley expresa, no son controlables mediante hábeas corpus.

CONCLUSIÓN ANTICIPADA

La conclusión anticipada del proceso es el procedimiento para adelantar la decisión judicial y dar por terminado el juicio. En el proceso penal la conclusión anticipada se rige según lo ordenado por la Ley N° 28122, que se conoce como ley premial, así como por los artículos 136 del Código de Procedimientos penales modificado por la Ley N° 24388 y los artículos 468 al 471 del Código Procesal Penal.

Se trata pues de un proceso especial que se ubica dentro de los mecanismos de simplificación del proceso,

que modernamente se introducen en los Códigos Procesales. No podemos parametrarnos sobre la base de un Sistema Procesal rígido, tanto por motivos políticos-criminales como de utilidad social, como una forma de humanizar el Proceso Penal, el cual tiene un trasfondo social y exige una solución rápida y justa. No podemos ser ciegos ante una realidad concreta que exige vías concretas de solución en armonía con los fines que demanda el Estado de Derecho. Así entonces, la finalidad de este proceso especial, es evitar la continuación de la investigación judicial y el Juzgamiento, si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el fiscal, aceptando los cargos el primero, es decir una declaración de voluntad unilateral por parte del imputado, de conformidad con la parte acusadora, que responde a criterios de economía procesal y a la optimización de la justicia criminal y obteniendo por ello el beneficio de la reducción de la pena en una sexta parte. Se trata entonces de una transacción penal para evitar un proceso que se hace ya innecesario.

Es un ceremonial procesal que se da una vez abierta la instrucción o investigación y hasta antes de la terminación del mismo, o en su defecto, en el plazo complementario, a iniciativa del fiscal o del imputado, quienes solicitan al juez por una sola vez la celebración de una audiencia especial y privada, la cual constará en cuaderno aparte y solamente con la asistencia del juez, fiscal, procesado o procesados y el abogado defensor.

La terminación anticipada se sustenta en el llamado derecho procesal penal transaccional, que busca evitar un procedimiento penal innecesario obteniendo el procesado un beneficio de reducción de la pena mediante una fórmula de acuerdo o de consenso realizado entre el imputado y el fiscal, con la aprobación necesaria del juez.

En ese sentido, el Recurso de Nulidad N° 1766-2004-Callao, Precedente Vinculante caso José Givaldo Da Silva sobre Tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, Sobre la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 21 de setiembre de 2004, establece:

Tercero. Que si bien la parte civil sólo tiene injerencia en el objeto civil del proceso, el Fiscal Supremo en lo Penal ha cuestionado la legalidad del procedimiento seguido por el Tribunal de Instancia para dictar la sentencia recurrida estimando la no aplicación de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, por lo que es del caso referirse a esa opinión anulatoria; que la citada Ley número veintiocho mil ciento veintidós, más allá de lo limitado y parcial de su denominación oficial, en puridad de verdad comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción judicial

(artículos uno al cuatro) –a la que hace mención el título de la ley– y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo cinco), que aún cuando vinculadas al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal se diferencian en que en este último supuesto rige básicamente el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral, lo que no es de recibo cuando se trata de concluir anticipadamente la instrucción judicial, que requiere cumplir –sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo– determinados requisitos legalmente previstos; que la conclusión anticipada de la instrucción judicial se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera, lo que se explica porque causalmente se tiende a limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción para que, en su día, se funde una acusación o se sostenga una defensa razonable; que, empero, en el caso de la conclusión anticipada del debate oral se privilegia la aceptación de los cargos por parte del imputado y su defensa –ella es la titular de esta institución–, cuya seguridad –de cara al principio de presunción de inocencia– parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción, y valorada, a los efectos de la pretensión acusadora. por el Fiscal Superior y, luego por la defensa, de suerte que el artículo cinco –precisamente por tratarse de una Institución procesal autónoma y distinta de la anterior– no impone límite alguno en orden al delito objeto de acusación o a la complejidad del proceso ni remite su aplicación a las exigencias de los artículos uno y dos; que, asimismo, es de aclarar que cuando el artículo cinco hace mención a la "confesión sincera", en rigor nos remite al numeral uno de dicha norma que por tal expresión, a estos solos efectos –aunque dogmáticamente cuestionable–, entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales o con el artículo uno, numeral tres, de la citada Ley.

Cuarto: Que, en el presente caso, luego de instalarse el juicio oral y fijar los términos del debate se preguntó al imputado y su defensa si el primero se consideraba ser autor del delito materia de la acusación fiscal y responsable del pago de la reparación civil, quien al responder en sentido positivo con aceptación

de su defensa y sin exigencia de actuación probatoria alguna, dio lugar a la sentencia recurrida; que es de acotar que el acto de disposición del imputado y su defensa se circunscribe al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida, no es un allanamiento a la pena pedida y a la reparación civil solicitada, por lo que –como postula la doctrina procesalista– el Tribunal está autorizado, al reconocerse los hechos acusados, a recorrer la pena en toda su extensión, desde la más alta prevista en el tipo penal hasta la mínima inferida, llegando incluso hasta la absolución si fuere el caso, esto es, si se toma en cuenta la fuente española, parcialmente acogida, cuando se advierta que el hecho es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación; que, como es de advertirse, se trata de una modalidad especial de sentencia, que puede denominarse "sentencia anticipada", producto de una confesión del acusado en los términos antes descritos; que esta confesión tiene como efecto procesal concluir el juicio oral, y no está circunscripta exclusivamente al pedido de pena y reparación civil del fiscal y, en su caso, de la parte civil, consecuentemente, el Tribunal retiene su potestad de fijarlas conforme a lo que corresponda y con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad.

Asimismo, en el Recurso de Nulidad N° 2206-2005-Ayacucho, Precedente Vinculante, caso contra Flavio Argumedo Gamboa por delito contra la salud pública –tráfico ilícito de drogas– en agravio del Estado, del 12 de julio de 2005, señala en su F.j. 3, que la sentencia recurrida se ha emitido al amparo de lo dispuesto por el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, que autoriza la conclusión anticipada del debate oral si el acusado, con la conformidad de su abogado defensor, acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil; que la regla segunda del citado artículo de la Ley en referencia prescribe que en ese caso, una vez declarada la conclusión anticipada del debate oral, se dictará sentencia en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad; que estos casos, tal como ha procedido el Tribunal de Instancia, no cabe plantear y votar las cuestiones de hecho a que se refiere el artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, no solo porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo doscientos ochenta y uno de la Ley Procesal Penal presupone una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria realizada para verificar –rechazando o aceptando– las afirmaciones de las partes, que es

precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del Procedimiento Penal.

Igualmente, podemos citar el Acuerdo Plenario N° 05-2008/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008: F.j. 8. El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley antes citada, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto, del juicio oral– a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes. Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre es unilateral –no es un negocio procesal, salvo la denominada "conformidad premiada" establecida en el artículo 372 apartado 2), del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto prescribe "(...) el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena (...)"–. Además, es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa –de doble garantía–, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada –en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra–. F.j. 9. Lo expuesto significa, desde la estructura de la sentencia y de la función que en ese ámbito corresponde al órgano jurisdiccional, que los hechos no se configuran a partir de la actividad probatoria de las partes –ese periodo del juicio oral, residenciado en la actuación de los medios de prueba, sencillamente, no tiene lugar–. Los hechos vienen definidos, sin injerencia de la Sala sentenciadora, por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa. La sentencia, entonces, no puede apreciar prueba alguna, no solo porque no existe tal prueba, al no ser posible que se forme a partir de una específica actividad probatoria, por lo demás inexistente, sino además porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones realizadas en la etapa de instrucción. Se da en este caso una "predeterminación de la sentencia". La sentencia, en la medida en que está precedida de un acto procesal de aceptación de los hechos, tanto en el plano objetivo como subjetivo, y de su relevancia jurídico-penal, con las consecuencias que le son propias,

solo puede apreciar desde el imputado la libertad, la voluntariedad –sin vicios del consentimiento–, la plena capacidad –si tiene o no limitadas sus capacidades intelectivas– y el conocimiento racional e informado de la naturaleza de la acusación que acepta, de la limitación o restricción de sus derechos e intereses legítimos, derivados de una declaración judicial de culpabilidad y de la consiguiente imposición de una sanción penal y reparación civil, así como de los derechos e instrumentos de defensa a los que está renunciando. Ello obliga al Tribunal, como paso inicial de su poder de apreciación de la aceptación de los cargos y acogimiento a la conformidad, no solo a un examen de las características y situación del propio imputado, sino al previo ejercicio de su deber de instrucción; es decir, de informar objetivamente los alcances de la institución de la conformidad, sin formular promesas o condicionar la respuesta del imputado a un determinado tratamiento procesal o punitivo, en el entendido que una desviación de ese deber entrañaría una constricción irrazonable o una promesa indebida que viciaría el consentimiento con la consiguiente ineficacia de la conformidad. F.j. 10. Superado ese nivel de control, el Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio. Los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, sino le vienen impuestos al juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes al Tribunal y a las partes. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita de actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el fiscal en su acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal. En consecuencia, es inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado –es de insistir– supone que ha quedado fijado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos [es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este momento procesal]. Ello, además, provocaría una indefensión a las partes frente al Tribunal sentenciador por introducir un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación

fáctica que la institución importa (*vinculatio facti*). **§ 2. Oportunidad procesal de la conformidad.** F.j. 11. La oportunidad procesal en la que tiene lugar la conformidad está claramente estipulada en la Ley procesal Penal. El emplazamiento al imputado y su defensa, de cara a la posible conformidad, constituye un paso necesario del periodo inicial del procedimiento del juicio oral. Su definición determinará si se pone fin al acto oral con la inmediata expedición de una sentencia conformada, evitándose el periodo probatorio y, dentro del periodo decisorio, el paso de alegato de las partes respecto a la actividad probatoria desarrollada en el juicio –obviamente inexistente cuando se produce la conformidad procesal–. En atención a que una de las notas esenciales de la conformidad, como acto procesal, es su carácter formal, debe cumplir con las solemnidades requeridas por la ley. Si la conformidad procesal persigue evitar el procedimiento probatorio del juicio oral en aras de la inmediata finalización de la causa, es obvio que una vez que se emplazó al imputado y su defensa para que se pronuncien acerca de los cargos objeto de acusación, y ambos se expresaron negativamente al respecto, ya no es posible retractarse luego que se dio inicio formal al periodo probatorio. Extraordinariamente pueden presentarse, sin duda, algunas excepciones a esa regla general, uno de cuyos motivos podría ser la concurrencia de vicios procedimentales o vicios en el emplazamiento o en la respuesta del imputado o de su defensa. Pero la condición o límite necesario siempre estará definido por la apertura y entrada al periodo probatorio que consolida la lógica contradictoria del juicio oral, esto es, con el inicio efectivo del examen o declaración del imputado, como primer paso de la actuación probatoria. La exigencia del cumplimiento del trámite de conformidad antes de la práctica de la prueba evita, precisamente, que pueda optarse por esa institución a partir de la fuerza o sentido indicativo de algunas de las diligencias acreditativas practicadas o por realizarse; y, con ello, impedir conductas fraudulentas o especulativas. **§ 3. La conformidad parcial. Reglas de ruptura de la unidad del juicio.** F.j. 12. La ley acepta la posibilidad de una "conformidad parcial". Es factible que en una causa que se sigue contra una pluralidad de imputados, unos se acojan a la conformidad y otros la rechacen. A partir de ese reconocimiento, el numeral 4) del 5 de la Ley N° 28122, estatuye que: "Si son varios acusados y solamente una parte de ellos, con respecto a estos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos (...)". No hay lugar a dudas y, como tal, la norma debe cumplirse irremediablemente. La Ley, empero, autoriza a no aceptar la conformidad parcial cuando "(...)la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral" –parte

final del citado numeral 4) del artículo 5 de la Ley N° 28122–. La interpretación de esa frase, de cara a los derechos de los imputados, conformados y no conformados, debe atender a los fines de la institución –uno de los cuales es el principio de aceleramiento procesal y el otro es el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas para el conformado– y a la meta de esclarecimiento del proceso penal, aspecto último en que tendrá una especial relevancia las características de los cargos objeto de dilucidación y la posición que sobre ellos han adoptado las partes acusadas. F.j. 13. Si se tiene en cuenta que el imputado conformado acepta o reconoce los hechos que se le atribuyen y que sobre su acaecimiento no cabe discusión, observación o debate alguno –*vinculatio facti*–, de suerte que el órgano jurisdiccional se limita a incorporarlos como tal en la sentencia conformada, en principio, no existe obstáculo procesal para que la situación jurídica de un imputado se resuelva mediante una sentencia conformada y, finalizado ese trámite, prosiga la causa para dilucidar la situación jurídica de los imputados no conformados, aun cuando se trate del mismo hecho o delito –conexidad objetiva o, mejor dicho, pluralidad de objetos desde el punto de vista subjetivo–; es decir, cuando se les atribuya cargos por autoría, instigación o complicidad de un mismo hecho delictivo, y estén presentes en la audiencia. Cabe puntualizar que en el proceso penal no existe la figura del litis consorcio pasivo necesario, pues la posición de cada imputado se considera con total independencia de los otros –no hay comunidad de suerte para todos los copartícipes, la responsabilidad penal es siempre individual–, a cuyo efecto se entiende que en sede penal existirán tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación. El presupuesto de un juzgamiento independiente estará presente, que es la perspectiva normal de una acusación, cuando existan elementos fácticos para enjuiciar el delito con autonomía y juzgar separadamente a cada imputado. Si se presentan estas condiciones, entonces, cabe individualizar la responsabilidad que se atribuye a cada copartícipe, por lo que el órgano judicial estará facultado a decidir sin necesidad de contar con la voluntad concurrente de los restantes copartícipes. En suma, si los hechos están clara y nítidamente definidos en la acusación, si el relato fáctico delimita perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada partícipe, no existe problema alguno para ese tratamiento autónomo, en cuya virtud no se "(...) afectaría el resultado del debate oral". **§ 4. Imputado conformado y declaración en el juicio contradictorio.** F.j. 14. Si, como es legalmente posible, cabe la "conformidad parcial", es del caso decidir si el imputado que aceptó los cargos, y contra quien se expidió una sentencia conformada, está en aptitud de declarar en el juicio que continúa

con los restantes acusados que invocaron, con plena legitimidad, su derecho a la contradicción de la imputación. En principio, si bien las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no están específicamente reguladas como medio de prueba en el Código de Procedimientos Penales –aunque indirectamente otras leyes, materiales y procesales, hacen referencia a su declaración–, lo cierto es que no está prohibida: los datos que pueda proporcionar, en sí mismos, no vulneran garantías o derechos de ninguna parte procesal y pueden contribuir a esclarecer los cargos. Por lo demás, en señal de su aceptación y valorabilidad, tanto la jurisprudencia vinculante de este Supremo Tribunal –Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, del treinta de setiembre de dos mil cinco– como, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal –artículo 158, apartado dos– señalan pautas para apreciar el testimonio que aquellos pueden presentar cuando atribuyen participación criminal a otras personas en los mismos hechos en que resultaron involucrados. No es razonable negar a priori la importancia y utilidad que puede importar a la justicia las declaraciones de las personas a quienes se atribuyen la comisión de delitos con la participación de otras, ello sin perjuicio de la desconfianza o sospechas que merezca su versión y, por tal motivo, de los ulteriores controles y especiales cuidados que exija el juicio de fiabilidad o credibilidad respectivo. En consecuencia, más allá de las dificultades que entraña la actuación y la apreciación del testimonio del coacusado, de naturaleza híbrida entre la testimonial –al que se parece en cuanto a los modos y a los medios de convocatoria del interesado– y la declaración como imputado –en orden a sus garantías formales–, tal como ha sido definido por la Casación Italiana [Sentencia del tres de junio de mil novecientos ochenta y seis], su admisibilidad está plenamente consolidada, tanto más si no es de negar que la información que puede brindar en el juicio está basada en un conocimiento extraprocesal de los hechos objeto de acusación, de la cual el juzgador puede extraer elementos necesarios para la formación de su convicción en orden a la participación en el hecho delictivo del sujeto o sujetos distintos del que depone. F.j. 15. El coimputado, respecto de un testigo, es obvio decirlo, tiene una distinta posición procesal a la que van aparejadas una serie de derechos y obligaciones, como sería la obligación de veracidad para los testigos y el derecho al silencio de los coimputados. El criterio de delimitación –entre testigo e imputado– que es de asumir sobre el particular es el de la "alteridad" de quien declara respecto de los sujetos que intervienen en el proceso: del órgano jurisdiccional y de las partes, esto es, de su diferente posición en el proceso penal. Como el coimputado ostenta el estatus formal de imputado y presta declaración

en esa condición, como parte procesal, en consecuencia, el régimen jurídico de su declaración debe ser el de acusado. Esa es la regla general. Ahora bien, en función de ese mismo criterio, y trasladando el análisis al caso que nos ocupa, fijado el enjuiciamiento por separado entre imputados conformados y no conformados, el régimen jurídico respecto del cual han de ser sometidos variará si los últimos, al momento de su declaración, son ajenos o no al proceso, si están o no excluidos del mismo. Expedida una sentencia de conformidad, en tanto haya adquirido firmeza, los citados copartícipes y condenados ya no son parte –han sido excluidos del ulterior juicio–; además, están protegidos por la cláusula del *ne bis in idem*, en cuya virtud la sentencia conformada no puede anularse ni ser revisada en su perjuicio. Siendo así, el régimen jurídico que le son aplicables es el establecido para los testigos, con la misma obligación de concurrir, y sometido a las mismas consecuencias penales que cualquier otro testigo si es que mintiera [en igual situación estarán, desde luego, coimputados sobreseídos o absueltos con anterioridad]. Otra cosa, por cierto, que permanece latente, son las sospechas que puedan merecer sus declaraciones. **§ 5. Efectos vinculantes de la conformidad**. F.j. 16. Ante una conformidad, en virtud de los intereses en conflicto, la posición del Tribunal como destinatario de esa institución, no puede ser pasiva a los efectos de su homologación; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente. Si bien está obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita –vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (*vinculatio facti*)–, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (*vinculatio criminis* y *vinculatio poena*) se relativiza en atención a los principios antes enunciados. El juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada y la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal. En tal virtud, respetando los hechos, el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción [principio de audiencia bilateral]. Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención –completa o incompleta– o modificativa de la responsabilidad penal, y,

en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda. El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal, o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad o, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción –que integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso–, está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales [en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión que le lesionaría su posición en el proceso], a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos, incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el Tribunal no puede dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes [interdicción de resolver inaudita parte]. La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación –sólo desde sus perfiles jurídicos, mas no fácticos– y dictar una sentencia conformada, siempre es compatible con un control *in bonam partem*, respecto del que sólo se exige audiencia a las partes. Empero, si se advierten otros errores, tales como omisión de considerar –a partir del relato fáctico– una circunstancia agravante o la posibilidad de un tipo legal distinto, más grave, que requiere indagación, debate probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes –control in malam partem–, solo corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral. En cuanto a la individualización de la pena, el Tribunal –por configurar una tarea exclusivamente judicial, inherente a ella– tiene una amplia libertad, dentro del marco jurídico del tipo legal en cuestión [pena abstracta], para dosificarla conforme a las reglas establecidas por los artículos 45 y 46 del Código Penal, cuyo único límite, a parte de no introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena superior a la pedida por el fiscal –explicable por la propia ausencia de un juicio contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el fiscal de oficio, planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita–. Más allá del respeto a la exigencia de promover la intervención de las partes solo cuando se presentan las circunstancias anteriormente señaladas –que importan una preceptiva aminoración de la respuesta punitiva–, vinculada a la aplicación de los artículos 14, 15, 16, 21, 22, y 25, segundo párrafo, del Código Penal, el Tribunal puede proceder, motivadamente, a

graduar la proporcionalidad de la pena en atención a la gravedad o entidad del hecho y a las condiciones personales del imputado. F.j. 17. Si, como se ha estipulado, procede la "conformidad parcial" en los términos del inciso 4) del artículo 5 de la Ley N° 28122, resta determinar los efectos de la sentencia conformada respecto de la sentencia expedida en el juicio contradictorio que tiene lugar inmediatamente después de culminar el trámite de conformidad. La regla es que no existe extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, la cual solo y exclusivamente afecta a la persona contra quien se dictó el fallo correspondiente. Por esta razón lo resuelto en ella no se extiende a un tercero –a los acusados que prosiguen la causa al no acogerse a la conformidad– ni, por ende, la condena impuesta en la sentencia conformada compromete a los acusados como copartícipes del mismo hecho o que condicionan a esa decisión anterior su libertad y defensa. La falta de eficacia subjetiva de un fallo firme, dice Cortés Domínguez –entre otros–, tiene lugar incluso en aquellos supuestos (1) en los que sea factible hablar de relaciones o situaciones penales prejudiciales heterosubjetivas, (2) de interdependencia por la conexidad probatoria - unidad parcial o total en el campo fáctico de ambos supuestos enjuiciados, o (3) en los que un hecho jurídico declarado en una primera sentencia entra a formar parte del supuesto de hecho de la conducta delictiva que se enjuicia en un segundo proceso. Por consiguiente, aun cuando es de valorar la existencia de la sentencia conformada, nada impedirá que sobre los hechos –si existe identidad– no solo se realice prueba plena y total, sino que también se llegue a resultados valorativos totalmente opuestos [así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo Español del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho]. F.j. 18. Afirmada esta concepción, el Tribunal de mérito en el proceso incoado a continuación de la expedición de la sentencia conformada tiene libertad para decidir como corresponda en orden a la actividad probatoria desplegada y a las nuevas valoraciones que pueda realizar, incluso podría –si se cumplen los presupuestos normativos correspondientes, tanto materiales cuanto procesales– variar la tipificación del hecho o tener un juicio jurídico distinto, desde diferentes planos, que el contenido en la sentencia conformada. Un interrogante que se abre paso en estas circunstancias es si cabe extender esa decisión, en caso sea más favorable que la sentencia conformada, para "mejorar" la situación jurídica de los imputados que se acogieron a la conformidad. Ahora bien, si se tiene en cuenta que se trata de una sentencia firme, toda modificación respecto a la existencia del juicio de hecho, vinculada a la valoración de la prueba actuada en el segundo proceso, no tiene otra opción que abordarse vía acción de

revisión penal. Empero, si solo se trata de un cambio de tipificación más favorable, resta analizar si, analógicamente, podría aplicarse el artículo 322 del Código de Procedimientos Penales, que se circunscribe ya no a una absolución sino a una pena atenuada. La norma en cuestión dice: "Cuando el Tribunal Correccional o la Corte Suprema, en sus respectivos casos, fallen en una causa contra reos que fueron ausentes y en la que se expidió sentencia contra los reos presentes, podrán revisar la sentencia de los condenados, con el fin de atenuar la pena, si hubiere lugar por los datos nuevos que resulten". Si bien, en el presente caso, no se está ante una sentencia derivada de un proceso en el que primero se resolvió la causa contra reos presentes y, luego, puesta a Derecho de reos ausentes, se expidió otra sentencia, obviamente distinta de la anterior en función de los datos nuevos resultantes del ulterior enjuiciamiento, lo cierto es que, al igual que aquella, se trata de un mismo proceso que derivó en dos juzgamientos sucesivos que decidieron la situación jurídica de acusados que se encontraban en diferente posición –ya no por ausencia sino por no acogimiento a la conformidad–, en el último de los cuales surgió la presencia de datos nuevos determinantes de un cambio favorable respecto de la respuesta punitiva. Para establecer si existe analogía entre las dos situaciones –ante la no regulación en el caso de imputados conformados y no conformados–, no solo es de rigor advertir la semejanza o similitud de situaciones fácticas. Debe concurrir entre ambas una identidad del fundamento –la razón de ser o *ratio legis*–; deben coincidir en el caso concreto las bases o fuentes que sirven de fundamento al citado artículo 322 del Código Adjetivo. Siendo así, será del caso utilizar la denominada "analogía legis" como método de integración jurídica, en la medida que la regla del artículo 322 del Código Adjetivo cumpla con los requisitos antes esbozados. Si se asume la flexibilidad necesaria para analizar la presencia de la analogía, se tiene que lo esencial de la disposición examinada es dar una respuesta atenuatoria –basada en el favor rei– a todos los procesos en que se juzga sucesivamente a diversos imputados cuando en el último juzgamiento se advierten datos nuevos que autorizan una solución más favorable –que es una regla jurídica de carácter general que está en la esencia del sistema punitivo–, que importe una atenuación de la pena en comparación con la primera sentencia. Tal situación, de presentarse en el sucesivo juzgamiento contra los acusados no conformados, obviamente, exigiría una extensión a los reos conformados: la igualdad esencial, de imprescindible concurrencia, es evidente. En ambos casos se lleva a cabo un segundo enjuiciamiento y en ellos surgen nuevos datos que modifican en sentido favorable la apreciación de los hechos juzgados, por lo que

ante una idéntica situación de hecho (surgimiento de nuevos datos en un segundo juzgamiento contra copartícipes) debe existir una misma respuesta jurídica. Por lo expuesto, es de concluir que no solo cabe que en el segundo juzgamiento las respuestas jurídicas pueden diferir con las del primer juzgamiento, sino que además es posible revisar *in bonam partem* la primera sentencia para atenuar la pena. **§ 6. Conformidad y confesión sincera.** F.j. 19. El tema de la confesión y de la consiguiente atenuación excepcional de la pena por debajo del mínimo legal prevista para el delito cometido, tal como estatuye el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales [dice, en lo pertinente, el citado precepto: "(...) la confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso (...)"], genera determinados problemas interpretativos y aplicativos con la institución de la "conformidad procesal", en tanto que el texto del artículo 5. 2) de la Ley N° 28122 explícitamente hace referencia a "(...) la confesión del acusado, (...)". La confesión, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo que se le atribuye. Como declaración que es debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad –comprobación a través de otros recaudos de la causa–). En la conformidad procesal el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Solo se le pide, si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o un relato circunstanciado de los hechos –que es lo típico de una declaración ante la autoridad de cara a la averiguación de los hechos o a la determinación de las afirmaciones de las partes, según la etapa procesal en que tiene lugar–, aceptar los cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico-penales, a fin de obtener un pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia de conformidad. Ello ha permitido sostener a un sector de la doctrina procesalista que la conformidad es una forma de confesión prestada al inicio del juicio oral o una especie de confesión cuando concurren determinados requisitos. La conformidad consta de dos elementos materiales: a) el reconocimiento de hechos: una declaración de ciencia a través de la cual el acusado reconoce su participación en el delito o delitos que se les haya atribuido en la acusación; y, b) la declaración de voluntad del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consciente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídico penales y civiles derivadas del delito. F.j. 20. Empero, más allá del juicio de valorabilidad y de los criterios de apreciación de la confesión como medio de prueba –que no integra el ámbito de este Acuerdo Plenario–, lo relevante en el presente

caso consiste, de un lado, en determinar si existe equivalencia entre el artículo 5.2 de la Ley N° 28122 y el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, y, de otro lado, si necesariamente la invocación a la conformidad por el imputado y su defensa merecerá una pena atenuada. En cuanto al primer punto, cabe decir que existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión como medio de prueba y el rol que cumple en las diferentes fases del procedimiento penal respecto de la conformidad, pues más allá de la no exigencia del relato circunstanciado de los hechos acusados –propio de la declaración autoinculpatoria que se da en sede preliminar, del sumario y del plenario–, se da una declaración de ciencia por la que se reconocen los hechos atribuidos. Esto último, de cara a los efectos penológicos respectivos –de cumplirse los requisitos adicionales vinculados a la sinceridad–, permitirá apreciar confesión –conforme al citado artículo 136 del Código de Procedimientos Penales– si es que el acusado se encontraba en calidad de reo ausente se presenta al juicio oral acogiéndose a la conformidad [aunque será del caso relativizar su entidad atenuatoria, conforme se verá más adelante, en orden a su relevancia, pues solo se aligera –con mayor o menor nivel de profundidad– el trámite de las sesiones del plenario, sin perjuicio de reconocer que en todo caso constituye un acto de auxilio a la justicia]. Respecto al segundo punto, y atento al principio que informa el procedimiento de la conformidad, es posible concluir que tal acogimiento, en sí mismo, determina la aminoración de la pena. Es de tener presente, al respecto, el proceso especial de terminación anticipada, que expresa un criterio de oportunidad y se basa en el principio del consenso, que da lugar a una conclusión anticipada de la causa con una decisión final que le pone término, como es el caso de este procedimiento. En ese proceso se reconoce legalmente una consecuencia premiada, con independencia de la confesión sincera [véase la concordancia de los artículos 161 y 471 del Nuevo Código Procesal Penal en relación con el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales]. F.j. 21. Cabe aclarar, desde el punto de vista de la pena, que el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales instituye una circunstancia atenuante de carácter excepcional de la responsabilidad penal, cuya ratio es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que esta sea relevante a efectos de la investigación de los hechos [la ley, en estos casos, premia aquellos comportamientos que, de alguna manera, contribuyen a aliviar los costes y esfuerzos de una investigación criminal: razones objetivas de utilidad para el proceso], a la par que evidencia una voluntad de colaboración, de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer el

hecho delictivo. De esta forma se reducen los agravios que inevitablemente se producen a la víctima y aminora la tensión social que el delito ocasiona; ese solo comportamiento, se afirma por algún autor, produce un cierto restablecimiento de la armonía y del equilibrio del sistema. Desde una perspectiva político-criminal, las regulaciones que sobre la materia, tiene expuesto el Tribunal Supremo Español, buscan incitar al autor del delito a realizar una pronta confesión del hecho que permita la identificación de su autor desde el primer momento y facilite el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes que en el mismo haya concurrido (Sentencia número 118/92, del cuatro de febrero de dos mil dos). Desde una perspectiva global el referido artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, exige la sinceridad de la confesión, que equivale a una admisión (1) completa –con cierto nivel de detalle que comprenda, sin omisiones significativas, los hechos en los que participó–, (2) veraz, –el sujeto ha de ser culpable sin ocultar datos relevantes del injusto investigado–, (3) persistente –uniformidad esencial en las oportunidades que le corresponde declarar ante la autoridad competente– y (4) oportuna –en el momento necesario para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación–, a la que se aúna, a los efectos de la cuantificación de la pena atenuada, (5) su nivel de relevancia. Es obvio, por consiguiente, que si el imputado antes, en sede de investigación, negó los cargos y, luego, llegado el momento culminante del proceso, en el juicio oral, los admite, ya nada queda por investigar, entonces, la confesión plenaria solo podrá tener una relativa o escasa influencia en torno a la determinación e individualización de la pena, pero no puede considerarse como un elemento atenuante de la responsabilidad penal con entidad para rebajar la pena por debajo del mínimo legal. De igual manera, si la confesión se configura por el dato objetivo de la realización de actos de colaboración útiles a la investigación del delito –a partir de la información que se proporciona–, a los efectos de la atenuación excepcional debe comprenderse en ella la investigación preliminar, en especial la policial –que por lo general es el pórtico o puerta de entrada al esclarecimiento de los hechos–. La autoridad facultada para recibir la declaración de un imputado puede ser la Policía o el fiscal [a los solos efectos, claro está, de valorar la posibilidad de la atenuación y la utilidad de la misma de cara a los objetivos que persigue]. Es más, el artículo 1, literal 10), de la Ley N° 27934, prescribe que la Policía está autorizada a recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados, y el artículo 62 del Código de Procedimientos Penales prescribe que las declaraciones en sede preliminar, llevadas a cabo con intervención del Ministerio

Público, serán apreciadas conforme al artículo 283 del citado Código. F.j. 22. Si como se ha dejado sentado, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136 de la Ley Procesal Penal con el artículo 5 de la Ley N° 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a quienes se acojan a la conformidad. Para ello es de invocar analógicamente el artículo 471 del nuevo Código Procesal Penal [es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente en todo el territorio nacional]. Dicha norma prescribe: "El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión". La viabilidad de la analogía, con la consiguiente aplicación a la conformidad del artículo 471 del referido Código, ante la presencia de una laguna jurídica en la conformación legal del artículo 5 de la Ley N° 28122, tiene lugar ante una racionalidad que es sustantivamente igual o semejante en sustancia –que no identidad– entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada. Los rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos –el principio del consenso comprende ambos institutos procesales, aunque en diferente intensidad y perspectiva–, con la consiguiente conclusión de la causa con una sentencia anticipada que pone fin al proceso, sobre la base de una disposición del imputado a la aceptación de los cargos objeto de imputación, lo que desde una perspectiva político-criminal, legislativamente aceptada, determina una respuesta punitiva menos intensa. Si bien es cierto la oportunidad procesal en que se llevan a cabo, los controles judiciales que importan y la mayor intensidad de colaboración de la primera frente a la segundo, no son los mismos, tales diferencias no eliminan la semejanza existente y su común punto de partida. Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, sin perjuicio de la confesión, que de presentarse se acumula al primero. F.j. 23. El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la individualización de la pena, impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. No es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término. Como se sabe el método de reducción de la pena en el caso de

terminación anticipada [artículo 471 del Nuevo Código Procesal Penal] constituye un último paso en la individualización de la misma. En efecto, fijada la pena con arreglo a los artículos 45 y 46 del Código Penal –luego de haber determinado el marco penal abstracto [pena abstracta] y, a continuación, el marco penal concreto como consecuencia de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y concurso de delitos–, la cual debe ser identificada en la sentencia conformada, corresponde, como última operación, disminuirla en un sexto. El Tribunal debe ser muy claro en diferenciar los dos momentos finales: la pena que correspondería sin la reducción por acogerse a la terminación anticipada, y, luego, la pena resultante de aplicar la reducción del sexto de la misma. Empero, según lo expuesto en el primer párrafo, en los supuestos de conformidad procesal la reducción no puede ser de un sexto. Necesariamente ha de tratarse de un porcentaje menor. Así las cosas podrá graduarse entre un sétimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal.

Finalmente, también podemos mencionar el Acuerdo Plenario N° 05-2009/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010: **§ 1. Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada.** FJ. 6. La terminación anticipada es un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada. Su regulación, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, Sección V, artículos 468/471, del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP–, se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquel. Por tanto, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso de terminación anticipada o las disposiciones y su estructura procesal. **§ 2. El tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el NCPP.** F.j. 7. El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias. Así fluye de lo

dispuesto en los artículo 468. 4 y 5 del NCPP. Al haberse regulado para todo tipo de delitos –ámbito de aplicación general– y sometido sus reglas a una pauta unitaria, es obvio que, por razones de coherencia normativa y de primacía de la ley posterior que reemplaza un instituto legal determinado, las disposiciones del NCPP han venido a reemplazar a las disposiciones procesales penales especiales, tales como las Leyes N°s 26320 y 28008. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros –Ley N° 28008–, las normas de contenido relevantemente penal material y las reglas procesales específicas vinculadas a las primeras y al modo cómo se han regulado estos delitos siguen rigiendo, tal es el caso de los literales c), d) y e), y los cinco párrafos finales del artículo 20. F.j. 8. El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada –sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado– [fase inicial], hasta la realización de la audiencia respectiva [fase principal] y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipad [fase decisoria]. Es claro, por lo demás, que audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente. Es condición de la realización de la citada audiencia que la solicitud de terminación anticipada pase el examen judicial de admisibilidad y procedencia. Además, el juez ha de revisar si el imputado tiene debido conocimiento de los alcances y consecuencia del acuerdo al que puede llegar –es, precisamente, el segundo paso de la audiencia, inmediatamente después de la presentación de los cargos por la Fiscalía–. El consentimiento del imputado, visto el carácter dispositivo de la pretensión o los efectos que entraña, ha de ser libre, voluntario –sin presiones o amenazas–, informado, prestado con el auxilio de un abogado defensor, y con pleno conocimiento de lo que hace o deja de hacer y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo. F.j. 9. Si es que las partes arriban a un acuerdo –que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico-penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad–, corresponde al juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena. F.j. 10. El control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos

diferentes: a) El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación con los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible. b) El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad –esto es lo que se denomina "pena básica"–. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil –siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil– y de las consecuencias accesorias. c) La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente –probabilidad delictiva– i) de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y ii) que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad. F.J. 11. El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del quantum de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses legítimos de la víctima. Por consiguiente, solo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo. F.j. 12. El análisis que corresponde al Juez Penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales concernidas es ciertamente distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el juez en el proceso común luego del juicio oral. En este último el juez aprecia y valora los actos de prueba y puede aplicar criterios como el *in dubio pro reo* para absolver al imputado, lo que en cierta medida no es posible en el proceso de terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocimos para su conformación sobre la base del consenso procesal. Es claro, atento a lo expuesto, que el juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional. **§ [3]. Beneficios en el proceso especial de terminación anticipada.** F.j. 13. La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica

–definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes–, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad–. El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios de legalidad y razonabilidad de la pena–, corresponde realizar al juez. F.j. 14. El artículo 471 del NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Esta última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161 del NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación. Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre esta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte –es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada–. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efectos de que el juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión.

§ [4]. Recursos en el proceso especial de terminación anticipada. F.j. 15. Uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley. Integra el presupuesto procesal objetivo del recurso. En este sentido, cada recurso tiene su propia regulación, pues está diseñado para cada situación específica, en cuya virtud no se admite un recurso cuando corresponde otro, lo que es propio del principio de singularidad. El gravamen o agravio integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso. La admisión de un recurso está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte procesal concernida o impugnante. Esta, como consecuencia del principio dispositivo –eje esencial del sistema de recursos en toda clase de

procesos jurisdiccionales–, debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado, que debe provenir de la parte resolutiva de la resolución judicial. F.j. 16. El artículo 468.7 del NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales –se entiende fuera de fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo–. Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general establecida por el artículo 416.1 del NCPP, que determina como objeto impugnable en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia –literal b)– o, en su caso, los que causen gravamen irreparable –literal e)–. No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416.1. b) y e) del NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido proceso en el ámbito del derecho al recurso –pluralidad de la instancia– respecto de las decisiones que causan estado. **§ [5]. Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común.** F.j. 17. Dentro de la estructura del proceso común, la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal. El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular –etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero–. Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal (artículo 468.1 del NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación, acto de postulación

que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada. F.j. 18. El artículo 350.1.e) del NCPP autoriza a las partes procesales, distintas del fiscal, instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad, entendido en sentido amplio. Se discute si esta norma permitiría que en sede de etapa intermedia se instaure el proceso de terminación anticipada, bajo el entendido de que este último expresa un criterio de oportunidad procesal. Ya se han dejado sentadas las diferencias sustantivas entre el proceso especial de terminación anticipada y la etapa intermedia del proceso común. El primero tiene como eje el principio del consenso y una de sus funciones es la de servir a la celeridad procesal, mientras que la segunda tiene como elemento nuclear el principio de contradicción y el cuestionamiento –en la medida de lo posible y como alternativa más fuerte de la potestad de control de la legalidad de que está investido el órgano jurisdiccional– de la pretensión punitiva del Ministerio Público. El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca, en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas procesales, solo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o "criterios" contemplados en el artículo 2 del NCPP. Los mecanismos alternativos que buscan respuestas basadas en la idea del consenso (terminación anticipada, conformidad procesal y colaboración eficaz), por su propia especificidad y singularidad, unido a los controles jurisdiccionales que corresponde realizar, están sometidos a un procedimiento determinado, que no tiene las características, alcances y metodología de la audiencia preliminar de control de la acusación. Por otro lado, es de acotar que cuando el citado artículo 350.1.e) del NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, solo remite al artículo 2 del NCPP. La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el artículo 230 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo "criterios de oportunidad", los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado artículo 2 del NCPP. F.j. 19. A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no solo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos que permite el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471 del NCPP

por no cumplir su finalidad político-criminal. F.j. 20. La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concernido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal. Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de esta audiencia, pues como señala el artículo 468.3 del NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible. F.j. 21. De lo expuesto en los párrafos anteriores, se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo I.1 del Título Preliminar del NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139.14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar del NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal.

Concurso de delitos

El concurso de delitos es la institución procesal penal que se produce cuando el agente criminal vulnera varios bienes jurídicos en su resolución criminal, con una o varias acciones ilícitas. El concurso de delitos es ideal cuando en una sola acción u omisión se configuran uno o más delitos; es decir cuando una misma acción u omisión infringe varios tipos legales o infringe el mismo tipo varias veces. El concurso real de delitos se da cuando concurren varias acciones o hechos autónomos, es decir, que cada uno constituye un delito particular e independiente, aunque puedan merecer un solo procedimiento penal. No plantea ningún problema teórico importante. Cada acción por separado constituye un delito.

Sobre este tema, en el Acuerdo Plenario N° 04-2009/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, sobre determinación de la pena y concurso real de delitos, se establece lo siguiente: **§ 1. El concurso real de delitos.** F.j. 6. El artículo 50 del Código Penal –en adelante, CP– regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley N° 28730, del 13 de mayo de 2006. Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal(*). Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo. El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos. Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes: A) Pluralidad de acciones. B) Pluralidad de delitos independientes. C) Unidad de autor. El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto–, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo(**). La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función de la conexidad material existente entre ellos. F.j. 7. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado "principio de acumulación". El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente: A) Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito –límites mínimo y máximo o pena básica– con base en la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la

(*) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006, p. 703.

(**) GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008, p. 655.

concreción de la pena aplicable al delito en cuestión –pena concreta parcial–. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo. B) En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación. En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave). Finalmente, el artículo 50 del CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Esta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total solo una de ellas. F.j. 8. Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51 del CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley N° 28730. El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluido él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió

en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública. Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185 del CP), falsedad documental (artículo 427 del CP) y lesiones graves (artículo 121 del CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves. Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes: A) Pluralidad de delitos. B) Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso. C) Unidad de autor. F.j. 9. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un solo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real(*). En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51 del CP, mediante la Ley N° 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50 del CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51 del CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar solo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso). **§ 2. El concurso real de faltas.** F.j. 10. La Ley N° 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según este artículo: "Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio

(*) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2005, p. 942, numeral 2422.

total causado". La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes: A) Pluralidad de acciones. B) Pluralidad de faltas independientes. C) Pluralidad de personas perjudicadas. D) Unidad de autor. F.j. 11. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real. Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas, ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente "(…) infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, (…)". Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50-A del CP: "(…) será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado". Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50 y 51 del CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una "pena privativa de libertad prevista", la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro Tercero del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales solo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos –prestación de servicios a la comunidad– y multa, conforme al artículo 440.3 del CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440 del CP (Disposiciones Fundamentales), pero que solo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441 del CP o contra el patrimonio del artículo 444 del CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia –pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes– que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales. Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50-A del CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley N° 29407 y que era el siguiente: "Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen

el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado". La redacción proyectada aludía, pues, a un "delito" y no una falta, por lo que sí era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible. Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50-A del CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de setiembre de 2009 (diario oficial *El Peruano*. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de setiembre de 2009, p. 403452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: "Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado". La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuántas faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad. En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas la penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34 del CP (ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales) y 440.4 del CP (ciento ochenta días-multa), respectivamente. **§ 3. Acusación fiscal y congruencia.** F.j. 12. La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225.2 del Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP– y 349.1-b del Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–). Un requisito formal de la acusación es, precisamente, su exhaustividad y concreción –debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225 del ACPP o 349.1 del NCPP–. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión. La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con

rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46-A, 46-B, 46-C, 21 y 22 del CP, y artículos 136 ACPP o 161 del NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48/50 del CP). Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, dedicado a la aplicación de la pena. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos –concurso ideal, concurso real, delito continuado y delito masa–, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados(*). F.j. 13. Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión –así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes en el ámbito de la pena– debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación procesal o de información judicial –cuyo eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos–. El planteamiento de la tesis, según el artículo 285-A del ACPP, solo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Solo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal –inmutable en sí mismo– y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado. Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación. Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre

(*) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 747.

que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos –por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate–. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aun cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto –de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas–, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna. Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico-jurídicos mayores a la teoría del delito, pues esta se cumple sin ninguna complejidad en relación con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer(*). F.j. 14. El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350.1 del NCPP, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes –y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser deducida de oficio por el Tribunal– la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección –casos de una acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal–. El artículo 374.1 del NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. El artículo 387.2 del NCPP otorga al fiscal la facultad solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones justificativas para hacerlo. Este sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal. F.j. 15. Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de

(*) Ibídem p. 748.

legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena. Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e individualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Esta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España. F.j. 16. Los artículos 225 y 273 del ACPP y 349.1 y 387.1 del NCPP exigen que el fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285-A.4 del ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada. El artículo 397.3 del NCPP, sin embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación. La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El petitum o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego –y en la concepción asumida por el NCPP– tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de la organización del Estado(*). El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad. F.j. 17. El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena

(*) COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. "La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal". En: *Revista del Poder Judicial*. CGPJ, Iberius, Madrid, 2004, p. 30.

que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal –por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria–. En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito. No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo –que es la pauta legal fijada por el NCPP–, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal). Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal(*). F.j. 18. Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal Ad Quem. Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha valer cuando formuló acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50 del CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político-criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aun cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal. Si, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la pena impuesta no es compartible con el marco penal legalmente

(*) COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. Ob. cit., p. 33.

establecido –incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50 del CP–, en aplicación del principio de interdicción de la reforma peyorativa (artículos 300.1 ACPP y 409.3 del NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso.

CONCURSO REAL RETROSPECTIVO

El concurso real retrospectivo de delitos es la institución procesal que permite sumar a la pena ya imspuesta una pena adicional como condena de otro hecho punible cometido antes de la imposición de la primera sentencia. Se regula por el artículo 51 del Código Penal. Este artículo ha sido modificado primero por Ley N° 26832 del 3 de julio de 1997 y luego por Ley N° 28730 del 13 de mayo de 2006(*). Conforme a la Ley N° 26832 se aplicaba el instituto de la refundición de penas, es decir la pena mayor era la que prevalecía frente a las penas inferiores que quedaban dentro de la mayor, pero con la dación de la Ley N° 28730 la figura de la refundición ha quedado subordinada al instituto del Concurso real retrospectivo, pues esta norma al no ser material sino procesal, es de aplicación automática y no cabe la aplicación por favorabilidad de la norma más beneficiosa al reo.

Es importante citar el Recurso de Nulidad N° 367-2004-Santa, Precedente Vinculante, caso contra Marcial Inga Jaime por delito de estafa en agravio de la Municipalidad Provincial del Santa, del 23 de febrero de 2005:

(*) **Artículo 51 del Código Penal, texto original.** Si después de la sentencia definitiva condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a nuevo proceso y se aumentará la pena o se impondrá la nueva pena correspondientemente.

Artículo 51. Si después de la sentencia definitiva condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado de igual o distinta naturaleza que merezca una pena inferior a la impuesta, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, el órgano jurisdiccional o los sujetos al proceso, solicitarán copia certificada de fallo ejecutoriado y en mérito de la misma, el órgano jurisdiccional dictará el sobreseimiento definitivo de la causa y ordenará archivarla. Si el hecho punible descubierto mereciere una pena superior a la aplicada el condenado será sometido a un nuevo proceso y se impondrá la nueva pena correspondiente. [Modificado por Ley N° 26832 de julio 3 de 1997].

Artículo 51 Concurso real retrospectivo. Si después de la sentencia definitiva condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente esta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito. [Modificado por Ley N° 28730 de mayo 13 de 2006].

F.j.4. Que esta Sala Penal Suprema considera necesario hacer las siguientes precisiones: a) Que el denominado concurso real retrospectivo, contemplado en el artículo cincuenta y uno del Código Penal, se produce cuando los delitos que componen el concurso no han sido juzgados simultáneamente en un solo proceso. Esto es, el procesado ha sido autor de varios delitos, pero inicialmente fue juzgado y condenado solo por uno o algunos de los delitos cometidos. De allí que al descubrirse con posterioridad a tal juzgamiento y condena los delitos restantes, ellos darán lugar a un nuevo juzgamiento. Sin embargo, tal anomalía procesal no afecta la integridad del concurso real de delitos que cometió el agente. Por consiguiente conforme lo señala José Hurtado Pozo "(…) para la imposición de la pena en el denominado concurso retrospectivo se debe tener en cuenta el criterio de que no debe castigarse al agente más severamente que si se le hubiese juzgado simultáneamente por todos los delitos cometidos" (Cfr. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal - Parte general*. 2ª edición, Editorial Eddili, Lima, 1987, p. 593). b) Que con la modificación incorporada del citado artículo cincuenta y uno del Código Penal por la Ley número veintiséis mil ochocientos treinta y dos, se estableció como excepciones a dicha consecuencia general. En primer lugar, si el delito de juzgamiento posterior merece una pena inferior a la ya impuesta en el juzgamiento inicial, se debe dictar el sobreseimiento definitivo y el archivo de la causa. En segundo lugar, si la pena conminada para el delito posteriormente descubierto fuese superior a la ya aplicada se debe realizar un nuevo juicio e imponerse la nueva pena que corresponda al procesado. c) Que para la operatividad de las excepciones mencionadas se debe efectuar una comparación entre la pena concreta impuesta en la primera sentencia y la pena legal conminada para el delito recién descubierto pero cometido antes de la primera sentencia. d) Que, por otro lado, es de señalar que el texto vigente en el artículo cincuenta y uno tiene una finalidad práctica orientada por los principios de economía procesal y eficacia judicial frente al gasto y desgaste funcional que representa todo nuevo proceso que al estar vinculado con un concurso real de delitos demanda una sanción coherente con lo prescrito en el artículo cincuenta del Código Penal. F.j.5. Que el derecho de la víctima a una reparación por daños y perjuicios no se afecta con el sobreseimiento que autoriza el artículo cincuenta y uno y que tiene una efectividad estrictamente punitiva; por tanto tal facultad de la víctima puede ejercerse en sede civil. F.j.6. Que, en ese contexto, es importante resaltar que en la ciudad de Arequipa, con fecha dieciséis de diciembre del año mil novecientos noventa y siete, los Vocales Superiores integrantes de las Salas Penales

de la República, se reunieron en sesión de Sala Plena Jurisdiccional Nacional Penal, con la finalidad de establecer criterios comunes para la aplicación de la norma penal, procesal penal y penitenciaria. Que entre los problemas jurisprudenciales sometidos a consideración del Pleno en aquella ocasión, se encontraba la aplicación del concurso real retrospectivo, llegando a los siguientes acuerdos plenarios con relación a este tema: a) Para efectuar la comparación entre la pena impuesta en la sentencia y el delito recién descubierto cometido antes de ella, debe estarse a la pena conminada legalmente, sin perjuicio de tenerse presente los supuestos eximentes, b) El sobreseimiento por concurso real retrospectivo no impide a la parte civil interponer una demanda en sede civil, c) En el caso de que el delito recién descubierto mereciera una pena igual a la impuesta en la sentencia condenatoria no puede sobreseerse el proceso; y d) **La ley que modificó el artículo cincuenta y uno del Código Penal no es inconstitucional**, ya que no afecta el principio del debido proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho a la presunción de inocencia, ni el derecho a la igualdad de la ley.

Control de la acusación

El control de la acusación es la actividad procesal que el juez de investigación preparatoria debe realizar en la etapa intermedia, haya mediado o no, observación de la defensa del imputado, este control de legalidad supone tanto el juicio de justificación interna como de justificación externa. Es decir, el magistrado debe evaluar si el planteamiento fiscal es lógico en su construcción narrativa, cumpliendo con el principio de exhaustividad acusatoria, es decir que el Ministerio Público precise el bien jurídico violado, y el contenido fáctico entre otros aspectos: el verbo rector atribuido, las circunstancias si la imputación fuera agravante, así como el grado de intervención en el dominio del hecho, así como los elementos de legitimidad para la determinación de la pena a imponerse, como la inhabilitación, el concurso de delitos, la reincidencia o la habitualidad, si fuera el caso.

Sobre el particular, el Acuerdo Plenario N° 06-2009/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, establece: **§ 1. La acusación fiscal. Alcances jurídico procesales.** F.j. 6. La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159.5 de la Constitución, 1 y 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en adelante LOMP 219 ACPP y 1, 60 y 344.1 del NCPP). Mediante la acusación la fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional

para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344.1 del NCPP). La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención solo es posible en los delitos de persecución pública– y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho Penal debe tratarse no solo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al petitum o petición de una concreta sanción penal. Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (artículo 92 del Código Penal, –en adelante, CP–), también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función de su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria– y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad. F.j. 7. Los artículos 225 del ACPP, 349 del NCPP y 92.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber ser sido comprendido como tal mediante un acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción –fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente–. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba. Formalmente, además de su carácter

escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho Penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico-penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad Penal. F.j. 8. La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Este comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación. Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria –según se trate del ACPP o del NCPP, respectivamente–, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Lo expuesto no hace sino ratificar que ambas decisiones –judicial una y fiscal otra– determinan la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de instrucción o la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación. Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349.2 del NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre –claro está– con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial –es decir, total o parcial– entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de

contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal. **§ 2. El control de la acusación en el ACPP.** F.j. 9. Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones. El marco del control, sin embargo, solo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida en que no genere indefensión material en perjuicio del acusador. El control, como corresponde, debe realizarse sin mengua del principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional. En consecuencia, interpretando en clave constitucional el artículo 229 del ACPP, será menester que previamente a la calificación judicial de la acusación fiscal se corra traslado por un plazo judicial –definido en función de las características y complejidad de la causa– a las demás partes. F.j. 10. Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225 del ACPP. El fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, (i) que el petitorio o petitum sea incompleto o impreciso, (ii) que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente –no circunstanciado–, vago, oscuro o desordenado, o (iii) que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motivada e irrecurrible –tal decisión no está prevista en el artículo 292 del ACPP– las actuaciones al fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar –si correspondiere– las observaciones resaltadas judicialmente. F.j. 11. El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez su control o ejercicio de oficio. Se trata de los presupuestos procesales, referidos al órgano jurisdiccional –la jurisdicción y competencia penales– y a la causa –excepciones procesales–. Desde luego, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto. Resolver de oficio no significa hacerlo sorpresivamente, sino propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión. Toda otra

intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la acusación e impida el inicio del juicio oral, en función de las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida. **§ 3. El control de la acusación en el NCPP.** F.j. 12. La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal –ese, y no otro, es su ámbito funcional–. El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350/352 del NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes– (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes. F.j. 13. El artículo 350.1 del NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria –la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en la garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva–, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350 del NCPP. Este comprende los supuestos descritos en el párrafo 9 en relación con el artículo 349 del NCPP. Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352.2 del NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de "(…)un nuevo análisis del Ministerio Público". F.j. 14. El control sustancial de la acusación está en función del mérito mismo del acto postulatorio del fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral –con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2 del NCPP, y de la deducción de excepciones– solo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344.2 del NCPP. Este control, por imperio del artículo 352.4 del NCPP, puede ser realizado de oficio. Al Juez de la Investigación Preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre

el particular. F.j. 15. Por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352.2 del NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349.1 del NCPP –en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar– lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar sólo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones. El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Esta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344.1 del NCPP).

Control de logicidad

El control de logicidad es la verificación por parte del examinador o Tribunal Superior de Justicia u órgano de instancia superior de la construcción argumentativa de una decisión evaluando por medio del test de logicidad si posee justificación interna (quiere decir coherencia y consistencia entre las premisas y fundamentos entre sí, así como la ausencia de falacias o atentados a las reglas de lógica, conocidos como *errores in cogitando*) y justificación externa (quiere decir que lo resuelto se respalde en datos, máximas de la experiencia, conocimiento científico o hechos notorios obtenidos a partir del debate contradictorio de los elementos de prueba conocidos como *errores in probando*).

Sobre este punto, la Cas. N° 4255-2009-Lima, Nulidad de acto jurídico, contra la Cooperativa Agraria de Trabajadores "Santa Sofía". 28 de setiembre de 2010, estableció en F.j.8, que el control de logicidad es el examen que efectúa la Corte de Casación o Tribunal Superior para conocer si el razonamiento que realizaron los jueces inferiores es formalmente correcto y completo desde el punto de vista lógico, esto es, se quiere verificar el cumplimiento de las reglas que rigen el buen pensar, es decir, los *errores in cogitando,* estando a ello, existen: a) la falta de motivación y b) la defectuosa

motivación, dentro de esta última encontramos la motivación aparente, la insuficiente y la defectuosa en sentido estricto.

CONTROL DIFUSO

El control difuso de la Constitución es la potestad jurisdiccional por la cual cualquier Magistrado de la República, sin importar el proceso que se encuentre decidiendo tiene la prerrogativa conforme al mandato del artículo 138 concordante con el artículo 51 de la Constitución Política del Perú, para declarar inaplicable a un caso concreto una disposición legal vigente de rango infra constitucional, fundamentando debidamente la incompatibilidad de la norma inaplicada con respecto a la norma expresa de la Constitución o si se tratara de un derecho fundamental de la vulneración a su núcleo esencial.

Así, en la STC Exp. N° 03741-2004-AA/TC-Lima, Precedente Vinculante, Caso Ramón Hernando Salazar Yarleque, del 14 de noviembre de 2005, se estableció:

F.j. 41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes: a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional. b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo con base en una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma. c) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución. d) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante. F.j. 50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos: **A) Regla procesal:** El Tribunal Constitucional,

de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la Administración Pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados. **Regla sustancial:** Todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución. **B) Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la Administración Pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la Administración Pública, a un grupo amplio de personas. **Regla sustancial:** Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia Administración Pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

CONTUMACIA

La contumacia es el estado procesal que es declarada judicialmente frente a la conducta renuente de un imputado que pese a los requerimientos judiciales, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales para las que es citado, fugue del establecimiento o lugar

donde se encuentre detenido o preso, no obedezca una orden de detención o prisión, sea por mandato de conducción compulsiva o por mandato judicial de ubicación y captura, de la cual tenga el debido conocimiento, o se ausente del lugar de su residencia sin la autorización debida de autoridad judicial o Fiscal correspondiente cuando se haya dispuesto la residencia en dicho lugar o la no variación de dicha residencia.

En el Acuerdo Plenario N° 05-2006/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006, se señaló que: F.j. 7. El artículo 139, numeral 3), de la Ley Fundamental garantiza el derecho de las partes procesales a acceder al proceso en condiciones de poder ser oído y ejercitar la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En tal sentido, como postula Picó I Junoy, los actos de comunicación de las resoluciones judiciales –notificaciones, citaciones y emplazamientos–, en la medida en que hacen posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representan un instrumento ineludible para la observancia de las garantías constitucionales del proceso [*Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 54]. Dada su trascendental importancia es obvio que corresponde al órgano jurisdiccional examinar cumplidamente que los actos de comunicación, el emplazamiento a las partes, en especial al imputado con la llamada al proceso, cumplan escrupulosamente las normas procesales que los regulan a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación. F.j. 8. La contumacia está íntimamente vinculada a esa institución procesal de relevancia constitucional, cuya definición legal se encuentra en el artículo 3, inciso 1), del Decreto Legislativo N° 125, y que a su vez ratifica que el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso penal, y si no lo hace se expone a una declaración de contumacia. El ordenamiento procesal penal nacional reconoce, además, la ausencia, y en ambos casos, como es evidente, consagró como dogma la imposibilidad de desarrollar el juicio oral –fase angular del sistema acusatorio– sin la necesaria presencia del acusado [en este sentido, el Código –acota Gimeno Sendra– llevó hasta sus últimas consecuencias el principio general del Derecho, conforme al cual "nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído", interpretando dicho precepto como exigencia de comparecencia física del imputado en el proceso a fin de que pueda ejercitar su defensa privada y, en último término, su derecho a la "ultima palabra": *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2004, p. 215]. Lo relevante de ambas instituciones: contumacia y ausencia, de configuración legal, a las que se anudan variados efectos procesales que

incluso entrañan una intensificación de las medidas de coerción personales, es que se requiere de una resolución judicial motivada que declare el estado de ausencia o contumacia del imputado, la cual importa una verdadera obligación judicial que habrá de dictarse cuando se cumplan escrupulosamente los presupuestos materiales estipulados por la ley procesal, y que a su vez se erige en condición necesaria para dictar las medidas de coerción limitativas de la libertad del imputado. La indicada resolución judicial tiene una naturaleza constitutiva, ya que por ella se crea el estado de ausente o contumaz, al que va ligado normalmente la adopción de medidas provisionales personales. La declaración de contumacia constituye una situación procesal que legitima al juez para ordenar la detención del procesado renuente a acatar el cumplimiento de determinados mandatos procesales. F.j. 9. El citado artículo 3 del Decreto Legislativo número 125 define la institución de la contumacia. El contumaz, en términos generales, es el imputado que conoce su condición de tal y que está o estará emplazado al proceso para que responda por concretos cargos penales, y pese a ello deja de concurrir, se aparta voluntariamente del proceso [el encausado es consciente de la existencia de un proceso penal dirigido contra él y decide no acudir a la llamada del órgano jurisdiccional]. Es significativo a estos fines el literal a) del citado artículo, que precisa que se reputa contumaz: "Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehúye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juez o Tribunal". A estos efectos, el artículo 1 de la Ley N° 26641 exige que el auto que declara la condición de contumaz del imputado –sin esa resolución judicial no es posible calificar a un acusado de contumaz– solo se dictará desde que "(...) existen evidencias irrefutables que el acusado rehuye del proceso (...)". F.j. 10. La contumacia puede declararse en sede de instrucción o de la etapa intermedia o del enjuiciamiento. El artículo 2 de dicho Decreto Legislativo regula, aunque genéricamente, la posibilidad de declararla en la etapa de instrucción, a cuyo efecto remite a lo dispuesto en los artículos 205 y 206 del Código de Procedimientos Penales. Esa disposición, como es obvio y aplicando integrativamente el artículo 1 de la Ley N° 26641, solo exige que existan evidencias irrefutables que el inculpado, según se encuentre en los supuestos del artículo del referido Decreto Legislativo N° 125, rehúye el proceso –concretamente, la instrucción– para que se dicte el auto de declaración de contumacia. No se requiere, desde luego, una reiteración del mandato y una segunda incomparecencia para la emisión del auto de contumacia, situación que incluso es evidente en los supuestos de citación para diligencia de lectura

de sentencia en los procesos sumarios (conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional N°s 3014-2004-HC/TC, del 28/12/2004; 7021-2005-HC/TC, del 17/10/2005; y, N° 2661-2006-HC/TC, del 17/4/2006). En este último caso: lectura de sentencia en los procesos penales sumarios, se explica porque no se trata propiamente de una fase procesal autónoma que requiere de una sucesión de actos procesales y diligencias de presentación de cargos, actividad probatoria, alegatos, última palabra, y deliberación y sentencia. F.j. 11. El auto de enjuiciamiento o, en su caso, el de citación a juicio, por el contrario, tiene precisiones estrictas para el emplazamiento del acusado presente; está asociado a un apercibimiento específico y un trámite escrupuloso. Prescribe al respecto el artículo 210 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 125, que: "(...) Tratándose de reos con domicilio conocido o legal conocido en autos, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz (...), señalándose nueva fecha para la audiencia, siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel. Si el acusado persiste en la inconcurrencia, se hará efectivo el apercibimiento, procediéndose en lo sucesivo conforme a los artículos 318 al 322 del Código de Procedimientos Penales". F.j. 12. Siendo así, son presupuestos materiales para la declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento: a) que el acusado presente, con domicilio conocido o legal, sea emplazado debida o correctamente con la citación a juicio [se entiende que si el propio emplazado proporciona un domicilio falso, ello acredita su intención de eludir la acción de la justicia y justifica la declaración como reo contumaz, tal como ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 4834-2005-HC/TC, del 8/8/2005]; b) que la indicada resolución judicial, presupuesto de la declaración de contumacia, incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada; y, c) que el acusado persista en la inconcurrencia al acto oral, en cuyo caso se hará efectivo el apercibimiento previamente decretado, esto es, la emisión del auto de declaración de contumacia, y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes. En tal virtud, el órgano jurisdiccional deberá examinar cuidadosamente el debido emplazamiento al imputado, la correcta notificación, y sobre esa base proceder en su consecuencia [El Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 3411-2006-HC/TC, del 12/5/2006, ha insistido en que si no se notifica debidamente al imputado no es legítimo declararlo reo contumaz]. Para la declaración de contumacia, acto seguido, es central la nota de "persistencia" en la incomparecencia voluntaria del acusado al acto oral, la cual significa

mantenerse firme o constante en una cosa o, más concretamente, ante el emplazamiento judicial, es decir, no cumplirlo deliberadamente. Ahora bien, si el párrafo analizado está en función de la iniciación del acto oral o a su continuación, esto es, si la norma procesal precisa que se señalará nueva fecha para la audiencia siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel, a partir de lo cual se hace mención a la persistencia del acusado en su incomparecencia, entonces, es evidente que la resolución judicial de contumacia se dictará una vez que el acusado incumpla este segundo emplazamiento, a mérito de lo cual se renovarán las órdenes para su captura, se le emplazará por edictos y se reservará el proceso hasta que sea habido, tal como lo dispone, en lo pertinente, el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales. Es claro, asimismo, que si el acto oral tiene lugar por la concurrencia de otros acusados, la declaración de contumacia se hará efectiva una vez se cite al acusado inconcurrente para la continuación del juicio oral, aplicando en lo pertinente las normas antes invocadas. F.j.13. Por otro lado, en vista de que el auto de contumacia importa, además, la restricción de la libertad personal del imputado –en todo caso, una medida de coerción personal más intensa–, tal y como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 934-2002-HC/TC, del 08/07/2002, si el juez rechaza indebidamente la recusación –al margen de la ley procesal–, lesionando con ello el principio constitucional del procedimiento preestablecido, tal decisión deviene ilegítima. Sobre el particular es de rigor precisar que con posterioridad a dicha sentencia se han dictado la Ley N° 28117, del 10/12/2003, y el Decreto Legislativo N° 959, del 17/08/2004, que han introducido cambios sustanciales en el régimen y procedimiento de la recusación y excusa o inhibición de Jueces y Vocales. Las normas antes citadas, a diferencia del texto procesal originario, autorizan al rechazo liminar o de plano del pedido de inhibición o de la solicitud de recusación, estipulan un plazo determinado para recusar y reordena el trámite incidental correspondiente, y delimitan los motivos de recusación contra Vocales. En tal virtud, si se vulnera el nuevo ordenamiento procesal rechazando de plano la recusación, sin amparo en la respectiva autorización legal, obviamente rige la doctrina jurisprudencial inicialmente mencionada. Es claro, sin embargo, que si una recusación se rechaza de plano por un motivo legalmente establecido en la Ley procesal, obviamente será posible –más allá de la interposición del respectivo recurso de apelación contra tal desestimación liminar, que no tiene efecto suspensivo– dictar el auto de contumacia y las medidas restrictivas de la libertad correspondientes. Por lo demás, si se da trámite a una recusación, aun cuando este no suspende

el proceso principal ni la realización de diligencias o actos procesales –cuya actuación está sujeta a la efectiva concurrencia del Ministerio Público y citación a las partes–, y existe expresa prohibición de expedir resolución que ponga fin a la instancia o al proceso –vide: apartado dos del artículo 33 del Código de Procedimientos Penales–, debe entenderse que tampoco se puede dictar una medida limitativa de la libertad, como consecuencia de un auto de contumacia, en tanto las dudas sobre la imparcialidad judicial no se deslinden definitivamente conforme a sus trámites regulares. Cabe acotar que lo expresamente autorizado son actos o diligencias procesales, no la expedición de una resolución que incida en un derecho fundamental de la trascendencia de la libertad personal, y además siempre está prohibido –esta vez por regla expresa– clausurar el proceso hasta que la recusación o inhibición esté resuelta. F.j. 14. En síntesis, la declaración de reo contumaz no constituye una facultad discrecional de la Sala Penal Superior, sino que está sometida a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente. Es imprescindible el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego una segunda citación y de persistir en la inconcurrencia voluntaria recién se dictará el auto de contumacia y se procederá conforme al artículo 319 del Código de Procedimientos Penales. Por último, un juez recusado o con pedido de inhibición del Ministerio Público, una vez que se acepta iniciar el trámite respectivo, no puede dictar una medida limitativa de la libertad como consecuencia de un auto de contumacia al margen de las normas que regulan la recusación y la inhibición o excusa de magistrados.

Corrupción de funcionarios

El delito de corrupción de funcionarios es el acto ilícito de resultado, es un delito pluriofensivo pues afecta los recursos patrimoniales del Estado, que se destinan a las entidades públicas, sean del tesoro público, o de los que captan directamente de los usuarios, la seguridad jurídica legal de instrumentos de gestión, de valoración, certificación pública, confiada a las entidades públicas, el buen nombre, prestigio moral de las entidades, y del personal que labora en ellas, generando desconfianza, temor en la colectividad, la posición legal, legítima de autoridades y formas de gobierno de las entidades, las relaciones convencionales, contractuales, políticas, sociales, culturales, con otras entidades locales, regionales, nacionales e instancias de gobierno y la Administración Pública.

El término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del latín *rumpere*, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de *corrumpere*, cuyo

significado es alteración, desunión, descomposición. *Corrumpere*, entonces, debería significar: "romper con", "romper en unión de", pero en realidad quiere decir "echar a perder, pudrir". Por lo tanto, la expresión corromper siempre reconoce, en líneas generales, la presencia de dos partícipes en el acto, que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto, es decir la fuerza que corrompe y aquella persona sobre el que recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre(*).

El fenómeno de la corrupción está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente a ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia. El poder y corrupción se asocian cuando el primero no es considerado como un hecho regulado por el Derecho, entendiéndose a este como un sistema normativo regulativo de conductas humanas. Por otro lado, no habría inconveniente de orden semántico que se pueda hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes "corruptos", en el mismo sentido podría hablarse de gobernantes o congresistas corruptos. Empero, lo que sí es cierto es que en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, un decisor(**).

La definición más utilizada por los científicos sociales, es la elaborada por el profesor de la Universidad de Harvard Joseph S. Nay; de acuerdo con su explicación la corrupción, pero siempre vinculado de alguna forma a la Administración Pública es una "conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales. Esta definición incluye conductas tales como el cohecho (utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía), nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos)"(***).

Lord Acton decía que el "(...) poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente" o como decía Montesquieu: "La constante

(*) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "Los delitos de corrupción de funcionarios y criminalidad organizada". Chile, 2008. En: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20080612_49.pdf>, consultado el 23 de agosto de 2012.

(**) GARZÓN VALDES, Ernesto. "Acerca del concepto de corrupción". En: *Varios Autores. La corrupción política*. Madrid, (1997) pp. 42 y 43.

(***) Citado por BERALDI, Carlos Alberto. "Control de la corrupción mediante la desregulación". En: *Pena y Estado*. Año 1, Número 1, Buenos Aires, 1995, pp. 36 y 37.

expectativa demuestra que todos los hombres investidos de poder son capaces de abusar de él y de hacer su autoridad tanto como puedan". "Los corruptos son delincuentes que no tienen necesidad de huir de nada. Nadie les agarrara el cuello. Están más allá de algún inexorable envilecimiento aunque algún juez molesto los haga comparecer para una cierta denuncia. Es una incomodidad, pero finalmente no ocurre nada". Citado por: NEUMANN, Elías. "La pobreza y la corrupción desligitiman a las democracias incipientes, a la ley penal y a los Derechos Humanos". En: *Libro Homenaje a Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires, (1997) p. 362.

Sobre este delito, el Recurso de Nulidad N° 1091-2004-Lima, Precedente Vinculante, Caso Julio Alberto Peña García, Paúl Alfonso Castillo Aguilar y Héctor Villanueva Granda sobre cohecho propio en agravio del Estado, del 22 de marzo de 2005, F.j. 4, señaló: **Cuarto:** Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventitrés del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario.

COSA JUZGADA

La "cosa juzgada" proviene de la frase latina de *res iudicata,* es el principio que define la inmutabilidad que posee una resolución judicial que ha merecido el pronunciamiento definitivo sobre alguna causa, al haberse pronunciado sobre el fondo del asunto, o sea sobre la cuestión litigiosa determinando si el petitorio resulta fundado o infundado. Por extensión se aplica este término a las resoluciones que sin tener tal condición, por mandato expreso de la norma alcanzan los mismos efectos como las resoluciones de estado o cosa decidida administrativa inimpugnables judicialmente, el sobreseimiento fiscal, la gracia presidencial, el indulto presidencial, la amnistía parlamentaria, el sobreseimiento de ante juicio parlamentario, entre otras.

Sobre el particular, en la STC Exp. N° 04587-2004-AA/TC-Lima, caso Santiago Martin Rivas, del 29

de noviembre de 2005, F.j. 39, se estableció que la determinación de si una resolución que no constituye una sentencia definitiva (pero que ha puesto fin al proceso penal) se encuentra también garantizada por este derecho, a la luz de dichas disposiciones de derechos fundamentales, debe absolverse por este Tribunal en sentido afirmativo. No solamente porque en la dicción de dichas disposiciones se ha evitado circunscribir el ámbito de protección solo al caso de las sentencias, y se ha comprendido también a los autos que ponen fin al proceso (al referirse, por ejemplo, a las resoluciones que importen el sobreseimiento definitivo de una causa), sino también porque ese es el sentido interpretativo que se ha brindado a una disposición aparentemente más limitativa de su ámbito de protección, como puede ser el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por los órganos de protección de los derechos humanos en nuestra Región. En efecto, el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevé que: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

Asimismo, la STC EXP. N° 03789-2005-PCH/TC-Lima, de fecha 9 de noviembre del año 2005, en el caso Javier León Eyzaguirre, estableció en sus fundamentos 7 a 9, que: "(…) en nuestro ordenamiento jurídico, una de las garantías de la administración de justicia consagrada por la Carta de 1993 es la inmutabilidad de la cosa juzgada, al destacar expresamente: "Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución". Dicha disposición protege el principio de cosa juzgada, así como los correspondientes a la seguridad jurídica y a la tutela jurisdiccional efectiva (…) desconocer la cosa juzgada material, priva de eficacia al proceso y lesiona la paz y seguridad jurídica. Así, lo que corresponde a los órganos jurisdiccionales es ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando tengan que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, derivada de un proceso seguido entre las mismas partes (perfecta identidad), respecto de los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional. Dicho pronunciamiento constituye, en consecuencia, un antecedente lógico respecto a aquello que nuevamente se pretende someter a juzgamiento. Por ello, este Tribunal reitera lo sostenido en anterior oportunidad (STC. Exp. N° 1279-2003-HC/TC-Lima, caso Luis Alejandro Navarrete Santillán del 30 de enero de 2004) "(...) lo establecido en una sentencia o resolución que ponga fin al proceso, debe ser respetado, y no puede

ser objeto de nueva revisión, salvo las excepciones previstas (...)".

Igualmente, tenemos el Recurso de Nulidad N° 1920-2006-Piura, Precedente Vinculante, caso Oscar Rimay Dávila sobre delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado del 8 de agosto de 2006, F.j. 3, que prescribió que: Si bien con posterioridad a la fecha de expedición de la sentencia condenatoria se dictó el Acuerdo Plenario número tres-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, el mismo que a tenor a lo señalado en el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales tiene carácter vinculante y ha de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, según lo dispuesto por el primer párrafo del artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este no es de aplicación retroactiva ya que ésta solo atañe a la ley penal, tal como lo establece el artículo seis del Código Penal; que, al respecto, cabe puntualizar que la modificación de un fallo firme solo es posible cuando media una modificación legal, que no ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo por que, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que solo ahora ha sido correctamente reconocida(*); que, en consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial no es conforme al principio de legalidad.

También puede citarse la STC Exp. N° 03707-2009-PA/TC-Lima, Caso Flor Edith Salas Gonzáles, del 28 de abril de 2010, que, en su fundamento 6 y siguientes, estableció que: "Este Colegiado ha sostenido que [M]ediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó" (Cfr. STC Exp. N° 04587-2004-AA/TC-Lima, caso Santiago Martín Rivas, del 29 de noviembre de 2005). Asimismo, que: "[E] l derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139, inc. 3, de la Const.) garantiza, entre otros aspectos, que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida en sus términos. Como consecuencia de ello, se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro,

(*) *Derecho Penal - Parte general*. Civitas, Madrid, 1999, p. 165

una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que ostentan la calidad de cosa juzgada (art. 139, inc. 2, de la Const.)" [Cfr. STC Exp. N° 1569-2006-AA/TC-Lima, caso Octavio Cervantes Laguna, del 31 de marzo de 2009, Fundamento 4].

Cuestión previa

La cuestión previa es la institución procesal y una garantía judicial, por la cual se exige que antes de desplegar los efectos de un proceso o de una decisión judicial o más propiamene para iniciar un trámite cuyo resultado causará efectos jurídicos debe cumplirse con la acreditación de los prerrequisitos establecidos legalmente.

Respecto a la cuestión previa, el Acuerdo Plenario N° 07-2006/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006, F.j. 6. El artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 28117, del 16/12/2003, estipula que para abrir instrucción, entre otros motivos, se requiere que se haya individualizado al presunto autor o partícipe de un delito concreto. Se trata, en estricto sentido procesal, de un requisito de admisibilidad de la promoción de la acción penal, cuyo incumplimiento constituye un motivo específico de inadmisión del procesamiento penal. La norma en referencia prescribe que, en esos casos, se devolverá la denuncia y los recaudos al Ministerio Público, tal como ha sido ratificado por la Resolución Administrativa N° 081-2004-CE-PJ, del 29/4/2004. F.j. 7. La individualización de imputado, por imperio, de los artículos 19 al 22 del Código Civil, importa que a la persona a quien se atribuye un hecho delictuoso determinado se la identifique con el nombre y sus apellidos, de los padres –si es hijo matrimonial– o progenitores que los hayan reconocido –si es hijo extramatrimonial– o adoptantes –si es adoptado–, según el caso. Cualquier determinación sobre el particular importa un problema probatorio que debe merecer la decisión judicial correspondiente en el modo y forma de ley. A los efectos de la inculpación penal, que da lugar a la primera resolución judicial de imputación, basta esa referencia completa para estimar cumplido el mencionado requisito de admisibilidad. F.j. 8. El artículo 3 de la Ley N° 27411, modificado por la Ley N° 28121, del 16/12/2003, estipula que el mandato de detención dictado por el órgano jurisdiccional deberá contener, a efectos de individualizar al presunto autor, los siguientes datos obligatorios: 1.) nombre y apellidos completos, 2.) edad, 3.) sexo, y 4.) características físicas, talla y contextura [la policía que reciba la requisitoria u orden de captura en casos de omisión de uno de esos datos, está facultada

a solicitar la correspondiente aclaración al órgano jurisdiccional]. Como se desprende de su texto, lo que se persigue con esa legislación es evitar los casos de homonimia –de quien tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentre requisitoriado por la autoridad competente (artículo 2, Ley N° 27411)–, pero de ninguna manera introducir, a los efectos del procesamiento, un requisito de admisibilidad de la acción penal. Desde luego, la identidad del requerido por la justicia penal está en función de la consiguiente requisitoria que la autoridad judicial ha de cursar a la policía contra las personas a quien se ha dictado, legalmente por una u otra razón, mandato de detención. Es evidente, entonces, que la debida identidad del requerido guarda relación con el presupuesto material de indicios de criminalidad –y las consiguientes situaciones procesales que puedan tener lugar en el curso del proceso penal– respecto a la persona a quien se atribuya ser autor o partícipe de un hecho punible, pero no necesariamente con la necesidad de individualización del imputado como requisito de admisibilidad de la promoción de acción penal. Ambos elementos si bien están relacionados entre sí no guardan correspondencia absoluta, porque para abrir instrucción solo se requiere de una persona identificada con sus nombres y apellidos completos, y para dictar una requisitoria se necesita que el imputado, además de sus nombres y apellidos completos, registre en autos otros tres datos: edad, sexo, y características físicas, talla y contextura. F.j. 9. Si bien la inscripción de una persona en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil prueba con suficiencia la existencia y la propia identificación de una persona, su ausencia –por lo demás, no extraña en nuestro país– no puede significar que se ha incumplido el requisito de individualización del imputado a los fines del procesamiento penal. La no inscripción de una persona ante el Reniec es solo un dato indiciario que el juez debe tomar en cuenta para la valoración general del procesamiento penal –y, en su caso, para la orden judicial de detención y la consiguiente requisitoria–, pero no constituye prueba privilegiada que acredita sin más que se trata de un individuo incierto o no individualizado. Ello es tan cierto que el propio artículo 3 de la citada Ley incorpora ese elemento: el Documento Nacional de Identidad, a cargo del Reniec, como una exigencia no obligatoria para la inscripción y ejecución de una requisitoria judicial. F.j. 10. En tal virtud, si se plantea una cuestión previa basada en el hecho exclusivo que el imputado no se encuentra inscrito en el Reniec o no se ha consignado el número del Documento Nacional de Identidad, tal planteamiento carece de sustancia o mérito procesal para acogerlo. De igual manera, el Juez Penal no podrá devolver la denuncia fiscal formalizada por ese solo mérito al Fiscal

Provincial. Por lo expuesto, debe entenderse que cuando la Disposición General 5.3 de la Directiva número cero cero tres-2004-CE-PJ, aprobada por la referida Resolución Administrativa N° 081-2004-CE-PJ, del 29/4/2004, establece que: "Si como consecuencia del pedido de aclaración, el Juez Penal o Mixto verifica la inexistencia de los datos de identidad personal señalados en el primer párrafo del presente acápite, procederá a resolver de oficio el incidente como cuestión previa, de conformidad con lo establecido por el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales, ello **solo procederá cuando no se ha podido establecer, de los cuatro datos obligatorios del requerido, el referido al nombre y apellidos completos, o cuando se ha probado positiva e inconcusamente que la referencia a una persona que se identificó con esos nombres y apellidos completos es falsa o inexistente**".

D

Delito continuado

El delito continuado es la realización de sucesivos hechos ilícitos con una misma resolución criminal, lo efectúa el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Por tanto, el delito continuado exige: una pluralidad de acciones u omisiones por parte del sujeto activo, además la homogeneidad del bien jurídico lesionado; así como la identidad o al menos semejanza del precepto penal violado siendo indiferente que la ofensa afecte a uno o varios sujetos pasivos. Ejemplo de delito continuado: el abuso sexual perpetrado durante cierto espacio de tiempo (p.e. una noche) por parte del sujeto activo sobre un mismo sujeto (hombre o mujer) sería considerado como delito continuado de abuso sexual en vez de como 1, 2, 3 o más delitos de abuso sexual. Otro ejemplo: el del sujeto que en un corto periodo de tiempo fuerza los coches estacionados en determinada zona o calle para robar sus radios u otros objetos de su interior, sería considerado responsable de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas (y no de tantos delitos como vehículos robados).

El Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008, sobre reincidencia, habitualidad y determinación de la pena. F.j. 7, precisó que: El artículo 49 del CP, cuyo texto fue modificado por la Ley N° 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo **delito "continuado"**. Asimismo, identifica en el último inciso de su

primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: **el "delito masa"**. En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley –delito continuado– por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos, pero que transgreden el mismo tipo legal [Raúl Peña Cabrera, autor citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General,* Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAGUÉS y VALLÉS, Ramón. *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004. p. 126]. No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, "solo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (…). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro" [Juan Fernández Carrasquilla, autor citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 689]. Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que en el delito masa la denominada "pena de arranque" será la pena base del delito continuado [Rocío Cantarero Brandes, autora citada por GÓMEZ AYALA, Ignacio. "El delito masa". En: *Consejo General del Poder Judicial: Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, p. 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como una "subespecie del delito continuado" [Rocío Cantarero Brandes, autora citada por GÓMEZ AYALA, Ignacio. Ob. cit., p. 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un injusto de mayor gravedad [GÓMEZ AYALA, Ignacio. Ob. cit., p. 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto plus punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una "unidad" sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa. Son elementos del delito masa: a) la realización de

un delito continuado; y, b) pluralidad de personas perjudicadas por el delito. Cabe destacar que, al igual que en el delito continuado, la ley excluye la aplicación de las reglas sobre delito masa, en caso de que "resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos". Se estima como tales a la vida y la salud individual (PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 144). De modo que, el delito masa viene a ser una circunstancia agravante específica del delito continuado. Se basa en la pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. En este caso, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

DELITO MASA

El delito masa hace referencia a los denominados fraudes colectivos, que presentan un denominador común: una engañosa puesta en escena dirigida a una colectividad indeterminada de personas, cuyo componentes individuales a causa del error en ellos creado, realizan actos de disposición patrimonal, en perjuicio propio o de un tercero y en ílícito beneficio del defraudador. Ejemplo de delito masa: programas televisivos donde bajo el pretexto de una causa aparente digna (y falsa) p.e. ayudar a un niño que necesita una intervención quirúrgica urgente y costosa, se recaba dinero y una generalidad de personas realizan pequeñas (pero numerosas) aportaciones dinerarias. En este caso, habida cuenta que se pone en ejecución un designio criminal único no se castigaría al sujeto activo como responsable de varios delitos o faltas (en su caso, dependiendo de la cantidad defraudada a cada perjudicado) sino como responsable de un solo delito (masa) con penalidad impuesta en atención al perjuicio total causado.

Sobre este tema, el Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008, sobre reincidencia, habitualidad y determinación de la pena, precisó: F.j. 7. El artículo 49 del CP, cuyo texto fue modificado por la Ley N° 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito "continuado". Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: el "delito masa". En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley –delito

continuado– por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden el mismo tipo legal [Raúl Peña Cabrera, autor citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAGUÉS y VALLÉS, Ramón: *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004. p. 126]. No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, "solo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (…). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro" [Juan Fernández Carrasquilla, autor citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe Ob. cit., p. 689] Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que en el delito masa la denominada "pena de arranque" será la pena base del delito continuado [Rocío Cantarero Brandes, autora citada por Ignacio GÓMEZ AYALA, Ignacio. *El delito masa. En Consejo General del Poder Judicial: Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, p. 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como una "subespecie del delito continuado" [Rocío Cantarero Brandes, autora citada por GÓMEZ AYALA, Ignacio: Ob. cit., p. 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un injusto de mayor gravedad [GÓMEZ AYALA, Ignacio: Obra citada, p. 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto plus punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una "unidad" sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa. Son elementos del delito masa: a) la realización de un delito continuado; y, b) pluralidad de personas perjudicadas por el delito. Cabe destacar que, al igual que en el delito continuado, la ley excluye la aplicación de las reglas sobre delito masa, en caso de que "resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza

eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos". Se estima como tales a la vida y la salud individual (PRADO SALDARRIAGA, Víctor: Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 144). De modo que, el delito masa viene a ser una circunstancia agravante específica del delito continuado. Se basa en la pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. En este caso, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

DELITO TRIBUTARIO

El delito tributario es el acto ilícito contra la Hacienda Pública y el Sistema fiscal es una infracción del deber de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento de los gastos públicos, es un delito de resultado y lo comete el que elude el pago de tributos debidos o la obtención indebida de un beneficio tributario, cuya perpetración puede producirse tanto por acción, como por omisión, además, se requiere de un elemento subjetivo especial o de tendencia: el ánimo de lucro en provecho propio como de un tercero.

El Acuerdo Plenario N° 02-2009/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010; establece que los delitos tributarios protegen la Hacienda Pública desde la perspectiva del interés del Estado y de la propia Hacienda Pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley. Se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público [MORILLAS CUEVAS, Lorenzo: *Derecho Penal Español - Parte Especial*. tomo I, (Manuel Cobo Del Rosal: Coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 613]. Los delitos tributarios comprendidos en la LPT tienen las siguientes notas características esenciales: A) Se configuran como un delito especial propio y de infracción del deber de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento de los gastos públicos B) Tienen una naturaleza patrimonial, pero es de tener en cuenta su carácter público en atención a la función que los tributos cumplen en un Estado Social y Democrático de Derecho. C) Son delitos de resultado. Se exige la producción de un perjuicio que se consuma desde el momento en que se deja de pagar, total o parcialmente, los tributos o que se obtenga o disfruta indebidamente de un beneficio tributario. D) El núcleo típico es la elusión del pago de tributos debidos o la obtención indebida de beneficios tributarios, cuya perpetración puede producirse tanto por acción, como por omisión. E) Es un delito doloso –directo o eventual–, centrada en el conocimiento de la afectación del interés recaudatorio del Fisco. Además, se

requiere de un elemento subjetivo especial o de tendencia: el ánimo de lucro en provecho propio como de un tercero [BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*, 3ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1977, p. 478], aunque no hace falta que se alcance efectivamente.

DELITOS CONTRA EL HONOR PERSONAL

El delito contra el honor personal es el acto ilícito que comete la persona que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho (injuria), atribuye falsamente a otro un delito (calumnia), o que ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación. Que para disolver el conflicto de valor entre el delito contra el honor personal y la libertad de expresión y de información es necesario conforme al **Acuerdo Plenario N° 03-2006,** un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular, para lo cual es nesaria la valoración penal de sí el hecho constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información, la evaluación de si las expresiones inciden en la esfera pública, no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar; es decir, se ha respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones; en segundo lugar, la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera, o sea que la información sea veraz, como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información.

Conforme al Acuerdo Plenario N° 03-2006/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006: F.j. 6. Los artículos 130 al 132 del Código Penal instituyen los delitos de injuria, difamación y calumnia como figuras penales que protegen el bien jurídico honor. **El honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva objetiva, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y**

que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido subjetivo el honor importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio; reputación y la propia estimación son sus dos elementos constitutivos [en igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0018-1996-AI/TC, del 29/4/1997, que hace mención al honor interno y al honor externo, y llega a decir que la injuria, a diferencia de la difamación y la calumnia, solo inciden el honor interno, que es muy subjetivo]. Este bien jurídico está reconocido por el artículo 2, numeral 7), de la Constitución, y constituye un derecho fundamental que ella protege, y que se deriva de la dignidad de la persona –constituye la esencia misma del honor y determina su contenido-, en cuya virtud los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona. Su objeto, tiene expuesto el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2790-2002-AA/TC, del 30/01/2003, es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante si o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión e información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso, puede resultar injuriosa o despectiva. FJ. 7 Paralelamente, la Constitución, en su artículo 2, numeral 4), también reconoce y considera un **derecho fundamental común a todas las personas las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento** mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social. Son sujetos de este derecho la colectividad y cada uno de sus miembros, no son solo los titulares del órgano o medio de comunicación social o los profesionales del periodismo. Desde luego, el ejercicio de este derecho fundamental –dado el carácter o fundamento esencial que ostenta en una sociedad democrática [v.gr.: STEDH, Asunto Worm vs. Austria, del 29.8.1997, § 47]– modifica el tratamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que las conductas objeto de imputación en sede penal han sido realizadas en el ejercicio de dichas libertades. Como es evidente, por lo general se presenta un problema entre la protección constitucional de dichas libertades y el derecho al honor, dada su relación conflictiva que se concreta en que el derecho al honor no solo es un derecho fundamental sino que está configurado como un límite especial a las libertades antes mencionadas –tiene una naturaleza de libertad negativa, que en el Derecho penal nacional se aborda mediante la creación de los tres delitos inicialmente mencionados–. ["Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común": segundo párrafo del numeral 4) del artículo 2 Constitucional].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, precisó que el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento no es absoluto, cuyas restricciones deben cumplir tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática. F.j. 8. La solución del conflicto pasa por la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información. La base de esta posición estriba en que, en principio, los dos derechos en conflicto: honor y libertades de expresión –manifestación de opiniones o juicios de valor– y de información –imputación o narración de hechos concretos–, gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del otro [ambos tienen naturaleza de derecho - principio]. A este efecto, uno de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el juicio ponderativo, exige fijar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación, a continuación valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de la injerencia y, finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado. F.j. 9. Una vez determinados legalmente la concurrencia de los presupuestos típicos del delito en cuestión –paso preliminar e indispensable–, corresponde analizar si se está ante una causa de justificación –si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información–. Es insuficiente para la resolución del conflicto entre el delito contra el honor y las libertades de información y de expresión el análisis del elemento subjetivo del indicado delito, en atención a la dimensión pública e institucional que caracteriza a estas últimas y que excede el ámbito personal que distingue al primero. En nuestro Código Penal la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el inciso 8) del artículo 20, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal: "El que obra (...) en el ejercicio legítimo de un derecho (...)", es decir, de los derechos de información y de expresión. Estos derechos, o libertades, pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad –falsedad o no– de las aludidas expresiones. F.j. 10. Un primer criterio, como

se ha expuesto, está referido al ámbito sobre el que recaen las expresiones calificadas de ofensivas al honor de las personas. La naturaleza pública de las libertades de información y de expresión, vinculadas a la formación de la opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la esfera pública –no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar, que es materia de otro análisis, centrado en el interés público del asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento–. Obviamente, la protección del afectado se relativizará –en función al máximo nivel de su eficacia justificadora– cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre –más aún si las expresiones importan una crítica política, en tanto estas se perciben como instrumento de los derechos de participación política–: así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa, del 2 de julio de 2004, que tratándose de funcionarios públicos ha expresado que su honor debe ser protegido de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. En todos estos casos, en unos más que otros, los límites al ejercicio de esas libertades son más amplios. F.j. 11. El otro criterio está circunscrito a los requisitos del ejercicio de las libertades de información y de expresión. Se ha respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones –con independencia de la verdad de lo que se vierta o de la corrección de los juicios de valor que contienen–, pues resultan impertinentes –desconectadas de su finalidad crítica o informativa– e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y de expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencian menosprecio o animosidad. F.j. 12. En segundo lugar, el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz [el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 0905-2001-AI/TC, del 14/08/2002, ha precisado al respecto que el objeto protegido de ambas libertades es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones –incluye apreciaciones y juicios de valor–; y, tratándose de

hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimos por quienes tienen la condición de sujetos informantes]. Ello significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta –dolo directo– o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad –dolo eventual–. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales [El Tribunal Constitucional, en la STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, del 17/10/2005, precisó que la información veraz como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información]. No se protege, por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir, como hechos verdaderos, simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador. Es de destacar, en este punto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español –entre otras muchas, la STC Exp. N° 76/2002, del 8/4/2002 (§ 3)– que ha puntualizado que el específico deber de diligencia es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado, o bien de que se trate de una información asumida por un medio periodístico y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguno, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor. Para los supuestos de reportaje neutral el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de lo declarado, aún cuando se exige la indicación de la

persona –debidamente identificada– que lo proporciona [a este se le exige la veracidad de lo expresado], siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determinó quién hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase. Por lo demás, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico. F.j. 13. Otra ponderación se ha de realizar cuando se está ante el ejercicio de la libertad de expresión u opinión. Como es evidente, las opiniones y los juicios de valor –que comprende la crítica a la conducta de otro– son imposibles de probar [el Tribunal Constitucional ha dejado expuesto que, por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas de cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad, Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0905-2001-AA/TC, del 14/08/2002]. Por tanto, el elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas –deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión– y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe –sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

El delito contra la libertad sexual es el ilícito o crimen cometido por quien aprovechando una especial condición de dominio que logra vencer la resistencia natural de su víctima, para practicar actos contrarios al pudor o tocamientos indebidos; o realizar actos de penetración de partes del cuerpo (pene, lengua o dedo) o instrumentos análogos en cualquiera de los orificios naturales de su víctima (anal, vaginal o bucal) con la intención de satisfacer su libido o placer sexual, no es necesario que la introducción o penetración sea repetida, o siquiera completa; o que la resistencia vencida sea violenta siendo suficiente que el vencimiento sea por temor, engaño e incluso remordimiento (como alteración del síndrome de Estocolmo); o quede alguna secuela imborrable, como el desgarro himenal, el desgarro anal, el embarazo, escoriaciones o laceraciones, de cualquier tipo. Conforme al **Acuerdo Plenario N° 07-2007**:

a) Quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia queda exento de pena; **b)** deberá atenuarse la pena, en los casos del articulo 173, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175 y 179 A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado– median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica; y **c)** cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, será de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173, inciso 3), del Código Penal. Conforme al **Acuerdo Plenario N° 04-2008**: **a)** los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad; **b)** toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad queda exenta de responsabilidad; **c)** los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo; y **d)** las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada– han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios de la ley premial, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

Sobre este tipo penal, el Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008, sobre aplicación del artículo 173.3 del Código Penal, estableció: **§ 1. El subtipo legal agravado del art 173.3) del Código Penal**. F.j. 6. El artículo 173, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del subtipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y

dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte el artículo 20, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien. En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien. F.j. 7. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual. El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44, 46 y 241 que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante. F.j. 8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175 del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima

tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño). De igual manera, el artículo 176-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176 del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad. F.j. 9. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad–, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173.3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal –los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho Penal sexual nacional–, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139, inciso 11), de la Constitución. Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma Marcial Rubio Correa. "(...) en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo (...)". (Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce). Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años. **§ 2. La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso.** F.j. 10.

Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio –derecho fundamental de igualdad ante la Ley–. El artículo 22 del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: "Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la fracción". Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función del delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así: "Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, (…) y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua". Sobre e1 particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial. F.j. 11. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos– invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal. El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no solo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única

posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso. Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo (…) **§ 3. Factores complementarios establecidos en el F.j. 11 del Acuerdo Plenario N° 7- 2007/CJ-116.** F.j. 12. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último solo relevante en el delito de seducción–. Es evidente, por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor– cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto. Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada– han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes. Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

Igualmente, el Acuerdo Plenario N° 07-2007/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173.3 Código Penal, modificado por la Ley N° 28704 para la determinación judicial de la pena;

señaló que: F.j. 9. A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudencia evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173, inciso 3), del Código Penal –incluso si se tiene en cuenta delitos de una indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida– es abiertamente desproporcionado con su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concrete, adecuada y equitativa, con base en las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito. F.j. 10. En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años, las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad –por lo contradictorio e implicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes– a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia. F.j. 11. Ahora bien, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriormente señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso sub júdice, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes: a) Que la diferencia etaria entre los sujetos activos y pasivos no sea excesiva. b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente. c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad. d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas. F.j. 12. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175 y 179 A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado– median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica. F.j. 13. De otro lado, es de asumir, como corresponde, la necesaria vigencia y rigurosa aplicación de los artículos 44, 46 y 241 del Código Civil que establecen la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años de edad, y que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa. En ese contexto la tutela sexual absoluta solo está

radicada en las mujeres menores de catorce años, ya que pasada dicha edad esa tutela se relativiza y cesa por el matrimonio, según las disposiciones pertinentes del Código Civil. Entonces, cuando la relación sexual sea voluntaria y el sujeto pasivo tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20, inciso 10, del Código Penal que regula la institución del consentimiento, en tanto se den los presupuestos legales penales y civiles correspondientes. F.j. 14. Por último, es claro que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, será de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173, inciso 3), del Código Penal.

El Recurso de Nulidad N° 2860-2006 - Ancash, precedente vinculante, caso Gaudencio Huamán Carrasco sobre delito contra la libertad - violación sexual en agravio de menor Y.D.C.T., del 25 de junio de 2007, estableció asimismo: F.j. 3. Que ahora bien, el artículo ciento setenta y tres del Código Penal prevé la penalidad que corresponde aplicar al autor de un delito de violación de menores y establece distintas escalas penales que toman en cuenta para su mayor o menor gravedad la edad concreta del sujeto pasivo al momento de comisión del delito; que en su texto original el artículo ciento setenta y tres del Código Penal conminaba en tres incisos penas de diferente duración, según el grupo etario que se señalaba en cada uno de ellos, sin embargo, solo consignaba el mínimo de la pena legal y omitía toda referencia expresa a su límite máximo; que, no obstante ello, tal opción legislativa –por una ineludible aplicación del principio de proporcionalidad de las penas y de coherencia y autolimitación interna entre las circunstancias agravantes legalmente incorporadas– no autoriza a concluir que el extremo superior de la penalidad legal no existe y que, por ello, deba acudirse al límite general o abstracto de la pena privativa de libertad; que, por el contrario, y –como se ha expuesto precedentemente– por estrictas razones sistemáticas entre las aludidas circunstancias definidas en cada inciso del tipo legal, este debe corresponder al mínimo legal previsto para el grupo etario precedente; que por consiguiente, para el inciso tercero el máximo de pena aplicable era el mímo señalado en el inciso segundo, y para el inciso segundo el máximo legal correspondía al extremo mínimo de pena conminada establecido en el inciso primero; que en relación a este último inciso el máximo legal de la pena conminada sería el genérico que establecía el hoy suprimido artículo veintinueve del Código Penal, también en su texto original, para la pena privativa de libertad y que era de veinticinco años. F.j. 4. Que en la redacción actual del artículo ciento

setenta y tres del Código Penal, que fuera introducida por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, del cinco de abril de dos mil seis, así como en las modificaciones establecidas por las Leyes números veintiséis mil doscientos noventa y tres, veintisiete mil cuatrocientos setenta y dos, veintisiete mil quinientos siete y veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, sí se consignó para cada inciso un límite mínimo y máximo de pena conminada; que con relación a la agravante especial que describe el párrafo final del texto vigente del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, la pena aplicable a los casos de los incisos dos y tres de cadena perpetua; que, no obstante ello, en la redacción precedente que introdujo la Ley número veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, del ocho de junio de dos mil cuatro, para dicho supuesto agravado la pena privatica de libertad señalaba solamente un mínimo de treinta de años, por lo que para los supuestos contenidos en los incisos antes mencionados el máximo de pena privativa de libertad aplicable era de treinta y cinco años, pues el inciso uno consignaba como pena exclusiva la de cadena perpetua.

Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012 **N° 01-2011/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, precisó: F.j. 21. El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal. El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material sine qua non para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual. De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al

agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física. **§ 6. Desarrollo del segundo tema: Declaración de la víctima.** F.j. 22. La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retractación y no persistencia): i) Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción –y en la etapa policial sujeta a las exigencias legales pertinentes– a pesar de que estos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004); y ii) Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). –véase Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116–. F.j. 23. Se ha establecido anteriormente –con carácter de precedente vinculante– que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia –en cuanto a los hechos incriminados– por parte de un mismo sujeto procesal: coimputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima. F.j. 24. La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva –que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental–, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia –la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente– [FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable". En: http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf. Consultado el 6 de noviembre de 2011]. A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delios sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que

motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad. F.j. 25. Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza –vecino–, o haber tenido una relación de autoridad –padrastro, profesor, instructor, etcétera–; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima. F.j. 26. La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: a) la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos– que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado –venganza u odio– y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos. F.j. 27. Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado

la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: "(…) de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado". Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes: A) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre. B) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre. C) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual. **§ 7. La prueba en el Derecho Penal Sexual.** F.j. 28. El juez es soberano en la apreciación de la prueba. Esta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que estas sean de cargo–, y jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles–, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia –determinadas desde parámetros objetivos– y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158.1 y 393.2 del NCPP). F.j. 29. La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba –de expresa relevancia convencional–, así como los principios de necesidad –que rechaza la prueba sobreabundante o redundante–, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatoria objeto de prueba. F.j. 30. La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al

principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: a) por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; b) por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; c) la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; d) por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; e) por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; f) por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental. F.j. 31. El juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad –aptitud para configurar el resultado del proceso– y a su idoneidad –que la ley permite probar con el medio de prueba el hecho por probar–). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza –en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia– no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación. F.j. 32. Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la praxis a un supuesto determinado de la realidad exige al juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico-legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitálica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado. F.j. 33 Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de

imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya –usualmente por parte de la propia víctima– el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración. F.j. 34. El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima. Este sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento –esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional–. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los actos de demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada. F.j. 35 La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen solo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si, como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando este trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto. A estos efectos, deberá superarse, además, el test de proporcionalidad que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005]. F.j. 36 Estas previsiones

jurisprudenciales persiguen evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre víctima y acusado. **§ 8. Evitación de la Estigmatización secundaria**. [La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.]. F.j. 37. El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia. F.j. 38. A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración. En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro

por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del juez del juicio para su actuación (artículos 171.3 y 337.3.a NCPP)– de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: a) no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; b) resulte incompleta o deficiente; c) lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; d) ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; e) evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera. La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual).

El Acuerdo Plenario N° 03-2011/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, estableció: **§ 2. Los tipos penales y sus características: A. La trata de personas (artículo 153 del CP)** F.j. 8. El supuesto de hecho en este delito involucra cuatro conductas típicas. La promoción, que implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca el favorecimiento, que incluye cualquier conducta que permite la expansión o extensión; la financiación, que se expresa en la subvención o contribución económica; y la facilitación, que involucra todo acto de cooperación, ayuda o contribución. Estas conductas se vinculan y manifiestan en la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas en el territorio nacional o para su salida o ingreso al país, para lo cual se emplean medios violentos o fraudulentos. En el plano subjetivo el agente actúa dolosamente y orientado por fines ilícitos que constituyen la esencia de la trata, como son el ejercicio de la prostitución, explotación laboral, esclavitud o extracción y tráfico de órganos y tejidos humanos, etcétera [Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial* - Volumen I, Grijley, Lima, 2010, p. 487 y ss.]. **B. El delito de favorecimiento a la prostitución (artículo 179 del CP).** F.j. 9. El comportamiento típico consiste en promover o favorecer la prostitución de otra persona. Conforme lo sostiene la doctrina nacional, promover implica iniciar, incitar o ejercer sobre otro una influencia para que realice una determinada acción, en el caso *sub examine*, la prostitución. En tanto que favorecer, es sinónimo de cooperar, coadyuvar o colaborar

para que la práctica del meretricio de la víctima se siga ejerciendo [Cfr. A. PEÑA CABRERA, Raúl: *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, Ediciones Guerrero's, Lima, 2002, p. 164]. **C. El delito de proxenetismo (artículo 181 CP).** FJ. 10. La conducta delictiva consiste en comprometer, seducir o sustraer a una persona para entregarla a otra con el objeto de mantener acceso carnal (vaginal, anal o bucal) a cambio de una compensación pecuniaria. Por comprometer se entiende toda acción dirigida a crear en el sujeto pasivo una obligación con otro, de tal modo que resulte exigible su cumplimiento. Por otro lado, seducir implica engañar o encauzar a alguien hacia la toma de una determinada decisión a través del ofrecimiento de un bien. En tanto que sustraer conlleva el apartar, separar o extraer a una persona del ámbito de seguridad en el que se encuentra. El tipo penal no hace referencia a los medios que pueda emplear el agente para la realización de dichos comportamientos. Generalmente, se empleará algún medio de coerción como la violencia o intimidación [Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 273]. **D. La situación de las víctimas menores de edad.** F.j. 11. Merece especial atención lo concerniente a la pena conminada y a su relación con la edad del sujeto pasivo, que en la praxis judicial resulta ser la principal fuente de problemas hermenéuticos y distorsiones prácticas. En efecto, el sujeto pasivo en todos estos delitos puede serlo una persona adulta o un menor de edad. En el supuesto del menor de edad, el contenido del injusto se encuentra diferenciado en virtud al nivel etáreo con que cuenta la víctima y es tratado siempre como una agravante específica. No obstante ello, los estándares de pena conminada para los delitos que se están analizando difieren notablemente. Así, en el caso de los delitos de violación sexual de menor de edad, el quantum punitivo es agravado secuencialmente desde los 25 años de pena privativa de libertad hasta cadena perpetua. En cambio, en la trata de personas, la pena fijada para las circunstancias agravantes específicas basadas en la edad de la víctima oscila desde los 12 hasta los 35 años de privación de libertad. Sin embargo, la sanción es ostensiblemente menor a los casos anteriores cuando se trata de actos de favorecimiento a la prostitución o la explotación sexual de una persona menor de edad, ya que las penas fluctúan para el primer delito entre 5 y 12 años de pena privativa de libertad, mientras que para el segundo supuesto típico se prevé una pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años. **§ 3. Relaciones sistemáticas, teleológicas y**

punitivas entre los tipos penales. F.j. 12. La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal [Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro: *Derecho Penal. Parte Especial* - Volumen I, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 498], entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado. En cambio, la violación sexual vulnera la libertad sexual, que comprende también la capacidad de autodeterminación de la persona pero referida al ámbito específico de las relaciones sexuales. En tanto que, en los delitos de favorecimiento a la prostitución o proxenetismo, se vulnera la moral sexual de la sociedad y la dignidad sexual de aquella persona que es prostituida o explotada sexualmente, y a la que se predetermina y somete a sostener prácticas sexuales con terceros a cambio de dinero. F.j. 13. Es evidente que hay una estrecha relación entre los bienes jurídicos involucrados en los delitos sexuales y de trata de personas con fines sexuales. Sin embargo, ello no impide entender las semejanzas y diferencias entre sus elementos típicos, así como las implicancias que acarrean para la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Así, la violación sexual, en cualquiera de sus modalidades, constituye un delito común al igual que los delitos de trata de personas con fines sexuales y de favorecimiento o explotación de una persona prostituida. No obstante, en la violación sexual se está ante un delito de propia mano, en el que se sanciona al que tiene, de modo directo y personal, el acceso carnal o acto análogo con la víctima. En tanto que, en la trata de personas, se reprime a quien coloca a la víctima, a través de actos traslativos (posee un tipo penal alternativo y complejo en base a las conductas que promueven, favorecen, financian o facilitan la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima), en una situación de vulnerabilidad para ser explotada sexualmente por otro (se trata de un delito proceso, que implica diversas etapas desde la captación de la víctima hasta su recepción o alojamiento en el lugar de destino y en las cuales se involucran frecuentemente varias personas). Por su parte, en el favorecimiento a la prostitución o proxenetismo se sanciona al que favorece la prostitución de otro, o al que de manera fraudulenta o violenta entrega físicamente a la víctima a otro para el acceso carnal. **§ 4. Problemas concursales.** F.j. 14. Los verbos típicos utilizados para describir los delitos analizados, así como los medios comisivos previstos para su perpetración tienden a conectarse o confundirse por su similitud. Por tanto, se requiere esclarecer cuando se configura uno u otro tipo penal, y así deslindar la presencia o no de un concurso de delitos (ideal o real) o

de un concurso aparente de leyes entre ellos. En los delitos de violación sexual se está ante tipos legales claramente diferenciables en los que la conducta típica queda plenamente definida por el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal), que practica el propio sujeto activo con la víctima. Sin embargo, los delitos de trata de personas y de favorecimiento a la prostitución, como de proxenetismo, generan conflictos de interpretación por su posible convergencia normativa. Por consiguiente, a continuación se harán las precisiones teóricas y prácticas que posibiliten reconocer y facilitar la operatividad de la adecuada calificación judicial de unos y otros. F.j. 15. En primer lugar, es de señalar que no se trata de un supuesto de identidad típica. No se ha tipificado en los artículos 153, 179 y 181 del CP el mismo delito. Se está ante conductas delictivas diferentes. En efecto, el delito de trata de personas agota su realización en actos de promoción, favorecimiento, financiación o facilitación del acopio, custodia, traslado, entrega o recepción de personas dentro del país o para su ingreso o salida de él, con la finalidad de que ejerzan la prostitución o sean sometidas a esclavitud o explotación sexuales. Es un delito de tendencia interna trascendente donde el uso sexual del sujeto pasivo es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente, pero que debe acompañar el dolo con que este actúa. Es más, el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier razón o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros. F.j. 16. En cambio, en los actos de favorecimiento de la prostitución el sujeto activo actúa indirectamente, promoviendo (inicia, impulsa o influencia positivamente) o favoreciendo (creando las condiciones necesarias para sus actividades sexuales o proveyéndole clientes) la prostitución de la víctima (relaciones sexuales con terceros a cambio de dinero). Es un típico delito de corrupción sexual cuyo móvil suele ser lucrativo. F.j. 17. Finalmente, en el delito de proxenetismo el agente directamente interviene en el comercio sexual de la víctima a la cual, previamente, convence o compromete para que se entregue sexualmente por una contraprestación económica a terceros. El agente en este delito oferta y administra la prostitución de la víctima. Desarrolla pues un negocio ilegal en torno a la venta sexual de aquella. F.j. 18. Se podría graficar las diferencias entre tratante, promotor y proxeneta señalando que el primero actúa como proveedor; el segundo como impulsor o facilitador; y el tercero como expendedor y gestor de la prostitución de las víctimas. Por consiguiente, el concurso real entre estos tres delitos resulta ser la posibilidad más técnica

de conectarlos hipotéticamente. Así, quien práctica la trata puede, también, dedicarse de modo sucesivo o paralelo a la promoción o explotación directa de la persona a quien captó, trasladó o retuvo inicialmente con la finalidad de entregarla a terceros promotores de la prostitución o proxenetas potenciales o en ejercicio. F.j. 19. En consecuencia, el Juzgador debe analizar con precisión la conducta objetiva y subjetiva del agente, incidiendo predominantemente en la finalidad perseguida, así como en el modus operandi y los antecedentes del imputado, para, en base a tales circunstancias o indicadores, calificar adecuadamente la relevancia penal de los imputados en el caso sub júdice. **§ 4. Concurrencia de circunstancias agravantes específicas.** F.j. 20. Identificada la autonomía típica, teleológica y dogmática de los delitos de trata de personas, favorecimiento de la prostitución y proxenetismo, así como sus posibilidades concursales, resta señalar que la presencia de circunstancias agravantes específicas similares para cada delito no afecta tal independencia formal y material, ni limita o compromete de alguna manera la determinación judicial de la pena en caso de concurso real. En efecto, como estipula el artículo 50 del CP corresponde al juez determinar penas concretas parciales por separado y para cada delito integrante del concurso real [Acuerdo Plenario Nº 4-2009/CJ-116. Asunto: Determinación de la Pena y Concurso Real]. Será en ese único espacio donde el Juzgador deberá identificar las agravantes específicas concurrentes. Las cuales, por lo demás, pueden ser las mismas en cada delito (minoría de edad de la víctima) o solo alcanzar a los delitos de favorecimiento de la prostitución o proxenetismo, mas no de trata de personas (empleo de medios violentos o abuso de autoridad).

Finalmente, el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 01-2012/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de julio de 2012, dejó sentado que: F.j. 9. CARÁCTER DE LOS TIPOS PENALES: El tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). El tipo, es un instrumento legal que pertenece al texto de la ley. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe de acoger, en principio, todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición [VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal -Parte General*. Editora Grijley, Lima, 2009, p. 94 y ss.] Así, la Ley Penal tiene que ser certa y stricta no pudiendo ser interpretada aplicándola a situaciones o casos parecidos. Se garantiza al ciudadano su seguridad

jurídica que deberá fundamentarse en la interpretación literal de la norma penal. El legislador debe redactar tipos cerrados o determinados, pues los indeterminados o abiertos procuran incertidumbre que no puede ser atendida con alcances analógicos [VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte General*, 3ª Edición, Editorial Grijley, Lima, p. 92]. La tipificación de conductas punibles se debe establecer mediante la ley expresa libre de ambigüedad, materializando el principio de legalidad cuyo fundamento constitucional se ubica en el artículo 2 numeral 24 inciso d de la Constitución Política del Perú, que expresa que nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley; principio también reconocido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. En virtud de dicho principio-norma, la doctrina ha declarado que la ley penal es la única fuente formal directa para establecer conductas que merecen ser sancionadas. Por ende, el principio de legalidad tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad [ZAFFARONI, Eugenio. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, p. 374]. La racionalidad de las leyes penales, supone someter el proceso de criminalización primaria a una serie de etapas o estadios pre legislativos; importa la adecuación de la decisión normativa a los principios legitimadores del Derecho Penal bajo la concepción Política-ideológica del Estado Social y Democrático de Derecho. Las normas penales no pueden ser concebidas como una mera manifestación normativa de una actividad legislativa del Estado, pues estas importan la mayor injerencia estatal sobre los bienes jurídicos más preciados de los individuos; de tal manera que la normativa penal debe adentrarse al campo de los valores y de los fines propuestos, esto es, desde una racionalidad axiológica y teleológica a la vez. El Derecho Penal, no es la mera puesta en escena de una postura del Estado frente al delito, sino la forma racional de resolver los conflictos sociales más graves de nuestra sociedad. De ahí que la política criminal deba someterse a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y de última ratio, como fundamentos ordenadores de la violencia punitiva en una sociedad libre y democrática [GACETA JURÍDICA. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 108, Análisis de la Sentencia de control constitucional difuso –caso Tome Guillén– emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

F.j. 10. CONNOTACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS: El bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico. Este es creado por el derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección; así, bien jurídico será todo lo que, aún no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente. Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro, protegiéndolo mediante normas jurídicas. El objetivo del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales, sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad [HURTADO, José y PRADO, Victor: *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, Editorial Idemsa, 2011, p. 14]. Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se les marcan sus límites de potestad punitiva al Estado, calificando a los bienes jurídicos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema [CLAUS ROXIN. *Derecho Penal - Parte General*, *la Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, Traducción de la 2ª Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Editorial Civitas, Reimpresión, 2000, p. 56]. El Derecho Penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales, sino que se limita a la protección de los valores fundamentales del orden social, estos valores son los denominados bienes jurídicos –interés jurídicamente tutelado–. Un Derecho Penal democrático sólo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica [BRAMONT ARIAS TORRES, Luis: *Manual de Derecho Penal - Parte General*, 3a Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2005, página 92]. Por ende, no existen bienes jurídicos que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular, sino solo aquellos de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo [OLMEDO CARDENETE. *Introducción al Derecho Penal*. Ara Editores, 2007, p. 53]. De ahí que el artículo IV del Título Preliminar del CP ha establecido que la imposición de pena necesariamente requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; entiéndase bienes jurídicos relativos al tipo penal correspondiente (expresión del carácter estricto del tipo penal), para no extender los alcances del Derecho Penal fuera de los límites de lo

racional. Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación es insuficiente a partir de una mera interpretación literal de la misma, ya que en la actualidad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, lo cual evidentemente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes. Lo anterior va de la mano con la concepción de bien jurídico, pues esta constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos, siendo el núcleo central y directriz en la formación del tipo, constituyendo asímismo el motivo y el límite del Derecho Penal [BERND SCHÜNEMANN. El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídico, Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de Derecho, Traducción de Ángela de la Torre Benítez, Serie: Cuadernos de conferencias y artículos N. 38, Bogotá, página 21). El bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia; no es de libre generación o determinación, menos aún judicial, y desde que no existe en el Estado Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito, se ha de concluir que forma parte del carácter estricto relativo a la tipología penal. La judicatura Penal Suprema ha establecido recientemente en el Acuerdo Plenario Nº 1-2011-CJ-116 de seis de diciembre del dos mil once en el fundamento 16 que, en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque existe tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad. Asimismo, en el Fundamento 15 se ha fijado que el bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados con personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual. En el fundamento 18 se estableció que atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la libre autodeterminación en el ámbito sexual, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido, el criterio de la doctrina que sobre el particular sostiene [SALINAS SICHA, Ramiro: *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*,

2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2008, p. 41 y ss.]. F.j. 11. CONNOTACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL: La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, ésta se configura como una concreción de la "libertad personal", automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamiento sexuales [GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walter. *Derecho penal - Parte Especial*. Tomo II, Primera edición, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 383/385/451]. Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria [NOGUERA RAMOS, Ivan: *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, Editora Jurídica Griley, Lima, 2011, pp. 39/42]. Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años. F.j. 12. CONNOTACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL: La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a priori de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual [SALINAS SICCHA, Ramiro: *Derecho Penal - Parte Especial*, Volumen II, Cuarta Edición, Editorial Grijley, Lima, 2010, pp. 645/650]. Los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la "indemnidad sexual" es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los accesos carnales no consentidos en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170 del CP como la prevista con la dación de la Ley Nº 28251 –que modificó el artículo 170– que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es

mayor [GÁLVEZ, Tomás y DELGADO, Walter: *Derecho Penal - Parte Especial*. Tomo II, 1ª Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 383/385/451]. F.j. 13. CARÁCTER DEL FENÓMENO DE SUBSUNCIÓN: Producidos los hechos de connotación criminal, el conjunto fáctico debe ser concuasado (casado) en los marcos del "molde normativo" preestablecido por la ley, por el legislador competente autorizado constitucionalmente para fijar los lineamientos de la política criminal. Es claro que los jueces no dictan leyes, pero sí han de interpretar y aplicar las que dicta el Parlamento, en cuanto sean acordes con la Constitución y los principios fundamentales de los Derechos Humanos, de los que deriva toda la arquitectura jurídico penal de los sistemas democráticos. De ahí que la operación lógica de subsumir los hechos en las normas penales ha de respetar la taxatividad para no extender los tipos penales por interpretación, ni destipificar conductas penales que la representación del pueblo en el parlamento ha considerado deben ser objeto de tutela penal, con una expectativa preventiva y de sanción, cuando corresponda. Ciertamente, la identificación de los hechos ha de ser precisa (cuando menos suficiente para iniciar el proceso, pero cabal al momento de definirlo), pero indudablemente ello implica que el marco normativo ha de ser exacto, esto es debe estar libre de antinomias y sinsentidos y ser claro (inteligible) tanto para el jurista como para el ciudadano ajeno al conocimiento jurídico. De ahí que la labor legislativa consiste en más que dictar leyes aprobándolas tras los dictámenes y debates, con la mayoría correspondiente; las leyes deben ser coherentes con el sistema, cabales, libres de ambigüedades, para motivar a la colectividad y para permitir una aplicación diáfana. La labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes, discernir en caso de conflicto de leyes e inaplicar las que colisionan con la Constitución. F.j. 14. PRECISIONES DOGMÁTICAS: El artículo IV del Título Preliminar del CP ha recogido la prudente orientación de la doctrina, que ha guiado al legislador hacia la construcción de los tipos delictivos a partir de la protección última ratio de cuando menos un bien jurídico trascendente que resulta materialmente dañado o puesto en peligro, con la acción u omisión dolosa o culposa que el sujeto activo despliega. Dado que el orden sustantivo penal se ha edificado a partir de los bienes jurídicos, no hay, ni puede haber ningún tipo penal al margen de por lo menos uno (o más de uno, en los delitos pluri ofensivos). No cabe por tanto considerar hipotéticas conductas criminales que no tengan como sustento (como alma esencial) un bien jurídico concreto (el contenido del tipo informa a la sociedad sobre la protección que el Estado otorga a la colectividad; sobre la prohibición que se ha seleccionado bajo sanción).

Expresado ello, con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, se protege la indemnidad sexual, y la libertad sexual, esta última expresada en dos ámbitos: Positivo.- Capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos. Negativo.- Derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento. La construcción de las conductas criminales previstas en los artículos 170 y 173 del CP, han sido objeto de modificaciones; en el concreto caso del artículo 173, se ha producido un conjunto de transformaciones (avances y retrocesos legislativos) que han derivado en la versión final en la que se extrajo la descripción fáctica contenida en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 (según Ley N° 28251/2004) y que fue trasladada automáticamente al inciso 3 del artículo 173, modificando los cuantificadores etáreos de la escala precedente, sin tomar en cuenta que se trata de dos tipos penales autónomos. Mientras el artículo 170 del CP describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando vis absoluta o vis compulsiva) siendo el bien jurídico tutelado esencialmente la libertad sexual, ajena por tanto a toda posibilidad de advenimiento o consentimiento de la víctima; el artículo 173 describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar –por innecesario– ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de las cuales son objeto; así, todos los menores de 14 años). Por lo que la agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima [SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso: *Derecho Penal Parte Especial*, 10ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 215]. La transportación mecánica del supuesto del inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 al inciso 3 del artículo 173 del CP, ha disfuncionado el afán político-criminal de proteger de modo más intenso a los integrantes de este grupo etáreo. En consecuencia, si el artículo 173.3 del CP no se aplica para las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años, ¿queda algún contenido en dicha disposición? –Quienes responden afirmativamente.– sostienen que este subtipo penal abarcaba tanto las relaciones sexuales consentidas como las abusivas, por lo que eliminadas las posibilidades de relaciones consentidas, queda vigente la norma para las relaciones abusivas [así entre otros GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ponencia al I Pleno Extraordinario Penal 2012]. Quienes responden en sentido negativo, sostienen que al no haber posibilidad de relaciones sexuales consentidas en el artículo 173,

para ninguna de sus tres escalas, porque los menores de 0 a 10 años no pueden expresar consentimiento, y lo propio tratándose de menores de 10 a 14, de modo que esa misma regla tiene que regir para la escala de 14 a 18 años, de modo que por ilogicidad del contenido del inciso 3 con el resto del Ordenamiento Jurídico nacional, no cabe considerar que hubiera delito en las relaciones sexuales consentidas. Al no haberse previsto en dicho subtipo la presencia de violencia para las relaciones sexuales, no cabe extender los alcances de la norma por interpretación contra reo, por lo que el inciso 3 del artículo 173 del CP ha quedado efectivamente vacío de contenido. En ese sentido, la lesión de la libertad sexual requiere necesariamente la presencia de conductas mediales que anulen su manifestación: fraude (engaño), violencia, amenaza, generar estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; mientras que, para la lesión de la indemnidad sexual es irrelevante la presencia de alguna de estas conductas mediales. La protección pretendida por el legislador con la tipificación y modificación del artículo 173.3 del CP persigue proteger a los menores de ataques sexuales, habiendo el legislador anulado la manifestación de la libertad sexual [CANCHO ALARCÓN, Rafael. En: Ponencia al I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal. Marzo, 2012]. La aplicación del artículo 173.3 del CP para condenar los abusos sexuales genera paradojas diversas. F.j. 15. COLISIÓN APARENTE DE NORMAS: El conflicto de normas del mismo rango surge cuando las dos son válidas y dicha antinomia se resuelve bajo las reglas de temporalidad y especialidad. El concepto de validez implica no solo que las normas estén escritas en la ley especial o en un cuerpo codificado, sino que sean materialmente aplicables sin objeciones dogmáticas trascendentes. La aparente colisión normativa coloca de un lado el inciso tercero del artículo 173 del CP y 170 del CP; y del otro, directamente los artículos 175, 179-A y 170 del CP e indirectamente el inciso 3 de artículo 176-A del CP. Es de resaltar que en el acervo legislativo nacional hay normas que no se han derogado pero que no son válidas; así entre otros casos, el artículo 245 C de PP (silencio del acusado en el juicio oral, objeto de desuetudo); el artículo 2 de la Ley Nº 26640 (delito de contumacia, objeto de desuetudo); los artículos 95 y 100 del C de PP (señalamiento de bienes libres para el embargo, norma declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa N° 1999-2168 de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa); el artículo 10 del D. Leg. N° 813 (caución tasada en delito tributario, declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la Causa Nº 2004-2741).

Como se ha indicado, todo el artículo 173 del CP tiene como sustento esencial la indemnidad sexual de los menores, como ánima esencial de todos los componentes del tipo (bien jurídico penal específicamente protegido, diferente al de la libertad sexual). La inclusión de la escala etárea del tramo 14-18 años tuvo como finalidad la de eliminar la posibilidad del consentimiento en cuestiones de índole sexual en las personas de aquellas edades; por tanto, en ninguno de los supuestos del artículo 173 CP se halla previsto el comportamiento violento de ninguna clase. De ello se deriva que, como consecuencia del Acuerdo Plenario Nº 04-2008-CJ-116, la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 del CP resulta describiendo una conducta extraña al bien jurídico particularmente tutelado por el referido dispositivo, impertinente a su núcleo esencial o fundamental. No obstante, es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, es delictiva; no ha quedado des tipificada, sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo de los artículos 170 del CP según el caso, o del artículo 171 o 172 del CP según la presencia de circunstancias que le den gravedad, o en su caso de los artículos 176 o 179-A del CP. Tema aparte es el de la intensidad proporcional de la pena, esa materia no se aborda en este momento. El legislador disfuncionó la protección que intentaba generar, desarreglando además la coherencia interna en el sistema de persecución de los delitos sexuales relativos a los menores de edad. Cabe resaltar que la disfunción generada es de tal naturaleza que afecta el Capítulo IX y se proyecta al Capítulo X del propio Título, en cuanto al artículo 179-A (usuario cliente), e incide gravemente en la tarea judicial de imposición concreta, racional y proporcional de las penas. Así, para la nueva conducta de relación sexual que según el inciso 3 del artículo 173 del CP no requiere motivo alguno, y corresponde en abstracto sanción de 25 a 30 años de pena privativa de libertad, si el agente emplea engaño (artículo 175 del CP según la Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad Nº 1028-2004-Ica del 24 de enero de 2005 bajo la ponencia del Juez Supremo Prado Saldarriaga y con la intervención, entre otros, de J. Villa Stein) la escala de sanción será de 3 a 5 años en tanto que, si la víctima -en uso de su negada libertad sexual- se dedica a la prostitución (artículo 179-A), la condena será de 4 a 6 años. Se consagra con ello un tratamiento notoriamente desigual, frente a supuestos similares, todo lo cual permite cuestionar desde el plano de la coherencia intrasistemática la validez de la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 del CP. No existe por tanto un auténtico conflicto de leyes, dado que para tal situación tendría que haber dos o más todas válidas, todas del mismo rango

y total o parcialmente contrapuestas entre sí. Lo que existe es una norma que ha quedado vacía de contenido sustancial (inciso 3 del artículo 173 del CP), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico encaja con comodidad el supuesto de hecho indicado en el artículo 170 del CP, disposición que el legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar; existiendo además otras normas que operan armónicamente (esto es, los artículos 171 y 172 del CP), en tanto que también existen otras varias normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, han sido puestas total o parcialmente en entredicho por el contenido de la primeramente indicada (nos referimos a los artículos 175, 176-A.3 y 179-A del CP). [Ver Anexo 2] F.j. 16. SOLUCIONES LEGISLATIVAS AL PROBLEMA: Desde la perspectiva normativa, para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto actual del inciso 3 del artículo 173 CP, el legislador tendría que incluir en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica –amenaza–), como circunstancia de agravación en los incisos 2 y 3, o cuando menos en el 3 del artículo 173. Pero mucho más eficaz y conveniente resulta que el legislador (atendiendo, entre otros pedidos de la sociedad civil, los planteamientos de DEMUS sobre el particular) reponga el sentido del inciso 4 del segundo párrafo (anterior versión) del artículo 170 del CP, castigando como violación agravada de la libertad sexual, la conducta violenta contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, agregando (en realidad restableciendo) dicho supuesto de hecho en el texto actual del indicado artículo, como el inciso 6 del segundo párrafo o creando un tercer párrafo con el contenido precitado, incluyendo nueva y razonable escala punitiva, coherente con las sanciones que se han establecido para los otros delitos sexuales del mismo capítulo del Código Penal. F.j. 17. SOLUCIÓN JUDICIAL A LA CONTROVERSIA: No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3 del CP, como fuera atinente. Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había

distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A del CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley.

Derecho al debido proceso

El derecho al debido proceso es un meta derecho, porque a su vez posee muchos principios, garantías, reglas de derecho que por su valía han sido elevados algunos a la categoría de derechos fundamentales (como el *ne bis in idem*, la legalidad, el plazo razonable, el juez natural, el procedimiento predeterminado, la cosa juzgada, etc.). El debido proceso es un principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez. El debido proceso establece que todo funcionario público está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del Estado. Cuando el Gobierno daña a una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación del debido proceso lo que incumple el mandato de la ley.

Sobre este punto, la **STC Exp. N° 07289-2005-AA/TC-Lima** caso Princeton Dover Corporation Sucursal Lima-Perú, del 3 de mayo de 2006 (f.j. 3), estableció que el debido proceso, tanto en su dimensión formal como sustantiva, garantiza el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia.

Asimismo, en la **Cas. N° 00499-2010-Huaura** Caso Fernando Antonio Gómez Velásquez sobre Impugnación de despido incausado y otro, del 13 de octubre de 2010, Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (f.j. 6), señaló que uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso, es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de proceso, lo que garantiza que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos, las pruebas aportadas y su respectiva valoración jurídica. En tal virtud, esta garantía se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, cuando por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada.

Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad es principio inherente a toda persona por el cual se exige que a todos se les reconozca idéntica protección mediante la ley, igual oportunidad si se encuentra en idéntica posición de legitimidad jurídica e igual consideración para el disfrute de todos los derechos, reconocimiento que se confiere de manera incondicional es decir sin discriminación negativa alguna. La concesión de mayores privilegios a los colectivos especiales no agrede el derecho si tales acciones se fundan en razones positivas o de discriminación inversa con la finalidad de equiparar en la práctica lo que en la realidad se encuentra desigual.

Sobre el particular, en el Exp. N° 06126-2009-PA/TC-Lima, Caso Petronila Ángela Córdova Guzmán - 2 de Junio de 2010, se puede apreciar lo siguiente: Que la demandante también alega la violación de su derecho fundamental a la igualdad. En efecto, afirma que los mismos vocales, en relación con otro caso similar (Exp. 2007-0077-0-1401-JR-CI-1), no le han brindado un trato igualitario en la aplicación de la ley. Al respecto, este Tribunal ha sostenido (entre otras, RTC 04775-2006-PA/TC, f.j. 4) que si se alega alguna supuesta infracción al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, es menester que el demandante ofrezca un *tertium comparationis* válido a partir del cual pueda efectuarse el examen de constitucionalidad del acto reclamado. Asimismo, se exige que "(...) cuando el trato diferenciado se imputa a un órgano judicial de estructura colegiada, no solo es preciso que se trate del mismo órgano judicial, sino que, adicionalmente, este tenga la misma composición, de modo que la no expresión de las razones del cambio de criterio refleje el tratamiento arbitrario que el derecho a la igualdad no tolera, lo que no sucede en todos aquellos casos en los que pese a tratarse del mismo órgano judicial colegiado, la composición de sus jueces es distinta, pues en tales casos el cambio de criterio del órgano debe considerarse como ejercicio de la autonomía judicial que también la Constitución garantiza a todos los jueces del Poder Judicial". Ff.jj. 4 - 5.

Derecho al juez natural

El derecho al juez natural o también denominado derecho a la jurisdicción predeterminada es la garantía judicial o la norma - principio que forma parte del derecho al debido proceso por el cual todo ciudadano que somete una causa a la decisión judicial o es sometido a la instrucción procesal penal tiene como prerrogativa conocer y ser juzgado por un magistrado previamente designado y competencia para resolver

todos los casos similares en materia y procedimiento, por el contrario esta garantía asegura que la causa no sea sometida a un Tribunal o Juez Ad Hoc o designado exprofeso para el juicio.

Así, en la **STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC-Lima,** Caso Marcelino Tineo Silva, Decretos Leyes N°s. 25475, 25659, 25708 y 25880 - Legislación antiterrorista, del 3 de enero de 2003, se puede apreciar: F.j. 101. De similar criterio ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, incluso, en su Informe correspondiente al año 1996 hizo notar sus observaciones con los alcances del artículo 173 de la Constitución, recomendando al Estado peruano su modificación (recomendación N° 2), por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, sostuvo que: "El Derecho internacional de los derechos humanos requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan. Si bien el principio rector en todo proceso debe ser siempre el de la justicia y aun cuando puede ser necesario contar con garantías adicionales en circunstancias específicas para garantizar un juicio justo, se ha entendido que las protecciones más esenciales incluyen el derecho del acusado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan; el derecho a defenderse personalmente o mediante la asistencia de abogado de su elección y –en los casos que así lo requiera la justicia– librarse de cargos, así como a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Estas protecciones también incluyen un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y la obtención de la comparecencia, como testigos, de expertos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos". F.j. 102. El Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones. La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural. F.j. 103. El derecho al juez natural está reconocido en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución, según el cual: "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (...)". La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas con base en distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido

en el inciso 2) del mismo artículo 139) e imparcialidad en la resolución de la causa. Constituye, a la vez de un derecho subjetivo, parte del "modelo constitucional del proceso" recogido en la Carta Fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener calidad de debido. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que toda norma constitucional en la que pueda reconocerse algún grado de implicancia en el quehacer general del proceso debe ser interpretada de manera que, aquellas mínimas garantías, recogidas fundamentalmente en el artículo 139 de la Constitución, sean, siempre y en todos los casos, de la mejor forma optimizadas, aun cuando dichas normas establezcan algún criterio de excepción.

Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales es la garantía judicial o norma-principio que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por el que se protege y garantiza la expectativa del litigante vencedor a que se cumpla en todos sus términos lo decidido en una sentencia, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; sin que el sujeto vencido judicialmente pueda impedir, modificar o retrasar la materialización efectiva de lo resuelto.

En ese sentido, en las STC Exp. N°s 00015-2001, 00016-2001 y 00004-2002-AI/TC - Lima, (Acumulados), caso bienes inembargables del Estado - Leyes N°s 27684 y 27584, del 29 de enero de 2004, se prescribió que: F.j.8. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del mismo artículo 139, cuando se menciona que "ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución". F.j. 9. El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y, como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. A diferencia de lo que sucede en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional "efectiva". Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que

nuestra Carta Fundamental tan solo garantice un proceso "intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad" [STC Exp. N° 010-2002-AI/TC]. F.j. 10. Precisamente, la necesidad de entender que el derecho a la tutela jurisdiccional comprende necesariamente su efectividad, se desprende tanto del artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo con el primero: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". Conforme al segundo, "[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)". Como el Tribunal Constitucional ha recordado, tal derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo esencialmente está referido a los procesos constitucionales de la libertad. Sin embargo, de ello no debe inferirse que tales exigencias (sencillez, brevedad y efectividad) se prediquen solo en esta clase de procesos. Dado que en ambos instrumentos internacionales se hace referencia a los derechos reconocidos en la "ley", tales características deben considerarse extensivas también a los denominados procesos judiciales ordinarios. F.j. 11. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Como lo ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el arret "Hornsby c/ Grecia", sentencia del 13 de marzo de 1997, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales forma parte de las garantías judiciales, pues "sería ilusorio" que "el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiese que una decisión judicial, definitiva y vinculante, quedase inoperante, causando daño a una de sus partes (...)". F.j. 12. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho impone especiales exigencias a los sujetos pasivos del derecho, es decir, a los que se

encuentran en principio vinculados y, en particular, a quienes participaron en calidad de partes en el proceso y, desde luego, al propio juez. Pero también lo está el Presidente de la República, a quien, en su condición de titular del Poder Ejecutivo, conforme establece el inciso 9) del artículo 118 de la Constitución, le corresponde "[c]umplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales". Respecto de los jueces, el glosado derecho exige un particular tipo de actuación. Y es que si el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia o en una resolución judicial sea cumplido, es claro que quienes las dictan, o quienes resulten responsables de ejecutarlas, tienen la obligación de adoptar, según las normas y procedimientos aplicables –y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no– las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento. F.j. 13. A juicio del Tribunal Constitucional, tras el reconocimiento del derecho a la ejecución de las sentencias no solo está el derecho subjetivo del vencedor en juicio, sino también una cuestión de capital importancia para la efectividad del "Estado democrático de derecho" que proclama la Constitución. En efecto, tras los artículos 38, 45, 51, 102, inciso 2, 118, inciso 1, y 138 de la Constitución, existe un mandato de sujeción de los ciudadanos y órganos públicos a la Constitución y a todo el ordenamiento jurídico. Dicha sujeción al ordenamiento jurídico, cuando se produce un conflicto, ordinariamente se procesa a través del Poder Judicial, en tanto que tercero imparcial. De ahí que cuando un tribunal de justicia emite una resolución, y ésta adquiere la condición de firme, con su cumplimiento no solo se resuelve un conflicto y se restablece la paz social, sino, además, en la garantía de su cumplimiento, se pone a prueba la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. El Estado Democrático de Derecho está, pues, sujeto a un plebiscito de todos los días. Y es difícil que pueda hablarse de la existencia de un Estado de derecho cuando las sentencias y las resoluciones judiciales firmes no se cumplen. Como afirma el Tribunal Constitucional español: "Cuando este deber de cumplimiento y colaboración –que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza– se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento –si se produjera– no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes" (STC 67/1984). F.j. 14. Por ello, en línea de principio, el Tribunal considera que cuando el obligado –sea un particular o el Estado– no cumple lo ordenado por la sentencia o la

resolución judicial firme, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales autoriza al afectado con el incumplimiento a pedir del órgano jurisdiccional competente la adopción de las medidas y providencias necesarias para que se ejecute lo dispuesto. F.j. 15. No obstante, cabe recordar que, como sucede con todos los derechos fundamentales, el de efectividad de las resoluciones judiciales tampoco es un derecho absoluto, es decir, que esté exento de condiciones, límites o restricciones en su ejercicio. Al margen de los requisitos y la presencia de una serie de circunstancias generales que la ley pueda prever, como puede ser que la ejecución deba llevarla adelante el órgano jurisdiccional competente; que se trate de una resolución firme; que la ejecución se realice respetando el contenido del fallo, etc., el Tribunal Constitucional considera legítimo que, tomando en cuenta al sujeto procesal vencido en juicio y, en concreto, cuando ese vencido en juicio sea el Estado, el legislador pueda establecer ciertos límites o restricciones al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes, en la medida en que estas tengan una justificación constitucional. F.j. 16. Uno de esos límites, derivado directamente de la Norma Suprema, lo constituye el mandato constitucional de que ciertos bienes del Estado, como los de dominio público, no pueden ser afectados, voluntaria o forzosamente. Ese fue el criterio implícitamente señalado por este Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Exp. N° 006-1996-AI/TC, en la que se dejó entrever que, de conformidad con el artículo 73 de la Constitución, tales resoluciones judiciales o las que se emitan para ejecutarlas, no pueden recaer sobre los denominados bienes de dominio público.

Derecho a la libertad de comercio

El derecho a la libertad de comercio es la facultad de participar en el tráfico de bienes lícitos llevando a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. En ese sentidol en la **STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC - Lima,** caso Decreto de Urgencia N° 140 - 2001, precios mínimos para el transporte, del 11 de noviembre de 2003 (f.j. 26), se puede apreciar lo siguiente: (…) Establecida en el artículo 59 de la Constitución, se trata de la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercerse con sujeción a la ley. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal.

Derecho a la libertad de empresa

El derecho a la libertad de empresa es la facultad de elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios en aquellos rubros autorizados por la ley.

Sobre el particular, podemos citar la **STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC - Lima,** Caso Decreto de Urgencia N° 140 - 2001, precios mínimos para el transporte, del 11 de noviembre de 2003. (F.j. 26): (…) Consagrada por el artículo 59 de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley –siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente–, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce.

Derecho a la libertad de industria

El derecho a la libertad de industria es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención o transformación de uno o varios productos.

Así, en la **STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC - Lima,** caso Decreto de Urgencia N° 140 - 2001, precios mínimos para el transporte, del 11 de noviembre de 2003 (f.j. 26): (…) Establecida en el artículo 59 de la Constitución, es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

Derecho a la libertad de trabajo

El derecho a la libertad de trabajo es la facultad que posee todo ciudadano para elegir la actividad ocupacional o profesional, en el tráfico de bienes o servicios, desempeñando tal actividad disfrutando del rendimiento económico o la satisfacción espiritual que esta produzca; este derecho alcanza su dimensión negativa, es decir la facultad para cesar en el desempeño de la actividad como de cambiar de actividad.

Así, la resolución recaida en la **STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC - Lima,** caso Decreto de Urgencia N° 140 - 2001, precios mínimos para el transporte, del 11 de noviembre de 2003. (f.j. 26) señala: (…) Establecida en el inciso 15) del artículo 2 de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público. La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor.

DERECHO A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO

El derecho a la libertad de tránsito es la facultad de ambular o trasladar dentro y fuera del territorio de la república. Esta libertad puede restringirse por razones de sanidad, por mandato judicial o aplicación de la ley de extranjería. La libertad de tránsito o derecho de locomoción es, dentro del catálogo de atributos susceptibles de tutela procesal constitucional, de los más tradicionales. Con el mismo se busca reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país. Dicho atributo, por otra parte, se encuentra también reconocido en los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyéndose en uno de los derechos de mayor implicancia en el ámbito de la libertad personal perteneciente a cada individuo.

Siendo el derecho de tránsito o de locomoción un atributo con alcances bastante amplios; sin embargo, por mandato expreso de la propia Constitución Política, y conforme a los criterios recogidos por los instrumentos internacionales antes referidos, se encuentra sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Dichas Estas, en términos generales, pueden ser

de dos clases: explícitas e implícitas. Las restricciones explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11) del artículo 2 de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137 de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente). Las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no por ello inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, bajo determinadas circunstancias, debe prevalecer. Un caso específico de tales restricciones opera precisamente en los supuestos de preservación de la seguridad ciudadana, en los cuales se admite que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, sea posible limitar el derecho aquí comentado.

Sobre el particular, la **STC Exp. N° 03482-2004-AA/TC - Lima, Precedente vinculante**, caso Luis Augusto Brain Delgado, Julia Patricia Barrientos Alcántara y Sebatián Brain Barrientos, del 27 de junio de 2005, estableció:

Hábeas corpus de naturaleza restringida. F.j.3. En el caso de autos, se cuestionan directamente restricciones a la libertad de tránsito o de locomoción presuntamente producidas por haberse instalado en una vía de uso público un sistema de control mediante rejas y vigilancia particular. Se trata, por consiguiente, no de un supuesto de detención arbitraria frente al que normalmente procede un hábeas corpus de tipo reparador, sino de un caso en el que se denuncia una restricción a la libertad individual distinta a los supuestos de detenciones arbitrarias o indebidas; por lo tanto, estamos frente al denominado hábeas corpus de tipo restringido. F.j. 4. Conviene precisar que en los hábeas corpus del tipo señalado, aun cuando no esté de por medio una medida de detención, no quiere ello decir que la discusión o controversia a dilucidar resulte un asunto de mera constatación empírica. En estos casos, como en otros similares, es tan importante verificar la restricción a la libertad que se alega como lo señalado por las partes que participan en el proceso, además de merituar las diversas instrumentales que puedan haber sido aportadas. Al margen de la sumariedad del proceso, es necesario evaluar con algún detalle lo que se reclama y el elemento probatorio con el que se cuenta. **Los alcances genéricos de**

la libertad de tránsito o derecho de locomoción y la existencia de límites a su ejercicio. F.j. 5. La libertad de tránsito o derecho de locomoción es, dentro del catálogo de atributos susceptibles de tutela por mediante el hábeas corpus, de los más tradicionales. Con el mismo se busca reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país. Dicho atributo, por otra parte, se encuentra también reconocido en los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyendo uno de los derechos de mayor implicancia en el ámbito de la libertad personal. F.j. 6. Siendo el derecho de tránsito o de locomoción un atributo con alcances bastante amplios, se encuentra, sin embargo, por mandato expreso de la propia Constitución y conforme a los criterios recogidos por los instrumentos internacionales antes referidos, sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Dichas restricciones, por de pronto, pueden ser de dos clases: explícitas o implícitas. F.j. 7. Las restricciones calificadas como explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11) del artículo 2 de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137 de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente). F.j. 8. El primer supuesto explícito implica que ninguna persona puede ser restringida en su libertad individual, salvo que exista un mandato formal emitido por autoridad judicial. En dicho contexto, y aunque toda persona tiene la opción de decidir el lugar al cual quiere desplazarse y el modo para llevarlo a efecto, queda claro que cuando ella es sometida a un proceso, sus derechos, en buena medida, pueden verse afectados a instancias de la autoridad judicial que lo dirige. Aunque tal restricción suele rodearse de un cierto margen de discrecionalidad, tampoco puede o debe ser tomada como un exceso, ya que su procedencia, por lo general, se encuentra sustentada en la ponderación efectuada por el juzgador de que, con el libre tránsito de tal persona, no puede verse perjudicada o entorpecida la investigación o proceso de la que tal juzgador tiene conocimiento. En tales circunstancias no es, pues, que el derecho se torne restringido por

un capricho del juzgador, sino por la necesidad de que el servicio de Justicia y los derechos que ella está obligada a garantizar, no sufran menoscabo alguno y, por consiguiente, puedan verse materializados sin desmedro de los diversos objetivos constitucionales. F.j. 9. El segundo supuesto, mucho más explicable, y en parte advertido desde la propia idea que el derecho de locomoción solo le corresponde a los nacionales o extranjeros con residencia establecida, supone que quien, sin pertenecer a nuestro Estado, pretende ingresar, transitar o salir libremente de su territorio, se expone a ser expulsado bajo las consideraciones jurídicas que impone la Ley de Extranjería. La justificación de dicho proceder se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos universalmente, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales, como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, sobre la base de una equilibrada ponderación, puede hacer distingos entre quienes forman parte del mismo (del Estado) y aquellos otros que carecen de tal vínculo. En tales circunstancias, no es que se niegue la posibilidad de poder gozar de un derecho a quienes no nacieron en nuestro territorio o no poseen nuestra nacionalidad, sino que resulta posible o plenamente legítimo imponer ciertas reglas de obligatorio cumplimiento a efectos de viabilizar el goce de dichos atributos. Supuesto similar ocurre, en el ámbito de los derechos políticos, donde el Estado se reserva el reconocimiento y la obligación de tutela de derechos fundamentalmente para el caso específico o preferente de los nacionales, sin que con ello se vea perturbada o desconocida la regla de igualdad. F.j. 10. El tercer supuesto explícito tiene que ver con otra situación perfectamente justificada. Como resulta evidente, por razones de sanidad también puede verse restringido el derecho de tránsito, esencialmente porque, en tal caso, de lo que se trata es de garantizar que el ejercicio de dicho atributo no ponga en peligro derechos de terceros o, incluso, derechos distintos de los de la persona que intenta el desplazamiento. Tal contingencia, de suyo, podría ocurrir en el caso de una epidemia o grave enfermedad que pudiese detectarse en determinada zona o sector del territorio del país. En tales circunstancias, la restricción al derecho de tránsito se vuelve casi un imperativo que el ordenamiento, como es evidente, está obligado a reconocer y, por supuesto, a convalidar. F.j. 11. Un cuarto supuesto explícito, aunque este último de naturaleza extraordinaria, se relaciona con las situaciones excepcionales que la misma norma constitucional contempla bajo la forma de estados de emergencia o de sitio y que suelen encontrarse asociados a causas de extrema necesidad o grave alteración en la vida del Estado, circunstancias en las que es posible limitar en cierta medida el ejercicio de

determinados atributos personales, uno de los cuales es el derecho de tránsito o de locomoción. En dicho contexto, lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para cuyo efecto ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad. F.j. 12. Las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no, por ello, inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, en determinadas circunstancias, debe prevalecer. Un caso específico de tales restricciones se da precisamente en los supuestos de preservación de la seguridad ciudadana, en los cuales se admite que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, es posible limitar el derecho aquí comentado. **El bien jurídico seguridad ciudadana y sus alcances.** F.j. 13. Aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo. F.j. 14. De alguna forma la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra, pues, asociada al interés general, mientras que el concepto de derechos se asocia al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si se parte del supuesto que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico y, frente a lo cual se hace necesaria una específica política de seguridad en favor de la

colectividad. En el Estado social de derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales en relación con la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna respecto del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar. F.j. 15. Cabe precisar que cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo que, en determinadas circunstancias, y como se anticipó anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes juridicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que ante la existencia de ambas categorías al interior del ordenamiento se hace imperioso integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución. En ese gran reto ponderativo el juez constitucional ocupa un papel gravitante. **Las vías de tránsito público y el establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal.** F.j.16. Exceptuados los ámbitos de lo que constituye el dominio privado, todo aquel espacio que desde el Estado haya sido estructurado como referente para el libre desplazamiento de personas puede ser considerado una vía de tránsito público. Dentro de tales espacios (avenidas, calles, veredas, puentes, plazas, etc.), no existe, en principio, restricción o limitación a la locomoción de los individuos, esto es, no existe la necesidad de pedir autorización alguna ni ante el Estado ni ante particular alguno, pues se presume que la vía pública pertenece a todos y no a determinada persona o grupo de personas en particular. F.j. 17. Las vías de tránsito público, por otra parte, sirven no solo para permitir el desplazamiento peatonal, sino para facilitar otros ámbitos de su autodeterminación o el ejercicio de una diversidad de derechos constitucionales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.); y como tales, se constituyen en un elemento instrumental sumamente importante del cual depende la satisfacción plena o la realización de una multiplicidad de objetivos personales. F.j. 18. Siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad, pueden sin embargo, y en determinadas circunstancias, ser objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, se presumen acordes con las facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos (como ocurre, por ejemplo, con las funciones de control de tránsito efectuadas por los gobiernos municipales); cuando provienen de

particulares, existe la necesidad de determinar si existe alguna justificación sustentada en la presencia, o no, de determinados bienes jurídicos. F.j. 19. Justamente en la existencia o reconocimiento del bien jurídico seguridad ciudadana, se encuentra lo que, tal vez, constituya la más frecuente de las formas a través de la cual se ven restringidas las vías de tránsito público. Tras la consabida necesidad de garantizar que la colectividad no se vea perjudicada en sus derechos más elementales frente al entorno de inseguridad recurrente en los últimos tiempos, se ha vuelto una práctica reiterada el que los vecinos o las organizaciones que los representan opten por colocar rejas o mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Aunque queda claro que no se trata de todas las vías (no podría implementarse en avenidas de tránsito fluido, por ejemplo) y que solo se limita a determinados perímetros (no puede tratarse de zonas en las que el comercio es frecuente), es un hecho incuestionable que la colocación de los citados mecanismos obliga a evaluar si el establecimiento de todos ellos responde a las mismas justificaciones y si puede asumir toda clase de características. F.j. 20. Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar, en ocasiones anteriores, que la instalación de rejas como medidas de seguridad vecinal no es, per se, inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho con la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado, o simplemente lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 81 sobre "Libertad De Tránsito y Seguridad Ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana", emitido en el mes de enero de 2004, p. 42, "no se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública ya que ello afectaría el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino solo una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior, la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella".

Asimismo, la STC Exp. N° 00349-2004-AA/TC - Cono Norte de Lima, Precedente Vinculante, caso María Elena Cotrina Aguilar, del 4 de julio de 2005, prescribió:

El bien jurídico seguridad ciudadana y sus alcances. F.j. 13. Aunque

no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que, para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal, suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo. F.j. 14. De alguna forma la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra, pues, asociada al interés general, mientras que el concepto de los derechos se asome al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si se parte del supuesto de que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico y, frente a la cual, se hace necesaria una específica política de seguridad en favor de la colectividad. En el Estado social de Derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales para la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna respecto del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar. F.j. 15. Cabe precisar que, cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que, bajo determinadas circunstancias; y como se anticipó anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que, ante la existencia de ambas categorías al interior del ordenamiento, se hace imperioso integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución. En ese gran reto ponderativo, el juez constitucional ocupa un papel gravitante. **Las vías de tránsito público y el establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal.**

F.j. 16. Exceptuados los ámbitos de lo que constituye el dominio privado, todo aquel espacio que desde el Estado haya sido estructurado como referente para el libre desplazamiento de personas, puede ser considerado una vía de tránsito público. Dentro de tales espacios (avenidas, calles, veredas, puentes, plazas, etc.) no existe, en principio, restricción o limitación a la locomoción de los individuos, esto es, no existe la necesidad de pedir autorización alguna ni ante el Estado ni ante particular alguno, presumiéndose que su pertenencia le corresponde a todos y no a determinada persona o grupo de personas en particular. F.j. 17. Las vías de tránsito público, por otra parte, sirven no solo para permitir el desplazamiento de las personas, sino para facilitar otros ámbitos de su autodeterminación o el ejercicio de una diversidad de derechos constitucionales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.). Como tales se constituyen en un elemento instrumental sumamente importante del cual depende la satisfación plena o la realización de una multiplicidad de objetivos personales. F.j. 18. Siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad, pueden, sin embargo, y en determinadas circunstancias, ser objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, se presumen acordes con las facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos (como ocurre, por ejemplo, con las funciones de control de tránsito efectuadas por los gobiernos municipales); cuando provienen de particulares, existe la necesidad de determinar si existe alguna justificación sustentada en la presencia, o no, de determinados bienes jurídicos. F.j. 19. Justamente en la existencia o reconocimiento del bien jurídico seguridad ciudadana, se encuentra lo que, tal vez, constituya la más frecuente de las formas a través de la cual se ven restringidas las vías de tránsito público. Tras la consabida necesidad de garantizar que la colectividad no se vea perjudicada en sus derechos más elementales frente al entorno de inseguridad recurrente en los últimos tiempos, se ha vuelto una práctica reiterada el que los vecinos o las organizaciones que los representan, opten por colocar rejas o instalar mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Aunque queda claro que no se trata de todas las vías (no podría implementarse en avenidas de tránsito fluido, por ejemplo) y que solo se limita a determinados perímetros (no puede tratarse de zonas en las que el comercio es frecuente), es un hecho incuestionable que la colocación de los citados mecanismos obliga a evaluar si el establecimiento de todos ellos responden a las mismas justificaciones y si pueden asumir toda clase de características. F.j. 20. Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar en ocasiones anteriores que el establecimiento de rejas como medidas de seguridad vecinal no es per se inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco

de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho y la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado o, simplemente, lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 81 sobre "Libertad de Tránsito y Seguridad Ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana", emitido en el mes de enero de 2004, p. 42: "No se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública, ya que ello afectaría el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino solo una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior, la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella".

Derecho a la libre contratación

El derecho a la libre contratación es la facultad que tiene toda persona para acordar o convenir con otros, manifestando su mutua voluntad para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídico y lícita de carácter patrimonial o sobre intereses con apreciación económica.

En la sentencia recaida en el STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC - Lima, Caso Decreto de Urgencia N° 140 - 2001, precios mínimos para el transporte, del 11 de noviembre de 2003. (F.j. 26), se puede leer sobre el particular lo siguiente: (…) Establecido en el inciso 14) del artículo 2 de la Constitución, se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Tal derecho garantiza, prima facie: a) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante. b) Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. c) A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc.

Derecho a la motivación debida

El derecho a la motivación debida, es una garantía procesal y una norma. principio que exige a todo juez o instructor de un expediente a expresar en forma clara los motivos o razones que le llevan a tomar una determinada decisión sobre algún caso sometido a su potestad. En el caso que la decisión verse sobre un pedido ingresado al despacho del resolutor, los motivos o razones deberán responder el pedido en modo suficiente, de tal manera que su destinatario pueda conocer el fundamento de la concesión o denegatoria de su pedido en respeto al principio de congruencia.

En ese sentido, la STC Exp. N° 01480-2006-AA/TC-Lima, Caso Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, del 27 de marzo de 2006 (F.j. 2), señala que (…) El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen razones o justificaciones objetivas que los lleven a tomar una decisión Esas razones por lo demás, pueden y deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya deducidas por los jueces ordinarios.

Igualmente, la **Cas. N° 000693-2010-Ayacucho,** Caso Felipe Ávila Quispe y otros sobre Nulidad de acto jurídico, del 12 de octubre de 2010 (F.j. 1): El Principio constitucional del debido proceso contiene el derecho a la motivación escrita de las resoluciones que garantiza al justiciable el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción de los términos del inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado garantiza que los jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso lógico que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho a la defensa.

Derecho al plazo razonable

El derecho al plazo razonable es la garantía judicial y norma - principio integrante del debido proceso por el cual se establece que cualquier procedimiento o proceso judicial debe realizarse dentro del tiempo absolutamente indispensable para emitir una decisión legítima y debida,

siempre que se asegure el ejercicio regular del derecho a la defensa de quien es atacado y el derecho de contradecir de quien incoa la causa, en todo caso teniendo como referencia el tiempo que la ley haya previsto para la realización del trámite, del procedimiento o del proceso, una decisión adoptada fuera de ese plazo no necesariamente invalida la decisión, salvo que la ley así lo disponga, pero sí genera responsabilidad por la demora o excesiva celeridad de quien la adopta.

Puede citarse sobre este punto a la STC Exp. N° 02915-2004-PHC/TC-Lima, Caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio, del 23 de noviembre de 2004: La detención judicial no debe exceder de un plazo razonable que coadyuve al pleno respeto de los principios de proporcionalidad, necesidad, subsidiariedad, provisionalidad, excepcionalidad y razonabilidad, principios dentro de los que se ha de considerar la aplicación de esta excepcional medida coercitiva de la libertad para ser reconocida como constitucional. Se trata propiamente de una manifestación implícita de los derechos a la libertad personal y del debido proceso reconocidos en la Constitución (artículos 2.24 y 139.3) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.

Igualmente tenemos a la **STC Exp. N° 03771-2004-HC/TC-Piura, Precedente Vinculante,** Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón, del 29 de diciembre de 2004: **§ 2. Sobre la aplicación del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237)** F.j. 2. Debe señalarse que, hallándose la causa en sede del Tribunal Constitucional, en el estado de absolverse el grado del recurso extraordinario, con fecha 1 de diciembre de 2004, entró en vigencia el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), que regula los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus. F.j. 3. Este corpus normativo establece, en su Segunda Disposición Final, que "las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado". F.j. 4. Es necesario precisar que si bien de la citada disposición legal se puede interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello solo será posible siempre que la aplicación de la referida norma garantice la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe ser apreciado atendiendo a las particularidades del caso en concreto. **§ 3. El derecho a la de presunción de inocencia y el plazo razonable de la prisión preventiva** F.j. 6. Al igual que por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el

encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización, cuando la sentencia con que culmine no deje de merituar ninguna prueba (ni sufra la adulteración de alguna) por obra del procesado, y cuando se cumpla efectivamente la pena que ella imponga, (f.j. 7). Por la misma razón (la presunción de inocencia), tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de la libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables, (f.j. 8). El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra lex superior, se trata de un derecho, propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2, inciso 24) de la Constitución) y, por ello, se funda en el respeto a la dignidad de la persona, (f.j. 9). La interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, (f.j. 10). Al respecto, debe señalarse que en el ordenamiento supraestadual existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9,3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad". Por su parte, el artículo 7,5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de "[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso", (f.j. 11). En consecuencia, el derecho de que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido, (f.j. 15). Esta postura normativa coincide con

lo reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando afirma que: "La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima prima facie, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal" (Informe N° 12/96, párrafo 70), (f.j. 17). Tal situación se aprecia en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues el artículo 137 del Código Procesal Penal [Decreto Legislativo N° 638] que regula el plazo máximo de la detención judicial, que establece que dichos plazos máximos fijados por el legislador integran el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal, puesto que el mantenimiento de la situación de prisión preventiva por un tiempo excesivo al previsto lesiona el derecho a la libertad personal, **§ 5. Criterios para valorar la razonabilidad de la duración de la detención judicial.** (F.j. 18). Los parámetros legales, si bien son válidos para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida, sin embargo, no agotan el contenido de dicho derecho fundamental, de modo que ni todo el plazo máximo legal es per se razonable, ni el legislador es totalmente libre en su labor de establecer o concretar los plazos máximos legales. Aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato, (f.j. 19). En efecto, para valorar si la duración de la detención judicial ha excedido, o no, el plazo máximo, este Tribunal, integrando el concepto de plazo razonable, se refirió a los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cfr. caso Berrocal Prudencio, Exp. Nº 2915-2004-HC/TC, que en síntesis son los siguientes: 1. La naturaleza y complejidad de la causa. Es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con

un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil. 2. La actitud de los protagonistas del proceso: por una parte, la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculpado se encuentre en condición de detenido, y, por otra, la propia actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada defensa obstruccionista (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional y f.j. 26. No cabe duda de que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido ad infinítum, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de Derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3 de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Igualmente, la STC Exp. N° 00549-2004-HC/TC - Lima, Caso Manuel Rubén Moura García, del 21 de enero de 2005, señala f.j. 4. Al respecto, debe señalarse que existen diversos tratados en materia de derechos humanos, ratificados por el Estado, que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo **9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,** que establece que "[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad". Por su parte, el artículo **7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,** reconoce el derecho de "[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso". Según el artículo 9.4

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal". A mayor abundamiento, el artículo **8.1 de la Convención** establece que: [t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulaba contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. F.j. 5. En tal sentido, el principio de "plazo razonable" al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana, tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente.

Del mismo modo, la STC Exp. N° 00618-2005-HC/TC-Lima, Caso Ronald Winston Díaz Díaz, del 8 de marzo de 2005: F.j. 8. Con relación al derecho de ser juzgado sin dilaciones indebidas, este Tribunal considera pertinente recordar que, si bien el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, tal derecho está implícito en los derechos al debido proceso y la tutela y, por lo tanto, guarda relación con el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que se deben observar durante y al interior de un proceso constitucional. F.j. 9. Este Tribunal reconoce la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, Cuarta Disposición Final y Transitoria que establece que las normas relativas a los derechos y las libertades que reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú. F.j. 10. Entre los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por el Estado, que reconocen expresamente este derecho, se encuentran la Convención Americana, que establece que "[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" [artículo 8.1 de la Convención Americana de sobre Derechos Humanos]. De la cita se infiere que el derecho a un "plazo razonable" tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación

y asegurar que su tramitación se realice prontamente. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y, por tanto, no puede ser desconocido. F.j. 11. Este Tribunal, siguiendo el criterio de la Corte Interamericana[5], ha señalado que "[s]e debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales". F.j. 12. Este Colegiado, en relación con la complejidad del asunto, ha sostenido, en reiterada jurisprudencia, que "[p]ara su valoración, es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil". F.j. 13. En cuanto a la actividad procesal del interesado, se ha subrayado que "[r]esulta importante distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la llamada defensa obstruccionista, caracterizada por todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado". F.j. 14. Finalmente, con relación a la actuación de los órganos judiciales, "[s]erá materia de evaluación el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista, en ningún momento, el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad".

STC Exp. N° 03308-2005-PHC/TC-Lima, caso Manuel Augusto Fajardo Cravero a favor de Abimael Guzmán Reynoso, Elena Iparraguirre Revoredo, María Pantoja Sánchez, Laura Zambrano Padilla, Maritza Garrido Lecca Risco, Zenón Walter Vargas Cárdenas, Roberto Pizarro Ccori, Valerio Marciano Gonzales Toribio y Carlos Andrea Incháustegui Dégola, del 14 de diciembre de 2006.

Igualmente, debe citarse la STC Exp. N° 06423-2007-PHC/TC-Puno, Precedente Vinculante, Caso Alí Guillermo Ruiz Dianderas, del 28 de diciembre de 2009:

Reglas vinculantes para la tutela del derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario o dentro del plazo máximo de la detención. 12. Sentado lo anterior, resulta necesario establecer las reglas sustantivas y procesales para la tutela del derecho a ser puesto a disposición judicial dentro de los plazos señalados *supra*. Estas reglas deben ser interpretadas en la perspectiva de optimizar una mejor protección del derecho a la libertad personal, en la medida que no solo es un derecho fundamental reconocido, sino que además es un valor superior del ordenamiento jurídico y presupuesto de otros derechos fundamentales. **a) Regla sustancial:** El plazo de la detención que la Norma Fundamental establece es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues existe también el plazo estrictamente necesario de la detención. Y es que, aun si la detención no hubiera traspasado el plazo máximo, ese dato per se no resulta suficiente para evaluar los márgenes de constitucionalidad de la detención, pues esta tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario (límite máximo de la detención). Como es evidente, el límite máximo de la detención debe ser establecido en atención a las circunstancias de cada caso concreto, tales como las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros. En suma, resulta lesiva al derecho fundamental a la libertad personal la privación de esta en los supuestos en que ha transcurrido el plazo máximo para la detención, o cuando, estando dentro de dicho plazo, se ha rebasado el plazo estrictamente necesario; en ambos casos, dicho estado de cosas queda privado de fundamento constitucional, y la consecuencia debe ser la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente para que sea este quien determine si procede la detención judicial respectiva o la libertad de la persona, sin perjuicio de las responsabilidades que señala la ley para la autoridad, funcionario o persona que hubieren incurrido en ellas. **b) Regla procesal:** El derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario de la detención o dentro del plazo máximo de la detención resulta oponible frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad personal que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico (detención policial, detención preliminar judicial, etc.). En ese sentido, a efectos de optimizar su tutela, lo que corresponde es que la autoridad competente efectúe un control de los plazos de la detención tanto concurrente como posterior, dejándose constancia del acto de control, disponiendo, si fuera el caso, las medidas correctivas pertinentes, bajo responsabilidad. Este control de los plazos de la detención debe ser efectuado tanto por

el representante del Ministerio Público como por el juez competente, según corresponda, sin que ambos sean excluyentes, sino más bien complementarios.

Igualmente, la STC Exp. N° 05350-2009-PHC/TC - Lima, Caso Julio Rolando Salazar Monroe, del 10 de agosto de 2010:

F.j. 8. Con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como una garantía mínima del debido proceso legal reconocido en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH en la sentencia del caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, de fecha 29 de enero de 1997, concluyó señalando que: "74. El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado 'debido proceso legal' o 'derecho de defensa procesal', que consisten en **el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial,** establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra (...)". (Negritas agregadas). A ello, debe agregársele que en la misma sentencia, la Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, precisó que para determinar la razonabilidad del plazo debe analizarse en forma global el proceso penal. En tal sentido, señaló que: "81. Adicionalmente al estudio de las eventuales demoras en las diversas etapas del proceso, la Corte Europea ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo en el conjunto de su trámite lo que llama "análisis global del procedimiento" (Motta, *supra* 77, párr. 24; Eur. Court H.R., Vernillo judgment of 20 February 1991, Series A N° 198 y Eur. Court H.R., Unión Alimentaria Sanders S.A. judgment of 7 July 1989, Series A, N° 157)". F.j. 9. Sobre la finalidad del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, la Corte IDH en la sentencia del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, de fecha 12 de noviembre de 1997, precisó que: "70. **El principio de 'plazo razonable'** al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana **tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente"**. (Negritas agregadas). F.j. 10. Asimismo, con relación a la violación de la razonabilidad del plazo de los procesos penales, la Corte IDH en la sentencia del Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, de fecha 27 de noviembre de 2008, destacó que: "154. (…) **el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales"** (Negritas agregadas). F.j. 11. Teniendo

presente la posición jurisprudencial de la Corte IDH, el Tribunal en la STC Exp N° 00618-2005-PHC/TC, interpretando el inciso 1) del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, enfatizó que: "(…) **el derecho a un 'plazo razonable' tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación y asegurar que su tramitación se realice prontamente.** En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y, por tanto, no puede ser desconocido". (Negritas agregadas). F.j. 12. Es por dicha razón que en la STC Exp. N° 03509-2009-PHC/TC el Tribunal subrayó que la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable genera en el Estado una prohibición de continuar con la persecución penal, por cuanto la demora injustificada en la resolución del proceso penal (impartición de justicia) ocasiona la pérdida de la legitimidad punitiva. Ello porque la demora injustificada en la resolución de un proceso penal constituye una denegación de justicia. De ahí que en la RTC Exp. N° 03509-2009-PHC/TC el Tribunal haya ampliado su posición jurisprudencial en el sentido de que no sólo "no pueden existir zonas exentas de control constitucional", sino que "tampoco pueden haber **plazos ni tiempos exentos de control**". Y es que la naturaleza y características propias del Estado Constitucional, así como las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos, exigen la necesidad insoslayable de que la justicia sea impartida dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas o demoras injustificadas. **§4.1. *Dies a quo* y *dies ad quem* para computar el plazo razonable del proceso penal.** F.j. 13. Una de las cuestiones que plantea el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es la de determinar los extremos dentro de los que transcurre el plazo razonable del proceso penal, es decir, el momento en que comienza (*dies a quo*) y el instante en que debe concluir (*dies ad quem*). F.j. 14. Con relación al dies a quo del plazo razonable del proceso penal, la Corte IDH en la sentencia del caso Suárez Rosero vs. Ecuador, precisó que el plazo comienza a computarse desde la fecha de la aprehensión del imputado (detención judicial preventiva), por ser el primer acto del proceso penal. En tal sentido, la Corte IDH precisó que: "70. (…) En el presente caso, **el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo**" (Negritas agregadas). F.j. 15. Complementando ello, la Corte IDH en la sentencia del caso Tibi vs. Ecuador, de fecha 7 de setiembre de 2004, estableció que cuando no ha habido

aprehensión del imputado, pero se halla en marcha un proceso penal, el dies a quo debe contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. Así, la Corte IDH señaló que: "168. (…) La Corte se pronunció en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo. **Cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso***"*. (Negritas agregadas). F.j. 16. En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) en las sentencias de los casos Eckle contra Alemania, de fecha 15 de julio de 1982, y López Sole y Martín de Vargas contra España, de fecha 28 de octubre de 2003, ha precisado que el *dies a quo* del plazo razonable del proceso penal empieza en el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación jurídica, en razón a las medidas de coerción procesal adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. F.j. 17. De otra parte, la Corte IDH en la sentencia del caso Suárez Rosero vs. Ecuador estableció que el proceso penal termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción, y que dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. En esta línea, la Corte IDH siguiendo la jurisprudencia del TEDH, precisó que: "71. (…) **el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto,** con lo cual se agota la jurisdicción (cf. Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, sErie A N° 81, párr. 29) y que, particularmente **en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse**". (Negritas agregadas). F.j. 18. Sobre el mismo tema, la Corte IDH en la sentencia del caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, reiteró que: "154. La razonabilidad de dicho retraso se debe analizar de conformidad con el **"plazo razonable"** al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención, el cual **se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva**" (Negritas agregadas). F.j. 19. De la jurisprudencia reseñada de la Corte IDH, pueden extraerse los siguientes parámetros interpretativos de actuación que en virtud del artículo V del Título Preliminar del CPConst. deben ser aplicados por todos los jueces y tribunales del Poder Judicial, que son: a) La afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido en el inciso 1) del artículo 8 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se

debe apreciar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla en contra de cierto imputado (análisis global del procedimiento), hasta que se dicta sentencia definitiva y firme (*dies ad quem*), incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. b. El plazo razonable del proceso penal comienza a computarse (*dies a quo*) cuando se presenta el primer acto del proceso dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito, que a su vez puede estar representado por: i) la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado; o ii) la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. **§4.2. Criterios o parámetros para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal**. F.j. 19-A. En la sentencia del Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, la Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, precisó los criterios a utilizar para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal. En efecto, señaló que: "77. (...) De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: **a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales** (...)" (Negritas agregadas). F.j. 20. Estos tres elementos utilizados por la Corte IDH para analizar la razonabilidad del plazo del proceso penal fueron ampliados en la sentencia del caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, que a su vez fueron reiterados en la sentencia del caso Kawas Fernández vs. Honduras, de fecha 3 de abril de 2009. En dichas sentencias, la Corte IDH amplió de tres a cuatro los elementos que deben analizarse para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal, que son: a) la complejidad del asunto; b) la actividad o comportamiento del procesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; y d) la afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. F.j. 21. Así, en la sentencia del caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, la Corte IDH reconoció que: "155. (…) ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en

un tiempo breve". F.j. 22. En la sentencia del caso Kawas Fernández vs. Honduras, la Corte IDH reafirmó que: "112. (…) **ha establecido que es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso**" (Negritas agregadas). F.j. 23. A la luz de estos cuatros elementos, que en algunos casos han sido analizados en su integridad por la Corte IDH y en otros casos no. **§4.2.1. La complejidad del asunto.** F.j. 24. La complejidad del proceso penal tiene que determinarse en función de las circunstancias de jure y de facto del caso concreto, que a su vez, alternativamente, pueden estar compuestas por: a) el establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos; b) el análisis jurídico de los hechos por los cuales se inicia el proceso penal; c) la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación; y, d) la pluralidad de agraviados o inculpados, con sus respectivas defensa, entre otros elementos. **§4.2.2. La actividad o conducta procesal del imputado.** F.j. 25. Con relación a la conducta procesal, cabe destacar que esta puede ser determinante para la pronta resolución del proceso o para su demora, en el caso que el imputado demuestre un comportamiento procesal obstruccionista o dilatorio. Por ello, para determinar si la conducta procesal del imputado ha contribuido a la demora en la resolución del proceso penal, es necesario verificar si esta ha sido obstruccionista o dilatoria y si ha transcendido o influido en la resolución de este, para lo cual debe tenerse presente si ha hecho uso abusivo e innecesario de los instrumentos que la ley pone a su disposición, bajo la forma de recursos o de otras figuras. **§4.2.3. La conducta de las autoridades judiciales.** F.j. 26. Para evaluar la conducta o comportamiento de las autoridades judiciales es necesario tener presente: a) la insuficiencia o escasez de los tribunales; b) la complejidad del régimen procesal; y c) si los actos procesales realizados han contribuido, o no, a la pronta resolución del proceso penal. **§4.2.4. La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.** F.j. 27. Este cuarto elemento importa determinar si el paso del tiempo del proceso penal incide o influye de manera relevante e intensa en la situación jurídica (derechos y deberes) del demandante. Ello con la finalidad de que el proceso penal discurra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve, si es que éste incide o influye de manera relevante e intensa sobre la situación jurídica del demandante, es decir, si la demora injustificada le puede ocasionar al imputado daño psicológico y/o económico.

Finalmente, podemos señalar la **STC Exp. N° 02172-2011-PHC/TC - Junín,** Caso Elías Antonio Vilcahuamán Ninanya, del 05 de agosto de 2011. F.j. 4: No obstante, este Tribunal, en las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 05228-2006-PHC/TC y 02748-2010-PHC/TC ha reconocido que la **duración excesiva de una investigación preliminar** puede resultar vulneratoria del derecho a la libertad personal, no porque la investigación fiscal, eventualmente, pueda dar lugar a que el juzgador decrete una medida restrictiva de la libertad personal en contra del investigado o que se aduzca que dicha investigación aflige al investigado (alegación subjetiva), sino porque aquella resulta perturbadora del derecho de locomoción del actor, quien es sometido a la realización de un proceso investigatorio que desborda, irrazonablemente, su duración. En tal sentido, la vulneración del plazo razonable de la investigación fiscal se enmarca en la modalidad de hábeas corpus restringido, el que opera cuando la libertad individual o de locomoción es objeto de perturbaciones, obstáculos o incomodidades que, en el hecho en concreto, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio [Cfr. STC Exp. N° 2663-2003-HC/TC]. De ahí que, la posibilidad de que la justicia constitucional realice un control de las actuaciones del Ministerio Público tiene su sustento, entre otros supuestos, en la garantía y el pleno respeto del derecho al plazo razonable de la investigación fiscal, que en determinados casos puede comportar una incidencia negativa en la libertad individual o de locomoción que –apreciadas en su conjunto– resulte inconstitucional. F.j. 5. Que el Tribunal Constitucional ha dejado establecido, en el fundamento 12 de la sentencia recaída en el aludido Exp. N° 02748-2010-PHC/TC, que la tutela del derecho al plazo razonable de la investigación preliminar no supone la exclusión del demandante de la investigación, sino que, actuando conforme al marco constitucional y democrático del proceso penal en su fase preliminar, lo que corresponde es la reparación in natura por parte del Ministerio Público, que consiste en emitir con la mayor brevedad el pronunciamiento sobre el fondo del asunto que suponga la conclusión de la investigación prejurisdiccional, bajo responsabilidad. Ahora bien, atendiendo a las facultades constitucionales y legales del Ministerio Público, dicho pronunciamiento puede materializarse en la formalización de la denuncia penal o en el archivo definitivo de la investigación.

Derecho a la pluralidad de instancia

El derecho a la pluralidad de instancia es el término que el ordenamiento jurídico peruano ha conferido a la garantía procesal o norma-principio que permite a cualquier sujeto sometido al proceso, al procedimiento

o en quien repercute la decisión del juez o instructor de un expediente a solicitar una segunda opinión sobre la decisión que provenga del superior de quien la tomó, como expresión tanto de la tutela jurisdiccional efectiva procesal como del debido proceso, así como de la prerrogativa humana a discrepar legalmente de un criterio o posición tomada como manifestación del derecho procesal a recurrir.

Sobre este derecho, la **STC Exp. N° 03202-2011-PHC/TC - Piura,** Caso Eduardo García Espinoza a favor de Socorro del Pilar Benites Adanaque y César Iván González Tejada, del 15 de setiembre de 2011, señala en su f.j. 5, que el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. N° 4235-2010-PHC/TC, conforme a uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental (Cfr. SSTC Exp. 1243-2008-PHC, f.j. 2; 5019-2009-PHC, f.j. 2; 2596-2010-PA; f. j. 4); y que el derecho a la pluralidad de la instancia "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal" (Cfr. RRTC Exps. N°s 3261-2005-PA, f.j. 3; 5108-2008-PA, f.j. 5; 5415-2008-PA, f.j. 6; y STC 0607-2009-PA, f.j. 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución.

DERECHO AL PROCEDIMIENTO PREESTABLECIDO

El derecho al procedimiento preestablecido es la garantía procesal que se aplica al procedimiento administrativo como al jurisdiccional, por el cual al sujeto procesal o procedimental administrativo se le garantiza que las reglas de derecho o disposiciones con las que se inició el trámite o un determinado procedimiento no sean alteradas o modificadas con posteridad a la tramitación, de manera arbitraria, en todo caso las normas procesales o procedimentales que son autoaplicativas deben respetar que el curso del trámite procedimental debe cumplirse si los plazos han iniciado a correr, y solo pueden aplicarse justificada y motivadamente, a los actos procedimentales o procesales posteriores a los que se encuentran

tramitando que deben terminar con la regla que se iniciaron.

Sobre el particular, la **STC Exp. N° 04053-2007-PHC/TC - Lima,** caso Alfredo Jalilie Awapara, del 18 de diciembre de 2007, F.j. 4, estableció que el contenido del derecho al procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea este administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento "no sean alteradas o modificadas con posterioridad" por otra. De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución garantiza que nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos.

Derecho a la prueba

El derecho a la prueba, o el derecho a probar es la garantía judicial y norma-principio integrante del debido proceso y en este caso también de la tutela jurisdiccional efectiva procesal, por medio del cual las partes del proceso o del procedimiento o quien posee legítimo interés para alegar algo, le asiste la facultad de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. Por extensión es posible admitir que el derecho a probar alcanza a las fases prejudiciales, por ejemplo a ofrecer elementos de convicción ante la fiscalía o en sede no contenciosa ante el notario público; igualmente, apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconocer, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.

Así, en la STC Exp N° 06712-2005-PHC/TC - Lima, caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, 17 de octubre de 2005, se estableció: F.j. 13. El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Exp. N° 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional. Como se ha destacado, la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman **se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia**. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a

instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. **El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso.** Por ello, según lo señala la sentencia del Exp. N° 200-2002-AA/TC, esta tutela: "(...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc". En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio. F.j. 14. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normativa es restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción, de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: "la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Este es el enunciado utilizado en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aun así, es menester considerar que **el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconocer**, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. F.j. 15. Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

Así, por ejemplo, el artículo 188 del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado. Reconocido el derecho a la prueba desde el punto de vista constitucional, este Tribunal considera pertinente señalar que **no todos los supuestos de su contenido merecen protección a través de un proceso constitucional de la libertad (amparo o hábeas corpus).** Tal como lo establece el artículo 200 de la Constitución, estos tipos de procesos han sido establecidos para proteger derechos de rango constitucional. Los derechos que tengan su sustento en normas de rango legal o inferior no podrán ser acogidos mediante estos procesos; el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala, a contrario sensu, que solamente serán amparables en sede constitucional aquellas pretensiones que estén referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, tal como se expresara en la sentencia del Exp. N° 1417-2005-AA/TC. Por ello, y a efectos de resolver el presente caso, corresponde ir fijando cuáles son los supuestos del derecho a la prueba que merecen ser tutelados a través de un proceso constitucional a la libertad. F.j. 16. Para lograr este cometido, se debe partir del derecho que engloba a la prueba. Es el derecho a la tutela procesal efectiva, uno que también debe ser determinado correctamente en el terreno constitucional. La vulneración del contenido constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva no puede ser identificada con cualquier irregularidad procesal, si es que ella implica una infracción de las garantías cardinales y primordiales con las que debe contar todo justiciable. Por ello, atañe a este Colegiado restringir la protección de la tutela procesal efectiva a determinados supuestos, excluyéndose aquellos que no están relacionados directamente con el ámbito constitucional del derecho. Una muestra de este trabajo interpretativo se encuentra en lo desarrollado con relación al derecho a la defensa. Este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que el mismo tiene aspectos que no inciden en el contenido constitucionalmente

protegido de la tutela procesal efectiva y que, por lo tanto, no pueden ser susceptibles de protección en estos procesos. En la sentencia del Exp. N° 3914-2004-HC/TC, se expresa lo siguiente: "(...) si bien se demuestra una cierta limitación del derecho de defensa de la persona, no es la sede del hábeas corpus la pertinente para criticar tal acto. Tal limitación no es una restricción que afecta bienes constitucionales". Por ende, en el derecho-regla a la prueba, este Colegiado está en la capacidad de delimitar y circunscribir cuál es su ámbito de protección en sede constitucional. Veamos cómo se puede ir estableciendo este.

Igualmente tenemos el Recurso de Nulidad N° 1768-2006-Loreto, Precedente Vinculante Caso Julio Guzmán Upiachihuay, del 12 de julio de 2006, que en su F.j. 3 establece que si bien es cierto el imputado tenía la condición de reo ausente, ello en modo alguno puede limitar su derecho a la prueba pertinente, en tanto se trata de un elemento de carácter instrumental que integra el contenido esencial del derecho de defensa reconocido en el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, sin que desde el principio de proporcionalidad pueda justificarse impedir toda solicitud de prueba por la mera condición de reo ausente, pues se introduce un factor disciplinario ajeno por completo a la función y razón de ser de la actividad probatoria, solo limitable por razones de estricta pertinencia y legalidad [vinculada a la regla de pertinencia, en tanto que lo ilegal es en sí mismo impertinente], así como por motivos de conducencia y utilidad [que responden a la regla de necesidad de la prueba], y de oportunidad procesal; que, en tal virtud, el procedimiento especial establecido en el artículo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales debe interpretarse a la luz del derecho fundamental a la prueba y al debido proceso, que exige entender que el desarrollo del juicio oral no puede concebirse como una actividad meramente leída sino como una actividad procesal que implica, entre otros numerosos actos procesales, la actuación de la prueba bajo los principios de oralidad, inmediación y concentración

Derecho de defensa

El derecho de defensa es la garantía judicial o la norma-principio integrante del derecho al debido proceso, por el cual toda persona que ha sido emplazada judicialmente posee la facultad de preparar la contradicción o la contra argumentación con el fin de que se descarte el pedido incoado en su contra, o mejor aún que se reconozca y garantice que su posición jurídica es mejor arreglada a derecho con relación a la de su atacante. Forma parte del núcleo constitucional

de este derecho que le corresponde al ciudadano, los siguientes elementos: a) Conocer previa y exactamente los cargos o demandas en su contra, así como las decisiones que se adopten; b) Contar con un letrado que le asesore desde los primeros actos de emplazamiento, incluso a nivel prejudicial; c) Elegir un abogado y que este lo asesore y defienda técnicamente (derecho a la defensa técnica); d) Elegir conjuntamente con su abogado la estrategia de defensa que más le convenga; e) Aportar elementos de convicción o material probatorio que demuestre su argumentación; f) Contradecir los elementos de convicción o material probatorio aportado; g) Asimilar o hacer suyos los elementos de convicción o material probatorio ofrecido por principio de comunidad de prueba; h) Desistirse, allanarse, transigir o elegir y hacer uso de cualquier forma de terminación del proceso; i) Conocer y recusar a los jueces que conocen de su caso, por causa justificada prevista expresamente en la ley; j) Poseer el tiempo razonable para elaborar su estrategia; i) Guardar silencio o reserva de cualquier información que le afecte directamente o a sus parientes consanguíneos o afines; k) Ser notificado, en la forma que la ley prescriba, de las decisiones que se adopten; m) Recurrir las decisiones que le afecten; entre otras. El derecho de defensa debe ser ejercido por el titular del derecho, el defensor técnico solo puede sustituirlo debidamente apoderado siempre que la ley lo faculte, y su validez resulta siempre que se acredite el ejercicio de buena fe.

Sobre el particular, la STC Exp. N° 00649-2002-AA/TC-Lima, Caso Calcosta S.A., del 20 de agosto de 2002, establece: F.j. 1. Como es de verse, resulta claro que por una "circunstancia" atribuible a la propia entidad emplazada y detectada por Enace 10 años después de la inscripción, hoy, el demandante, debe acudir a la vía ordinaria a fin de dilucidar el mejor derecho de propiedad, situación que, como veremos más adelante –fundamento 7– lo afecta directamente. En tal sentido, el hecho que la Hoja de Trámite que inició la investigación no le haya sido debidamente notificada, atentó contra su derecho a la defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política del Estado, pues conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 1003-1998-AA/TC (caso "Jorge Miguel Alarcón Menéndez"), este constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión, lo cual también resulta aplicable en sede administrativa. F.j. 2. En efecto, el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo

tipo de procesos, incluidos los administrativos; lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, al no notificarse al accionante la Hoja de Trámite presentada por Enace (entidad con la que, precisamente, se origina la duplicidad de inscripciones), se generó una lesión en perjuicio del precitado derecho, pues al desconocer el afectado que su ficha registral podría ser objeto de cierre –por sobreposición de terrenos y por ser la menos antigua–, este no podía efectuar eficazmente el descargo correspondiente ni, eventualmente, adoptar las medidas que considere pertinentes

Igualmente, el **Exp. N° 1231-2002-PHC/TC-Lima,** Caso Ann Vallie Lynelle, 21 de junio de 2002, F.j. 2, prescribe: "(…) La Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14, artículo 139, en virtud del cual se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), **no queden en estado de indefensión.** El contenido esencial **del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Como refiere el inciso mencionado, tal derecho se proyecta a todas las etapas y articulaciones que pudiera comprender la articulación del proceso, las que indudablemente abarcan, por lo que al caso de autos importa resaltar,** cuando se hace uso de los recursos impugnatorios. El derecho a los recursos forma parte, así, del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, no solo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia.

La **STC Exp. N° 02659-2003-AA/TC-Ica,** Caso Lázaro Aparicio Mendoza Navarro, del 2 de julio de 2004, señala: F.j. 4. Entre los derechos fundamentales de naturaleza procesal, destaca el derecho de defensa, el mismo que se proyecta como un principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés. Al respecto, este Colegiado [Constitucional] ha sostenido que: "(...) el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos

los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra" [Exp. Nº 0649-2002-AA/TC f.j. 4] FJ.5. En el presente caso, de la revisión de autos se desprende que la responsabilidad atribuida al recurrente en la resolución cuestionada se basó en el Informe Nº 004-CISIPA-2002, de fojas 33, de fecha 8 de abril de 2002, y en los dictámenes periciales, dactiloscópicos y grafotécnicos emitidos por la Dirección Nacional de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, los que fueron realizados a solicitud de la universidad emplazada, no apreciándose que en el desarrollo de tal procedimiento administrativo sancionador se haya notificado al recurrente con los cargos existentes en su contra, a fin de que el actor pueda ejercer su derecho de defensa. F.j. 6. En efecto, teniendo en cuenta que el emplazado ha reconocido en su contestación de la demanda que a "todos" los postulantes del proceso de admisión 2001 les eran de aplicación los estatutos y normas de la universidad, las mismas que establecían que los postulantes que se hicieran suplantar por otra persona en el examen de admisión debían ser inhabilitados definitivamente para postular a la **Única**, entonces constituía una obligación de la universidad emplazada otorgarle al recurrente el derecho de defensa para que presentara los descargos que estimara pertinentes, más aún considerando la gravedad de la sanción administrativa.

De otro lado**, la STC Exp. N° 04767-2009-PHC/TC-Lima,** caso Andrés Huallpa Quispe, del 16 de abril de 2010, prescribe:

El derecho de defensa. F.j. 2. Este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha señalado que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal. Este derecho tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. F.j. 3. Asimismo, este Tribunal en anterior jurisprudencia ha precisado que el **derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa,** pero que no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo (Exp. N° 0582-2006-PA/TC; Exp. N° 5175-2007-HC/TC, entre otros).

Y sobre el acto concreto de la notificación, también se ha señalado que **la notificación es un acto procesal cuyo cuestionamiento o anomalía no genera, per se, violación del derecho al debido proceso;** para que ello ocurra resulta indispensable la constatación o acreditación indubitable por parte de quien alega la violación del derecho al debido proceso, de que con la falta de una debida notificación se ha visto afectada de modo real y concreto una manifestación de este: el derecho de defensa. Ello se entiende desde la perspectiva de que los procesos constitucionales ni son una instancia a la que pueden extenderse las nulidades o impugnaciones del proceso judicial ordinario, ni pueden convertirse en un medio para la articulación de estrategias de defensa luego de que una de las partes haya sido vencida en un proceso judicial (Exp. N° 4303-2004-AA/TC; Exp. N° 0188-2009-PHC/TC, entre otros). **Análisis del caso materia de controversia constitucional** F.j. 4. En el caso de autos el actor alega que, pese a que el favorecido presentó un escrito ante la Sala Suprema emplazada, mediante el cual designó a su abogado defensor y señaló su domicilio procesal (f.j. 11), no le ha sido notificado el proveído de dicho escrito y tampoco la programación de la vista de la causa, por lo que, según refiere su abogado defensor, no pudo solicitar el uso de la palabra para informar en la vista de la causa, lo cual vulnera el derecho de defensa. 5. Al respecto, del análisis de la demanda y de la instrumental que corre en estos autos, se aprecia que, **si bien el favorecido o su abogado defensor no fueron notificados del proveído del apersonamiento ni de la programación de la vista de la causa; también tales omisiones per se no comportan la violación del derecho de defensa, toda vez que el letrado estuvo en la posibilidad de informarse del trámite del recurso de nulidad a través de la Secretaría de la Sala Suprema emplazada.** En efecto, el artículo 130 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que: "Los abogados de las partes pueden informarse del expediente por Secretaría, hasta tres días antes a la vista de la causa". Si el abogado defensor no puede o no realiza el **informe oral** en instancia de impugnación o no se le concede la reprogramación solicitada **no afecta el derecho a la defensa.** A este respecto, se aprecia de autos que si bien el abogado del demandante solicitó que se difiera la fecha para el informe oral mediante escrito de fecha 11 de mayo del 2010 (f.j. 56), nada impidió que el accionante o su abogado defensor en su oportunidad se apersone al órgano jurisdiccional, para que presente informes escritos y ofrezca medios probatorios en regular ejercicio de su derecho al debido proceso. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado acerca de que en los recursos de impugnación en los que prima lo escrito sobre la oralidad el impedimento de informar oralmente no vulnera el

derecho de defensa siempre que se le permita a la parte informar por escrito: "(…) considerando que en el trámite en segunda instancia de la apelación, prevalece el sistema escrito, antes que el oral, a diferencia de lo que es un juicio oral, nada impidió que el accionante o su abogado defensor en su oportunidad se apersone al órgano jurisdiccional, sea para que solicite el uso de la palabra, sea para que presente informes escritos, así como ofrezca medios probatorios en regular ejercicio de su derecho al debido proceso; de modo que siendo ello así, no se advierte la afectación al derecho constitucional invocado". Siendo así, en el caso de autos, el abogado del codenunciado Wilson Fernández Barbosa, ante la imposibilidad de poder asistir al juzgado (similar situación a la del recurrente), a emitir su informe oral, informó por escrito (f.j. 350). Por lo que no se advierte que se haya afectado el derecho constitucional a la defensa.

Derecho de gracia

El derecho de gracia es el instituto constitucional por el cual el Presidente de la República haciendo uso de su potestad discrecional puede intervenir en un proceso penal, protegiendo a un acusado incurso en un proceso penal con la finalidad de que el proceso sea sobreseído contra el beneficiario, siempre que se respete los límites formales y materiales establecidos por la propia Constitución; es decir que se trate de procesados sin condena cuyo plazo ampliado de sujeción procesal haya excedido en el doble de ley, en el primer caso; y se respete los fines preventivos general y especial de la pena así como la igualdad ante la ley y la seguridad humana protegidos constitucionalmente, en el último caso.

Respecto a este derecho, la **STC EXP. N° STC Exp. N° 04053-2007-PHC/TC-Lima,** caso Alfredo Jalilie Awapara, del 18 de diciembre de 2007, estableció:

F.j. 10. (…) dado el origen histórico del que proviene el derecho de gracia, resulta necesario el establecer sus funciones y límites dentro de un estado democrático y constitucional de derecho. Como lo ha puesto de manifiesto García Mahamut: "(...) la discusión sobre el sentido de la prerrogativa de gracia en el estado moderno no resulta, ni mucho menos, agotada. En este sentido, tanto la obra del legislador en el Derecho comparado como la doctrina ius publicista ponen de relevancia que, tratándose de institutos de rancia tradición histórica que cobraban especial virtualidad en un Estado no democrático de Derecho, hoy, necesitan de nuevos engarces jurídicos, que, guiados y homologados bajo los principios constitucionales y los valores superiores del ordenamiento jurídico que informan al Estado constitucional social y democrático de Derecho, respondan en términos netos a los fines que guían a

la propia comunidad política y que no son otros que la búsqueda y protección de la libertad, la justicia , la igualdad y el pluralismo" (GARCÍA MAHAMUT, Rosario. *El indulto, un análisis jurídico constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 22). F.j. 25 Del mismo modo, es de señalarse que para el caso de la gracia presidencial, es claro que constituyen límites formales de la misma, los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución). F.j. 26. En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. (Cfr. Exp. Nº 019-2005-PI/TC). Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado. F.j. 28. En este sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial. F.j. 29. Por el contrario, la concesión de la gracia presidencial en un caso en el que el que la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger.

Derecho de reunión

El derecho de reunión es la facultad que posee todo ciudadano y por extensión incluso los adolescentes, para sostener asambleas, congregaciones o manifestaciones públicas o privadas conjuntamente con otros ciudadanos, siempre que tal expresión pública o privada, sea pacífica y sin agredir los derechos que quienes no desean formar parte de la reunión. No requiere permiso previo,

y no se encuentra limitada a una finalidad específica, pero puede ser –excepcionalmente– no permitida o disuelta si los fines son ilegítimos, ilegales, ilíctios o por otras razones objetivas.

En la **STC Exp. N° 04677-2004-PA/TC-Lima, Precedente Vinculante,** caso CGTP, del 7 de diciembre de 2005, se estableció: Criterio vinculante: R.3. Declarar que, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst., constituye precedente vinculante el criterio conforme al cual, en ningún caso el ejercicio del derecho de reunión, previsto en el artículo 2, inciso 12 de la Constitución, puede ser sometido al requisito de autorización previa por parte de la autoridad administrativa (fundamentos 15 e. y 18), la cual solo podrá restringirlo o prohibirlo atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso y solo por razones objetivas, suficientes y fundadas, según ha quedado expuesto en los fundamentos de esta sentencia. R.4. De conformidad con el Fundamento 35, supra, se ordena al Ministerio del Interior la inmediata reforma del inciso 4 del artículo 17 del Decreto Supremo N° 004-91-IN, el cual, entretanto, deberá ser interpretado de conformidad con la Constitución; esto es, en el sentido de que es competencia de la prefectura restringir o prohibir el derecho de reunión, solo cuando existan causas objetivas, suficientes y fundadas que lo justifiquen, en atención a los lineamientos de esta sentencia. F.j. 15. El contenido constitucionalmente protegido del derecho viene configurado por la conjunción de una serie de elementos: a) **Subjetivo**: Se trata de un derecho individualmente titularizado, pero solo susceptible de ejercitarse de manera colectiva. Lo ejercita una agrupación de personas con fines o propósitos, en esencia, comunes. La identidad básica de la intención de quienes se congregan, es decir, el factor volitivo común de los agrupados, es el que permite distinguir la reunión constitucionalmente protegida por el artículo 2, inciso 12 de la Constitución, de aquellas meras aglomeraciones casuales de individuos a quienes no asiste tal identidad. Por ello, buenos ejemplos del ejercicio del derecho de reunión son el encuentro de los miembros sindicalizados para protestar por un hacer o no hacer de su empleador o empleadores, las marchas de los colectivos a quienes une el sentimiento de repudio frente a una medida adoptada por un poder público, las procesiones organizadas por los miembros de un determinado credo, los mítines coordinados por las agrupaciones políticas, etc. b) **Temporal**: Una de las características del derecho de reunión es la manifestación temporal o efímera de su ejercicio, incluso en los supuestos en los que tal manifestación sea periódica. Tal característica es uno de los principales factores que permite distinguirlo del derecho de asociación, reconocido en el artículo 2, inciso 13 de la

Constitución, al que inspira un ánimo de permanencia o, cuando menos, una determinada continuidad en el tiempo. De otra parte, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de reunión, el ejercicio del derecho de asociación, y el consecuente pacto asociativo, da lugar a la aparición de una entidad jurídica, distinta de las personas que la conforman. c) **Finalista**: Es requisito fundamental para el válido ejercicio del derecho de reunión que su finalidad sea lícita. Dicha licitud no solo debe ser predicable del propósito último de la reunión, sino de los medios cómo este pretende ser alcanzado. Y es que cuando el artículo 2, inciso 12 de la Constitución alude a que el modus de la reunión se materializa "pacíficamente sin armas", hace referencia a un requisito que atañe al contenido esencial del Derecho, de manera tal que, desde el mismo instante en el que se manifiesta algún elemento objetivo que permita apreciar la intencionalidad o concreta actividad violenta durante la congregación, el o los individuos involucrados en el evento, dejan de encontrarse inmersos en el ámbito protegido del Derecho, pudiendo ser reprimidos de forma inmediata, mediante medidas razonables y proporcionales, por la autoridad pública. De esta manera, resulta manifiesto que el mínimo daño intencionalmente provocado a los bienes o personas, no forma parte del ejercicio válido del derecho. d) **Real o espacial:** El derecho de reunión se ejerce en un lugar de celebración concreto. Así, el artículo 2, inciso 12 de la Constitución establece que estos lugares pueden ser locales privados, locales abiertos al público, así como plazas o vías públicas. La selección del lugar en el que se lleve a cabo la congregación es vital para el libre ejercicio del Derecho, puesto que muchas veces este solo puede alcanzar su propósito en atención a la proximidad física de los reunidos con aquellas personas o entidades destinatarios de las ideas, reclamos, pedidos, loas, etc. En otras ocasiones, el lugar escogido es representativo de la expresión o manifestación misma a la que la reunión sirve de instrumento. Resulta claro, sin embargo, que la elección del lugar no siempre puede quedar a discreción de la voluntad del celebrante, pues, en ocasiones, es el lugar escogido el que determina, ante el objetivo riesgo de afectación de determinados bienes constitucionalmente protegidos, la aparición de una causa objetiva y suficiente para restringir o prohibir la reunión. e) **Eficacia inmediata**: El hecho de que, a diferencia de las reuniones en locales privados o abiertos al público, el artículo 2, inciso 12 de la Constitución exija un anuncio previo a la autoridad para realizar reuniones en plazas y vías públicas, puede llevar a la errónea impresión de que para el ejercicio de este último tipo de reuniones es imprescindible la autorización previa de algún representante gubernativo, siendo, en consecuencia, un derecho mediatizado en su manifestación a la

anticipada aquiescencia expresa de la autoridad pública. Pues nada escapa de manera más evidente a la constitucional configuración del derecho *sub examine*. En efecto, el derecho de reunión es de eficacia inmediata y directa, de manera tal que no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio. Lo que ocurre es que, en el caso específico de las reuniones convocadas en plazas o vías públicas, el constituyente ha establecido un instrumento expreso de armonización entre su ejercicio y las eventuales restricciones a otros derechos que este represente, de manera tal que ordena que la autoridad tome noticia del evento con antelación suficiente a efectos de que tome las providencias necesarias para que el derecho al libre tránsito (artículo 2, inciso 11 de la Constitución) no se vea limitado más allá de lo estrictamente necesario, habilitando vías alternas de circulación, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a los manifestantes y asumir una conducta vigilante y, de ser el caso, proporcionalmente represiva, frente a las eventuales afectaciones a la integridad personal de terceros o de los bienes públicos o privados. Así las cosas, no cabe confundir la exigencia de aviso previo, con un supuesto sometimiento del derecho de reunión a la necesidad de una autorización previa de la autoridad administrativa, la cual, de ser exigida, resultará manifiestamente inconstitucional [Sobre el particular, debe recordarse cómo –tal como lo exhortara la Defensoría del Pueblo es su Resolución Defensorial N° 039-DP-2000, que aprobó el informe defensorial sobre el derecho de reunión y manifestación en forma pacífica, con antelación a la realización de la denominada "Marcha de los cuatro suyos", realizada el 28 de julio de 2000–, mediante Resolución Ministerial N° 0180-2001-IN-0102, de fecha 10 de febrero de 2002, se modificó el item 5 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio del Interior en lo relativo a la Dirección General de Gobierno Interior (sede central, prefecturas, subprefecturas y Gobernaciones), aprobado por Decreto Supremo N° 001-2000-IN, que, inconstitucionalmente, sometía a una previa autorización el ejercicio del derecho de reunión].

Derecho penal económico

El Derecho Penal Económico es la rama que se encarga del estudio de los delitos al orden monetario y financiero. Dentro de una escala de bienes jurídicos, se situaría en tercer lugar, después de los delitos contra la integridad del ser humano y delitos contra el patrimonio. Cabe destacar que, según algunos autores los delitos patrimoniales también son una suerte de delitos económicos, así como los delitos contra el medio ambiente, contra la propiedad intelectual o contra la Administración

Pública. No obstante, debido a la existencia de delitos pluriofensivos, los delitos económicos propiamente dichos son aquellos que afectan el orden económico, monetario y financiero (crediticio), así como los delitos tributarios y aduaneros. En realidad, la doctrina aún no es unánime respecto del contenido del Derecho Penal Económico. Los intereses o los sujetos pasivos pueden ser inciertos o difusos, del mismo modo existen problemas de carácter técnico que no se muestran favorables para el desarrollo de esta reciente rama del Derecho. Empero, aún la frecuencia de estos es mínima aunque con un muy alto grado de criminalidad oculta.

DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son las prerrogativas conferidas por la Constitución Política a los ciudadanos con la finalidad que puedan ejercer las libertades en ellas reconocidas, con los alcances y límites, tanto para el titular del Derecho como para el Estado, que la Carta Fundamental o la Ley de desarrollo fija como protección a los valores supremos empezando por la dignidad humana como eje fundamental de este sistema de valores reconocido como fundamento del orden constitucional y democrático. Suelen ser conocidos también como derechos públicos subjetivos constitucionales, en tanto están consagrados en la Constitución Política del Perú. El reconocimiento jurídico constitucional permite su tutela por medio del proceso constitucional, aunque su validez deriva de su naturaleza suprema anterior y superior al Estado.

Sobre el particular, la Cas. Exp. N° 002405-2005-Santa, Precedente Vinculante, Caso Honorato Cristóbal Pajuelo Vega contra la Oficina de Normalización Previsional, del 19 de abril de 2007, ha establecido que los derechos fundamentales deben ser concebidos no solo como derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan solo un *status negativus* oponible al Estado sino como verdaderos valores supremos que constituyen el componente estructural básico del orden constitucional en razón de que son su expresión jurídica que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del Derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella sus líneas orientativas y su impulso, lo que significa que los derechos fundamentales no solo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también

verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos (F.j. 2).

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

El delito de desaparición forzada de personas o también, desaparición involuntaria de personas, es el término jurídico que designa a un tipo de delito complejo que supone la violación de múltiples derechos humanos y que, cometido en determinadas circunstancias, constituye también un crimen de lesa humanidad, [Estatuto de Roma de 1998 y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994] siendo sus víctimas conocidas comúnmente como desaparecidos o también, particularmente en América Latina, como detenidos desaparecidos (DD.DD.). El crimen de desaparición forzada, definido en textos internacionales y la legislación penal de varios países, está caracterizado por la privación de la libertad de una persona por parte de agentes del Estado o grupos o individuos que actúan con su apoyo, seguida de la negativa a reconocer dicha privación o su suerte, con el fin de sustraerla de la protección de la ley. El asesinato de la persona víctima de desaparición forzada, frecuentemente tras un cautiverio con torturas en un paradero oculto, pretende favorecer deliberadamente la impunidad de los responsables, que actúan con el fin de intimidar o aterrorizar a la comunidad o colectivo social al que pertenece la persona. Los efectos de la desaparición forzada perduran hasta que no se resuelve la suerte o paradero de las personas, prolongando y amplificando el sufrimiento que se causa a familiares o allegados. Estos últimos, y especialmente, por su vulnerabilidad, los niños que puedan ser sustraídos de padres afectados, son considerados también víctimas de este crimen. El impulso para el reconocimiento de este crimen en la jurisprudencia internacional tuvo lugar desde el último cuarto del siglo XX a raíz de la multiplicación de los casos de desparecidos en América Latina y gracias a la movilización de sectores de la opinión pública y de la sociedad civil, y en particular por la iniciativa de organizaciones no gubernamentales que surgieron primero en estos países y luego, en muchos otros del mundo, especializándose en su denuncia y concienciación. A partir de la precedentemente expuesta para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, la constitución en 1980 del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, dependiente de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y la resolución de 1983 de la Organización de Estados Americanos (OEA), resultaron en 1989 en la formulación de la primera sentencia de condena a un Estado por parte de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, sentando las bases para la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1992, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, la tipificación universal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 y la "Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas" de la Asamblea General de Naciones Unidas, [Res. A/RES/61/177, del 20 de diciembre de 2006] cuya firma fue celebrada en París el 6 de febrero de 2007, estableciendo una serie de obligaciones universales jurídicamente vinculantes para los Estados signatarios. Desde la constitución del Grupo de Trabajo en 1980 hasta la Convención aprobada en 2006, Naciones Unidas registró 51,531 casos oficialmente notificados en 79 países [Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias: Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos". 25 de enero de 2007. A/HRC/4/41] a los que se añaden las numerosas denuncias y estimaciones de las organizaciones independientes, revelando la problemática mundial de la desaparición forzada que no solamente afecta a los estados que acumulan casos históricos sin resolver, los que se ven aquejados por conflictos internos o los que mantienen políticas de represión hacia los opositores políticos, sino que las denuncias también se han extendido a los países occidentales como consecuencia de las controvertidas medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo internacional. Con el fin de recordar a todas las naciones y gobiernos del mundo la existencia de la realidad de los desaparecidos, la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (Fedefam), declaró el 30 de agosto como el "Día Internacional del Detenido Desaparecido".

Sobre el particular, el Acuerdo Plenario N° 09-2009/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, precisó que: **§ 1. Aspectos generales acerca del delito de desaparición forzada de personas.** F.j. 6. El delito de desaparición forzada es considerado como un crimen internacional por el Derecho Internacional Penal Convencional. Además, actualmente, está regulado en nuestro Derecho interno por el artículo 320 del Código Penal; norma que prescribe: "El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 años e inhabilitación conforme al artículo 36

incisos 1 y 2". Este tipo penal fue introducido inicialmente a nuestro ordenamiento penal por el Código Penal vigente, aprobado por Decreto Legislativo N° 635, del 8 de abril de 1991. El legislador de ese entonces lo ubicó en el artículo 323, del Capítulo II "Terrorismo" del Título XIV "Delitos contra la tranquilidad pública" del Libro Segundo "Parte Especial", con un texto similar al presente, aunque sin la frase final "[por resultado su desaparición] (…) debidamente comprobada". Posteriormente, esta disposición se derogó como consecuencia de la reestructuración de los delitos de terrorismo por el Decreto Ley N° 25475, del l6 de mayo de 1992 –artículo 22– . Pero, mediante el Decreto Ley N° 25592, del 2 de julio de 1992, se reinstauró como tipo legal autónomo con el texto que ahora se conoce. Recién, a través de la Ley N° 26926, del 21 de febrero de 1998, siempre con el mismo tenor, se incorporó al Código Penal –artículo 320–, en el creado Título XIV-A "Delito contra la Humanidad". F.j. 7. Ahora bien, tratándose de un delito complejo –en cuya comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común–, especialmente grave, que puede ser cometido de muy diversas maneras, que se produce en el ejercicio abusivo del poder del Estado, y que compromete el respeto de los derechos fundamentales de la persona, afecta la idea misma de dignidad de la persona y contenido nuclear de los derechos humanos más trascendentes –de ahí que se estima que el bien jurídico vulnerado tiene una naturaleza institucional–, es necesario precisar sus características, elementos y efectos. Así las cosas, como es obvio y por imperio de los artículos 2, inciso 24.d) y 139, incisos 9 y 11 de la Constitución, así como del artículo II del Título Preliminar del Código Penal, se ha de partir del principio o garantía de legalidad penal, expresado en el apotegma "*nullun crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege*", así como de la necesaria correspondencia entre el Derecho interno y el Derecho Internacional Penal. El delito de desaparición forzada de personas, como se ha expuesto, está configurado por Tratados internacionales, que han sido aprobados y ratificados por el Estado peruano. Habida cuenta de la primacía en este ámbito, en la medida que se refieren a derechos fundamentales, del Derecho Internacional (sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de abril de 2006), es de rigor interpretar sus normas con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución). Esta perspectiva, a su vez, permitirá mantener la unidad del sistema jurídico. Es cierto que las normas internacionales en materia penal, siempre que tengan un carácter incriminatorio, tienen un carácter de no autoaplicativas –*non self executing*–, pues

requieren de una norma interna de desarrollo; pero ello, en modo alguno, significa disociar los tipos legales nacionales de las exigencias internacionales, por lo que corresponde a la jurisdicción penal ordinaria armonizar en lo posible el tipo de lo injusto del delito de desaparición forzada de personas con las exigencias de la normativa supranacional. F.j. 8. Lo expuesto en el párrafo anterior tiene relevancia en la medida en que el citado artículo 320 del Código Penal no se ha adecuado estrictamente a la prescripción normativa de la desaparición forzada tal como está expresada en las normas internacionales del cual forma parte. En efecto: A. Los tratados sobre la materia fueron precedidos de una serie de disposiciones dictadas por Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. Así, en sede universal, el delito en cuestión fue tenido en cuenta para la creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20 (xxxvi) del 29 de febrero de 1980, y antes por la Asamblea General [resoluciones número 3450 (xxx) del 9 de diciembre de 1975; 3218, del 16 de diciembre de 1977, y número 33/173 del 20 de diciembre de 1978]; así como por el Consejo Económico y Social (resolución 1979/38 del 10 de mayo de 1979), y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías [resolución 5B (xxxii) del 5 de setiembre de 1979]. En sede regional americana, la Asamblea General de la OEA y la CoIDH se han pronunciado; la primera en las resoluciones de Asamblea General número 443 (ix/0/79), del 31 de octubre de 1979; número 510 (x/0/80), del 27 de noviembre de 1982; 666 (xii/0/83), del 18 de noviembre de 1983; 742 (xiv/0/84), del 17 de noviembre de 1984; y 890 (xvii/0/87), del 4 de noviembre de 1987; y, la segunda, en diversos informes anuales, como los de 1978, 1980-1981, 1982-1983, 1985-1986, 1986-1987, y en informes especiales como los de Argentina Chile y Guatemala. B. A ellas se agrega, como primer instrumento internacional de carácter no convencional, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 47/173, del 18 de diciembre de 1992, cuyo preámbulo –tercer punto– describe este ilícito, cuando "(…) se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la

protección de la ley". C. El primer tratado, de ámbito regional, es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará - Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. En su artículo II indica que se considera desaparición forzada "(…) la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes". D. El segundo instrumento, esta vez de ámbito mundial, es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998, que entró en vigor 1 de julio de 2002; a su vez completada por "los Elementos de los crímenes" –artículo 7, 1) i) "crimen de lesa humanidad de desaparición forzada"–, adoptados el 9 de febrero de 2002. El artículo 7, 2 i) del ECPI describe este delito como "(…) la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado". E. El tercer instrumento, de ámbito mundial, aún no vigente, es la "Convención Internacional para la protección de todas las personas de desapariciones forzadas", aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución N° A/RES/61-177, del 20 de diciembre de 2006. El artículo II dispone: "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por 'desaparición forzada' el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley". F.j. 9. La principal distancia entre el tipo legal nacional y las normas internacionales se da en el ámbito del sujeto activo y, tal vez, en relación a la descripción del elemento fundamental del tipo legal de desaparición forzada. A. La CIDH ha declarado con absoluta claridad en la SCIDH Gómez Palomino, del 22 de noviembre de 2005, que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada y demás instrumentos internacionales consideran como sujeto activo del delito tanto a un agente estatal como un agente no estatal

"personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado" (párrafos 100-102). La incompleta descripción típica del artículo 320 del Código Penal, en este ámbito, ha sido reiterada en la SCIDH Anzualdo Castro, del 22 de setiembre de 2009 (párrafos 164-167). B. El elemento esencial del delito de desaparición forzada es la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado, legal o ilegalmente, de su libertad. El artículo 320 del Código Penal se limita a señalar la "desaparición debidamente comprobada" de toda persona a quien se privó de su libertad. Siendo así, será del caso entender las acciones de desaparición debidamente comprobada ejecutadas por agentes estatales como la no información de aquéllos sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado de su libertad. **§ 2. Características del delito.** F.j. 10. El tipo legal de desaparición forzada, en cuanto a su conducta típica, es un delito complejo que puede ser cometido de diversas maneras. Son dos las conductas sucesivas que han de tener lugar para la tipificación de este ilícito: a) la privación de libertad de una persona, a quien se la oculta, y cuyo origen puede ser ab initio legal o ilegal (SSCIDH Trujillo Oroza, del 26 de enero de 2000, y Heliodoro Portugal, del 12 de agosto de 2008); y b) la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se le ha privado de su libertad. La desaparición debidamente comprobada: no dar información de una persona, a quien no se le encuentra en los lugares donde normal o razonablemente debía estar –desconocimiento de su localización–, precisamente, se consolida cuando se cumple este elemento, esto es, no brindar la información legalmente impuesta sobre el paradero o situación jurídica del afectado, que ha de tener, como presupuesto o como acción preparatoria incorporada al tipo legal, la privación de libertad del individuo sobre el que recae la acción típica –acto inicial–. La no información es, por consiguiente, el elemento esencial del tipo legal, cuyo fin y efecto automático es sustraer a la persona privada de libertad de la protección de la ley, esto es, impedir o dificultar la protección jurídica del afectado, a quien se le sustrae. Este elemento no requiere que el autor de la privación de la libertad sea al mismo tiempo de la negativa a brindar información [AMBOS Kai/ BÖHM, María Laura. "La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo". En: *Desaparición Forzada de Personas - Análisis comparado e internacional*, (coordinador: Kai Ambos), Profis, Editorial Temis, Bogotá, 2009, pp. 232 y 233], aunque por lo general, según la experiencia en este tipo de delitos, la privación de libertad y la desaparición propiamente dicha forman parte de un mismo operativo, plan o estrategia. F.j. 11. El deber de informar es fundamental para la tipificación

de la conducta delictiva: es un delito de incumplimiento del deber. El funcionario o servidor público infringe este deber, que fluye de la normativa penal, si no cumple con proporcionar la información necesaria –que está en el ámbito de su conocimiento o potestad de acceso a las fuentes de conocimiento sobre el suceso– para hacer cesar la sustracción del individuo afectado del sistema legal de protección, sin que sea necesario un requerimiento expreso. El deber de información se impone en virtud del principio de injerencia, sea que la privación de libertad sea legal o ilegal. Mientras perdura el estado de desaparición de la persona, a todos los agentes que estén en la potestad y en las condiciones de conocer lo acontecido le es exigible este deber. No es necesario que los autores o partícipes intervengan desde el comienzo de la ejecución para que respondan penalmente [MEINI MÉNDEZ, Iván. "Perú: El delito de desaparición forzada". En: *Desaparición Forzada de Personas - Análisis comparado e internacional*, (coordinador: Kai Ambos), Ob. cit., p. 122]. En atención a las características de este delito, el sujeto activo mantiene su obligación de cumplir con informar sobre el destino o situación jurídica de la persona privada de libertad así haya dejado de ser funcionario, por cuanto en su oportunidad y en determinadas circunstancias generó o conoció de la privación de libertad, situación que –según se ha destacado– lo convierte en garante y esta seguirá hasta que se deje de considerar desaparecida a una persona (aparezca vivo o muerto). Cabe mencionar como base fundamental del deber de información que compete a los agentes estatales lo dispuesto en el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que establece: "Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad competente. Los Estados parte establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades". F.j. 12. El tipo legal nacional de desaparición forzada de personas, al igual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas [similar es el caso del delito de torturas en relación con la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes], no exige el elemento contextual "ataque generalizado o sistemático contra una población civil" el que se deben integrar los hechos individuales de desaparición forzada. Esta última exigencia se presenta en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7.1, que le atribuye la condición de crimen de lesa humanidad y, por ende, derechamente, adquiere el

carácter de imprescriptible –artículo 29 del ECPI–. Si no se presenta el elemento contextual el hecho individual antes descrito configurará un delito contra los derechos humanos, cuya criminalización se impone en virtud del Derecho Internacional Convencional y constituye violaciones graves de estos derechos que se producen en el ejercicio abuso del poder del Estado. La imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada de personas, aun cuando no se presente el aludido elemento contextual, está afirmada por el artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. El fundamento de esta disposición reside en que su práctica por parte de funcionarios o servidores públicos infringe deberes estatales vinculados al respeto de los derechos fundamentales de la persona, entre ellos esencialmente el derecho a la personalidad jurídica [MONTOYA VIVANCO, Yvan. *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*. Cuaderno de Trabajo N° 11, Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Lima, agosto, 2009, p. 28], Ambos delitos (crimen de lesa humanidad y delitos contra los derechos humanos) son expresiones o forman parte del Derecho Internacional Penal [MONTOYA VIVANCO, Yván. "El Derecho Internacional y los delitos". En: *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos.* (Francisco Macedo: coordinador), Idehpucp, Lima, 2007, p. 40]. F.j. 13. El delito de desaparición forzada de personas es un delito especial propio. Solo puede ser perpetrado por un agente estatal competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado –aquí reside, como ha quedado expuesto, el principal defecto de la legislación nacional, censurada por la CIDH, puesto que el Derecho Internacional Penal también comprende a una organización política, sin que necesariamente pertenezca a la estructura estatal–. El agente estatal, como sujeto cualificado, mantiene un deber específico sobre el suceso, de carácter extrapenal respecto al sujeto privado de la libertad, dada la posición de proximidad fáctica con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico [MONTOYA VIVANCO, Yván. "La desaparición forzada de personas como delito permanente consecuencias dogmático penales". En: *Cuaderno de trabajo* N° 11, PUCP, Lima, agosto 2009]. La jurisprudencia de la CIDH (SSCIDH Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988; Godínez Cruz, del 20 de enero de 1989; Gómez Palomino, del 22 de noviembre de 2005; Blake, del 24 de enero de 1998) y del Tribunal Constitucional (STC Villegas Namuche, N° 2488-2002-HC/TC, del 18 de marzo de 2004) insisten en que se trata de un delito pluriofensivo, de una violación múltiple y continuada de varios derechos fundamentales y convencionales, más precisamente de lesión de la libertad

personal y de peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida [MODOLELL GONZALES, Juan Luis. "El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: *Revista Derecho PUCP*", N° 63, noviembre 2009, p. 144], cuya comisión acarrea otros delitos conexos, más aún en un contexto de violación sistemática o generalizada de violación de los derechos humanos. Esas referencias, empero, están vinculadas a la responsabilidad internacional del Estado, y si es de rigor concentrarse en el Derecho Penal –internacional y nacionalû necesariamente cabe afirmar la autonomía del delito en cuestión [así considerado incluso por la SCIDH Anzualdo Castro, párrafo 59] –que no puede ser considerado como un supuesto agravado de delitos preexistentes– y la necesidad de un bien jurídico propio. Por consiguiente, el objeto de lesión o el desvalor de la acción específico –más allá de reconocer que en todos los delitos contra los derechos humanos cometidos por agentes estatales que integran la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas el bien jurídico común está referido a las garantías institucionales para el ejercicio de los derechos fundamentales frente al ejercicio a abusivo del poder público– se ha de residenciar en sentido estricto, en tanto la finalidad del delito es abstraer al individuo del ámbito de protección de la ley [VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna. *La Desaparición Forzadas de las Personas y su tipificación en el Código Penal Peruano*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 2004, p. 111], en la protección de la personalidad jurídica –no solo en la dimensión jurídico procesal de protección al ser humano sino se niega al ser humano en su calidad de tal, como centro integral de derechos y obligaciones– [MONTOYA VIVANCO, Yvan. *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*. Ob. cit., p. 15], en el derecho a la administración de justicia y al esclarecimiento de los hechos, en sus tres niveles, a saber: individual, familiar y social [así, MEINI, Iván y AMBOS, Kai. Ob. cit., pp. 121 y 224]. Esta figura, por ende, protege un doble interés individual y público al exigir el cumplimiento del deber de información sobre la privación de la libertad. F.j. 14. El delito de desaparición forzada, por la forma de afectación del objeto de protección, es un delito permanente. Ahora bien, este delito se consuma cuando el individuo privado de su libertad desaparece, y ello ocurre cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero y, de ese modo, "(…) sustrae a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa e impide que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de

protección" [GALAIN PALERMO, Pablo. Uruguay: "El delito de desaparición forzada". En: *Desaparición Forzada de Personas - Análisis comparado e internacional*, (coordinador: Kai Ambos). Ob. cit., p. 151]. Los delitos permanentes, como se sabe, se caracterizan porque la conducta típica se consuma en el tiempo. La consumación del delito –en puridad, agregamos, su terminación o consumación material no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a lo largo del tiempo [GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2008, p. 315]. Siendo así, en el delito de desaparición forzada de personas la fase consumativa se extiende, la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo, en virtud del mantenimiento del comportamiento peligroso del agente –dependiente en su totalidad de su ejecución de la voluntad del agente–; esto es, en el caso concreto, hasta que no se da la información correspondiente sobre el paradero del afectado, mientras el deber de informar no sea satisfecho. El momento en que tal permanencia cesa se presenta cuando se establezca el destino o paradero de la víctima –esta "aparece"–, o cuando sean debidamente localizados e identificados sus restos (SCIDH Heliodoro Portugal, párrafo 34); se supere, de este modo, la falta de información que bloquee los recursos materiales y legales para el ejercicio de derechos y el esclarecimiento de los hechos, y mientras de este modo perdure el dolor e incertidumbre en los allegados de la persona desaparecida y en la sociedad en general [AMBOS, Kai y BÖHM, María Laura. "La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo". En: *Desaparición Forzada de Personas - Análisis comparado e internacional*. (coordinador: Kai Ambos), Ob. cit., p. 250]. Compatible con lo expuesto es el artículo 17 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que preceptúa: "Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos". De la misma manera, el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas estipula que: "(...) Dicho delito será considerado como continuado [sic] o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima". La situación antijurídica duradera puede cesar debido a diversos factores, tales como la propia voluntad del agente –cuando se decida a informar sobre el paradero de la víctima–, la intervención de cursos salvadores –descubrimiento del paradero de la víctima y de su situación por terceras personas o por decisión judicial que resuelve dicha situación de incertidumbre; la

víctima recupera la libertad y por tanto "aparece"–, o la cesación del deber de informar del agente involucrado, de uno u otro modo, en la privación de libertad –extraordinariamente cuando este devenga en incapaz absoluto– [Yván MONTOYA VIVANCO, Ob. cit., p. 25]. Por lo demás, el carácter permanente que implica la desaparición forzada origina, conforme a las SSCIDH Velásquez Rodríguez (párrafo 181), Godínez Cruz (párrafo 186), y Aloeboetoe y otros (párrafo 109), que la obligación de los poderes públicos de investigar lo sucedido subsista mientras dure la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida [REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derecho Humanos*, Editorial Idemsa, Lima, 2004, p. 344]. La CIDH entiende, por lo demás, que la exigencia de que los Estados investiguen la suerte de las personas desaparecidas, las circunstancias y la identificación de los responsables, viene a configurar un nuevo derecho de carácter jurisprudencial. **§ 3. Ley penal y variación del estatuto jurídico del funcionario público.** F.j. 15. Como el delito de desaparición forzada es de ejecución permanente presenta singularidades con relación a la aplicación de la ley penal en el tiempo. Su punto de inicio no es la privación de libertad sino el momento en que empieza a incumplirse el mandato de información. A. Si la permanencia cesó con anterioridad a la entrada en vigor de la ley que introdujo la figura penal analizada, desde luego no será posible imputar a los funcionarios o servidores públicos la comisión del delito de desaparición forzada. En este supuesto solo será del caso, si se cumplen sus elementos típicos, la comisión del delito de secuestro. B. Si entra en vigor la ley que consagró el delito desaparición forzada de personas y se mantiene la conducta delictiva –de riesgo prohibido para el bien jurídico– por parte del agente estatal, la nueva ley resulta aplicable; no hay ninguna razón para no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de la nueva valoración socionormativa que expresó el tipo legal incorporado al ordenamiento penal. Así, SCIDH Tiu Tojin, párrafo 87. En igual sentido, debe entenderse la STC Villegas Namuche N° 2488-2002-HC/TC, párrafo 26, del 18 de marzo de 2004, cuando precisa "(…) en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal". C. No obstante que subsista el estado de desaparición de la víctima al momento de entrar en vigor la ley que tipificó el delito de desaparición forzada de personas, como se está ante un delito especial propio –solo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos– es indispensable que tal condición funcionarial esté presente cuando entra en vigor la ley penal. En consecuencia, si el

agente en ese momento ya no integra la institución estatal y la injerencia se basa en primer término en el estatus de agente público, no es posible atribuirle responsabilidad en la desaparición cuando la ley penal entra en vigor con posterioridad al alejamiento del sujeto del servicio público. D. Si una vez que entró en vigor la ley que tipifica el delito de desaparición forzada de personas, el agente es transferido de puesto u ocupa un cargo público distinto al que se desempeñaba cuando se incumplió el mandato de información, no es posible sostener que para él cesó el estado de permanencia del delito –esta tiene otras formas de consolidarse, como se ha señalado en el párrafo anterior–. Siendo funcionario o servidor público y estando obligado a informar sobre lo ocurrido con el afectado en virtud de su injerencia previa, es obvio que su cambio de destino o de actividad no es relevante. F.j. 16. Cabe puntualizar que la desaparición forzada de personas solo puede ser atribuida por hechos, que consisten en la negativa de proporcionar información sobre la suerte de una persona a quien se privó de su libertad, siempre bajo la perspectiva de su ejecución permanente, ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de Código Penal de 1991 que consagró tal conducta como delito y señaló la pena correspondiente. Así lo manda la Constitución y el Código Penal –artículos 103 y 6, respectivamente–; legislación que se encuentra acorde con los artículos II de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 15.2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Parte Tercera del Estatuto de Roma [LÓPEZ DÍAZ, Claudia: Colombia: "El delito de desaparición forzada". En: *Desaparición Forzada de Personas - Análisis comparado e internacional*. (coordinador: Kai Ambos), Ob. cit., pp. 94-95]. Esta posición es coincidente con la observada por la Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-368, del 29 de marzo de 2000.

Desistimiento tácito

El desistimiento es el acto procesal unilateral del sujeto de un litigio por el cual declara su voluntad de no proseguir con el proceso, el pedido o el recurso incoado ante la judicatura. Este se considera normal cuando se realiza expresamente (en forma oral o por escrito) y anormal cuando deja de asistir a la audiencia o al acto formal en el que debe ratificarse del pedido, demanda o recurso ingresado oportunamente, en cuyo caso se produce un desistimiento tácito.

Así, en el **Recurso de Nulidad N° 000013-2009-La Libertad**, del 23 de abril de 2010, Caso Wilson Dante Cruz Rodríguez y Eduardo Jesús Plasencia Alvarado sobre delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos: entorpecimiento al

funcionamiento de servicios públicos, F.j. 9, se señala: el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal señala lo siguiente: "(…) la falta de comparecencia injustificada del fiscal a la audiencia de casación, en caso del recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación? En tal sentido si la defensa técnica del impugnante no comparece a la audiencia para sustentar oralmente los fundamentos del recurso de casación, dicha circunstancia autoriza al Tribunal de Casación a declarar la deserción del recurso y firme la sentencia cuestionada (…)" Lo que debe considerarse como un desistimiento tácito.

DESVINCULACIÓN

La desvinculación es la institución procesal penal, por la cual el magistrado previa advertencia a los sujetos procesales y la posibilidad contradictoria y probatoria, tiene la prerrogativa de condenar por un tipo penal distinto al que fuera postulado en el acusatorio, siempre que se trate de la misma familia típica (mismo bien jurídico), conlleve un tratamiento menos gravoso para el imputado y se cumpla con la tutela efectiva de los derechos de todos los sujetos procesales. Según el artículo 374 del Código Procesal Penal, la prerrogativa de la desvinculación debe hacerse durante el juzgamiento y puede hacerlo el juez (art. 374, inciso 1 del CPP) o por el fiscal (art. 374, incisos 2 y 3 del CPP)(*).

Sobre el particular, el Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre desvinculación procesal, señala:

Alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.

(*) **ARTÍCULO 374.- Poder del Tribunal y Facultad del Fiscal del Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957** vigente en el Distrito Judicial de La Libertad conforme al Decreto Supremo N° 007-2006-JUS, desde el **1 de abril de 2007**. **1.** Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el Juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente. **2.** Durante el juicio el Fiscal, introduciendo un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el Fiscal deberá advertir la variación de la calificación jurídica. **3.** En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. La suspensión no superará el plazo de cinco días.

F.j. 6. El artículo 225 del Código de Procedimientos Penales, literal 2, establece que el escrito de acusación que formule el fiscal debe contener la descripción de la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, a la vez que la invocación de los artículos pertinentes del Código Penal. Esa descripción es el límite o marco de referencia del juicio oral, a la que el fiscal en la correspondiente fase decisoria –luego de la fase probatoria propiamente dicha del mismo– deberá ceñirse cuando formule acusación oral [así, el artículo 273 del Código de Procedimientos Penales estatuye que el fiscal en su exposición de los hechos que considere probados en el juicio y en la calificación legal pertinente se mantendrá dentro de los límites fijados por el escrito de acusación escrita]. F.j. 7. Lo expuesto no significa, en modo alguno, que el hecho –acción u omisión punible– descrito en la acusación escrita quede inalterado. En sus aspectos secundarios, cuando se trate de incorporar circunstancias agravantes de tal entidad que modifiquen la tipicidad del hecho punible en cuestión [que es un supuesto de variación no sustancial de las circunstancias del hecho punible; elementos circunstanciales o colaterales del hecho nuclear], el artículo 263 del Código de Procedimientos autoriza a que el fiscal solicite al Tribunal una prórroga para formular una acusación complementaria, siempre por un tipo legal más grave. Dicha norma procesal prevé que el Tribunal así lo disponga, previo trámite oral de carácter contradictorio. F.j. 8. El principio de correlación entre acusación y sentencia, que exige que el Tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal –artículos 273 y 263 del Código Ritual–, es de observancia obligatoria; el término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece, entonces, entre la acusación oral, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e impondrá la sanción penal correspondiente. En caso de incumplimiento la sentencia incurre en causal de nulidad insanable con arreglo al artículo 298, literal 3, del Código de Procedimientos Penales. Ratifica esa prescripción el apartado uno del artículo 285-A del citado código, introducido por el Decreto Legislativo N° 959, que estatuye que el Tribunal en la sentencia que profiera no podrá sobrepasar –aunque sí, degradar– el hecho y las circunstancias –jurídicamente relevantes– fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria. F.j. 9. Como se sabe, el objeto del proceso penal –o, con más precisión, el hecho punible– es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorio –eje de esa

institución procesal y que, en puridad, conforma al juez– y de contradicción –referido a la actuación de las partes–. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal –o que esta solo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación– El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado –que es lo que se denomina, propiamente, el objeto del debate–. Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes –civiles, en este caso– si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se ha de tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el Tribunal ha de concretar su cognición a los términos del debate. F.j. 10. El Tribunal ha de pronunciarse respecto al hecho punible imputado [una concreta conducta o hecho histórico atribuido al imputado en todo su alcance: concepto procesal de hecho, y a su relevancia jurídico-penal desde el bien jurídico vulnerado], el mismo que no puede mutar sustancialmente. Desde los principios acusatorio y de contradicción, los hechos imputados deben respetarse, no pueden alterarse; es decir, la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas que agraven –de oficio, sin necesidad de previo debate, aunque el Tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes– la responsabilidad del acusado [ello no significa una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, pues el Tribunal –conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio oral– puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, siempre que no impliquen un cambio de tipificación y que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia. Es ajena a esa limitación, al no infringir los principios acusatorio y de contradicción, cuando la Sala sentenciadora aprecie circunstancias referidas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de la ejecución delictiva, pues su apreciación no importa una modificación de los hechos esenciales de la acusación y, en esos casos, el Tribunal está sometido al principio de legalidad por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aun en contra de la pedida erróneamente por la acusación. En estos supuestos siempre se da una homogeneidad delictiva y no se produce un supuesto de falta de contradicción o fallo sorpresivo, precisamente por la comunidad de hechos que entraña]. La calificación jurídica del

hecho también debe ajustarse a la acusación; no es posible modificarla al no ser ajena al debate contradictorio [primer extremo del apartado dos del citado artículo 285-A de la Ley Procesal Penal], aunque, como se ha dejado expuesto, es de tener en cuenta el alcance del objeto del debate –las partes están en condiciones de fijar líneas jurídicas alternativas que el Tribunal ha de valorar–. Ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Delcourt contra Francia, del diecisiete de enero de mil novecientos setenta, reiterada en la sentencia Colak del seis de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, que la acusación comprende el hecho y su calificación jurídica, y ambos ámbitos deben ser de conocimiento del imputado para que pueda defenderse y dé lugar a un juicio equitativo. F.j. 11. Si bien es inmutable el hecho punible imputado, es posible que el Tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate –plantear la tesis de desvinculación– la concurrencia tanto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad –no una circunstancia de atenuación, en el que solo rige la nota de tipos legales homogéneos: que sean de la misma naturaleza y que el hecho que los configuran sea sustancialmente el mismo, esto es, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal– o justifique la imposición de una medida de seguridad, cuanto la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación. Las denominadas "circunstancias modificativas" son, como se sabe, elementos fácticos accidentales del delito, contingentes o no esenciales, que no pueden servir de fundamento al injusto o a la culpabilidad, cuya función es concretar con mayor énfasis la conducta de los individuos y precisar mucho más el grado de responsabilidad penal en orden a la determinación de la pena a imponer. La tipificación del hecho punible –el título de imputación– también puede ser alterada de oficio en alguna medida, ya sea porque exista un error en la subsunción normativa según la propuesta de la fiscalía o porque concurre al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulta imprescindible cambiar el título de condena. En ambos casos el referido artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales exige que el Tribunal lo indique a las partes, específicamente al acusado –que es lo que se denomina "plantear la tesis de desvinculación"–, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que se autoriza a este último a solicitar la suspensión de la audiencia y el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba. Aquí se concreta, como es obvio, el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos. F.j. 12. Si bien es posible que el Tribunal

dicte una sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación, esa posibilidad requiere del cumplimiento de determinados requisitos. La norma procesal últimamente invocada impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes. Es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo, en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados –como argumento principal, alternativo o secundario–, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorporó ese planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa. Es sabido que uno de los contenidos de la garantía de defensa procesal, junto con el conocimiento de los materiales de hecho afirmados por la parte contraria –la Fiscalía en este caso– y de la prohibición de la indefensión –que es la vertiente negativa de dicha garantía–, es que los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial –aducidos por las partes o que pueden proceder de la aplicación del principio *iura novit curia*– han de permitir a las partes procesales la posibilidad de aducir en torno a los mismos, de suerte que desde una perspectiva negativa están prohibidos los fallos sorpresivos. Tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica. y aun cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifiesto error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa [véase la Sentencia Gea Catalán contra España, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco], de tal modo que por lo obvio o semejanza de la opción asumida no se produce un supuesto de indefensión, en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. En estos casos el tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido [esta regla expresa una importante limitación al principio *iura novit curia*], en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes.

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

La determinación judicial de la pena es la técnica argumentativa judicial utilizada en el ejercicio cognitivo

discrecional que debe realizar el magistrado frente a un proceso penal, en el caso que se haya determinado la responsabilidad de un acusado para fijar la condena que le corresponda.

Conforme lo sostiene el doctor Pablo Talavera Elguera, en la misma línea fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, si bien el magistrado es el señor del proceso, y en el caso de sus facultades discrecionales como determinar el quántum de la pena no existe un régimen tasado (ni siquiera en el caso de cadena perpetua puesto que el magistrado podría imponer una pena inferior) sino un régimen de libertad, no significa que este librado a la arbitrariedad o la ausencia de motivación en este extremo, al respecto el doctor Pablo Talavera propone la siguiente: a) Partir de la pena conminada en la ley penal, si esta no fija mínimos se puede considerar conforme al artículo 29 del Código Penal, es decir dos días. Si la ley no fija máximos entonces se considera por el mismo criterio treinta y cinco años; b) Luego se determina el punto medio entre la pena conminada mínima y la pena conminada máxima. Por ejemplo, si la pena mínima es 20 años y la máxima es 30 años, significa que el punto medio es 25 años, (entre 20 y 30 son 10 años, dividido entre 2 es 5, que sumado a 20, da 25 años). Si la pena mínima es 8 años y la máxima es 15 años, el punto medio es 11 años y 6 meses (entre 8 y 15 son 7 años, dividido entre 2 es 3 años y 6 meses, que sumado a 8, da 11 años y 6 meses) c) Se establece los tramos que son la proporción temporal entre el mínimo y el máximo para determinar la fracción temporal; la determinación de la fracción temporal que es el lapso de tiempo en que se subdivide la pena conminada no tiene una regla, podría seguirse la técnica del submúltiplo, es la cantidad menor en que se puede subdividir cada tramo partiendo del punto medio (en años o en meses), por ejemplo 5 años se puede subdividir en 5 tramos de 1 año, en 2 tramos de 2 años y 6 meses, e incluso en 1 tramo de 5 años, tal subdivisión debe estar justificada y motivada en la sentencia, y depende de la calidad del agente, del grado de vulneración de los bienes de la víctima o del agraviado y de las circunstancias de comisión del ilícito; d) Finalmente, partiendo del punto medio, y considerando la fracción temporal se aumenta la pena por cada agravante y se reduce por cada atenuante, si existen tantos atenuantes como agravantes, se neutralizan la pena queda en el punto medio. Para reducir la pena por debajo del mínimo legal, tiene que partirse igual del punto medio de la pena conminada, pero debe existir un habilitante legal, como la ley premial, la imputabilidad restringida o la causa de justificación incompleta. Aunque estas técnicas no son una regla [(*)].

(*) TALAVERA ELGUERA, Pablo, Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. Grijley, Lima, 2004, p. 84 y ss.

Sobre el particular, el Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008, sobre reincidencia, habitualidad y determinación de la pena, establece: F.j. 12. La reincidencia es, sin duda alguna, una institución muy polémica. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Esa calificación, como es evidente, tiene un alto valor simbólico social. El Tribunal Constitucional, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio. Desde una perspectiva general se puede calificar de reincidente a quien por la repetición de hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el plus de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva. Los requisitos para la calificación de reincidencia, en función de una interpretación gramatical y sistemática del artículo 46-B del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del artículo 69 del citado código, en su versión establecida por la Ley N° 28730, del trece de junio de dos mil seis, son los siguientes: (1) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva. (2) Los delitos –se excluyen las faltas– antecedente y posterior han de ser dolosos. El delito posterior debe de cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva. (3) No hace falta que el delito posterior esté en el mismo Título del Código, o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata, por consiguiente, de una reincidencia genérica. (4) El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad –condición básica para calificar de reincidente a un delincuente–, es de cinco años. Para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46-C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpetrarse "(...) en un lapso que no exceda de cinco años". (5) Es una circunstancia personal e incomunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra. Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos. El primero, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja

carcelaria respectiva –que establece la fecha exacta de la excarcelación–; en defecto de uno o ambos documentos registrales, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El segundo, como la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales. Por tanto, no puede establecerse de oficio, sin el debate procesal respectivo, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción. Respecto de la medida de la pena al reincidente es de indicar lo siguiente: a) La especialidad de la agravación de la pena por reincidencia se fundamenta básicamente, como ya se indicó, por razones de prevención especial –vida del autor anterior al delito– y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho –no representa una causa de aumento de culpabilidad– (CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena*. Editorial Colex, Madrid, 1997, p. 197). Si la culpabilidad es un principio estructural básico del Derecho Penal, una de sus consecuencias es la función limitadora de la pena que debe cumplir dicho principio; b) Establecida la calidad de reincidente del agente, y como la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento una pena merecida por otro hecho punible anterior y ya sancionado, el órgano jurisdiccional deberá determinar hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad concreta –primera operación adicional–. Es evidente que las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor solo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué empezar y, en su caso, agotar el tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. El marco penal adecuado a la culpabilidad por el hecho debe ir referido necesariamente a un concreto autor y a las circunstancias del hecho realizado; y, hasta dicho límite, no hay ya razones para excluir las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor, esto es, evitar su recaída en el delito (JAÉN VALLEJO, Manuel. *Justicia penal contemporánea*. Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2002, p. 59). c) Dentro del marco establecido por la culpabilidad: determinación de un marco, necesariamente ampliado en sus posibilidades legales en virtud del artículo 46-B del Código Penal, tiene lugar la segunda operación adicional –efectos punitivos concretos de la reincidencia–, con la que culmina la individualización de la pena. En este nivel se ha de tener en cuenta que la culpabilidad por el hecho pudo agravarse

por haberse revelado el autor contra normas sociales cuya validez le queda clara por medio de una condena anterior por un nuevo delito doloso. Sin embargo, la agravación de la pena solo se producirá cuando el sujeto manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídico afectado y que no ha sido impresionado por la pena anterior, al punto de evidenciar que la sanción impuesta no le ha conducido a llevar un comportamiento social adecuado a la norma. Por lo que debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor, reincidente, que no haya tomado como advertencia la anterior condena [así, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del dieciséis de enero de mil novecientos setenta y nueve, BverfGE 50, 125 y ss]. F.j. 13. Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en torno a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación: **a) Sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias en disposiciones legales con funciones diferentes.** Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Solo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho Penal nacional; **b) Sobre la eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación judicial de la pena concreta.** La condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el nuevo máximo de la pena básica será el límite fijado por el artículo 46-B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo original). **c) Sobre la operatividad de la agravante cualificada del artículo 46-C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos.** Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada se deberán aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los artículos 50 y 51 del Código Penal (la pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, solo

se aplicara esta sanción excluyéndose las demás); **d) Sobre los elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46-B 46-C.** Se debe asumir que la reincidencia opera solo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el artículo 111 del Código Penal de mil novecientos veinticuatro. Además resulta similar al considerado por el artículo 46-C del Código Penal vigente para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente. En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de cinco años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiterancia indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad. **e) Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de circunstancias cualificarla del artículo 46-A, con las previstas por los artículos 46-B o 46-C.** Si concurrieran las agravantes cualificadas del artículo 46-A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las de reincidencia o habitualidad se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los limites contemplados por el artículo 46-A del Código Penal (de y cinco años de privación de libertad). **f) Límites de la penalidad derivada de las agravantes de los artículos 46-B y 46-C.** En coherencia con los límites punitivos fijados en los artículos 29, 46-A, 50 y 51 del Código Penal, en ningún caso la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad será mayor de treinta y cinco arios de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicara dicha pena. **g) Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia según los artículos 46-B y 69 *in fine.*** La reforma del artículo 69 del Código Penal, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo lugar mediante la Ley N° 28730, del trece de mayo de dos mil seis. Esto es, cuatro días después que la Ley N° 28726 que introdujo el artículo 46-B del Código Penal sobre la agravante de reincidencia. Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente

a la segunda. Siendo así el párrafo *in fine* del nuevo texto del artículo 69, donde se dispone que: "La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena", derogó el párrafo final del artículo 48-B del Código Penal que establecía que: "A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados". De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley N° 28730, la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta. Ahora bien, esa excepción solo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del numeral 69 del Código Penal. En todo caso, cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación (ver literal 'd'), operara definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por esa condena.

Asimismo, en el **Acuerdo Plenario N° 04-2009/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, sobre determinación de la pena y concurso real de delitos, se señala que la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado "principio de acumulación" el cual consiste en sumar las penas parciales concretas por cada delito que debe ser determinada previamente, siempre que tal sumatoria no sea mayor al doble de la pena por delito más grave o a treinta y cinco años. En el caso del concurso real retrospectivo se realiza el mismo procedimiento, sin embargo, en el nuevo proceso la pena que corresponde en forma concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un solo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real, de ser ese el caso se tendrá por subsumida la nueva pena por hecho anterior en la pena ya impuesta.

Por su parte, en el **Acuerdo Plenario N° 08-2009/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, se prescribe: **§ 1. Los artículos 46-A y 49 del CP.** F.j. 6. El artículo 46-A del CP regula una circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo –funcionario público–. El texto legal de dicha norma fue introducido por la Ley N° 26758, del 14 de marzo de 1997, modificado

por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. El referido artículo 46-A del CP posibilita al juez incrementar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido –segundo párrafo del artículo mencionado–. Asimismo fija un límite, al precisar que esta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29 del CP –35 años–. La norma penal, que es de naturaleza abstracta-concreta, fija criterios adicionales propios y legitimadores del incremento de una mayor culpabilidad por el hecho –con la consiguiente agravación de la pena–. Así la ostentación de una determinada condición profesional, incrementará la culpabilidad, cuando existe una relación interna (*innere beziehung*) entre la profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo. Empero, no existe un principio jurídico general según el cual los integrantes de determinados grupos profesionales tengan un deber intensificado de comportarse de conformidad con la norma. [SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Teoría de la determinación de la pena como sistema* (dogmático): Un primer esbozo, p. 4]. Acorde con dicho criterio nuestra norma penal –artículo 46-A del CP–, se sujetará a dichas exigencias: subjetivo y objetivo. Se incrementara la pena, solo si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible, o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público o cuando el sujeto haya desempeñado cargos –haber sido autoridad, funcionario o servidor público– y se aprovecha de los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible. Y cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario –se entiende privado ya de su libertad–, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro (de conformidad al segundo y tercer párrafo de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N° 982). Aunque con los criterios fijados, se tendrá que tener especiales consideraciones con la última referencia. F.j. 7. El artículo 49 del CP, cuyo texto fue modificado por la Ley N° 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo **delito "continuado"**. Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado**: el "delito masa".** En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas

violaciones de la misma ley –delito continuado– por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden el mismo tipo legal [Raúl Peña Cabrera, autor citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal Parte General*. Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón: *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004. p. 126]. No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, "solo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (…). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro" [Juan Fernández Carrasquilla, autor citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob cit., p. 689] Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que en el delito masa la denominada "pena de arranque" será la pena base del delito continuado [Rocío Cantarero Brandes, autora citada por GÓMEZ AYALA, Ignacio: *El delito masa. En Consejo General del Poder Judicial: Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, p. 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como una "subespecie del delito continuado" [Rocío Cantarero Brandes, autora citada por GÓMEZ AYALA, Ignacio: Ob. cit., p.16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un injusto de mayor gravedad [GÓMEZ AYALA, Ignacio. Ob. cit., página 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto plus punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una "unidad" sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa. Son elementos del delito masa: a) la realización de un delito continuado; y, b) pluralidad de personas perjudicadas por el delito. Cabe destacar que, al igual que en el delito continuado, la ley excluye la aplicación de las reglas sobre delito masa, en caso de que "resulten

afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos". Se estima como tales a la vida y la salud individual (PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 144). De modo que, el delito masa viene a ser una circunstancia agravante específica del delito continuado. Se basa en la pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. En este caso, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. **§ 2. La determinación judicial de la pena.** F.j. 8. La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal [PRADO SALDARRIAGA, Víctor: Ob. cit., p. 95]. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas; sobre este fundamento el juez considera el hecho acusado como típico antijurídico y culpable. Con base en estos dos criterios el juez se abocará, tal como explica la doctrina, primero, a construir el ámbito abstracto de la pena –identificación de la pena básica–, sobre el que tendrá esfera de movilidad; y segundo, a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta –individualización de la pena concreta–. Finalmente entrará en consideración la verificación de la presencia de las "circunstancias" que concurren en el caso concreto. F.j. 9. Las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato, y en general de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser circunstanciado [BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho Penal - Parte General*, Obra Completas, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, p. 1192]. En virtud de ello es que se señala que solo se pueden considerar las circunstancias (agravantes o atenuantes) a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad. Entre las clases de circunstancias, encontramos: a) Las "circunstancias comunes o genéricas", que son aquellas que operan en el proceso de determinación de la pena de cualquier delito –como es el caso de las previstas en el artículo 46 y el artículo 46-A del CP–, con la salvedad de que sólo se pueden considerar dichas agravantes a efectos de la individualización de la pena,

cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, es decir, que a veces por la propia estructura del tipo legal no se pueden aplicar. Con ello se respeta la prohibición del principio de la doble valoración del injusto y del reproche penal. En el caso específico del artículo 46-A del CP, su aplicación es exclusivamente para delitos donde no se requiera una cualidad especial en el sujeto activo –miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público–; b) Las "circunstancias especiales o específicas" que son aquellas que están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente. Así por ejemplo, las previstas en el artículo 189 del CP, que operan únicamente con el delito de robo; en el artículo 186 que operan solamente con el delito de hurto; en el artículo 297 que operan solamente con el delito de tráfico ilícito de drogas; y el "delito masa" –regulado en el último inciso del primer párrafo del artículo 49 del CP–, que opera únicamente con el delito continuado. Y, c) Las circunstancias denominadas "elementos típicos accidentales", son aquellas que concurren con una conducta típica. Esta (la circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prototipo es el parricidio [PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *La determinación judicial de la pena. Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, Centro de Investigaciones Judiciales, Investigación y Publicaciones. Lima, pp. 35 - 37]. Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales [BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉ, Hernán: *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, páginas 396-397]. La función de las circunstancias es determinar el quantum de la pena, es decir, afectan su medida, ya sea para aumentarla o disminuirla. Por eso mismo, aquellas que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida [BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 1195].

§ 3. La prescripción de la acción penal. F.j. 10. El CP reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho Penal, es decir aquellas razones que explican la

creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado [RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón Ob. cit., p. 126]. Mediante la prescripción de la acción penal se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores. Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción [RAGUÉS Y VALLES, Ramón: Ob. Cit., p. 45]. Dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 80 del CP, que fija el plazo en el que prescribe la acción penal, el mismo que será igual "(…) al máximo de la pena –abstracta– fijada por la ley para el delito" –prescripción ordinaria–, mientras que el artículo 83 del CP reconoce la denominada prescripción extraordinaria de la acción penal, que se produce cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. Como es sabido, la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente –el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo vía facultades delegadas por aquel– conforme a sus potestades. El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que a efectos de la prescripción de la acción penal se ha de tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo. Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad –como consecuencia de la regulación de la prescripción–, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley. Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del

proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad [HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal - Parte General I*. 3ª Edición, Grijley, Lima, 2005, p. 330]. F.j. 11. Estando a lo expuesto, queda por determinar si al plazo de prescripción de la acción "(…) fijado por la ley para el delito" (artículo 80 del CP), es posible adicionarle el incremento de pena prevista en la circunstancia agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46-A del CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49 del CP). Según se ha indicado precedentemente, para efectos de determinar la prescripción de la acción penal nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Esta se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en construir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de aquella pena-marco. Por ende, su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que abona el derecho a saber no solo qué está prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que tendrá la realización de la conducta delictiva: forma y característica de la reacción penal, lo que deriva en dos garantías puntuales: la criminal –que exige que la conducta este prevista en la ley con suficiente precisión o determinación– y la penal –que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinadas–. La pena concreta, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada (pena concreta), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (cuantificación de la culpabilidad) [ZIFFER, Patricia S. En: *Determinación judicial de la pena*, (CLAUS ROXIN, MARY BELOFF, MARIO MAGARIÑOS, PATRICIA S. ZIFFER, EDUARDO ANDRÉS BERTONI y RAMÓN TEODORO RÍOS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 91]. Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas "circunstancias" (agravantes o atenuantes), siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), sean cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe enten-derse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal

abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta. F.j. 12. En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46-A del CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo –funcionario público– y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena –pena concreta–, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito. Sin duda, el artículo 46-A del CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo solo se expresa al momento de la determinación de la pena por el juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada a efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal. Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena. F.j. 13. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado –delito masa–, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49 del CP, constituye ya un delito en sí –delito masa–. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto –la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito–, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

Finalmente, el Acuerdo Plenario N° 02-2010/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, establece:

§ 1. Las circunstancias agravantes de diferente grado o nivel. F.j. 7. Son aquellas circunstancias agravantes específicas que se encuentran adscritas a determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal, pero para las cuales la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente extensión y gravedad. En la legislación penal nacional su presencia normativa ha sido frecuente en los casos de delitos de

relevante repercusión social como el secuestro, el hurto, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en la actualidad los artículos 152, 186 189 y 297 del Código sustantivo regulan, sucesivamente, hasta tres grados o niveles de circunstancias agravantes. Ahora bien, cada uno de estos grados o niveles tiene prevista una pena conminada que será aplicable exclusivamente a los supuestos agravantes que integran el respectivo grado o nivel. La técnica legislativa utilizada determina una escala ascendente de penalidad conminada. Por tanto, la pena conminada más grave se consigna para las agravantes de tercer grado, y la menos severa para las agravantes comprendidas en el primer grado. Por ejemplo, en el caso de las circunstancias agravantes del delito de robo [Cfr. artículo 189 del Código Penal] se detecta que las agravantes de primer grado o nivel tienen como escala de penalidad conminada entre doce a veinte años de pena privativa de libertad; mientras que las agravantes de segundo grado o nivel establecen penas entre veinte y treinta años de pena privativa de libertad; y, en el caso de las agravantes de tercer grado o nivel tienen como estándar punitivo la pena de cadena perpetua.

§ 2. La concurrencia de circunstancias agravantes específicas. F.j. 8. Es muy común en la casuística judicial de nuestro país la presencia simultanea y plural, en un caso penal, de dos o más circunstancias agravantes específicas de distinto nivel o grado; y, por tanto, con diferente penalidad conminada. Ello ocurre con frecuencia en la comisión de delitos de cierta complejidad como el robo, sobre todo si tal ilícito fue realizado en casa habitada (agravante de primer grado), causando lesiones leves a la víctima (agravante de segundo grado) y por integrantes de una banda (agravante de tercer grado). F.j. 9. Esta presencia múltiple de circunstancias agravantes configura lo que la doctrina denomina concurrencia de circunstancias. Según la doctrina y la jurisprudencia nacional, la determinación de la pena concreta, en tales supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente [Cfr. Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fundamento jurídico 9.] F.j. 10. Por tanto, todas las circunstancia presentes en el caso sub júdice deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significa, por ejemplo, que a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena será también mayor. Sin embargo, la eficacia de las circunstancias agravantes concurrentes quedará siempre limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador

o factor de agravación. Esto es, garantías procesales como el *ne bis in idem* exigen, para tales casos, que el juez aplique un test de compatibilidad sobre todas las circunstancias agravantes que concurren. Es decir, que examine que cada circunstancia concurrente esté referida siempre a un factor o indicador diferente. F.j. 11. Ahora bien, si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el juez resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional deberá, como ya se ha mencionado, de valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta. Por el contrario, cuando las circunstancias agravantes concurrentes aluden a un mismo factor, ellas son incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia agravante especial excluirá a la genérica. Un ejemplo de ello, sobre la base de las circunstancias agravantes específicas del artículo 189, sería el caso de la pluralidad de agentes (primer párrafo, inciso 4 que quedará excluida por la calidad de integrantes de una organización criminal que aquellos tengan (tercer párrafo). Solo esta última deberá ser tomada en cuenta por el juez para decidir sobre la pena concreta. 3. La determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes especificas de diferente grado o nivel. F.j. 12. El problema a dilucidar está en relación con la concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel. Este conflicto se presenta cuando en la realización de un delito concurren simultáneamente circunstancias agravantes que, como en el ejemplo anteriormente planteado, no corresponden a un mismo nivel o grado sino a diferentes grados y, por tanto, están vinculadas a distintas escalas de pena conminada. El siguiente ejemplo grafica tal situación: X ha cometido un delito de robo en casa habitada (art.189, inc. 1, primer párrafo, pena privativa de libertad entre doce y veinte años), apoderándose de un bien de valor científico (art. 189, inc. 4, segundo párrafo, pena privativa de libertad entre veinte y treinta años), y causando lesiones graves al propietario del inmueble (art. 189, tercer párrafo). En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Por tanto, el ejemplo utilizado permite reconocer y concluir señalando que ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el juez deberá decidir la pena concreta con base en la escala punitiva del agravante específica de mayor grado o nivel (producción de lesiones graves), por lo que la pena a imponer al condenado será la de cadena perpetua.

Duplicidad del plazo de detención

La duplicidad del plazo de detención, es la prolongación del tiempo fijado por la ley como duración de la medida cautelar de detención provisional o prisión preventiva. Prolongación que ocurre *ex lege* automáticamente, cuando se trate de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, conforme al mandato del artículo 137 del Decreto Legislativo N° 638 del 27 de abril de 1991, vigente para los procesos penales en liquidación.

Sobre el particular, la STC. Exp. N° 00330-2002-HC/TC-Lima, Caso James Ben Okoli y don Khan Hossein del 9 de julio de 2002, F.j. 3, señala: Respecto a la reclamación de libertad por exceso de detención alegada por el demandante, esta debe desestimarse, pues si bien el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha interpretado que los plazos máximos de duración de la detención en todos los casos que establece el artículo 137 del Código Procesal Penal solo pueden ser prolongados por el tiempo que indica esta misma norma mediante auto debidamente motivado y a solicitud del Fiscal; sin embargo, en virtud del artículo 55 de la Ley N° 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, este Supremo Colegiado, apartándose de esta jurisprudencia, **en adelante adopta la siguiente interpretación**: a) tratándose de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o espionaje y otros de **naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados,** en agravio de igual número de personas, previstos en el primer párrafo del artículo 137 del Código Procesal Penal, el plazo límite de detención se duplicará automáticamente, y, b) solo en los casos del segundo párrafo de la citada disposición procesal, la prolongación de la detención por un plazo igual al límite se acordará **mediante auto debidamente motivado, a solicitud del fiscal** o con conocimiento del inculpado. El cambio de criterio jurisprudencial se fundamenta en una interpretación más textual del artículo 137 del Código Procesal Penal respecto a la interpretación anterior. **En el texto, claramente se distingue entre la duplicidad del plazo, por un lado, y la prolongación de la detención, por el otro**. **Tal distinción se justificaría porque la duplicidad opera automáticamente, mientras que, en los casos del segundo párrafo, que establece que "cuando concurren circunstancias** que importan una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual" se requiere para que opere la prolongación de la detención auto motivado a solicitud del fiscal y con conocimiento del inculpado.

En la STC Exp. N° 01300-2002-HC/TC-Lima, Caso Hugo Eyzaguirre Maguiña, del 27 de agosto de 2003, se puede apreciar lo siguiente: F.j. 17. Según lo establecido en el primer párrafo del artículo 137 del Código Procesal Penal, el plazo máximo de detención será duplicado automáticamente en caso de procesos por tráfico ilícito de drogas, terrorismo o espionaje, o de procesos de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados o en agravio de igual número de personas. F.j.18. Además, el segundo párrafo del artículo 137 establece la posibilidad de prolongar la detención siempre y cuando concurran los siguientes requisitos: 1) circunstancias que importen una **especial dificultad o prolongación de la investigación***;* y 2) que **el imputado pudiera sustraerse de la acción la justicia**. Para que esta prolongación más allá del plazo opere, es necesario que se realice mediante auto debidamente motivado, a solicitud del fiscal y con audiencia del inculpado. F.j. 19. La duplicidad del plazo de detención es diferente de la prolongación del mismo. La duplicidad del plazo está regulada en el primer párrafo del artículo 137 del Código Procesal Penal y opera de manera automática. La prolongación del plazo, en cambio, se regula en el segundo párrafo del mismo artículo, y no es automática, pues requiere de los requisitos explicitados en el fundamento anterior.

Igualmente, en la STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC-Lima, caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio, del 23 de noviembre de 2004 podemos apreciar lo siguiente: F.j. 20. Para determinar la prolongación del plazo de detención o prisión preventiva debe considerarse la debida diligencia de la actuación judicial. F.j. 21. Para determinar si en la causa se ha obrado con la debida diligencia, no solo se deberá analizar, propiamente: a) la conducta de las autoridades judiciales, sino también, b) la complejidad del asunto, y c) la actividad procesal del interesado. (caso Toth. Sentencia del TEDH del 12 de diciembre de 1991, párrafo 77/ Caso Genie Lacayo. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de enero de 1995. Serie C, núm. 21, párrafo 77; aunque en este último caso los criterios fueron utilizados para evaluar la razonabilidad de la duración de la totalidad del proceso).

F.j. 22 En lo que respecta a la **actuación de los órganos judiciales,** será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones

de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (caso Clooth, párrafo 45). F.j. 23. La falta de diligencia de los órganos judiciales tendría lugar, incluso, en aquellos supuestos en los que su actuación se viera "formalmente" respaldada por el ordenamiento legal, puesto que, tal como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo, por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad" (caso Gangaram Panda. Sentencia del 4 de diciembre de 1991. Serie C, núm. 12, párrafo 47). Así, por ejemplo, tal como ocurriera en el Caso Toth vs. Austria, ventilado en el seno del TEDH, sería atribuible a la falta de diligencia de los órganos judiciales la aplicación de leyes de procedimiento que tengan un injustificado efecto suspensivo sobre las investigaciones en diversas oportunidades. (Sentencia de 12 de diciembre de 1991, párrafo 77). F.j. 24. El análisis de la debida o indebida actuación por parte de las autoridades judiciales, debe abarcar el tiempo transcurrido desde que la persona se encuentra efectivamente detenida, hasta el dictado de la sentencia (caso Wemhoff. Sentencia del TEDH del 27 de junio de 1968, párrafo 16).

Complejidad del asunto. F.j. 25. Para valorar la complejidad del asunto es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (caso Tomasi. Sentencia del TEDH del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil.

Actividad procesal del detenido. F.j. 26. En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del detenido a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada "defensa obstruccionista" (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). F.j. 27. En consecuencia, "(...) la demora solo puede ser imputable al acusado si este ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento"

(Informe N° 64/99, Caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999. Asimismo, caso Wemhoff, TEDH, párrafo 2; y caso Neumeister, TEDH, párrafo 2). F.j. 28 Entre las conductas que podrían ser merituadas como intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es pertinente tener presente que: "[s]i bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso" (caso Bozzo Rotondo, Exp. N° 0376-2003-HC/TC, F.j. 9). F.j. 29. Por otra parte, "[l]as recusaciones constituyen una hipótesis corriente y que suele demorar el curso de un proceso. Aun cuando tales situaciones no justifiquen retardos irrazonables, sí cabe descartar la defensa [del encausado] basada en que, durante su resolución, es posible que intervenga otro juez: pues aunque esto fuese teóricamente posible, lo cierto es que difícilmente puede pedírsele a otro magistrado que prosiga inmediatamente con la instrucción, sobre todo si esta es prolongada y compleja, pues la sola 'puesta en autos' de aquel puede necesitar mucho tiempo" (GIALDINO, Rolando. La prisión preventiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Artículo publicado en la página web de la Comisión Andina de Juristas: www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm). F.j. 30. Sin perjuicio de lo expuesto, conviene destacar que, en principio, no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, prima facie, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, aun en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de la motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, esta debe ser revocada.

Finalmente, en la STC Exp. N° 01014-2011-PHC/TC-Tacna, caso Henry Vidal Guevara Huashualdo, del 28 de junio de 2011, F.j. 5, se señala que la norma legal de la materia (el artículo 272 del Código Procesal Penal, aplicable al caso penal de autos) establece que: "1. La prisión preventiva no durará más de

nueve meses; 2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses". En este sentido la norma es clara en señalar –en el segundo supuesto de la duración de la prisión preventiva– que el plazo límite de duración de la prisión preventiva en los procesos complejos es de 18 meses; por lo tanto, estando a que el proceso es complejo corresponde el término de la duración de la prisión preventiva legalmente establecido (18 meses). Por consiguiente, la desestimación de la solicitud del actor por no haber vencido dicho plazo que se sustenta en las resoluciones cuestionadas es conforme a la norma legal y a la Constitución. Finalmente, este Colegiado debe desestimar la alegación de la demanda en el sentido de que "el proceso penal tuvo que haber sido declarado complejo desde un inicio, por lo que su prolongación resultaría arbitraria", pues **la complejidad de un proceso penal puede determinarse a través de las investigaciones subsecuentes que se realicen respecto del caso penal, complejidad que debe ser dispuesta por el representante del Ministerio Público mediante una resolución suficientemente motivada** –que en el caso de autos no es materia de cuestionamiento ni de pronunciamiento de este Tribunal–. Al respecto: a) en cuanto al caso penal sub materia se tiene un proceso complejo en el que el plazo de la duración de la prisión preventiva se encuentra establecido en 18 meses, contexto en el que resulta importuno el alegato de la supuesta aplicación de la prolongación de la prisión preventiva, que es un instituto procesal distinto que no guarda relación con el caso constitucional de autos; en ese sentido; b) resulta impertinente la motivación de la Resolución de fecha 15 de octubre de 2010, en cuanto argumenta que "la prolongación de la prisión preventiva de 9 a 18 meses es automática"; sin embargo, dicha argumentación no termina por invalidarla en tanto la motivación que sustenta la desestimación del pedido de inmediata libertad resulta suficiente en los términos de la Constitución.

E

Elementos de convicción

Los elementos de convicción son el conjunto de datos que se obtienen de documentos o de declaraciones (propias del agraviado, testimonios directos del hecho, testimonios indirectos de referencia o de oídas, técnicos) que permiten tener conocimiento de un hecho constitutivo de un argumento postulado o teoría del caso tanto por el Ministerio Público cuanto por la defensa. Los elementos **son graves** si los datos permiten alcanzar al interlocutor o examinante de modo completo la coherencia y consistencia de su argumento; **serán leves** si solo alcanzan una coherencia o consistencia incompleta e incluso contradictoria, es decir, si el interlocutor tiene la necesidad de construir mediante la imaginación la estructura argumentativa por falta de datos que respalden el argumento, o si tiene que eliminar datos existentes para admitir el argumento. Debe considerarse que la convicción es el criterio subjetivo que se forma el interlocutor o examinante sobre un hecho, por ello no se exige certeza sino que es suficiente que sea probable en alto grado, si es grave; o en bajo grado, si es leve.

Es un conjunto de valores, conocimientos y pruebas que le dan fuerza a la parte acusadora para sustentar un juicio contra quienes se presume que han cometido un acto ilegal y que pueden ser sancionados por ello. Son los elementos de convicción los argumentos que le permiten pensar a la parte acusadora que se puede presentar un caso para juicio y ganarlo. Ellos son el producto de las investigaciones y entrevistas con las personas que de una u otra forma pueden dar información que conduzca a la determinación de responsables, no son producto del azar, son producto de un trabajo científico de búsqueda de la verdad.

Estado de ebriedad

El estado de ebriedad es el estado de intoxicación aguda con el alcohol (es decir, etanol) en un grado suficiente

como para deteriorar las funciones mentales y motrices del cuerpo. Una persona que habitualmente se intoxica de este modo se etiqueta como "alcohólico" o "dipsómano". También es catalogado, a menudo, como "borracho" en lenguaje vulgar.

Excepción de prescripción de la acción penal

La excepción de prescripción de la acción penal es el medio técnico de defensa por medio del cual se invoca el paso del tiempo para extinguir la responsabilidad criminal en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma, por haberse producido la decadencia de la potestad punitiva causada por la inacción estatal para perseguir o sancionar el ilícito.

Sobre el particular, en el **Exp. N° 02522-2005-PHC/TC-Arequipa**, caso Julio César Sánchez Escobedo, en Lima, a los 9 días del mes de junio de 2005, f.j. 4, se estableció que "(…) El artículo 139 de la Norma Suprema establece los principios y derechos de la función jurisdiccional, consagrando el inciso 3 la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales. Este enunciado recogido por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, establece que "[s]e entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal". En consecuencia, el debido proceso se asienta en la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva y se concreta a través de las garantías que, dentro de un *iter* procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú". F.j. 9 "(…) Por disposición del artículo 80 del Código Sustantivo, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad (prescripción ordinaria); y, en todo caso, prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo

ordinario de prescripción, conforme lo señala el artículo 83 del acotado (prescripción extraordinaria). En tal sentido, si los hechos investigados ocurrieron el 14 de octubre de 1998, a la fecha en que se solicitó la prescripción de la acción penal habían transcurrido 6 años y 4 meses de la presunta comisión del delito, de modo que los plazos máximos establecidos por ley se encontraban vencidos, ya que, por el tiempo transcurrido, el Estado perdió su facultad punitiva y, con ello, la posibilidad de investigar y sancionar". F.j. 10 "(…) En este orden de ideas, no tiene objeto que el órgano jurisdiccional prosiga con la tramitación del proceso y, por ende, con la determinación de la responsabilidad de los supuestos autores, si por mandato legal dicha responsabilidad se encuentra extinguida. Ni mucho menos está facultado para determinar, vía sentencia, la responsabilidad penal de los procesados aludidos en las resoluciones expedidas por los jueces constitucionales en las instancias precedentes".

Posteriormente, mediante la STC. Exp. N° 03428-2007-HC/TC-Lima, caso Susana Gerturudis Karlick Díaz. Lima, 19 de julio de 2007. F.j. 2, se modificó el anterior criterio para establecer lo siguiente: Que, (…) constituye un requisito de procedibilidad del hábeas corpus contra la resolución judicial la firmeza de la resolución cuestionada (…) F.j. 3. Que del estudio de la demanda así como de las piezas procesales anexadas al expediente, se advierte que mediante escrito de fecha 24 de octubre de 2006 (que consta a fojas 128 de autos), la beneficiaria dedujo excepción de prescripción ante el juzgado demandado, el mismo que, mediante resolución de fecha 25 de octubre de 2006 (a fojas 130), determinó que dicha defensa técnica sería resuelta conjuntamente con la sentencia. En tal sentido, dado que la pretensión de la actora aún no obtiene pronunciamiento en sede judicial, en el caso de autos no existiría la firmeza exigida como requisito de procedibilidad del presente proceso, de conformidad con el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

F

Falta de interés del sentenciado

La falta de interés del sentenciado es la percepción de dejadez o desidia apreciada como actitud de quien ha recibido una resolución judicial que posterga o suspende los efectos de una decisión más gravosa, desatención con la oportunidad conferida que desencadena la revocatoria de la situación beneficiosa que no supo aprovechar desplegándose los efectos fijados por la ley ante el incumplimiento.

Sobre el particular, en el Recurso de Nulidad N° 003341-2001-Lambayeque, caso contra de Jorge Honores Delgado sobre delito de omisión a la asistencia familiar, del 17 de junio de 2003; se aprecia lo siguiente: "(…) los argumentos vertidos por el sentenciado Honores Delgado no son valederos, toda vez que las resoluciones cuestionadas han sido dictadas dentro de los límites que la ley exige; que, pese a lo expuesto de autos se colige que el sentenciado tuvo todas las oportunidades para cumplir con su obligación de cancelar la pensión alimentaria, sin embargo, solo canceló el monto de ciento sesenta nuevos soles conforme a las consignaciones judiciales que aparecen aparejadas al expediente, monto reducidos si tomamos en consideración la suma total ascendente de tres mil doscientos veintisiete Nuevos Soles según liquidación de devengados de fojas siete; quedando demostrado con ello la falta de interés del sentenciado para cumplir con su obligación alimentaria fijada por sentencia firme (…) la **revocan** en el extremo que dispone el término de un año en que debe hacerse efectiva la pena, reformándola dispusieron que el cómputo de la pena debe efectuarse con lo establecido en sentencia".

Favorecimiento a la prostitución

El delito de favorecimiento a la prostitución es el hecho ilícito cuyo comportamiento típico consiste en promover o favorecer la prostitución

de otra persona. Conforme lo sostiene la doctrina nacional, promover implica iniciar, incitar o ejercer sobre otro una influencia para que realice una determinada acción, en el caso *sub examine*, la prostitución. En tanto que favorecer, es sinónimo de cooperar, coadyuvar o colaborar para que la práctica del meretricio de la víctima se siga ejerciendo(*). Se encuentra prescrito en el artículo 179 del Código Penal modificado por la Ley N° 28251 del 8 de junio de 2004. "El que promueve o favorece la prostitución de otra persona será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. La pena será no menor de cinco ni mayor de doce años cuando: 1. La víctima es menor de dieciocho años. 2. El autor emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación. 3. La víctima se encuentra privada de discernimiento por cualquier causa. 4. El autor es pariente dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, concubino, adoptante, tutor o curador o tiene al agraviado a su cuidado por cualquier motivo. 5. La víctima ha sido desarraiga de su domicilio habitual con la finalidad de prostituirla o está en situación de abandono o de extrema necesidad económica. 6) El autor haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida. 7) Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda".

(*) Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl A. *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*. Ediciones Guerrero's, Lima, 2002, p. 164.

FINES DE LA PENA

Los fines de3 la pena son la nota característica de la sanción punitiva, fijados en la Constitución como objetivo de la privación de libertad o cualquier otra limitación en el ejercicio de los derechos, que según la Carta Fundamental son la resocialización, la reducación y la rehabilitación del condenado, tanto como fin preventivo general (como advertencia para otros con el fin que eviten cometer ilícitos) cuanto como fin preventivo especial (como advertencia al mismo condenado para que no cometa nuevos ilícitos).

Así, en el Exp. STC Exp. N° 04053-2007-PHC/TC-Lima, Caso Alfredo Jalilie Awapara, del 18 de diciembre de 2007, F.j. 17, se señala: y es que, tal como lo ha señalado este Tribunal, no solo la función preventivo especial de la pena tiene fundamento constitucional (artículo 139, inciso 22 de la Constitución), sino también sus funciones preventivo generales, las que derivan del deber estatal de "(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)" (artículo 44 de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad

personal (inciso 24 del artículo 2 de la Constitución) en su dimensión objetiva. (Cfr. Exp. N° 0019-2005-PI/TC fund 38-40). En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general.

Igualmente, la **STC Exp. N° 00019-2005-PI/TC-Lima,** Caso Ley N° 28568 -Cómputo del tiempo de detención, del 21 de julio de 2005, tenemos: §9. Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional. F.j. 37. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que **toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo**. Lo que ocurre es que la pretensión de que esta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a este en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente. F.j. 38. Sin embargo, **las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa,** en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática. Existen, distribuidas, una serie de competencias entre distintos órganos constitucionales expresamente dirigidas a combatir el delito. Así, el artículo 166 de la Constitución, prevé que la Policía Nacional, "(...) tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público o privado. Previene investiga y combate la delincuencia (...)". Es de destacarse, asimismo, la función primordial que el artículo 59 de la Constitución confiere al Ministerio Público en la salvaguardia de los intereses públicos que se puedan ver amenazados o afectados por el delito: "Corresponde al Ministerio Público: 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho. 2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. 3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad. 4. Conducir, desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su

función. 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte. 6. (...)". Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal "(...) la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial." (Caso Antejuicio Político. STC Exp. N° 0006-2003-AI, Fundamento 18). En efecto, es al Poder Judicial –encargado de ejercer la administración de justicia que emana del pueblo (artículo 138 de la Constitución)– a quien corresponde establecer las responsabilidades penales. Ello quiere decir que el Poder Judicial es el órgano que, en estricto respeto del principio de legalidad penal, y con la independencia que la Constitución le concede y exige (inciso 2 del artículo 139 e inciso 1 del artículo 146 de la Constitución), debe finalmente reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente. F.j. 39. Por otra parte, **el particular daño que el delito genera en el Estado social y democrático de derecho motiva que su flagrancia o el peligro de su inminente realización, sea causa expresamente aceptada por la Constitución para la limitación de diversos derechos fundamentales.** Así, por ejemplo, el inciso 9 del artículo 2 de la Constitución establece que: "Toda persona tiene derecho: (...) 9. A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él, ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...)". Mientras que el literal f, inciso 24 del artículo 2, señala: "Nadie puede ser detenido, sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. (...)". Asimismo, el literal g, inciso 24 del mismo artículo estipula: "Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos en la ley. (...)." Incluso, el delito flagrante se constituye en un límite a la inmunidad parlamentaria de los congresistas (artículo 93 de la Constitución). F.j. 40. En consecuencia, **las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.** En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en "(...) proteger a la población de las

amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)". (Artículo 44 de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2 de la Constitución). Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su quántum específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, esta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución).

H

HÁBEAS CORPUS. CLASES

El hábeas corpus es el proceso constitucional por excelencia, como tal es una institución jurídica que garantiza especialmente la libertad personal del individuo, con el fin de evitar los arrestos y detenciones arbitrarias. Se basa en la obligación de presentar a todo detenido en un plazo perentorio ante el juez, que podría ordenar la libertad inmediata del detenido si no encontrara motivo suficiente de arresto. El término proviene del latín hábeas corpus [*ad subiiciendum*] 'que tengas [tu] cuerpo [para exponer]', "tendrás tu cuerpo libre", siendo hábeas la segunda persona singular del presente de subjuntivo del verbo latino *habēre* ('tener'). O puede ser llamado igualmente como "cuerpo presente" o "persona presente". También puede decirse que tutela los derechos fundamentales derivados de la vida y la libertad frente a cualquier acto u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que pueda vulnerar dichos derechos, por conexión se protege la inviolabilidad del domicilio, la vida, la salud y el debido proceso cuando esté relacionado con la libertad ambulatoria. El hábeas corpus no protege al debido proceso en abstracto o aisladamente de la libertad. Y las clases de hábeas corpus son los diferentes tipos del mismo que son posibles de deducir judicialmente.

Sobre el particular, la STC Exp. N° 2663-2003-HC/TC-Cono Norte, Doctrina Constitucional, en el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca, de fecha 23 de marzo de 2004, f.j. 6., estableció: "(…) Tal como expone Néstor Pedro Sagüés –Derecho Procesal Constitucional– Hábeas Corpus. Buenos Aires: Astrea, 1988 pág. 143, "en su origen histórico surge como remedio contra una detención. Sin arresto, el hábeas corpus parecería no tener razón de ser, ya que es un remedio, precisamente, contra aprehensiones ilegales. Su meta natural, por los demás estriba en disponer una libertad. Sin embargo, el desarrollo posterior del instituto (...) lo ha hecho

proyectarse hacia situaciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él". De ahí que se reconozca que "algunas figuras del hábeas corpus (...) abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos –constitucionales también– aunque de índole distinta". En función de este ensanchamiento del carácter y contenido del hábeas corpus, la doctrina ha elaborado una tipología, de la cual resumidamente damos cuenta:

a) **El hábeas corpus reparador.** Dicha modalidad se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato –juez penal, civil, militar–; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.

   En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida.

b) **El hábeas corpus restringido.** Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, "se le limita en menor grado". Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.

c) **El hábeas corpus correctivo.** Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena. En efecto, en el caso Alejandro Rodríguez Medrano vs. la Presidencia del Instituto Nacional Penitenciario y otro (Exp. N° 726-2002-HC/TC), el Tribunal Constitucional señaló que: "Mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla

la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que éste se haya decretado judicialmente". Así, procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (tal es el caso de personas internadas en centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles, etc.). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho al trato digno o se produzcan tratos inhumanos o degradantes. Es también admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por la determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados. [Vid. Exp. N° 31267-2009-HC-Corte Superior de Justicia de Lima, caso Rafael Livia Valle, a favor de Claudia Marlene Baylón Cabrera, Virginia Aracelli Urmacheda carrillo, Antuanete Luna Victoria; Jessica Cáceres Palacios y Evelin Changra Lazo, Lima 20 de julio de 2010, Infundada, "(…) es evidente que el juez constitucional no ha efectuado la debida evaluación de los hechos, en su integridad, pues se ha limitado a emitir pronunciamiento en base a los hechos constatados durante la diligencia realizada el día catorce de agosto de dos mil nueve, referida a las condiciones de humedad e insalubridad como encontró el ambiente de meditación (celda de castigo), sin verificar las causas por las cuales se originó dicha situación. Y si bien las reclusas tienen derecho a preservar su salud física y mental; y no obstante encontrarse privadas de su libertad, estar en un ambiente que reúna las condiciones apropiadas para su bienestar individual; también es cierto que, éstas deben tener el cuidado y diligencia debida para conservar en buen estado el ambiente asignado para su permanencia, sea en las celdas comunes o de meditación (castigo), sin provocar ellas mismas daños a la infraestructura del lugar, causando condiciones inapropiadas para su propio bienestar. F.j. V].

d) El hábeas corpus preventivo. Éste podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia. Al respecto, es requisito

sine qua non de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta. En efecto, en el caso Patricia Garrido Arcentales y otro contra el capitán PNP Henry Huertas (Exp. N° 399-96-HC/TC), el Tribunal Constitucional precisó: "Que, en cuanto a las llamadas telefónicas a través de las cuales se amenazaría con detener a los recurrentes, según afirman, este Tribunal considera que no se han dado los supuestos para que se configure una situación que constituya amenaza a la libertad personal que haga procedente la acción de hábeas corpus, es decir, tal y como lo consagra el artículo 4 de la Ley N° 25398, se necesita que ésta sea cierta y de inminente realización; se requiere que la amenaza sea conocida como verdadera, segura e indubitable, que se manifieste con actos o palabras que no dejen duda alguna de su ejecución y propósito e inminente y posible, esto es, que no deje duda sobre su ejecución en un plazo inmediato y previsible".

e) **El hábeas corpus traslativo**. Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido. LANDA ARROYO, César .*Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Palestra, Lima 2003, p. 116, refiere que en este caso "se busca proteger la libertad o la condición jurídica del estatus de la libertad de los procesados, afectados por las burocracias judiciales (...)". En efecto, en el caso Ernesto Fuentes Cano vs. Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima (Exp. N° 110-99-HC/TC), el Tribunal Constitucional textualmente señaló lo siguiente: "Que, el tercer párrafo del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Decreto Ley N° 22128, dispone que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y, en el caso de autos, se inicia el proceso en marzo de 1993, y en diciembre de 1997 se encontraba en el estado de instrucción, por haber sido ampliada esta; y el hecho de no haberse completado la instrucción no justifica que se mantenga privada de su libertad a una persona que ya lo había estado por más de veinte meses, no dándole cumplimiento así al artículo 137 del Código Procesal Penal, en caso de efectivizarse esta nueva orden de captura".

f) **El hábeas corpus instructivo**. Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no solo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ernesto Castillo Páez vs. República del Perú, (párrafo 84 de la sentencia del 3 de noviembre de 1997), estableció lo siguiente: "Habiendo quedado demostrado como antes se dijo (*supra*, párrafo 71), que la detención del señor Castillo Páez fue realizada por miembros de la Policía del Perú y que, por tanto, se encontraba bajo la custodia de este, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la Corte concluye que la ineficacia del recurso de hábeas corpus es imputable al Estado, configurando con ello una violación del artículo 25 de la Convención en relación con el artículo 1.1".

g) **El hábeas corpus innovativo.** Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante. Al respecto, GARCÍA BELÁUNDE, Domingo [*Constitución y Política*, Eddili, Lima 1991, p. 148], expresa que dicha acción de garantía "debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado". Asimismo, LANDA ARROYO, César [*Tribunal Constitucional, Estado Democrático*. Editorial Palestra, Lima 2003, p. 193], acota que "(...) a pesar de haber cesado la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un hábeas corpus innovativo, siempre que el afectado no vea restringida a futuro su libertad y derechos conexos".

No procede hábeas corpus innovativo, contra Policía destituido para que no lo vuelvan a destituir, si estuvo ebrio en su día de franco, pues es infracción administrativa y es improcedente el hábeas corpus. STC Exp. N° 2854-2010-PHC/TC-Lambayeque, caso Lisbeth Marina Mosquera Pérez a favor de Joel Vicente Tapia Castro del 26 de octubre de 2010.

h) **El hábeas corpus conexo.** Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar

juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc. Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con este. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3 de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados.

Esta tipología ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional, por lo que no puede ser tomada como un númerus clausus.

Por su parte, en la STC Exp. N° 02496-2005-PHC/TC-Lima, caso Eva Rosario Valencia Gutiérrez, 17 de mayo de 2005. **Precedente Vinculante**, se ha señalado:

F.j. 3. En reiterada jurisprudencia, este Colegiado ha sostenido que el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso. F.j. 5. Conforme a lo enunciado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la libertad personal es no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley. [STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC - Caso Tineo Cabrera]. Por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho; por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de uno o varios bienes jurídicos constitucionales. F.j. 7. El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero **su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio,** o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. F.j. 8. De cuyo contenido se infiere que **la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales**. F.j. 12. Con relación a la aplicación de las normas penales, este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que en la aplicación de normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es

la que se encuentra vigente al momento de resolverse. F.j.13. Siendo ello así, resulta de aplicación al caso de autos, el artículo 1 de la Ley N° 27553, que desde el 13 de noviembre de 2001 modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal, estableciendo que el plazo de detención en el proceso penal ordinario tiene una duración máxima de 18 meses; que se duplicará en caso de que el proceso sea por los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, espionaje u otro de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados.

Hábeas corpus. Derechos protegidos

Los derechos protegidos por el hábeas corpus (sin que pueda ser una lista cerrada) son: la libertad individual, en su forma de libertad de movimiento, libertad de tránsito o libertad ambulatoria, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal tanto física como sicológica, el derecho a la salud, así como los derechos conexos con la libertad individual como el derecho a tener un DNI, la debida motivación de las resolución que ordenan la detención judicial o prisión preventiva o la sentencia condenatoria firme, así como las resoluciones arbitrarias firmes que niegan la libertad, el debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva cuando están vinculadas obligatoriamente a la libertad locomotora.

Sobre el particular, en la STC Exp. N° 06218-2007-PHC/TC-Junin, Caso Víctor Esteban Camarena, 17 de enero de 2008. **Precedente Vinculante**, se establece: F.j. 3. "El inciso 1), del artículo 200 de la Constitución establece que el proceso hábeas corpus, procede "ante el hecho u omisión, por parte de cualquier persona, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos". En tal medida, el ámbito de protección del proceso de hábeas corpus **no se limita a cubrir solo el derecho a la libertad sino que se expande para cubrir los otros derechos fundamentales** íntimamente relacionados con este. F.j. 4. Por esta razón puede considerarse que el proceso de hábeas corpus no solo protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección **se extiende también a la libertad de movimiento, a la libertad de tránsito y al derecho a la integridad personal.** Su tutela se prolonga ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan recluidas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran en establecimientos públicos o privados. F.j. 5. Es más, el artículo 25 del Código Procesal Constitucional (en adelante, CPCN) señala de manera enunciativa y no taxativa el catálogo de derechos que conforman la libertad individual y que son objeto

de protección mediante el proceso de hábeas corpus, así como los derechos conexos con ella. Ello en razón de que el proceso de hábeas corpus es un proceso sencillo y rápido, que por su naturaleza y finalidad no puede regular un catálogo de derechos fundamentales númerus clausus sino númerus apertus. F.j. 6. Dada la prevalencia de los derechos protegidos por el hábeas corpus y su carácter sumario, este proceso se identifica por ser ajeno a ritualidades o formalismos al momento de interponer la demanda. En este sentido, el artículo 27 del CPConst. señala que la demanda de hábeas corpus puede ser presentada por escrito, verbalmente, a través de medios electrónicos o por cualquier otro medio idóneo. Ello con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquellos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad o derechos conexos a ella.

Asimismo, en la STC Exp. N° 06209-2006-PHC/TC-Piura, Caso Manuel Chapilliquén Vásquez, del 16 de abril de 2007, F.j.3, se establece que: Este Tribunal ha señalado en el caso Manuel Chapilliquén Vásquez, Exp. N° 6209-2006-PHC/TC, que la justicia constitucional podrá examinar si la resolución cuestionada cumple la exigencia constitucional **de una debida motivación,** conforme al artículo 135 del Código Procesal Penal. Y es que, eventualmente, y ante una acusada afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales contenida en la resolución que desestima la variación de la detención judicial impuesta, la justicia constitucional es idónea para examinar el presunto agravio constitucional, pero no para determinar la concurrencia de las circunstancias que legitiman el mantenimiento de dicha medida cautelar provisional; criterio jurisprudencial establecido en la sentencia recaída en el caso Vicente Ignacio Silva Checa, Exp. N° 1091-2002-HC/TC.

Por su parte, la STC Exp. N° 09598-2005-PHC/TC-Lambayeque, Caso Jaime Mur Campoverde Lima, 12 de enero de 2006, F.j. 1, establece: Del análisis de tales dispositivos se infiere que el artículo 2. exige para la procedencia del hábeas corpus, que cuando se invoque la **amenaza** de violación de la libertad individual, que esta sea **cierta** y de **inminente realización**. Según la Real Academia Española (RAE) lo "cierto" es el resultado del conocimiento de algo como verdadero, seguro e indubitable, y lo "inminente" significa una situación antecedente que denota el advenimiento de un hecho que está por suceder prontamente. Consecuentemente, el hábeas corpus será **improcedente** cuando la amenaza sea incierta, es decir, que no sea verdadera, segura o hubiese duda razonable de que pueda ocurrir; o, en otras palabras, que no concurra el requisito de hecho, acto o suceso de realización pronta.

Asimismo, en la STC Exp. N° 00032-2005-PHC/TC-Junín, caso Víctor Raúl Pérez Tapara, del 28 de junio de 2005, se prevé: F.j. 7 Es importante resaltar que el hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a la revisión de si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal son las más adecuadas conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en un proceso penal, cuando ella se haya expedido con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben observarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido al derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo. F.j. 8. En este sentido, el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso. En el presente caso, habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora por la imposición de una sentencia condenatoria, este Colegiado tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad de los actos judiciales considerados lesivos. Esto es, determinar si las resoluciones cuestionadas presentan la inconstitucionalidad que invoca el demandante.

HURTO

El delito de hurto es el hecho ilícito que denominase "hurto" (del latín *furtum*) que es el acto de apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble ajena, substrayéndosela a quien la retiene, sin violencia o intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas. En el último carácter enunciado, el de llevarse a cabo sin violencia o intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas, se diferencia radicalmente del delito de robo, caracterizado, en esencia, por cometerse mediante la una o la otra de tales modalidades fácticas o con el concurso de ambas(*).

Sobre este tipo penal, la Sentencia Plenaria **N° 01-2005/DJ-301-A**, del 30 de setiembre de 2005, **Precedente Vinculante,** Pleno de los Vocales Supremos de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República**, estableció:** F.j. 6.

(*) **Artículo 185 del Código Penal texto original. Hurto.** El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, gas, el agua y cualquier otra energía que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético.

El delito de hurto fija los criterios esenciales para determinar la consumación del delito de robo, en tanto que este último delito coincide en sus elementos típicos básicos con el primero –el bien jurídico afectado es el mismo: el patrimonio–, y la diferencia deriva del hecho de que requiere la presencia de violencia o amenaza –intimidación– contra la persona, en tanto que constituye una forma calificante con respecto al hurto. El robo, como añadido, exige dos condiciones: la acción, en la violencia o amenaza ejercidas sobre las personas; y, el elemento temporal, en virtud del cual los actos de violencia o de intimidación deben ser desplegados antes, en el desarrollo o inmediatamente posterior a la sustracción de la cosa. F.j. 7. El delito de hurto, al igual que el delito de robo, desde la perspectiva objetiva, exige que el agente se apodere ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra (confrontar: artículos 185 y 188 del Código Penal). El acto de apoderamiento es, pues, el elemento central de identificación para determinar, en el *iter criminis*, la consumación y la tentativa. Desde esta perspectiva el apoderamiento importa: (a) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor –de su esfera de posesión– a la del sujeto activo, y (b) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma. A estos efectos, según el artículo 185 del Código Penal, se requiere de la sustracción de la cosa, esto es, la separación de la custodia de la cosa de su titular y la incorporación a la del agente. F.j. 8. La acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente, define al delito de hurto y, por extensión, de robo, como uno de resultado y no de mera actividad. Este entendimiento de ambos delitos, a su vez, fuerza a entender no solo que el agente desapodera a la víctima de la cosa –adquiere poder sobre ella– sino también, como correlato, la pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera, situación que permite diferenciar o situar en un momento diferenciado la desposesión del apoderamiento. En tal virtud, el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a esta en el ámbito de protección dominical y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. Este poder de hecho –resultado típico– se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aun cuando solo sea por un breve tiempo, es decir, cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; solo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito. F.j. 9. Este criterio de la disponibilidad potencial, que no efectiva, sobre la cosa –de realizar materialmente sobre ella actos dispositivitos– permite

desestimar de plano teorías clásicas como la *aprehensio* o *contrectatio* –que hacen coincidir el momento consumativo con el de tomar la cosa, la *amorio* –que considera consumado el hurto cuando la cosa ha sido trasladada o movida de lugar– y la *ilatio* –que exige que la cosa haya quedado plenamente fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del autor– y, ubicarse en un criterio intermedio, que podría ser compatible con la teoría de la *ablatio*– que importa sacar la cosa de la esfera de custodia, de la vigilancia o de la actividad del tenedor, efectivo dominio sobre la cosa-. El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición. F.j.10. Por consiguiente, la consumación en estos casos viene condicionada por la disponibilidad de la cosa sustraída –de inicio solo será tentativa cuando no llega a alcanzarse el apoderamiento de la cosa, realizados desde luego los actos de ejecución correspondientes–. Disponibilidad que, más que real y efectiva –que supondría la entrada en la fase de agotamiento del delito– debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Esta disponibilidad potencial, desde luego, puede ser momentánea, fugaz o de breve duración. La disponibilidad potencial debe ser sobre la cosa sustraída, por lo que: a) si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; b) si el agente es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y este es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y, c) si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos.

Asimismo, el Acuerdo Plenario N° 04-2011/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, precisó: **§ 2. Alcances del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186 del CP** F.j. 9. Las agravantes del delito de hurto agravado se encuentran descritas en el artículo 186 del CP. Ellas requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, a excepción del elemento "valor pecuniario", pues conservan, con relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa [Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal - Parte Especial*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 867]. El criterio cuantitativo es una exigencia

que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida sólo para el hurto simple (artículo 185 del CP) y daños (art. 205 del CP), conforme lo estipula el artículo 444 del CP; esta exigencia no afecta a los supuestos agravados. Con ello, además, se pone de manifiesto el carácter residual de la falta de hurto. Por tanto, el hurto agravado no requiere del requisito del quántum del valor del bien para su configuración. Así entendida esta infracción penal, respeta el principio de legalidad, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución; principio que comprende los requisitos de *lex praevia,* prohibición de retroactividad de las leyes que agravan la punición o prevean nuevas formas delictuales, *lex scripta,* –se excluye la costumbre como fuente de delitos y penas, e implica al principio de reserva de ley, que significa que el Congreso es el legitimado para normar las conductas ilícitas con sus respectivas sanciones, por ser el representante de la voluntad popular, y *lex stripta,* determinación de la ley penal, esto es, el cumplimiento del principio de taxatividad o mandato de certeza, que implica que los conceptos que utilice el legislador no pueden ser vagos porque atentaría contra la seguridad jurídica [Cfr. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: "Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano". En *Revista Institucional N° 7.* Aporte al Derecho Penal Peruano desde la perspectiva Constitucional, Lima, 2006. p. 89]. Cabe entonces rechazar, por este motivo, la primera de las opciones dogmáticas en debate. F.j. 10. Por otro lado, no se puede amparar, sobre la base del principio de favorabilidad del reo, que se genere impunidad. Los inconvenientes prácticos de estimar el criterio cuantificador respecto del objeto material del delito de hurto como parte de las hipótesis del hurto con agravantes son los siguientes: a) Si la sustracción de bienes en casa habitada, queda en grado de tentativa o de frustración, dicho proceder generaría una sanción leve y no equivalente con la voluntad lesiva del agente. b) Una sustracción por banda de un bien mueble de escaso valor, carecería de connotación como delito. c) En el supuesto de que se dejase en indigencia temporal a quien percibe menos de una remuneración mínima vital, dicha conducta no constituiría delito. El Derecho Penal solo protegería a las personas cuya remuneración asciende a dicho monto, quedando por ende desprotegidas las víctimas de ingresos inferiores, con lo se generaría un Derecho Penal tutelar del patrimonio de los socialmente mejor ubicados y de desamparo en perjuicio de quienes tienen menores recursos, quienes son mayoría en nuestro país [Cfr. SALAS ARENAS, Jorge Luis y otro: "Las calificaciones en el hurto agravado y su relaciones con el hurto simple entre la legalidad, la favorabilidad y la impunidad (II)". En: *Revista Gaceta de la OCMA*.

Año V. N° 53-54. Mayo-Junio 2006, pp. 10-11]. F.j. 11. Nuestro legislador, por lo demás, ha estimado tales conductas como agravadas, atendiendo a su mayor lesividad, esto es, a su carácter pluriofensivo de bienes jurídicos. La ley penal asignó tal condición a los hurtos cometidos bajo circunstancias especiales y graves, tales como casa habitada, durante la noche, con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado, mediante el concurso de dos o más personas, etcétera [Cfr. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *Las faltas en el ordenamiento penal peruano*. Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 68], obviando en estos casos criterios de cuantía. Diferente es el criterio político criminal que rige para el delito de hurto simple, que por ser una conducta de mínima lesividad y en observancia a los principios de mínima intervención y última ratio del Derecho penal, demanda que se fije un valor pecuniario mínimo a fin de diferenciarlo de una falta patrimonial. No es este el caso del hurto con agravantes, dado que existe un mayor nivel de reproche, caso contrario, se tendría que establecer una cuantía significativa para el delito de robo [Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. Ibídem, p. 845]. F.j. 12. Con acierto Quintero Olivares, sostiene que en los hurtos cualificados se ha ido imponiendo el criterio de abandonar la determinación de la pena en este y otros delitos a través del sistema de saltos de cuantía, y se ha ido abriendo paso la técnica de cualificar el hurto no tanto por el valor económico puro del objeto muchas veces de difícil determinación y de grandes dificultades para ser captado por el dolo, por el más tangible de la naturaleza del objeto de lo sustraído y los efectos cognoscibles de dicha sustracción [Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 2ª edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1999. p. 482].

I

Imparcialidad

La imparcialidad es un criterio de justicia que sostiene que las decisiones deben tomarse con base en criterios objetivos, sin influencias de sesgos, prejuicios o tratos diferenciados por razones inapropiadas. La imparcialidad no propone que todos los individuos deban ser tratados de la misma manera bajo todas las circunstancias. Se considera aceptable y coherente que determinadas personas sean tratadas en forma diferente si tal tratamiento se justifica por razones objetivas y externas. Por ejemplo, la mayor parte de los sistemas legales establecen penas diferentes para los delitos de acuerdo a la gravedad de los mismos. Esto no implica la presencia de parcialidad: las diferentes penas se determinan sobre la base de un criterio objetivo y predecible, en este caso la ley. La imparcialidad sostiene que, para todas las personas, ese criterio imparcial se aplica en forma homogénea.

En la STC Exp. N° 00004-2006-PI/TC, caso Ley N° 28665 Ley de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, del 29 de marzo de 2006, se establece: F.j. 20. En la mencionada sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional estableció que mientras el principio de independencia judicial, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas al proceso, ya sea que provengan de fuera de la organización o de dentro de ella, el principio de imparcialidad, estrechamente ligado al principio de independencia funcional, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso. El principio de imparcialidad posee dos acepciones: a) **Imparcialidad subjetiva.** Se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso. El caso de la jurisdicción especializada en lo militar constituye un supuesto especial en el que se pueden presentar serios inconvenientes para la imparcialidad. Así pues: "El riesgo reside en el grado y en el distintivo militar, peligroso según Venditti para la formación de la voluntad judicial; puesto que el militar en tanto que integrante

de una jerarquía, es llevado por su propia naturaleza y forma mentis a ser sensible a las directrices superiores. La extracción militar de todos los miembros de la jurisdicción militar puede provocar el predominio de sentimientos, tales como el espíritu de casta o la defensa de los intereses castrenses. (...) Más allá de las causas previstas legalmente como posibles atentados a la imparcialidad del juez, el entorno de la justicia militar puede arrastrar al juez a resolver los asuntos con parcialidad por la especial situación de juez y parte con que ejerce su función. Esta parcialidad se nutre de valores militares como la jerarquía, disciplina, obediencia y subordinación, pero especialmente el de unidad" [DOIG DÍAZ, Yolanda. "La Justicia Militar a la luz de las garantías de la jurisdicción". En: *La reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001*-2002. PUCP, pp. 57-58.]. b) **Imparcialidad objetiva.** Está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable. De este modo, no puede invocarse el principio de independencia en tanto existan signos de parcialidad, pues según el entero del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual comparte este Colegiado: "[Un] Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...); debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)". [Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984.] F.j. 21. Es importante mencionar que, si bien los principios de independencia e imparcialidad judicial constituyen componentes esenciales de la función jurisdiccional, estos poseen una doble configuración, pues también constituyen garantías para las partes procesales.

Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 03-2007/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre pérdida de imparcialidad y proceso de hábeas corpus o de amparo, señala:

F.j. 6. La recusación es una institución procesal de relevancia constitucional. Garantiza, al igual que la abstención o inhibición, la imparcialidad judicial, esto es, la ausencia de prejuicio; y, como tal, es una garantía específica que íntegra el debido proceso penal –numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución–. Persigue alejar del proceso a un juez que, aun revistiendo las

características de ordinario y predeterminado por la ley, se halla incurso en ciertas circunstancias en orden a su vinculación con las partes o con el objeto del proceso –*el thema decidendi*– que hacen prever razonablemente un deterioro de su imparcialidad. La imparcialidad, como ha quedado consagrada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –así, Sentencia Piersack contra Bélgica, del uno de octubre de mil novecientos ochenta y dos; y, Sentencia Herrera Ulloa contra Costa Rica, del dos de julio de dos mil cuatro, párrafo ciento setenta– tiene, aunque la doctrina procesalista tiende a relativizarla, dos dimensiones, una de carácter subjetivo y vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto –test subjetivo y otra objetiva, predicable de las garantías que debe ofrecer el órgano jurisdiccional y que se establece desde consideraciones orgánicas y funcionales [la primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario; y, la segunda reclama garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad] –test objetivo–. F.j. 7. Las circunstancias antes mencionadas, denominadas causas de recusación, están legalmente tasadas y son las previstas en los artículos 29 y 31 del Código de Procedimientos Penales. Para acreditar si existe o no vulneración del derecho al juez imparcial no sirve un análisis abstracto y a priori y, en definitiva, general, sino que es menester examinar cada caso concreto para determinar que el juez, de uno u otro modo, no es ajeno a la causa –opción por el criterio material o sustancial en vez del criterio meramente formal–. Como precisa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Hauschildt contra Dinamarca del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, lo relevante es que los temores estén objetivamente justificados, deben alcanzar una cierta consistencia –no basta la simple opinión del acusado o de la parte recusante–; y, la respuesta de si existe parcialidad o no varía según las circunstancias de la causa, a cuyo efecto debe valorarse la entidad o naturaleza y las características de las actuaciones procesales realizadas por el juez. F.j. 8. Es recurrente en nuestra práctica forense que con motivo de una demanda de hábeas corpus o de amparo interpuesta contra una concreta decisión o actuación del juez de la causa y también cuando se ha interpuesto una queja ante el órgano disciplinario judicial, paralelamente se recuse al magistrado al amparo de la causal genérica de temor de parcialidad prevista en el artículo 31 del Código de Procedimientos Penales. Se cuestiona en esos casos que el juez, como consecuencia de esas acciones legales, no ofrecería garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto. En estos supuestos

se está ante una causal de imparcialidad subjetiva, en cuya virtud se entiende que la convicción personal del juez como consecuencia de la aludida acción legal le restaría apariencia de imparcialidad. Pero, como ya se anotó, la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario; en consecuencia, no basta la sola afirmación de la interposición de la demanda o queja ni la presentación del documento en cuestión para estimar lesionada la imparcialidad judicial. Se requiere, por consiguiente, indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad. El Tribunal, en este caso, debe realizar una valoración propia del específico motivo invocado y decidir en función a la exigencia de la necesaria confianza del sistema judicial si el juez recusado carece de imparcialidad; debe examinar, en consecuencia, la naturaleza de los hechos que se le atribuyen como violatorios de la Constitución o del ordenamiento judicial, y si su realización, en tanto tenga visos de verosimilitud, pudo o no comprometer su imparcialidad. F.j. 9. Lo expuesto es determinante y justifica, de un lado, que la ley exija que el recusante explique con la mayor calidad posible el motivo que invoca (así, artículo 310 del Código de Procedimientos Penales); y, de otro lado, que se ofrezcan los medios probatorios necesarios para acreditar la causal (así, art. 34-A del citado Código). Se está ante un incidente que requiere de un procedimiento debido y, específicamente, de la acreditación de los motivos que se aleguen, para lo cual es aplicable, en lo pertinente, el artículo 90 del Código de Procedimientos Penales en especial, el último extremo del apartado uno.

INCAUTACIÓN

La incautación es una medida instrumental o de tutela cautelar, por medio de la cual la autoridad policial en el caso de flagrancia, la Fiscalía por decisión motivada en el curso de las diligencias preliminares, en ambos casos con decisión confirmatoria judicial; o el Juez de Investigación Preparatoria a requerimiento del fiscal, ordena la desposesión que realiza la autoridad competente de bienes y efectos por razones de interés público procesal o por la presunción de actuaciones ilícitas.

Sobre el particular, el Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, estableció lo siguiente: **§ 1. Aspectos generales. Objeto de la incautación.** F.j. 7. La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos –propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos– (arts. 218 al 223 del Nuevo Código Procesal Penal, en adelante, NCPP), y como medida de

coerción –con una típica función cautelar– (arts. 316 al 320 del NCPP). En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa –de aseguramiento de fuentes de prueba material– y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad. Aun cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes –pueden cumplir funciones similares–, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102 del Código Penal –en adelante, CP–. F.j. 8. La incautación instrumental (art. 218 del NCPP) recae contra: i) los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra ii) las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito. En estricto sentido se entiende por; "cuerpo del delito", además de la persona –el cadáver en el delito de homicidio– comprende al objeto del delito, es decir, aquel contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos –la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas–. Las "cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento", son tanto las "piezas de ejecución": medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas 'piezas de convicción': cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible. F.j. 9. La incautación cautelar (art. 316.1 del NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley. A) Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera. B) Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.

C) Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica. En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102 del CP). F.j. 10. Como se advierte de los parágrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse –privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal– cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102 y siguientes del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible –asegura su utilización por las partes y el juez como objeto de prueba–. Como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa –específicamente, de la investigación– al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso. **§ 2. Régimen de la incautación.** F.j. 11. La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria. A. En los casos de flagrancia delictiva –en las modalidades reconocidas por el artículo 259 del NCPP– o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. La necesidad de la ocupación de bienes u objetos vinculados al delito, a fin de ponerle término y garantizar su probanza efectiva, a la par que consolidar la razonabilidad de la intervención policial, está fuera de discusión. En estos casos la comisión del delito se percibe con evidencia –se da una relación directa del delincuente con el bien o cosa relacionada con el delito– y exige de manera inexcusable una inmediata intervención de la autoridad. B) Fuera de ambos supuestos, la incautación en el curso de la investigación preparatoria –en especial durante las denominadas "primeras diligencias"– requiere de una decisión del fiscal. La autoridad policial, por consiguiente, necesita de una expresa autorización del fiscal. A su vez, la legalidad de la orden o autorización fiscal se centra, sin perjuicio de la presencia de indicios

de criminalidad mínimos, en lo que se denomina "peligro por la demora", en tanto fin constitucionalmente legítimo. El juicio de necesidad de la medida es básico. Es el riesgo fundado de que de no incautarse o secuestrarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad –obstrucción de la investigación y del proceso en general– y en su caso las medidas de ejecución penal pertinentes. La incautación, precisamente, garantiza que no se desaparezcan u oculten tales bienes o cosas, con lo que se dificultaría su apreciación judicial como objeto de prueba o se frustraría el ulterior decomiso, si correspondiera –la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia se pondría en crisis–. C) Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (art. 317 del NCPP). Esta noción dice de la perentoriedad o necesidad inmediata, apremiante de la incautación; cuando el riesgo de desaparición del bien o cosa delictiva es más actual o grave. Si no se presenta esta situación fáctica será del caso pedir la orden judicial. F.j. 12. La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del parágrafo anterior, que requiere resolución judicial previa –el juez tiene aquí la primera palabra–, la regla es que ejecutada la medida por la Policía motu proprio o por decisión de la fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el fiscal o desaprobatoria de la incautación policial-fiscal. La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno –el mismo día o a más tardar al día siguiente–, salvo norma específica al respecto (arts. 203 y 254.1 del NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; solo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida –si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva–. Pero, por otro lado, es posible que el juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna. **§ 3. Ausencia de resolución judicial. Efectos procesales.** F.j. 13. La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución –excepción, parágrafo 10, literal e– o después de ella –regla general, parágrafo 10, literales a y b–. En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución

judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto –de nulidad absoluta e insubsanabilidad–, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación. La confirmación judicial debe solicitarse "inmediatamente" (artículos 203.3 y 317.2 del NCPP). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad. La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, solo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial –al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación– no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación –sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al fiscal omiso–. Su incumplimiento no está asociado, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad –requisito indispensable para anudar los efectos jurídicos correspondientes–. F.j. 14. Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su mérito. **§ 4. Reexamen de la incautación.** F.j. 15 El afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o

solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación. El tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319.2 del NCPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que solo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente –no la que puede aportar con posterioridad a la incautación– puede intentar derechamente la apelación. El reexamen, por lo demás, importa un análisis de la medida a partir de nuevos indicios procedimentales o elementos de convicción; no controla la incautación sobre la base evidencias existentes cuando esta se decretó o efectivizó.

INDEPENDENCIA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La independencia en la función jurisdiccional es la capacidad autodeterminativa que posee todo magistrado de la República para proceder a la declaración del Derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución, la ley, los principios de Derecho, el Derecho consuetudinario, y los compenentes de convención internacional de *ius cogens* y derechos humanos; dado que es la condición del albedrío funcional del magisterio judicial tiene como límite la proscripción a la arbitrariedad que queda salvada con la debida y legítima motivación de las decisiones que adopte dentro de este arbitrio que en ningún caso podría contrariar el orden, la paz social y la justicia material protegida constitucionalmente.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en su STC Exp. N° 00004-2006-PI/TC, caso Ley N° 28665 Ley de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial. 29 de marzo de 2006, lo siguiente:

F.j. 17. La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del Derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional. El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a

la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso. La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia. La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar ["es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa"]; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada –como la militar– posibilite tal actuación. [Exp. 0023-2003-AI/TC-Lima, Caso Decreto N° Ley N° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, del 09 de junio de 2004, ff.jj. 28, 29, 31 y 33] F.j. 18. De lo expuesto se desprende, entre otros aspectos, que el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones: a) **Independencia externa.** Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que esta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con esta. En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentran en similar nivel y jerarquía, entre otros casos. Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues

precisamente el principio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a esta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146 inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...)"; y "El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Solo están sometidos a la Constitución y la ley", respectivamente. De otro lado, es importante precisar que lo expuesto en los parágrafos precedentes no implica que la actuación de los jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometida a crítica. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 139, inciso 20, de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho "de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley"; y del artículo 2, inciso 4, del mismo cuerpo normativo, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades e instancias. Sobre la denominada "crítica social", Luigi Ferrajoli ha sostenido: Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia, y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial. [FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Trotta*, Valladolid, 1995, p. 602] Tal derecho a la crítica de las resoluciones judiciales también tiene límites, entre los que destaca, entre otros, que esta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a esta.

b) **Independencia interna.** De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial. En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el principio de independencia judicial prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen

a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso. En cuanto al segundo punto, el principio de independencia judicial implica, en primer término, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa, entonces resulta evidente que, para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure, debe suspender sus actividades de naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros. F.j. 19. Finalmente, cabe precisar que, en general, "[e]l sometimiento del juez a la ley supone su no sometimiento a cualquier otra voluntad, incluida la suya propia, en forma de preferencias personales (lo que más bien podría denominarse imparcialidad). En realidad, la justificación del juez como tercero imparcial se reconduce a la justificación del juez en cuanto sujeto a la ley. Todas las garantías del proceso se orientan a que se haga posible la realización de la voluntad de la ley, eliminando aquellas distancias que pudieran resultar de la falsificación, o supresión, de los supuestos en los que la aplicación de la ley debía basarse". [LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2001, pp. 45 y 46].

INHABILITACIÓN

La pena de inhabilitación es la sanción legal que tiene como efecto suspender de modo temporal o definitivo el ejercicio de alguno o algunos de los derechos que posee el condenado. Conforme a la sistemática del Código Penal peruano, esta puede ser principal o accesoria, si la primera corre conjuntamente con la condena privativa de libertad y así lo establece el tipo penal respectivo, en cambio la pena de inhabilitación accesoria es posible que acompañe a la pena principal, no porque que lo sancione el tipo penal, sino porque el Código brinda esta posibilidad discrecional al magistrado.

Sobre el particular, la STC Exp. N° 03760-2004-AA/TC-Lima, Precedente Vinculante, caso Gastón Ortiz Acha, del 18 de febrero de 2005, ha establecido:

5. Contenido de la inhabilitación política: 15. Tanto del artículo 100 de la Constitución como del artículo 89 del Reglamento del Congreso se infiere que el Congreso de la República puede imponer, luego de realizado el procedimiento de acusación constitucional, sanciones políticas que pueden manifestarse de tres formas: 1) la suspensión, 2) la inhabilitación o 3) la destitución del funcionario público. 16. En lo que respecta al presente informe, es del caso señalar que corresponde analizar, propiamente, el contendido de la sanción de inhabilitación política que impone el Congreso a un funcionario público. En este sentido es del caso analizar cuál es el contenido de esta sanción y cuáles son sus alcances. 17. En principio cabe señalar que la inhabilitación política es una sanción política discrecional pero sujeta a criterios de razonabilidad constitucional, que impone el Congreso de la República. Esto lo hace distinta, precisamente por su naturaleza, a la inhabilitación penal (prevista en el artículo 36 del Código Penal) y a la inhabilitación administrativa (según establece el artículo 30 de la Ley de la Carrera Administrativa, el artículo 159 de su Reglamento y la Ley Marco del Empleo Público), las cuales son de carácter estrictamente jurídicos. 18. En tal sentido la inhabilitación política es una sanción política que impone el Congreso de la República a los más altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución por infracción a la Constitución y por los delitos competidos en el ejercicio de sus funciones, los mismos que solo comportan una restricción en el ejercicio de los derechos políticos del funcionario que sea sancionado. **6. Alcances y efectos de la inhabilitación política:** 19. La inhabilitación política despliega sus efectos sobre los derechos políticos que son aquellos mediante los cuales los ciudadanos participan en la formación y dirección de las actividades del Estado; son, por tanto, derechos que permiten a los ciudadanos participar en la vida política y pública. 20. Ahora bien, la inhabilitación política incide sobre estos derechos en dos ámbitos: material y temporal. En el aspecto sustantivo, los efectos de la inhabilitación impiden al funcionario público sancionado ejercer el derecho de sufragio (elegir y ser elegido), el derecho de participación y el derecho a fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza. 21. Dentro del ámbito temporal, el Congreso de la República puede inhabilitar al funcionario público "hasta por diez años" (artículo 100 de la Constitución), lo cual implica que el Congreso tiene discrecionalidad, dentro de los límites que establece la Constitución

y el Reglamento del Congreso, para definir el tiempo durante el cual el funcionario quedará inhabilitado para ejercer sus derechos políticos. Para el Tribunal Constitucional, esta limitación en el ejercicio de toda función pública no afecta al contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, porque su imposición es razonable y proporcional al daño constitucional cometido. Atribución que el poder constituyente le otorga al Congreso de la República en la Constitución Política, en tanto que él ocupa, dentro del ordenamiento constitucional, una función de tutela de los principios y valores democráticos. 22. La Resolución Legislativa N° 018-2000-CR dispone una inhabilitación del ex Presidente de la República, don Alberto Fujimori Fujimori, por el tiempo de diez años, para el ejercicio de "toda función pública", y restringe, por ese lapso, el ejercicio de su derecho de acceso a los cargos públicos. Tal restricción ha de operar tanto por lo que se refiere al acceso a los cargos públicos derivados de elección, como al de acceso mediante concurso público o de designación; en consecuencia, se encuentra inhabilitado para postular, concursar y en general acceder a cualquier cargo o función pública durante el periodo a que se refiere la resolución legislativa ya referida. **7. Control jurisdiccional de la sanción de inhabilitación política:** 23. Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado. Ello, sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; si no que exige también el control y balance (*check and balance*) entre los órganos del Estado. 24. En tal sentido, la facultad de imponer sanciones políticas por parte del Congreso es una facultad privativa y discrecional de él; pero, tal discrecionalidad es posible solo dentro de los límites que se derivan de la propia Constitución y del principio de razonabilidad y proporcionalidad. 25. De ahí que, como ningún poder constituido está por encima del poder constituyente que se expresa jurídicamente en la Constitución, sea posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Parlamento para imponer sanciones, cuando de ellos devenga una afectación al debido proceso parlamentario y la violación de los derechos fundamentales. 26. Si bien este Tribunal mediante sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad N° 006-2003-AI/TC ha hecho precisiones sobre el sentido de los artículos 99 y 100 de la Constitución, referidos al antejuicio y al juicio político, no es posible extender tales criterios a supuestos acaecidos antes de la referida sentencia. 27. En efecto, mediante Resolución aclaratoria de fecha 9 de diciembre de 2003 este Tribunal precisó que no es posible deducir que la aplicación en el pasado de los artículos 99 y 100 de la Constitución en un sentido distinto a los criterios

expuestos en la referida sentencia, sea inconstitucional, puesto que dicha aplicación, strictu sensu, no era contraria a ninguna de las disposiciones constitucionales. Tal como lo señaló este Tribunal "Lo que ocurre es que por virtud de la sentencia, debe entenderse que se ha operado una mutación constitucional en la interpretación de los artículos 99 y 100 de la Constitución, quedando en el futuro proscrita su aplicación en un sentido distinto del que surge de la sentencia, bajo sanción de reputársele inconstitucional". Asimismo, tal como lo señala este Tribunal en la referida resolución "(...) la sentencia materia de la presente resolución, no puede deducirse efecto retroactivo de ningún orden, puesto que en la misma no se ha declarado la inconstitucionalidad de norma legal alguna".

Por su parte, el **Acuerdo Plenario N° 02-2008/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008, sobre alcances de la pena de inhabilitación, ha señalado: **§ 2. Contenido de la pena de inhabilitación.** F.j. 8. El artículo 36 del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39 del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36. En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventiva especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena. **§ 3. Duración y cómputo de la pena de inhabilitación.** F.j. 9. El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisible consecuencia de alterar

los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aun ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión. En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39 del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función de la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38 de ese cuerpo de leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años. F.j. 10. La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función de la "naturaleza de las cosas", por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así: A) Taxativamente, de conformidad con el inciso 6 del artículo 36 del Código Penal, modificado por la Ley N° 29106, 1a cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años. B) El inciso 8 del artículo 36 del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos –no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido–. C) Respecto del inciso 1 del artículo 36 del Código Penal: "Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular", como la norma alude a una relación de Derecho Público e indica "privación", es de entender que el penado pierde el cargo, no solo su ejercicio –privación de titularidad–. Se trata por tanto de una privación definitiva –no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara Jacobo López Barja De Quiroga–. Solo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquel se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos dese que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: Zaffaroni/Slokar)

§ 4. Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación. F.j. 11. El artículo 92.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el artículo 225.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273 del aludido código prescribe que la acusación oral del fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el Tribunal en el ejercicio de su poder de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la Ley, específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación. Por otro lado, el artículo 285 de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe imponer la pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que esta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y las penas accesorias. La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé el artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es esta la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan. El principio acusatorio solo exige, en relación con la acusación, la 1) congruencia fáctica: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo caso la correlación es absoluta ("vinculación láctica"); y, 2) la congruencia jurídica: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa ("vinculación jurídica"). La congruencia cuantitativa, en función al *petitum* del fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285-A. Desde esta perspectiva, aunque el fiscal tiene el deber de concretar la pena, tal fijación no vincula al Tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento. Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la vinculación penológica es relativa, pues el artículo 397.3 estipula, bajo la condición de su legalidad –tiempo y extensión–, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el fiscal. En este último

supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente, una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso, reconoce al fiscal una facultad específica de delimitar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales. F.j. 12. Respecto de la solicitud de pena del fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas, según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de casación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación. En cuanto al primer problema: A) Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37 del Código Penal establece que la pena de inhabilitación –según su importancia y rango– puede ser impuesta como principal o accesoria. La pena de inhabilitación principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de inhabilitación accesoria, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39 del citado código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que "(...) el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley". Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40 del Código Penal. B) Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad. C) Es posible que el fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si esta –en el presente caso la inhabilitación– está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla. D) Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se vulnera la garantía de defensa

procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas. E) Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, con relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículos 39 y 40) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga *ex officio iudex* pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo. F.j. 13. El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión. Sobre el particular es de acotar lo siguiente: A) El artículo 46, primer párrafo, del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo. B) No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no fijan específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo 38 del citado Código. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111 segundo y último párrafo, 117, 121-A, 124 segundo párrafo, 122-A, 124, 153-A, 155, 157, 169, 170, 177, 181-A, 181-B, 183-A, 200 cuarto párrafo, 222, 223, 225 237, 243, 243-C, 247 *in fine*, 259, 260, 274, 296, 296-A, 297, 300, 303-B, 316. 1 y 2, 317 *in fine*, 318, 318-A penúltimo párrafo, 320, 323 *in fine*, 324, 376-A, 393, 394, 395, 396, 398, 399, 400, 401, 409-B y 450-A. En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un capítulo o título: Por ejemplo, los artículos 353 –delitos contra los Poderes del Estado y el orden constitucional–, 360 –delitos contra la voluntad popular–, 426 –delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos contra la Administración de Justicia–, 432 –delitos de falsificación de documentos–, y 436 –delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales. En la legislación penal complementaria,

existen tipos legales con esa misma característica en la Ley N° 28008 –delitos aduaneros–, artículo 10. b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 –delitos de terrorismo–, artículos 5 y 6-A. En lo que respecta a la pena de inhabilitación accesoria ella tiene fijado su tiempo de duración exclusivamente en el artículo 39 del Código sustantivo. C) En los supuestos mencionados, como necesariamente el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación –en el propio tipo delictivo o en los artículos 38 y 39– la omisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de proscripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida en que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas. D) Por lo general, tratándose de la pena de inhabilitación principal el tipo delictivo especifica los derechos objeto de privación, suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artículo 36 del Código Penal. Solo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de inhabilitación: artículos 170 del Código Penal y 5 del Decreto Ley N° 25475. En todos estos casos rige el mismo principio del literal anterior: la omisión del fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esa consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia, la fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el tribunal aplique rigurosamente la ley. E) Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos comprendidos cuanto al tiempo de duración. El tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la inhabilitación los derechos que fueran pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, no el acusatorio. No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de desvinculación. En este caso, como es obvio, de extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción. F.j. 14. Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el tribunal a quo. En el conocimiento del recurso

impugnatorio el tribunal ad quem tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300.1 del Código de Procedimientos Penales y 409.3 del Código Procesal Penal. Las omisiones incurridas por el tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello, claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del tribunal de revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11 y 12. **§ 5. Ejecución de la pena de inhabilitación.** F.j. 15. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria requiere, como paso previo, adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332 del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al establecimiento penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al juez penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Este último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente: A) Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368 del Código Penal). B) Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030 y 2032 del Código Civil. C) En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36. 1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas. D) Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36. 1, 2 y del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión. E. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al colegio profesional respectivo o a

la Federación de Colegios Profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público. F) Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del ministerio del ramo o del Gobierno regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito. G) Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como –si correspondiere– a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado. H) Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó. F.j. 16. El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al juez penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente –nacional, regional o municipal– y, en todo caso, a la policía. Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión –claro está– de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente.

Asimismo, en el Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, se ha señalado:

F.j. 6. El Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación. En tal sentido, definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo, así como las exigencias procesales para su imposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos –personales, profesionales o políticos–; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades –públicas inclusive–. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde

la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o accesoria– dicha sanción estará siempre en función de la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad. F.j. 7. Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el acuerdo plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente –aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional– o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas. Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermanéutica, está vinculado con el párrafo 15 del Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: "La ejecución de la pena de inhabilitación, (…), requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332 del Código de Procedimientos Penales. (…) A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al juez penal competente para dar inicio al proceso de ejecución (…)". También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9 del citado acuerdo plenario en cuanto acotó que: "El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme". Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el registro judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios –en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad– solo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332 del Código de Procedimientos Penales de 1940 –en adelante, ACPP–, como en el artículo 403.1 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–. El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el registro judicial. F.j. 8. Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto

al respecto–. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente: A. Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo –así lo dispone el artículo 402.1 del NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412.1 del NCPP–, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que solo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29 y 30 del Código Penal –en adelante, CP– se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402.2 del NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288 del NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418.2 del NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme. En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo. B. Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330 admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede "(…) entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política" –así lo precisa el artículo 331 *in fine* ACPP–. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30.1 del CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad,

prevista en el artículo 30.2 del CP solo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio. En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP –con diferencia del régimen del NCPP– se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional. F.j. 9. En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos distritos judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9 y 11. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución –el juez penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial– para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15 al 16. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380 del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El juez penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior.

Interdicción a la arbitrariedad

La interdicción a la arbitrariedad es el derecho y la garantía de seguridad jurídica que exige a todo funcionario público, conforme al mandato del artículo 45 de la Constitución Política del Perú, ejercer sus funciones con las limitaciones y solo dentro de la competencia que les ha sido conferida, por lo que todo ciudadano tiene el privilegio de exigir estas condiciones, así como de las consiguientes responsabilidades funcionales por la arbitrariedad, o sea, por todo acto público que las deja de lado, sin perjuicio de la nulidad del acto por afección constitucional y legal.

J

JUICIO JURISDICCIONAL EN UNA SENTENCIA PENAL

El juicio jurisdiccional en una sentencia penal es el acto de conocimiento lógico, por el cual el magistrado compone en un razonamiento inferencial la validez del argumento propuesto como *causa petendi*, así como la acreditación probatoria de respaldo que lo sostiene. Como quiera que el producto del juicio jurisdiccional es una decisión que en el mundo del derecho posee la máxima relevancia, pues establece la responsabilidad o la irresponsabilidad de un incriminado por la fiscalía, entonces el raciocinio producido debe poseer justificación interna (las premisas deben llevar necesariamente a la conclusión), justificación externa (las proposiciones admitidas como premisas probadas deben estar respaldadas en hechos probados directa, indirecta o indiciariamente), y debe estar suficientemente motivado, es decir, deben estar claramente (aunque no sea de modo expreso, pues puede motivarse por remisión o implícitamente) establecida la razón de la decisión, es decir, que el destinatario sepa por qué se ha decidido, cómo se ha hecho.

El juicio jurisidiccional posee cuatro momentos:

a) **Juicio fáctico.- Juicio de subsunción.** Es el acto de conocimiento, por el cual se realiza la inclusión de un objeto o de un concepto en la extensión (o en la comprensión) de otro. En el caso penal la inclusión del hecho incriminado en un tipo penal vigente. Cfr. STC Exp. N° 00801-2010-PHC/TC - Arequipa, caso Teófilo Mario Ochoa Vargas, del 10 de agosto de 2010, F.j. 7. "(…) los derechos de defensa y a la motivación de las resoluciones judiciales imponen en el juez penal la obligación ineludible de que en el auto de apertura de instrucción se lleve a cabo un juicio de subsunción de los hechos en el tipo penal que se imputa, a fin de no limitar o impedir, ilegítimamente, al procesado un pleno y adecuado ejercicio de su derecho de defensa. F.j.8. En tal

sentido, el Tribunal aprecia que si bien en el auto de apertura de instrucción se exponen enunciativamente los hechos denunciados y se concluye que los mismos configuran los tipos penales de colusión, de negociación incompatible con el cargo, de tráfico de influencias y de asociación ilícita para delinquir, no se advierte, por el contrario, la existencia de motivación alguna que justifique objetiva y razonablemente la subsunción de las conductas realizadas por el favorecido en los tipos penales atribuidos"; STC Exp. N° 07181-2006-PHC/TC-Lima, caso Luis Alejandro Vivanco Gotelli a favor de Jorge Santistevan de Noriega, Víctor Ávila Cabrera y Fernando Cantuarias Salaverry, del 28 de mayo de 2007; STC Exp. N° 02468-2004-HC/TC - Lima, caso Rosalinda Emma Rojas Miguel, del 4 de octubre de 2004.

b) **Juicio Epistemológico.- Juicio de control probatorio.** Es el acto de conocimiento por el cual el juez establece los elementos de convicción que tienen susceptibilidad para acreditar el hecho incriminado o el alegato de descargo, admitiendo la posibilidad que tras el juicio de falsación o contradicción entre las partes, estos se conviertan en elementos de prueba.

c) **Juicio crítico.- Declaración de certeza.** Es el acto de acreditación de los hechos postulados (incriminatorios o de descargo) a partir de los elementos de prueba, que para desencadenar el juicio de condena se exige en su grado más alto el criterio de verdad del conocimiento (es decir no es suficiente probabilidad o posibilidad, sino que es necesario certeza, más allá de toda duda razonable).

d) **Juicio de Proporcionalidad.- Individualización de la sanción.** Es el acto de establecer el quántum de la sanción que corresponde en el caso que se hubiera desencadenado un juicio de condena. Partiendo de la pena conminada, la doctrina autorizada como la del doctor Pablo Talavera, sostiene que el modo de proceder es partir del punto medio de la pena conminada a la cual se suman los agravantes y se restan los atenuantes, de cuyo resultado se tiene con proximidad una pena razonable. Con los matices de sumatoria de penas por incremento del tercio o del sexto de la pena, es una técnica legítima de cuantificación.

JURISDICCIÓN MILITAR

La jurisdicción militar llamado también fuero militar es, por un lado, el régimen jurídico que regula a la institución de las Fuerzas Armadas de un Estado en el marco de las relaciones internas de sus integrantes, y dentro de aquellas cuestiones propias delegadas a la jurisdicción

militar, en virtud de las especiales características que reviste el funcionamiento del orden castrense. Y en una segunda acepción, al aparato jurídico de administración de justicia, por medio del cual se ejerce la jurisdicción militar.

Sobre el particular, en la resolución sobre Competencia N° 18-2004-Lima, Precedente Vinculante, Caso Contienda de competencia entre el Consejo Supremo de Justicia militar y el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, sobre lesiones graves seguidas de muerte contra Jorge Luis Rabanal Calderón y otros, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 17 de noviembre de 2004, se estableció lo siguiente:

Tercero. Que el presente caso debe analizarse teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional del dieciséis de marzo de dos mil cuatro, recaída en la acción de inconstitucionalidad seguida por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley Número veinticuatro mil ciento cincuenta, y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaídas, en especial, en los asuntos Castillo Petruzzi y otros –del treinta de mayo de mil novecientos noventa y nueve–, y Durand y Ugarte –del dieciséis de agosto de dos mil– en tanto se trata de decisiones que han definido desde la Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente, el ámbito competencial objetivo – material de la jurisdicción militar, y cuyos términos deben observarse por la justicia penal ordinaria en aras del cumplido respeto a la función que cumplen dichos órganos jurisdiccionales de supremos intérpretes de la Constitución y de la Convención antes indicada. Quinto. Que el artículo ciento setenta y tres de la Constitución, al delimitar materialmente el ámbito competencial de la jurisdicción militar, hace referencia al delito de función como dato constitucionalmente relevante; que la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, interpretando esa noción y definiendo los alcances, realza las tres notas características de la instrucción en lo atinente a los **elementos objetivos del tipo penal militar**: a) Que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional –se trata de su "objeto material"; b) Que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad– es lo que se denomina "círculo de autores"; y, c) que, como "circunstancias externas del hecho", definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto del servicio, es decir, con ocasión de él [ver párrafo ciento treinta y cuatro STC del 16 de marzo de 2004, AI/TC]. Sexto. Que en atención a esas consideraciones superiores, desarrollando el concepto desde el Derecho

Penal, es pertinente puntualizar lo siguiente: a) que el delito de función es una noción subjetivo-objetivo, en tanto no protege un interés militar o policial del Estado como tal, sino ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) que se trata de un delito de infracción del deber, en tanto que en este ilícito, por exigencia constitucional, el autor solo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho Penal –concretamente en el Derecho administrativo– y que se muestra a través del tipo penal, vale decir, solo puede ser cometido por quien ostenta una posición de deber determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización [y/]o funciones de la institución militar o policial; c) que es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena; d) que si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de función, cuya sede normativa es el Código de Justicia Militar, entonces, cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función, en tanto que el deber es propio, inherente y exclusivo de ambas instituciones, de suerte que estas son, a final de cuentas, el sujeto pasivo de la infracción penal [conforme: MEINI MÉNDEZ, Iván. *Observaciones en torno a la Parte General del Código de Justicia Militar*. Anuario de Derecho Penal dos mil uno –dos mil dos, Pontificia Universidad Católica del Perú– Universidad de Friburgo, Suiza, Lima, dos mil dos, páginas ciento noventa y nueve y doscientos]. Sétimo. Que, en el presente caso, según la imputación, se atentó contra la integridad corporal de una persona en condiciones particularmente graves y reprochables, esto es, mediando prevalimento del cargo público que ostentaban y aprovechándose indebidamente, en primer lugar, que la zona había sido declarada en estado de emergencia, y, en segundo lugar, que se había dispuesto una operación militar destinada al control de la actividad terrorista; que en su núcleo o esencia la conducta atribuida, que constituye el objeto del proceso penal, vulneró un bien jurídico individual: la integridad corporal e incluso la vida de una persona, no un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas; que si se analizan los tres factores que concurrentemente deben estar presentes para definir el delito de función es obvio que solo se presenta el segundo: la condición de militar en actividad de los sujetos activos del delito imputado, no así el primero: bien jurídico institucional, pues se afectó la integridad corporal y la vida de una persona; ni el tercero: las circunstancias externas del hecho, radicadas en la comisión del delito con ocasión del acto del servicio militar, pues los

maltratos, las torturas y el prender fuego a una persona revelan palmariamente un *animus vulnerandi,* e incluso, probablemente, *necandi,* y, como tal, no tienen que ver con una labor de patrullaje e intervención de presuntos agentes subversivos; que, por lo demás, en cuanto a las circunstancias externas del hecho, nunca puede considerarse "acto de servicio" la comisión de crímenes horrendos y los atentados graves a los derechos humanos, tal como han sido definidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal [conforme: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto Durand y Ugarte, párrafo ciento dieciocho].

L

Lavado de activos

El delito de lavado de activos es el proceso de legalización o manejo legal formal de dinero y otro tipo de bienes y recursos –tales como propiedades, acciones, vehículos, y demás especies susceptibles de valoración económica– provenientes de actividades ilícitas. El lavado de dinero es el método por el cual una persona u organización criminal procesa las ganancias financieras, resultado de actividades ilegales. Como en cualquier negocio legítimo, una empresa criminal necesita tener rápido acceso a las ganancias adquiridas a través de la venta de bienes o servicios. A diferencia de un negocio legítimo, sin embargo, la empresa criminal no puede operar abiertamente. Debe esconder "la naturaleza, localidad, procedencia, propiedad o control de beneficios" producidos por su "negocio", para evitar ser detectado por las autoridades competentes. A través del lavado de dinero, el criminal (sea una persona, una organización, o un especialista en lavado de dinero) trasforma las ganancias monetarias derivadas de una actividad criminal o ilícita en fondos provenientes, aparentemente, de una fuente legal(*).

Ha sido definido de diferentes formas en la doctrina, por ello podemos comenzar por la que es reconocida por la Real Academia de la Lengua Española como blanqueo de dinero, también conocido en algunos países como lavado de capitales, lavado de dinero, blanqueo de capitales o legitimación de bienes, activos o capitales, es más para el profesor Jorge Barral citado por el doctor Tomás Gálvez(**) denomina a estos hechos "legitimación aparente del título relativo a bienes provenientes de la comisión de delitos" ya que los bienes o activos no son ilícitos en sí mismos intrínsecamente, únicamente

(*) GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*. Cedecs Editorial. Barcelona, 1996.

(**) BARRAL, Jorge E. (2003) "La legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos, Buenos Aires: Ad-Hoc, en GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales, análisis de la Ley N° 27765*, Lima jurista editores, 2009, p. 30 y ss.

es ilícito o delictivo, el modo cómo fueron obtenidos, por ello no se blanquean, lavan o legalizan los bienes, sino solo el título que se pretende ostentar sobre los mismos. Precisamente por ello, es tan fácil ingresarlos al tráfico legal, mimetizándolos en virtud de la apariencia del negocio que encubre la adquisición del título ilegal. El lavado de activos, no obstante sus innumerables conceptos, todos se encuentran conectados entre sí(*), como el proceso a través del cual es encubierto el origen de los fondos generados mediante el ejercicio de algunas actividades ilegales o criminales, sin pretender ser exhaustivo como el narcotráfico o estupefacientes, contrabando de armas, corrupción, desfalco, fraude fiscal, crímenes de guante blanco, prostitución, malversación pública, extorsión, secuestro, trabajo ilegal, piratería y últimamente terrorismo. El objetivo de la operación, que generalmente se realiza en varios niveles, consiste en hacer que los fondos o activos obtenidos a través de actividades ilícitas aparezcan como el fruto de actividades legítimas y circulen sin problema en el sistema financiero(**)**.** Para la doctrina penal, la riqueza puede provenir de actividades ilegales directamente, constituyendo previamente actos positivos de criminalidad como el narcotráfico, la prostitución, el terrorismo, la extorsión, el tráfico de armas, la trata de personas, etc. En este caso, llamado **dinero negro** en sentido estricto, pues la riqueza no puede ser declarada a la Administración Fiscal o Tributaria porque supondría una confesión del delito en cuestión; como producto de actividades ilegales, el dinero negro puede ser un indicio de las actividades ilícitas, pues la persona tiene una riqueza que no puede explicar. En estos casos, al procedimiento mediante el cual el dinero negro se hace pasar por dinero obtenido legalmente se le denomina blanqueo de capitales o lavado de dinero, y su objetivo es hacer que ese dinero tribute y figure oficialmente como procedente de una actividad lícita. Por otro lado, la riqueza puede provenir de la falta de declaración fiscal o evasión de impuestos, lo que se denomina **dinero sucio,** como producto de la evasión de impuestos, el dinero sucio puede suponer un problema para su propietario, puesto que es un indicio claro de un posible delito fiscal, y debe tratar de ocultar a la administración tributaria su existencia, evitando, por ejemplo, las entidades bancarias y gastándolo en bienes que no dejen rastro fiscal(***)**.**

(*) HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando. *El lavado de activos*. 2ª edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá. 1997, p. 25.

(**) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. (2011) Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda edición. Consultado el 21 de junio de 2012; VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. (1997) *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia.

(***) GÁLVEZ CABANILLAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos, criterios sustantivos y procesales análisis de la Ley N° 27765*. Jurista editores Lima: 2009.

Por supuesto que el origen ilícito del dinero negro es mucho más grave que el origen irregular del dinero sucio, aunque para la legislación las penas sean idénticas.

El delito de lavado de activos posee una estructura típica pluriofensiva formada por el conjunto de operaciones realizadas por una o más personas naturales o jurídicas, tendientes a ocultar o disfrazar el origen ilícito de bienes o recursos que provienen de actividades delictivas. El hecho de que se encuentre contenido en una Ley penal especial y no dentro del Código Penal, contribuye muy poco a la sistemática legislativa, sin embargo podemos identificar que es un delito contra el sistema socioeconómico, financiero y fiscal, que afecta a un mismo tiempo a la administración de justicia, la confianza en el tráfico lícito de bienes en el mercado e incluso la leal y libre competencia, así como la buena fe en los negocios(*). La persecución del delito de lavado de activos, tiene su origen en la Convención de Viena de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988(**). Se desarrolla usualmente mediante la realización de varias operaciones, encaminadas a encubrir cualquier rastro del origen ilícito de los recursos. En el Perú, el veintiséis de junio del dos mil dos se promulgó la Ley Penal contra el Lavado de Activos - Ley N° 27765, la misma que extiende el lavado de activos a otros delitos como fuentes generadoras de ganancias ilegales. Para el legislador nacional: **"el lavado de activos se convierte hoy en un factor que desestabiliza el orden económico y**

BREDIÑANA, Daniel. (1994) *Código Tributario, sumillado, concordado y comentado*, 1ª Edición, Editorial Inkari, Lima; BLANCO, Isidro. (1997) *El delito de blanqueo de capitales*, Editorial Aranzadi, Madrid; DIEZ RIPOLLES, José Luis. (1994) *El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español, en el encubrimiento, la receptación y blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*. Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Febrero; PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. (1994) *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Lima: Idemsa; CARO JOHN, José Antonio. (1994). *La problemática de la combinación de las leyes penales*. "Discutida posición en la jurisprudencia", En: Revista de Ciencias Penales. N° 4, Grijley, Lima, BOTTKE, Wilfried. (1998) "Mercado, criminalidad organizada y blanqueado de dinero en Alemania". En: *Revista Penal.* N° 2, España: Editorial Praxis; FABIÁN CAPARROS, Eduardo. (1998) *El delito de blanqueo de capitales*, Editorial Colex, Madrid.

(*) GARCÍA CAVERO, Percy. (2007) *Derecho Penal Económico*. Parte Especial, Lima: Grijley; GOMEZ PAVÓN, Pilar. (1994) *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de capitales y encubrimiento, Madrid*: Consejo General del Poder Judicial.

(**) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (1997) *El lavado de dinero como delito internacional, en Revista Política internacional.* N° 47, Lima: Enero - marzo de 1997, pp. 129 y ss.; también en PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (2012) El delito de lavado de activos, en Taller Lavado de Activos en el Perú: Fortalecimiento de las capacidades del Sistema de Justicia en el Perú, Trujillo: 8 a 10 de marzo de 2012, Lima: Instituto de Defensa Legal y British Embassy.

perjudica de manera grave el tráfico comercial contaminando el mercado con bienes y recursos de origen ilícito" como ha quedado plasmado en la exposición de motivos del Decreto Legislativo número mil ciento seis - Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, publicado el diecinueve de abril de dos mil dos, en el diario oficial *El Peruano*. Tomando en cuenta precisamente el mismo dispositivo legal antes citado, de *lege ferenda*, debemos considerar que en el artículo diez, y bajo el epígrafe autonomía del delito y prueba indiciaria se prescribe: **"El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria**" (resaltado agregado). El lavado de activos en nuestro país habría logrado mover más de US$ 5,814 millones en los últimos nueve años según un reporte de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), según informa la Asociación de Bancos (Asbanc). Esta cifra equivale en promedio 7,86% del total de las exportaciones peruanas de 2011 (US$ 45,726 millones) y 9,88% del acumulado de las reservas internacionales al cierre de abril de este año (US$ 57,490 millones).

No puede ser desconocido que el perjuicio que causa este delito es muy grave, pues las estimaciones sobre los alcances del lavado de activos, específicamente de dinero, indican que este supera el producto bruto interno de la mayoría de los países, lo cual permite comprender fácilmente que las personas y más las organizaciones criminales manejan fortunas y que resulta importante estudiar y legislar a efectos de combatir este fenómeno. El propósito de las organizaciones criminales es generar ganancias para el grupo o para un miembro del mismo. El lavado de activos, y específicamente el de dinero, consiste en la disimulación de los frutos de actividades delictivas con el fin de disimular y ocultar sus orígenes ilegales, y es en la actualidad es uno de los delitos de mayor crecimiento. Pues, según el informe de cronología de la criminalidad en el Perú, de la Policía Nacional del Perú: 1) De 1970 a 1984 (Asaltos a Bancos); 2) De 1984 a 1989 (Secuestros, Terrorismo); 3) De 1990 a 1996 (Asalto a Industrias, Comercios y Bancos); 4) De 1996 a 2000 (Extorsión, Secuestros típicos, Secuestros al paso, Marcas); y 5) Desde 2000 (Delitos no violentos, como delitos financieros, delitos informáticos, lavado de activos, etc.)(*). Por ello, la

(*) PNP. (2001) *Manual de Técnicas y Procedimientos de Investigación del Tráfico Ilícito de Drogas***.** 2ª edición, auspiciado por la Oficina para Asuntos Antinarcóticos de la Embajada de los EUA, Lima: Escuela de Investigación del TID, DIRANDRO-PNP. DIRINCRI. (2010) *Visión Estratégica al Año 2010, para un eficaz servicio policial de la*

comunidad financiera internacional ha puesto a la lucha contra el lavado de activos entre sus principales prioridades, que además se encuentra en concordancia con la Política de Estado número veintiséis del "Acuerdo Nacional" que establece, entre otros, el objetivo de **"promover una cultura de respeto a la ley, de solidaridad y de anticorrupción, que elimine las prácticas violatorias del orden jurídico, incluyendo el tráfico de influencias, el nepotismo, el narcotráfico, el contrabando, la evasión tributaria y el lavado de dinero (…)"** postulado que además merece especial atención para los Jueces que tienen la obligación constitucional de no sacrificar el deber de la judicatura de brindar seguridad humana a la sociedad, conforme al artículo cuarenta y cuatro de la Constitución Política del Perú que prescribe: **"Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general".** Ya que tal y como afirma Hans J. Albrecht **"El objetivo más importante en el que se basan las estrategias de control al lavado y el retiro del producto ilícito del delito, se relacionan con la prevención en la forma de reducción de oportunidades y en la forma de fortalecimiento y afianzamiento del principio de prevención general (…)"**(*). En consecuencia el tipo penal de lavado de activos, a partir del texto de la Ley N° 27765, posee los siguientes elementos sustanciales y objetivos: **a) La presunción o conocimiento de la fuente, proveniente de una o varias actividades ilícitas, b) la ganancia económica injustificada, c) apariencia de legitimidad del fruto ilícito,** que en su texto original típico no necesita llegar a concretarse**, bastando que la apariencia se haya utilizado.** A estos por supuesto, debe sumarse el elemento subjetivo del dolo (*animus abluendi*). Tomando en cuenta la postulación incriminatoria, conforme a la legislación peruana la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco que es la Ley de Lavado de activos (en adelante Ley N° 27765) cuya vigencia data del 26 de julio de 2002, en su texto original que ha sido anunciado en el fundamento décimo sétimo de la presente sentencia.

Es conveniente recalcar que conforme al artículo sexto de la Ley N° 27765, en su texto original prescribe: **"El origen ilícito que conoce o puede presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso. El conocimiento**

DIRINCRI frente al Crimen Organizado, Lima: DIRINCRI - PNP. SBS - TAM FOX, Felipe. (2011) Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, mayo, Lima: Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones.

(*) ALBRECHT, Hans-Jörg. (2001) *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero,* Bogotá: Universidad externado de Colombia, pp. 49-50.

del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la Administración Pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal. En los delitos materia de la presente ley, **no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria**". Así pues, en los delitos materia de la Ley Contra el Lavado de Activos, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Es ante todo conforme al sentido expuesto en la premisa legislativa que el juzgador tiene que realizar una inferencia indiciaria a partir de los elementos probatorios para poder concluir con la certeza que la ley exige que se ha cometido el delito de lavado de activos, por lo que nos obligará al momento de analizar el caso si la venida en grado ha superado el test de eficacia probatoria a partir de indicios o test de prueba indiciaria. En consecuencia y desde este análisis jurídico, el postulado defensivo que en este caso bajo la vigencia de la Ley N° 27765 tenía que haberse dictado sentencia firme previamente por el delito fuente, es un razonamiento equívoco por el propio mandato del artículo 6 de la Ley N° 27765, vigente al tiempo de cometerse los hechos. Debemos además considerar que ambos delitos examinados en este expediente, son encubiertos por **la informalidad económica,** así pues, el Perú se caracteriza por un nivel muy alto de informalidad. Estudios académicos e institucionales como de la Superintendencia de Banca y Seguros, estiman que la informalidad en algunos casos constituye entre 40 a 60%(*) de la fuerza laboral. Asimismo, la mayor parte de las empresas en Perú suelen ser microempresas que operan en la informalidad. En principio, esta permisión de la informalidad, como parte de una política de Estado en orden socio económico, permite a delincuentes consumir con mayor facilidad sus ingresos procedentes del delito mayor (dinero negro) o de la defraudación al fisco (dinero sucio) y subsistir en el sector informal sin mayores riesgos de ser detectados. La informalidad genera numerosas oportunidades para que el delincuente pueda ingresar a la economía el producto del delito, dado que la mayoría de

(*) SBS - TAM FOX, Felipe. (2011) *Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo*. Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, Lima, mayo, p. 21.

las transacciones en mercados informales se realizan en efectivo y, por lo tanto, pueden ser llevadas a cabo de manera anónima. Dichas oportunidades permiten a los delincuentes moverse entre la aparente formalidad y la informalidad encubriendo el origen ilícito de sus activos.

De allí que sea importante, como lo resalta el doctor Percy García Cavero(*) distinguir que no toda afección al orden económico agrede penalmente el funcionamiento de la economía o el mercado, precisamente la informalidad como en el Perú, genera una distorsión de inequidad, donde algunos muy pocos deben soportar el mercado legal mientras otros muchos se aprovechan generando un mercado paralegal (donde no se formaliza ni se paga impuestos), que aunque injusto es legal, pero en la otra línea aparece la defraudación tributaria, el contrabando o el lavado de activos que aprovecha esta brecha dejada por la política del Gobierno tanto en materia económica, de mercado, como fiscal, en efecto, bajo una aparente economía de libre mercado, que por cierto no protege la Constitución Política del Perú que ha optado por una economía social de mercado, bajo la técnica no excluyente la libre iniciativa privada (art. 58 de la CN y STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC-Lima, caso Ley de Regalía Minera-28258, 1 de abril de 2005. Ff.jj. 12 y 16) que debería ir aparejada por una presencia más seria del Estado para generar precios y tratos justos como forma de incentivo al mercado justo, fundamento esencial de la economía social de mercado. En ese sentido, debe establecerse con certeza en el caso que nos ocupa, si el agente aprovechó que podía encubrir el origen ilícito de sus bienes, merced a este gran margen que le presta la informalidad, generando la disfuncionalidad del mercado o se trata de un informal en el mercado para legal, puesto que a diferencia del informal que no aparece en el sistema fiscal oficial, el agente de lavado de activos aparenta la justificación de una riqueza usando el sistema económico, financiero o fiscal oficial en el que como agente económico aparece visible. En un clima de tolerancia a la informalidad y con pocos incentivos para una formalidad debido a la política fiscal, los lavadores de dinero (negro o sucio) encuentran que es fácil operar en el sistema financiero sin ser reportados, declarando que la falta de respaldo documental de sus transacciones se debe a "cuestiones impositivas" (so pretexto de informalidad). Es preciso, pues hacer un claro deslinde entre el informal y el agente de lavado de activos, mientras el primero mueve la economía peruana dentro de la brecha permisiva dejada por un sistema fiscal inequitativo que concentra sus objetivos en controlar a los formales en lugar de expandir la fuente tributaria o peor con una evidente ineficiencia

(*) GARCÍA CAVERO, Percy. (2007) *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Grijley, Lima, pp. 503 - 511.

en el gasto público que no llega a todos los peruanos, y que finalmente en un análisis de costos beneficios económicos (como la teoría de juegos, el dilema del prisionero o la villa es una fiesta), el agente económico prefiere la informalidad porque es una situación más provechosa que el pagar impuestos que merman su "ganancia" considerablemente, en todo caso, la riqueza que exhibe es del todo explicable a partir de la actividad económica que realiza y provoca informalmente. Ejemplo de esta inequidad es, como indirectamente lo ha hecho ver la defensa, que un comerciante formal tiene la obligación de pagar 49% de tasa tributaria acumulada, por cierto no explicable en la forma alegada por la defensa, y por supuesto como lo desagrega la Procuraduría no es arbitraria ni artificial sino legal, pues el 30% de ella proviene del Régimen del Impuesto a la Renta y el 19% adicional del Régimen de impuesto General a las Ventas –eso sin sumar otras tasas impositivas concurrentes como el régimen predial, el régimen vehicular, etc.– permiten a todo comerciante formal hacerse la justificada pregunta ¿por qué debe compartir casi la mitad de su ganancia con el Estado que además no da muestras de ser un inversionista eficiente e indirecto en escuelas, vías de comunicación, salud, seguridad ciudadana, etcétera? Desde luego que encontraremos sobradas razones para explicarlo, como el hecho de que en realidad el pago del 19% no es directo sino indirecto, que en realidad no proviene de la ganancia, sino de la retención del impuesto que otro ha pagado, o que en el fondo el tributo es un gravamen a la riqueza, sin embargo para los efectos prácticos, el comerciante con estas tasas tan altas, ineficientes e inequitativas, tiene en ello un gran desincentivo a la formalidad.

Como expresión y resultado de esta política fiscal ineficiente e injusta (con brechas para los informales y mercado injusto - *free riders*, con consecuencias injustas que solo recaen en los formales quienes deben asumir la carga fiscal íntegramente) se permite la ocasión perfecta para la criminalidad. Frente al informal, en cambio el agente de lavado de activos aprovecha la cobertura de la informalidad, mimetizándose con ella, para exhibir una aparente legalidad fiscal pero cuyo patrimonio no refleja su actividad económica y que de ningún modo puede explicar su riqueza, lo que permite inferir por indicios, ya que a menos de que exista felonía o delación o autoincriminación el agente de lavado de activos precisamente encubre o mejor desaparece cualquier prueba directa o indirecta de su ilícito, **"con la finalidad de evitar la identificación del origen ilícito del dinero, bien, efecto o ganancia"** encubierto por la informalidad, que en cualquier caso es posible perseguir a partir de la riqueza que posee y que no es posible explicar a partir de la actividad

económica que exhibe. Por ello, una lucha más certera contra este flagelo social, económico y judicial precisa una reforma estructural de la política fiscal que impida el desincentivo a la formalidad y, sobre todo, la mimetización del agente de lavado de activos con la informalidad tolerada. Es también necesario precisar que el tipo objetivo de **"Conversión o transferencia de bienes con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones"**. La conversión o transferencia es, para muchos autores, delito de lavado de dinero stricto sensu, constituyendo las demás hipótesis delictivas "formas especiales de encubrimiento". La **conversión** es "la transformación de un acto nulo en otro eficaz mediante la confirmación o convalidación" o también la "acción o efecto de convertir", y convertir es "cambiar, modificar, transformar algo". Por otra parte, la **transferencia** es definida como "paso o conducción de una cosa de un punto a otro", o alguna de sus otras acepciones es "remisión o **inserción** de fondos de una cuenta a otra, sea de la misma persona o de diferentes". En el mismo sentido es importante recordar de manera general que entre los efectos de los modos de adquirir el dominio de las cosas está la transferencia de un derecho de dominio u otro derecho real, incluso respecto de derechos personales. A partir de las definiciones anteriores se puede aclarar el sentido usado de esta figura: transformar un bien por otro, con la intención de legitimarlo, que el bien de origen ilegítimo, se convierta o pase a la legalidad o a la licitud. Siendo claro que por más que el delito de lavado tenga vinculación estrecha con el encubrimiento y con algunas formas de complicidad, el mismo es un delito independiente que se desvincula del delito de encubrimiento real(*).

Como lo sostiene el doctor Tomás Gálvez Villegas, en sentido amplio se entiende por conversión o transferencia toda colocación de bienes o capitales, mientras que en sentido estricto es la operación económica que consiste en aparentar o encubrir la ilicitud del origen del título que habilita la operación con fines de quebrantar la leal y libre confianza

(*) Vide Fundamento 8 del Acuerdo Plenario N°7-2011/CJ-116 del seis de diciembre de dos mil once, "(…)los actos de conversión y transferencia como conductas iniciales orientadas a mutar la apariencia y el origen de los activos generados ilícitamente con prácticas del crimen organizado, cuya consumación adquiere forma instantánea. En cambio, al identificar los actos de ocultamiento y de tenencia, se alude a ellos como actividades finales destinadas a conservar la apariencia de legitimidad que adquirieron los activos de origen ilícito merced a los actos realizados en las etapas anteriores, razón por la cual se les asigna una modalidad consumativa permanente [ROBERTO PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.* Grijley, Lima, 2007, p. 162 y ss]".

en la competencia y el orden socioeconómico. Es importante enfatizar que **no es necesario que en el proceso de conversión se cambien unos bienes por otros, sino que basta que con la operación realizada se logre una apariencia de licitud**. Convertir lo ilícito (dinero) en lícito (bienes); transferir lo ilícito (bien) en lícito (dinero o bien dinero ilícito en dinero lícito). En suma, convertir es volver el efecto ilícito, generalmente dinero, en un bien lícito por medio de la adquisición de bienes, y transferir es inyectar o colocar el efecto ilícito o dinero en el sistema legal, como reinvirtiendo en su propia empresa, abriendo cuentas de banco, juego y apuesta, etcétera. Por su parte conforme a la redacción legal, el instrumento del ilícito de lavado de activos, puede ser: **Dinero** que es la moneda nacional o extranjera pero efectivo y circulante; **bienes** son las cosas materiales o cualquier cosa material o inmaterial respecto a la cual puede establecerse un derecho trasmisible y que goza de un valor de cambio en el mercado; **efectos** son todos los activos o productos que se obtienen o se encuentran en poder del agente del delito cuya existencia es causada por el ilícito cometido; y **ganancias** son los efectos mediatos del delito, cuyo origen o génesis no está directa ni inmediatamente vinculado a la acción delictiva sino frutos o rentas de un efecto directo del delito(*). De tal suerte, que no es exigible, que tenga que ser el efecto del delito la materia primordial de su comisión activa, sino que incluso puede ser la ganancia que goza, como sostiene el doctor García Cavero de una apariencia de legalidad mucho más sutil, puesto que por ser fruto o renta (factor indirecto) del instrumento original ilícito, es mucho más difícil de reconocer(**). Según el texto original de la Ley N° 27765 será necesario evaluar si la venida en grado por ser condenatoria exhibe a completud los elementos estructurales objetivos y subjetivos del lavado de activos, que siendo un delito que agrede varios bienes jurídicos colectivos y generales como son la afección al orden económico, la libre y leal confianza y competencia entre otros, el resultado ilícito se produce cuando el agente ha cumplido con "convertir o transformar" el título ilícito del patrimonio

(*) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. (2011) Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda edición. Consultado el 21 de junio de 2012.

(**) Vide Fundamento 14 del Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116 del seis de diciembre de dos mil once, "(…) el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se convertían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos".

en uno lícito[*]**, aunque conforme al texto vigente al tiempo de los hechos, no es necesario que logre a perfección la apariencia, sólo basta que se genere una dificultad, y mucho menos es necesario que el agente logre un beneficio económico, puesto que la dificultad la concreta haciendo ingresar mediante la operación lícita del efecto del ilícito al mercado, aunque fuera para un negocio riesgoso y con pérdida de las ganancias y hasta de la inversión (como el juego y la apuesta) puesto que el dolo queda cumplido con haber logrado convertir o transformar, con fin de dificultar la identificación del origen ilícito de su ingreso patrimonial mediante la operación lícita con la que aparenta su riqueza.**

El tipo subjetivo del delito importa que quien incurre en el delito **conoce** o **sabe** el origen ilícito de los bienes o recursos. Que el autor sepa implica la existencia de un conocimiento real, efectivo de que los bienes son producto de un delito. En este sentido, el conocimiento no se extiende hasta el extremo de que el agente sepa cuál es el delito cometido y las circunstancias de su perpetración; es suficiente que sepa que las cosas provienen de un delito. Aquí se ve un caso de dolo directo, ya que el individuo actuó conscientemente, con voluntad de realizar la acción, aun cuando sabía el origen espurio de los activos. En este caso ha de desestimarse cualquier hipótesis de obrar culposo o aun de dolo eventual. Respecto de la *"***sospecha o presunción"** del origen legítimo de los bienes puede observarse en quien está en situación de poder conocer o dudar que el origen fuera lícito, y aún a pesar de la duda, igualmente realiza la actividad, obrando con cierta malicia, ocultando cierto conocimiento. Este es el caso de quien obra con dolo eventual, pues no necesariamente planifica el delito sino que frente a la duda, en lugar de tomar la debida verificación decide proceder aprovechando la incertidumbre, pues considera un estado de mayor conveniencia, ya que si la duda la tiene el agente, con mayor razón espera que la tengan los demás.

Sobre este tipo penal, el Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, precisó: § 1. La naturaleza jurídica y el bien jurídico en el delito de lavado de activos. F.j. 7. Se identifica como lavado de activos a todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito. El lavado de activos es un delito no convencional y constituye en la actualidad un notorio exponente de la moderna criminalidad organizada. Desde la promulgación de la Ley N° 27765 del 17 de junio de 2002, este ilícito penal se encuentra

(*) GARCÍA CAVERO, Percy (2007) *Derecho Penal Económico*. *Parte Especial*, Grijley, Lima, pp. 503 - 511.

tipificado y sancionado fuera del Código Penal de 1991. Es por ello que en la actualidad la identificación del bien jurídico tutelado en este tipo de hecho punible ya no puede deducirse de la ubicación sistemática que tenían en la parte especial de nuestra legislación penal fundamental, los derogados artículos 296-A y 296-B. Por consiguiente, el precisar la calidad y alcances del bien jurídico tutelado en el lavado de activos constituye un primer problema dogmático que se debe abordar en este Acuerdo Plenario. Es frecuente en la doctrina y en el Derecho Penal extranjero, considerar como el bien jurídico tutelado con la criminalización del lavado de activos a las funciones, o a la estabilidad o al régimen jurídico que regula la actividad económica de un país. Tal opción es en algunos casos coherente por la ubicación sistemática que corresponde a dicho delito en los códigos penales. Así, por ejemplo, el Derecho Penal español inserta a los delitos de lavado de activos como conductas afines a la receptación (artículos 301 a 304) en el Título XIII del Código Penal de 1995 sobre "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". En ese contexto, Gómez Iniesta destaca la potencialidad negativa del blanqueo la cual **"reside en la desestabilización del mercado y de la economía"** [Cfr. GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español*. Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, p. 34]. Por su parte, otros autores, como Del Carpio Delgado, rechazan tal calificación por lo difuso y omnicomprensivo que resulta considerar como bien jurídico tutelado al orden socioeconónomico, demandando, en cambio, mayor concreción y relación directa o funcional de aquel con la operatividad del blanqueo de capitales: **"En definitiva, el orden socioeconómico no constituye el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo de bienes. El legislador a través de las distintas conductas tipificadas en el Título XIII, protege algunas esferas, elementos o intereses del orden socioeconómico. Pues bien, aquí está el centro de la cuestión, en qué medida la tipificación de las conductas constitutivas de blanqueo de bienes contribuyen a la protección de ese orden socioeconómico y más específicamente, qué elemento o qué esfera de este se está protegiendo. En nuestra opinión es la circulación de los bienes en el mercado como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general, el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes"** [Cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, p. 81]. F.j. 8. En el Derecho Penal colombiano, donde el lavado de activos también se incluye entre los Delitos contra el Orden Económico Social (artículos 323 a 325 del Código Penal), la doctrina ha

asumido posiciones similares a las debatidas en España como se aprecia en la propuesta hermenéutica sostenida por Hernándew Quintero: "(...)es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizá uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica" [Cfr. HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando. *El lavado de Activos*. 2ª Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. 1997, p. 94]. Incluso en otros sistemas jurídicos, donde se ubica al delito de lavado de activos en conexión con otros bienes jurídicos diferentes como la salud pública, debido a su tradicional vinculación con el delito tráfico ilícito de drogas, los especialistas también tienden a considerar la protección de bienes jurídicos específicos y propios de la actividad económica. En tal sentido Langon Cuñarro, comentando la legislación uruguaya de la materia, señala: "Se ha discutido intensamente sobre cuál es el bien jurídico protegido por esta y las otras formas de legitimación de activos, siendo evidente que no puede sostenerse que lo que se protege es la salud pública, que solo vendría a ser, en el mejor de los casos, un interés apenas indirectamente protegido, como puede serlo cualquier otro en general. En realidad la disputa se reduce a considerar si se protege la administración de justicia (por su evidente parentesco con el delito de encubrimiento y receptación) o el orden socio económico del Estado. Yo adhiero a esta segunda posición, por lo cual estrictamente las figuras deberían estudiarse sistemáticamente, entre aquellas que afectan la economía y la hacienda pública (Título IX del C.P.), dejándolas aquí solo por tradición y para permitir una lectura más orgánica de la ley que las contiene, que es la que prevé los delitos contra el tráfico ilícito de drogas, que sí afectan la salud pública" [cfr. LANGON CUÑARRO, Miguel. *Código Penal*. Tomo II. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004, p. 272]. F.j. 9. Sin embargo, la posibilidad dogmática que ofrece la legislación peruana para asimilar esta tendencia a reconocer aspectos o funciones de la economía como el bien jurídico tutelado requiere atender previamente varios aspectos. En primer lugar, el desecho nacional no coloca al lavado de activos como un delito típicamente económico. En segundo lugar, no es del todo acertado asumir que el lavado de activos solo colisiona con bienes jurídicos macrosociales de carácter funcional, como el orden económico o el sistema financiero de un

país. Fundamentalmente, porque si bien es cierto que los principales efectos de este delito pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad de la economía de una sociedad; también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueado de capitales contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados. Ello se demuestra claramente con la existencia y permanencia "estables" y en "crecimiento", de las economías de los países que operan como "paraísos fiscales o financieros". Efectivamente, como destacan algunos autores: "El orden socioeconómico no puede constituirse en bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes, ya que no puede olvidarse que alguna fase específica del blanqueo de bienes, en algunos casos concretos es beneficiosa para el orden socioeconómico. Téngase como ejemplo el funcionamiento de la economía de los países conocidos como paraísos fiscales. En estos, el mantenimiento y la mejora de sus variables económicas, tanto en la creación de empleo como en la obtención de divisas, se debe precisamente a la existencia de un poderoso sector de servicios, especialmente financiero cuya finalidad específica es la captación de bienes económicos extranjeros siendo indiferente si tienen su origen o no en un hecho delictivo" [cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*. Ob. cit., pp. 79 y 80]. F.j. 10. Otro sector cada vez más minoritario de la doctrina y la legislación contemporánea, se inclina por señalar al lavado de activos como un delito que atenta contra cl bien jurídico administración de justicia. Por lo general, también esta tendencia se respalda en la ubicación legislativa que tiene dicho delito o por su evidente similitud con las formas convencionales del encubrimiento o favorecimiento real. Como distingue Bottke, para esta opción: "El blanqueo de dinero se erige en sabotaje de la persecución y recriminación penales justificadas por la necesidad y en la puesta en peligro o frustración de la producción procesal penal del comiso de las ganancias del hecho delictivo y los costes productivos del comiso de *producta et instrumenta sceleris*. Se erige en sabotaje del comiso de ganancias, comiso de efectos e instrumentos y del aseguramiento. Supone el especial fracaso de las consecuencias del delito. Supone el fracaso penal" [cfr. WIFRIED BOTTKE. "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania". En: *Revista Penal.* N° 2. julio 1998, p. 12]. En la audiencia pública realizada el 4 de noviembre como preámbulo de este Acuerdo Plenario de deslizó también esta posición por parte de una de las instituciones participantes [Cfr. Ponencia del Instituto de Ciencia Procesal Penal expuesta por la Profesora Dra. María Del Carmen Gw Cantizano]. Si enfocamos únicamente al lavado de activos desde un ángulo

puramente operativo, la administración de justicia resulta ser el bien jurídico más próximo al ámbito de influencia del delito que analizamos, ya que los activos obtenidos ilegalmente por el crimen organizado o los bienes que fueron adquiridos con dinero sucio, tienen la calidad material de efectos del delito. Por ello se explica que subsista en el derecho extranjero alguna predilección por asimilar los actos de lavado de activos a la estructura típica del delito de encubrimiento real. Es decir, valorar a tales conductas como un modo de ocultar los efectos de un hecho punible perjudicando así la recta y oportuna acción de la justicia [cfr. CAFETZOGLUS, Alberto Néstor. *Delitos con Drogas*. Ed. Centro Norte, Buenos Aires, 1991, p. 81]. Un ejemplo elocuente de ello lo encontramos en el Código Penal Italiano [cfr. artículos 648 bis y 648 ter]. Sin embargo, lo lineal y convencional del enfoque político-criminal que sustenta a esta posición, no resulta compatible ni adaptable a los fines y a la dinámica contemporánea de las distintas operaciones que se califican como actos propios de lavado de activos. Sobre todo porque como afirma Fabián Caparros, tales conductas no están dirigidas únicamente "a evitar la persecución del delito previo, toda vez que su fin prioritario estriba en distanciar progresivamente las ganancias de su origen para así dotarlas de una apariencia de licitud y, de este modo, poderlas reinvertir en el mercado. Por lo tanto, el encubrimiento no es el objetivo que inspira el origen de una operación de reciclado, sino una consecuencia colateral, quizá necesaria, de la que también se beneficia el delincuente" [cfr. CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Editorial Colex. Madrid. 1998, p. 262]. Ahora bien, en referencia al Derecho Penal nacional tal adscripción exclusiva y excluyente de tutela penal, a favor del bien jurídico administración de justicia, también debe desestimarse a partir de la decisión legislativa de extraer al delito de lavado de activos del Código Penal. En efecto, si el legislador peruano hubiera considerado a tal ilícito como lesivo a la función judicial penal, le hubiera bastado para reprimirlo con modificar la redacción y los alcances del artículo 4054 del Código Penal. Según esta disposición: "El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años". Pero esa no fue la decisión adoptada por nuestra legislación. Es más, incluso en la etapa final de la elaboración de la Ley N° 27765 se rechazó la estructura del Proyecto de la Comisión que presidía la Congresista Susana Higushi, la cual, justamente, proponía incluir al lavado de activos entre los delitos contra la función jurisdiccional. F.j. 11°. Al margen de las dos propuestas

examinadas sobre la calificación del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos, las que, además, también engloban a otras opciones de menor consenso y mucho más específicas como la transparencia de las operaciones que tienen lugar en el circuito de la intermediación financiera o la posibilidad de restitución a su titular de los bienes ilícitamente obtenidos. Hoy en día es también frecuente encontrar en la doctrina una alusión directa al carácter pluriofensivo del lavado de activos. Esto es, a su conexión plural con la afectación sucesiva o simultanea de varios bienes jurídicos. Incluso en la propia doctrina española coexisten autores muy caracterizados como Zaragoza Aguado, que coinciden en señalar que: "No cabe duda que el blanqueo de dinero es una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata. Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato" [cfr. ZARAGOZA AGUADO, Javier. *El Blanqueo de Bienes de Origen Criminal*. Separata del Curso Combate al Lavado de Dinero desde los Sistemas Judiciales. CICAD-DEVIDA, Lima, setiembre de 2002. p, 12]. Por su parte, Fabián Caparrós también pone de relieve las bondades funcionales y técnicas de esta tendencia en los términos siguientes: "Con toda probabilidad, las conductas del reciclaje inciden negativamente –si bien en diferente medida– sobre una serie de intereses sociales a los que ahora no vamos a volver a referirnos. Desde este punto de vista compartimos la opinión de Vives Antón, Prado Saldarriaga o Vidales Rodríguez, quienes creen que el lavado de capitales ilegales ostenta los rasgos de una figura pluriofensiva" [cfr. CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Ob. cit., p. 238]. F.j. 12. Los autores nacionales al comentar la Ley N° 27765, asumen también una postura a favor de la pluriofensividad del lavado de activos. Por ejemplo, Bramont-Arias Torres destaca lo siguiente: "Nuestra opinión del bien jurídico es que nos encontramos ante un delito pluriofensiva, donde se lesionan varios bienes jurídicos. Si bien consideramos que el delito de lavado de activos es un delito socioeconómico, por lo que en el fondo el bien jurídico principal de protección es el orden económico, y dentro del mismo específicamente el tráfico ilícito de bienes que debe imperar en toda sociedad, lo cual se vería afectado con la circulación de bienes ilícitos" [cfr. ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias*. Editorial San Marcos. Lima. 2003, p. 521]. En términos semejantes se pronuncia Gálvez

Villegas: "estos actos de lavado o legalización de bienes o activos de procedencia ilícita, que si bien directamente afectan al orden o sistema económico, revisten también la condición de conductas pluriofensivas de distintos bienes jurídicos penalmente relevantes, y, por ello, tienen enorme trascendencia en la vida política, económica y social del país –y de la comunidad internacional–, ya que trastocan el orden económico-financiero, afectando su legitimidad y transparencia, a la vez que dificultan la planificación y política económica estatales" [cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El Delito de Lavado de Activos. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2004, p. xv]. No obstante, cabe señalar que esa pluralidad de bienes jurídicos comprometidos fue formulada en nuestra doctrina incluso desde que el delito de lavado de activos fuera incorporado a la legislación peruana a inicios de los años noventa, y a pesar de su inclusión entre los delitos de tráfico ilícito de drogas: "Ahora bien, la criminalización del lavado de dinero fue concebida por la política internacional antidroga como una posibilidad de control, destinada a neutralizar el modus operandi del narcotráfico a través de la interdicción y congelamiento de los capitales de inversión y reserva que permiten mantener en actividad a las organizaciones que se dedican a la producción y/o comercialización de drogas ilegales. Es, pues, desde ese objetivo funcional que deberá de ensayarse toda posible interpretación o discusión acerca del bien jurídico tutelado que está detrás de la penalización de los actos de lavado. En tal sentido, las limitaciones e inconvenientes que evidencian las diferentes posiciones que hemos reseñado se explican, sobre todo, por lo unilateral de sus enfoques acerca del delito y de su relevancia político-criminal, y que dejan, más bien, en un segundo plano, los criterios funcionales de eficacia y eficiencia de la criminalización. Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica, e incluso en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último en razón de que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas" [cfr. ROBERTO PRADO SALDARRIAGA, Víctor. El Delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento Penal y Bancario en el Perú. IDEMSA, Lima, 1994, pp. 65 y 66].

Por su parte, García Cavero, desde su óptica dogmática de corte funcionalista, reconoce la negatividad y ofensividad de los actos de lavado de activos en tanto prácticas disfuncionales frente a las normas que rigen las expectativas sociales en un tráfico regular de los bienes que circulan en el mercado: "La expectativa normativa de conducta de que el tráfico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado, de manera que exista la confianza general en los agentes económicos de que los bienes no tienen una procedencia delictiva, sino que se ajustan a las reglas del trafico jurídico-patrimonial. Por lo tanto, constituiría un grave error exigir en el delito de lavado de activos una afectación sensible al orden económico, pues, como lo demuestra la experiencia, el delito de lavado de activos puede ser incluso saludable para determinadas economías dependientes de este flujo de bienes. La defraudación normativa del delito de lavado de activos no se determina con criterios de eficiencia económica, sino a partir de determinada condición esencial del mercado, en la que confian los agentes económicos" [cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Grijley, Lima, 2007, p. 490]. F.j. 13. Resulta, pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la Ley N° 27765 la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultaneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto inámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. Simultáneamente, en todas estas etapas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales. Esta dimensión pluriofensiva es la que justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada que establece la Ley N° 27765, pues como razona Vidales Rodríguez, el desvalor de tales actos trasciende y engloba al que corresponde por cada uno de esta pluralidad de intereses sociales comprometidos [Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. *Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997, pp. 93 y 94]. F.j. 14. Ahora bien en cuanto a la autoría del delito el lavado de activos, pese a lo complejo de su modus operandi, que involucra el tránsito por tres etapas sucesivas conocidas como colocación, intercalación e integración, la ley penal nacional no exige calidades especiales en el sujeto activo. Se trata,

pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso, la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o partícipes, del delito que generó el capital ilícito que es objeto de las posteriores operaciones de lavado de activos. La clásica noción de agotamiento no excluye la configuración de un delito de lavado de activos y no es compatible con la aludida dinámica funcional o el modus operandi de tal ilícito. Por lo demás ella no se adecua a la forma cómo se ha regulado en la Ley N° 27765 tal infracción. Es más, en la actual redacción del artículo 6 *in fine* expresamente se reconoce tal posibilidad ("También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades lícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias"). **§ 2. La consumación en el delito de lavado de activos.** F.j. 15. Con las modificaciones que introdujo el Decreto Legislativo 986 en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 27765 el delito de lavado de activos ha quedado configurado como un delito de resultado. Por tanto, en los actos de conversión, transferencia ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita la consumación del delito requiere, necesariamente, verificar si el agente logró con tales conductas, cuando menos momentáneamente, dificultar la identificación de su ilícito origen, o su incautación o decomiso. Esto es asegurar, siquiera mínimamente, tales activos y su potencial o real aplicación o integración en el circuito económico. En consecuencia, pues, si dichos resultados no se realizan, esto es, se frustra de cualquier modo la operación de cubierta que el agente busca construir o consolidar sobre los activos que pretende lavar se deberá calificar a tal inicio de ejecución como una tentativa, la cual será punible conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente no alcance a culminar el procedimiento de conversión o de transferencia de los activos ilícitos que hubiera emprendido, sea por la intervención de terceros o por otras razones o condiciones ajenas a su voluntad. En ese sentido, García Cavero precisa que: "El artículo 16 del Código penal permitiría castigar el emprendimiento de actos dirigidos a realizar el delito sin llegar a consumarlo. Si bien con la anterior redacción resultaba cuestionable afirmar la tentativa en un delito de peligro abstracto, en la actualidad esa limitación conceptual no se presenta. Por esta razón, resulta perfectamente posible castigar como tentativa los actos de conversión, transferencia, ocultación y tenencia que no consigan dificultar la identificación del origen de los activos, o su incautación o decomiso. En todo caso, dada la exigencia subjetiva de la tentativa, esta solamente podría tener lugar en caso de una realización dolosa del delito de lavado de activos"

[cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico. Parte Especial*. Ob. cit., p. 512]. La doctrina extranjera califica como casos frecuentes de tentativa a los siguientes: "Se puede querer convertir billetes de baja denominación cambiándolos por otros de mayor valor, en la primera etapa del lavado, interrumpiéndose el proceso ejecutivo por acto de la autoridad, quedando por consiguiente el delito de lavado por conversión en grado de tentativa. O también se puede imaginar una transferencia de valores en proceso, por ejemplo de una cuenta a otra, que es interrumpida por intervención de la autoridad, en cuyo caso los autores habrán cometido lavado en grado de tentativa" [cfr. LANGON CUÑARRO, Miguel. *Código Penal*. Tomo II. Ob. Cit., p. 275]. Ejemplos similares de formas de tentativa de actos de conversión y transferencia han sido expuestos por la doctrina nacional [Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El Delito de Lavado de Activos*. Ob. Cit., pp. 66 y 67]. F.j. 16. Ahora bien, resulta pertinente destacar que las distintas modalidades de conversión y transferencia que contiene el artículo 1 de la Ley N° 27765 constituyen modalidades de delitos instantáneos. Siendo así el momento consumativo coincidirá con la mera realización de cualquiera de las formas señaladas por la ley. Sin embargo, en lo concerniente a los actos que tipifica el artículo 2 como supuestos de ocultamiento y tenencia, su estructura ejecutiva es la propia de los delitos permanentes. En ellas, pues, las posibilidades delictivas incluidas imponen que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado por la conducta realizada se mantenga en el tiempo por voluntad expresa o implícita del agente. La permanencia del estado antijurídico, pues, y por consiguiente de la consumación, durará lo que el agente decida o lo que este logre mantener sin que las agencias de control descubran o detecten la procedencia ilícita o lo ficticio de la apariencia de legalidad de los activos. No obstante, cabe distinguir que los actos de transporte, introducción o extracción de activos en el territorio nacional que también se incluyen en el artículo 2, desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 982, debido a su operatividad ejecutiva deben ser apreciados como delitos de consumación instantánea. La necesidad de distinguir la condición instantánea o permanente de la consumación en los actos que constituyen delitos de lavado de activos, adquiere importancia práctica para resolver problemas relacionados con la prescripción de la acción penal o con las posibilidades de una participación posconsumativa. Por lo tanto, es de identificar tal condición para aplicar debidamente las reglas particulares que para estos casos ha definido la legislación y la doctrina nacionales. Sobre el particular es de tener en cuenta lo señalado por el desaparecido Profesor Luis Bramont Arias:

"Derivan relevantes consecuencias de la cualidad permanente o instantánea de un delito. En los delitos permanentes: la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos, no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo (...) la intervención de un tercero que colabore o coopere accesoriamente con el autor mientras dure la ejecución, no podrá ser constitutiva de encubrimiento, sino de participación en forma de coautoria o complicidad; y se entenderá flagrante el delito en tanto persista el lapso consumatorio. En cambio, en el delito instantáneo, la prescripción comienza a contarse desde el instante preciso en que se completó la consumación, momento(...) tras el cual toda cooperación sólo podrá dar origen a responsabilidad por encubrimiento" [cfr. BRAMONT ARIAS, Luis A. *Derecho Penal*. 3ª Edición. Imprenta Vilok, Lima. 1978, pp. 290 y 291]. **§ 3. El tipo subjetivo en el delito de lavado de activos.** F.j. 17. En cuanto a la tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos, la construcción normativa que se utiliza en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 27765 permite identificar solamente delitos dolosos. El dolo, sin embargo, con el que debe actuar el agente, incluye también la modalidad eventual. El sujeto activo debe, pues, ejecutar los distintos actos y modalidades de lavado de activos de manera consciente y voluntaria. Ello significa que el agente sabe o puede presumir que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen ilícito. La ley exige, pues, que, cuando menos, el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos que tienen la condición de productos o ganancias del delito. F.j. 18. Sin embargo, no es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de qué delito previo se trata, ni cuándo se cometió este, ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente o de sus autores o partícipes. Igualmente, tratándose de los actos de ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quiénes estuvieron involucradas en ellas. F.j. 19.En nuestra legislación no se han regulado formas culposas de lavado de activos. Por consiguiente, no resultan compatibles con esta opción del legislador peruano las interpretaciones que pretendan inferir una modalidad culposa en base al sentido y alcance de la expresión legal "puede presumir". Por ejemplo, la que sostiene que con dicha expresión se alude a: "Un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso"

[cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico*. Parte Especial. Grijley. pp. 510 y 511]. Como afirma GÁLVEZ VILLEGAS: "(...) siguiendo la tradición legislativa, y en cumplimiento del artículo 120 del Código Penal cuando el legislador quiere considerar el supuesto imprudente, lo refiere expresamente. En este orden de ideas, si el legislador hubiera querido introducir el supuesto culposo, lo hubiese referido de forma expresa sin recurrir a la fórmula puede resumir, que como acabamos de indicar, sólo hace referencia al supuesto de dolo eventual, que es como se ha venido interpretando" [cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El Delito de Lavado de Activos*. Ob. cit., pp. 60 y 61]. Cabe validar lo antes expuesto acerca de la atipicidad del lavado de activos culposo en la legislación peruana, a partir de una revisión del contexto legal internacional. Por ejemplo, el Reglamento Modelo de la CICAD–OEA se refiere a la tipicidad culposa con el uso de la expresión "debiendo saber". En efecto, la nota 2 hecha a pie de página del artículo 2 del texto oficial vigente del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA, estipula lo si-guiente: "Debiendo saber se interpreta en este Reglamento Modelo como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico [cfr. CICAD. Reglamento Modelo Sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves. Texto editado por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Washington, D. C. sld., p. 2]. F.j. 20. El texto original de los artículos 1 y 2 de la Ley N° 27765 incluía un elemento subjetivo especial distinto del dolo, de aquellos a los que la doctrina considera como tendencia interna trascendente o delitos de intención. Efectivamente, aquella redacción típica conectaba específicamente la acción dolosa del agente con un objetivo que se colocaba subjetivamente más allá de la mera colocación, conversión, ocultamiento o tenencia de los activos ilegales. La norma, exigía, pues, además de dolo, que el agente persiguiera una finalidad ulterior o de objetivo de las acciones de lavado de activos y que se describía cómo "evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso". Esta fórmula legal permitía calificar de atípico cualquier supuesto culposo o de exceso de confianza frecuentes en la conducta de los terceros de buena fe. Lo cual fue destacado por los juristas nacionales: "La inclusión de este elemento de tendencia interna trascendente, que no estaba previsto en la normatividad derogada, creemos que constituye un acierto del legislador, pues de este modo se podrá evitar actuaciones punitivas arbitrarias, que abonen a la vigencia de un Derecho Penal garantista"

[cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El Delito de Lavado de Activos*. Ob. cit., p. 62]. En el derecho comparado este tipo de elementos subjetivos distintos del dolo también son utilizados regularmente para circunscribir mejor el ámbito del ilícito y desconectarlo de conductas delictivas similares que afectan el patrimonio (receptación) o la administración de justicia. (encubrimiento real). ejemplos de esta tendencia son el artículo 72 de la Ley costarricense 7786 de 1998 , el artículo 400 bis del Código Penal mexicano y el artículo 3010.1 del Código Penal español. F.j. 21. La Ley N° 27765, pues, hasta antes del Decreto Legislativo N° 986, demandaba que juto al proceder doloso del agente estuviera presente, siempre, una preordenación subjetiva orientada a promover o viabilizar el proceso del lavado de los bienes de origen ilegal. Esto es, a crearles una apariencia de legitimidad o a alejarles de toda medida de interdicción. En definitiva, el sujeto activo tenía que actuar siempre con el fin de asegurar la ganancia delictivamente generada. Sin embargo, para la concreción típica del delito bastaba que esa finalidad coexistiera en la realización dolosa de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia aunque no se lograra aterialmente dicho objetivo. El lavado de activo era entonces un típico delito de peligro. Sobre el particular sostuvo Eduardo Caparrós: "No nos parece desacertada la incorporación al tipo de un elemento subjetivo complementario que exija al juzgador que dé por probada la voluntad del agente de actuar con el ánimo de lograr esa finalidad encubridora. De este modo, la figura resultante adoptará la estructura propia de un delito de resultado cortado que, como tal cumplida objetiva y subjetivamente la primera conducta –esto es, la circulación de un capital sucio a través de los cauces económicos oficiales–, no requerirá para su consumación más que la vertiente subjetiva de la segunda –actuar con el fin de ocultar el origen ilícito de los bienes–, no siendo preciso que se materialice objetivamente un resultado –el efectivo encubrimiento– que es independiente de la actuación del sujeto activo" [Cfr. CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Ob. cit. , pp. 343 y 344]. En conclusión, pues, el elemento subjetivo especial que incluyó el texto originario de la Ley N° 27765 cumplía funciones dogmáticas y de político criminal importantes. F.j. 22. El Decreto Legislativo N° 986 suprimió las exigencias de esa tendencia interna trascendente y la transformó en el resultado típico. Por tanto, actualmente los artículos 1 y 2 requieren de un dolo que abarque también tal resultado como concreción objetiva del tipo. Por tanto el dolo comprende la conciencia y voluntad de realizar actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia que, como resultado, dificultan la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso.

Como bien anota García Cavero: "(...) el delito de lavado de activos se configura solamente si el autor realiza la conducta de conversión, transferencia, ocultación o tenencia, conociendo la aptitud concreta de su acción para dificultar la eventual identificación del origen, incautación o decomiso de los activos. Bajo estas consideraciones, hay una conducta típica de lavado de activos si el autor actúa con conocimiento o la posibilidad de conocer que esos bienes son de procedencia ilícita y pese a ello realiza una conducta voluntaria que sabe que va a evitar su eventual identificación ,incautación o decomiso" [cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico. Parte Especial*. Ob. cit., pp. 510 y 511]. F.j. 23. En atención, pues, a lo expuesto, cabe entender que solo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen ilícito de los bienes, o de los resultados específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos, el comportamiento será atípico al carecer del dolo. Sobre este particular, Diez Ripolles ha considerado también la ausencia de dolo cuando el agente conoce "la actividad de narcotraficante de la persona de la que proceden los bienes, pero no le consta que en ese caso sean efecto o ganancia de un delito" [cfr. Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. ED, Tecnos, Madrid, 1989, p. 92]. Ahora bien, una reflexión dogmática propia merece el caso de los negocios standard o conductas neutras. En especial se debe evaluar con detenimiento la situación de algunos profesionales que como los contadores, notarios o abogados pueden brindar sus servicios profesionales a criminales conocidos o a personas cuya solvencia económica resulta de origen dudoso. Como señala la doctrina especializada, una zona gris entre las operaciones de lavado de activos y las conductas socialmente adecuadas o inocuas, es el que corresponde a los denominados negocios standard. Esto es, a los servicios regulares que se ofrecen abiertamente a todas las personas. En esta categoría, por ejemplo, quedan comprendidos desde las empleadas del hogar, pasando por los vendedores de suministros cotidianos (diarios, pan, gasolina, etc.), hasta llegar a los servicios profesionales o técnicos especializados (abogados, contadores, médicos, etc.). E1 problema se plantea, pues, en torno a decidir la relevancia penal o no de brindar tales servicios a personas que se conoce o se sospecha que están vinculadas con actividades criminales y de las cuales pueden provenir los recursos económicos que son utilizados para pagar la correspondiente contraprestación, precio u honorarios por el servicio brindado. Al respecto, Ragués y Valles advierte lo siguiente: "La solución no parece, sin embargo, tan evidente cuando la aportación de un sujeto a la actividad de

lavado consiste en la mera prestación de los servicios propios de su profesión, es decir, en la realización de aquellas actividades que, en principio, se ofrecen a cualquier cliente que las solicite (negocios o conductas standard). Las dudas sobre si estas actividades son objetivamente idóneas para integrar el tipo del lavado de activos se extienden incluso a aquellos supuestos en los que el autor conoce o sospecha que los bienes con los que será retribuido provienen de la previa comisión de un delito grave" [cfr. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Lavado de Activos y Negocios Standard*. Ob. cit., p. 624]. F.j. 24. Conforme a la doctrina especializada cabe declarar la atipicidad o la justificación de los casos representativos de negocios standard o conductas neutras. En principio porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. Por ejemplo, Vidales Rodriguez, analizando la situación de los abogados, afirma que la conducta de estos profesionales estará justificada solamente cuando se límite a la realización de actos propios y compatibles con una defensa penal técnica. En cambio, si ella se expresa en una asesoría antijurídica que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de los bienes ilícitos, se constituiría siempre un acto de complicidad en el delito de lavado de activos: "La conducta de estos sujetos puede ser considerada de cooperación necesaria o, cuando menos, de complicidad; aunque es discutible que quede amparada por esta causa de justificación, ya que el ejercicio legítimo de su profesión no puede consistir en la comisión de un delito de legitimación de capitales" [cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina. *Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997, p. 122]. F.j. 25. Para otros juristas la conducta del abogado que ejerce la defensa y recibe honorarios con dinero presuntamente ilegal también resulta atípica por ser adecuada socialmente y no generarse con ella un grado de riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado. Autores nacionales como Gálvez Villegas comparten tal posición: "No se debe incurrir en el error de pensar que cualquier servicio de asesoría jurídica remunerado que se brinda a terceros que se encuentran involucrados en el delito previo v. gr. Tráfico de drogas, dará lugar al delito de lavado de activos, pues un acto de la vida cotidiana que se mantiene dentro de lo socialmente adecuado y no supera el riesgo permitido, y que corresponde justamente a un trabajo o un servicio profesional, no puede generar responsabilidad penal alguna. El abogado que recibe una suma de inero, por ejemplo, de un traficante de drogas, en virtud de una defensa letrada que viene llevando a cabo no está blanqueando dinero sucio, sino está cobrando por un servicio que presta;

pues en estos casos la recepción del dinero o cualquier otro bien, no tiene como finalidad el ocultamiento, sino el pago de un servicio prestado" [Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El Delito de Lavado de Activos. Legislación Peruana*. Aspectos Básicos, en Vista Fiscal N° 1. Noviembre de 2003, p. 82]. Bramont-Arias Torres también suscribe esta tesis: "En el aspecto doloso normalmente se asume como punto a tener en cuenta si la actividad realizada por el sujeto está dentro de una actividad cotidiana, supuesto en el cual no se configuraría el tipo penal. En caso de no asumir esta postura, se comprendería COMO delito conductas discutibles como los casos del taxista que cobra y recibe dinero proveniente de un delito, o el caso del abogado que cobra sus honorarios de un narcotraficante, etc., las cuales serían conductas socialmente adecuadas" [Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos*. Ob. cit., p. 526]. Fj. 26. Sobre la base de los correctos enfoques reseñados de la doctrina nacional y extranjera es pertinente, además, tener en cuenta las siguientes consideraciones, relacionadas con el rol y la finalidad que guían el accionar de un lavador de activos y que no se reproducen en el quehacer de los que practican o ejercen negocios standard o conductas neutras. En efecto, la función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales. De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de actos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios standard, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos. Pero, además, no existe, frente a tales conductas, una necesidad de pena, ni hay riesgos de debilitamiento de la prevención general, ni mucho menos el agente expresa en su conducta requerimientos de prevención especial. En la doctrina una interpretación similar es también recogida y expuesta con precisión del modo siguiente por Ragués I Vallés: "El fundamento expuesto de la punición del lavado de activos debe emplearse ahora como herramienta teórica para decidir en qué casos está legitimado el castigo de una conducta subsumible formalmente en el tipo de tal infracción y, de forma más concreta, para resolver si la realización de negocios standard a sabiendas del origen delictivo

de la contraprestación económica puede integrar el tipo de este delito. Trasladando a este ámbito la lógica que subyace a dicho fundamento se obtiene un criterio delimitador que dice así: solo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de lavado si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella *ex post* puede valorarse como un incentivo para realizar de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito" [cfr. RAGUÉS VALLÉS, Ramón. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. cit., p. 647]. F.j. 27. Finalmente, resulta pertinente destacar que en la actual legislación peruana, la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos no demanda que su autor lo haya realizado con ánimo de lucro. Ello permite establecer una mejor diferencia entre los actos de lavado de activos y el delito de receptación patrimonial del artículo 1940 del Código Penal. Esta distinción, por lo demás, ha sido también destacada desde inicios de la década de los noventa por la doctrina extranjera. Así, por ejemplo, en Argentina Cafetzoglus ha señalado que si bien el tipo legal del lavado es semejante al del encubrimiento, el primero resulta "sensiblemente más amplio ya que capta toda intervención respecto de los valores provenientes de algunos de los delitos, que implique alguno de los actos enumerados, aún sin ánimo de lucro" [Cfr. *Delitos con Drogas*. Ob. cit., p. 81]. Por su parte, el jurista portugués De Faria Costa ha afirmado en igual sentido lo siguiente: "Si el blanqueamiento, tal como lo concebimos, no es más que una particular y específica receptación, él se basa, principalmente, en actividades criminosas ligadas al tráfico de drogas; pero, sobre todo, no radica en la intención de obtener para sí o para otro un dinero ilegítimo (ventaja patrimonial, en la expresión de la ley), como acontece en la definición legal de receptación, sino en la finalidad de encubrir o disimular el origen ilícito del capital" [Cfr. DE FARIA COSTA, José. *O Blanqueamiento de Capitais*. Separata, Jornadas de Derecho Penal Económico. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1992, p. 20]. Posición similar expresa en la doctrina española Gomez Iniesta: "En el blanqueo se auxilia al delincuente para que se aproveche de los bienes de origen delictivo sin que se requiera interés lucrativo alguno (favorecimiento ajeno), mientras que en la receptación el autor se aprovecha para sí de los efectos del delito actuando con ropósito de enriquecimiento" [Cfr. . GÓMEZ INIESTA, Diego J. El delito de blanqueo de itales en Derecho Español. Ob. Cit., p. 58]. **§4. El valor de los bienes objeto del delito de lavado de activos y la Determinación de la pena.** F.j. 28. Es importante destacar que para el Derecho Penal nacional, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad

y penalidad del delito. En cambio, para otras legislaciones, corno la vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, el artículo 278 del Código Penal de aquel país establece: "Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos 5(0.000), sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí". No obstante ello, estando a lo establecido en el inciso 4 del artículo 46 del Código Penal, el juez deberá apreciar el valor de los bienes involucrados en la operación de lavado realizada por el agente, a fin de evaluar debidamente el grado de desvalor que la conducta representa y graduar en función de ella la proporcionalidad de la pena aplicable. Cabe anotar, además, que en otros delitos como el de defraudación tributaria el importe del tributo omitido, cuando no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, motiva una atenuación específica de la pena [cfr. artículo 3 del Decreto Legislativo N° 813 o Ley Penal Tributaria). Tal valor dinerario, en todo caso, puede servir de referencia al operador de justicia para poder diferenciar el significado material de la operación de lavado de activos realizada por el agente, y decidir razonadamente la aplicación de una pena proporcional en cada caso. **§ 5. El delito fuente y la prueba en el delito de lavado de activos.** F.j. 30. Como ha quedado expuesto, el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero. Los denominados "delitos fuente" han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares –obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada– que generen ganancias ilegales –su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso–, con excepción del delito de receptación–. Así consta en el artículo 6 de la Ley de lavado de activos –modificada por el Decreto Legislativo N° 986, 22 de julio de 2007–. En orden a las exigencias del derecho probatorio penal es de tener en cuenta que la

Ley Penal de Lavado de Activos, desde la tipicidad objetiva, castiga tanto los actos de conversión y transferencia como los actos de ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de origen delictivo –objeto material del delito–, que dificultan la identificación de su origen, su incautación o decomiso. Desde la tipicidad subjetiva, el tipo legal exige al agente, de un lado, el dolo directo, es decir, el conocimiento seguro del origen ilícito del objeto delictivo, y, de otro, el dolo eventual, esto es, que solo pueda presumir el origen delictivo del referido objeto, que tenga la probabilidad de saberlo. Se castiga, por consiguiente, ambas modalidades de dolo. Su conocimiento, por cierto, se refiere al hecho y sus circunstancias pero no a la calificación jurídica; y este –el dolo– ha de ser antecedente o concurrente en la acción. Ahora bien, dos son las cuestiones relevantes que es del caso precisar: la determinación del origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias, y el conocimiento de su origen ilícito. F.j. 32. Respecto de lo primero, el artículo 6 de la Ley establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Ello reconoce simplemente que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado. El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal –como tal debe ser abarcado por el dolo– y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester, como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva. F.j. 33. La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria –no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa–. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida –a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas– de los datos externos y objetivos acreditados, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema Vinculante N° 1912-2005-Piura, del 6 de setiembre de 2005 (Acuerdo Plenario N° 1- 2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006). Los indicios han de estar plenamente acreditados,

así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios. El Tribunal deberá explicitar el juicio de inferencia de un modo razonable. Como presupuestos generales –materiales y formales– en orden a la habilidad de a prueba indiciaria para constatar la realidad del delito de lavado de activos, se requiere: A) Existencia de hechos base o indicios plenamente acreditados, que en función de su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados –de modo que se refuercen entre sí–. B) Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia ha de existir un enlace preciso según las reglas del pensamiento humano [perspectiva material]. C) El razonamiento del Tribunal ha de ser explícito y claro, debe i) detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba, que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, así como ii) sustentar un discurso lógico inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aun cuando sucinto o escueto es imprescindible para posibilitar el control impugnativo de la racional de la inferencia [perspectiva formal]. F.j. 34. Desde luego no posible, por las propias características y el dinamismo de la delincuencia organizada, así como por las variadas y siempre complejas actividades del delito de lavado de activos –gran capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de la delincuencia organizada, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento–, establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaria en este sector delictivo. Empero, a partir de los aportes criminológicos, la experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial, es del caso catalogar algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito. Así: A) Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación con la actividad desarrollada, etcétera. B) Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones

extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. Pueden ejemplificar estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fiscales; utilización de identidades supuestas o de testaferros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testaferro, etcétera. C) La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias. D) La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios –tal situación, conforme aclaró la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Salabiaku del 7 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen–. E. La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Ese vínculo o conexión –contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delitos graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción– ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relaciones con las mismas, podrá ir acompañada, por ejemplo, de aumento de patrimonio durante el periodo de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio. F.j. 35. El tipo legal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo –lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución–; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una

infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves –las previstas en el artículo 6 de la Ley– o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal. El conocimiento, a título de dolo directo o eventual, puede "(...) inferirse de los indicios concurrentes en cada caso" (artículo 6, primer párrafo, de la Ley). En este mismo sentido se inclina el artículo 3.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en cuya virtud el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito. Tal certeza, ri como se ha indicado, puede provenir de la prueba indiciaria, que ha de acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva grave –de las indicadas en el citado artículo 6 de la Ley– que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesario ni la demostración acabada de un acto delictivo específico con todas sus circunstancias ni de los concretos partícipes en el mismo. Salvo la confesión –muy inusual en estos casos, aunque no imposible–, elementos subjetivos del tipo, por su propia naturaleza, al no poder percibirse por los sentidos no pueden ser objeto de prueba en sentido estricto. Estos se obtienen a partir de los datos objetivos y materiales, mediante juicio de inferencia. Sobre el particular ya se han fijado algunos criterios básicos en el parágrafo anterior. **§ 6. El valor probatorio del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera.** F.j. 36. La Ley N° 28306, del 28 de julio de 2004, que modificó las Leyes N° 27693 y 28009, y la última Ley N° 29038, del 12 de junio de 2007, creo la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú –en adelante, UIF-Perú–. Es una unidad especializada de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones –en adelante, SBS– encargada de recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo, así como, de coadyuvar a la implementación por parte de los sujetos obligados del sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo para detectar operaciones sospechosas de lavados de activos y/o del financiamiento del terrorismo. Entre las funciones y facultades relevantes de la UIF-Perú se tiene: 1) solicitar a las instituciones del Estado informes, documentos, antecedentes y todo elemento útil para el cumplimiento de sus funciones; ii) como solicitar, recibir y analizar información sobre operaciones sospechosas a través de los

Reportes de Operaciones Sospechosas, y los Registros de Operaciones; y iii) comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que, luego de la investigación y análisis respectivos, presuma que estén vinculadas a actividades de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. Según el artículo 10-A de la Ley N° 28306 el denominado 'Reporte de Operaciones Sospechosas' es un documento de trabajo de la UIF-Perú, reservado únicamente para el inicio del tratamiento y análisis de la información allí contenida. Esta información, luego del análisis e investigación respectiva, se tramitará al Ministerio Público en los casos en que se presume haya vinculación con actividades de lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo. F.j. 37. La UIF-Perú lidera el sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Los sujetos obligados a informar están legalmente determinados. A partir de los informes de aquéllos y de las solicitudes e instancias que curse la UIF-Perú, esta iniciará el análisis e investigación de todas aquellas operaciones que puedan estar vinculadas a actividades de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo. En el plano de la investigación del delito de lavados de activos, la Ley reconoce las atribuciones de otras instancias de investigación, con las que puede incluso participar en actividades conjuntas de investigación. El informe de la UIF-Perú, por tanto, no constituye requisito de procedibilidad alguno. Según el artículo 13.2 del Reglamento de la Ley que crea la UIF-Perú, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2006-JUS, del 25 de julio de 2006, el Informe que envía al Ministerio Público se denomina "Informe de Inteligencia". Contiene la labor de análisis producto de los reportes de operaciones sospechosas que recibe y de las investigaciones conjuntas que pueda solicitar, y su evaluación de las operaciones que presuma estén vinculadas con el delito de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. El sustento de la información producto del desarrollo del trabajo de inteligencia está inserto en los Anexos al Informe de Inteligencia. F.j. 38. La naturaleza jurídica del Informe de Inteligencia no puede asimilarse a una Auditoría Especializada de carácter financiero o pericia institucional, en función de las limitaciones y rasgos propios con el que ha sido regulado. En efecto, según el párrafo final del artículo 13.2 del Reglamento, el destinatario del Informe de Inteligencia está obligado a guardar la debida confidencialidad de la entidad informante y la reserva del contenido de la información. La información que sustenta el Informe de Inteligencia tiene carácter reservado. No puede ser empleada en el proceso jurisdiccional ni como medio probatorio, salvo que la UIF-Perú autorice expresamente sus anexos, que es el sustento de la información proporcionada. El emplazamiento judicial de un

funcionario de la UIF-Perú solo procede respecto de los documentos que obren en autos y que han sido autorizados por esa institución para constar en ellos. Más allá de lo limitado del uso procesal del Informe de Inteligencia, y de la falta de claridad para su utilización con relación al cuerpo del citado Informe y al sustento de la información –los anexos– llama la atención que el propio Estado limite el esclarecimiento de un delito de tanta gravedad y niegue el acceso fluido a la utoridad penal de información cuya pertinencia y utilidad corresponde valorar al órgano jurisdiccional, pero que en este caso reconoce una potestad decisoria a la UIF-Perú. Así las cosas es evidente que si el Informe de Inteligencia es de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional –en la medida en que así lo decida el UIF-Perú–; y, en tanto está acompañado de documentación, análisis financieros y contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoraciones consiguientes, primero, servirá como indicio procedimental para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal, y, segundo, luego de ser sometido a contradicción por su nítido carácter pericial, podrá ser valorado como pericia institucional con arreglo al principio de libre valoración.

Acuerdo Plenario N° 07-2011/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012,

§1. Antecedentes. F.j. 6. El 16 de noviembre de 2010 las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República aprobaron el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, sobre el delito de lavado de activos. La recepción favorable de esta decisión judicial se debió, especialmente, a su utilidad práctica para el tratamiento judicial de una modalidad de criminalidad no convencional y organizada, que en los últimos años ha adquirido relevante presencia en el país. F.j. 7. No obstante, la casuística reciente en torno a la investigación y aplicación de medidas cautelares en los procesos incoados por delitos de lavado de activos, viene mostrando reiteradas discrepancias en el proceder de los órganos encargados de la persecución penal. En efecto, tal como lo ha planteado la Procuraduría Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, en la audiencia pública del pasado dos de noviembre, la visión y actitud de tales órganos e instituciones frente a hechos calificables jurídicamente como operaciones de lavado de activos no siempre resulta homogénea. En tal sentido, se ha requerido la emisión de un Acuerdo Plenario complementario del proferido el año 2010, que concentre sus aportes y alcances hermenéuticos en los siguientes problemas: A) Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos. B) Agotamiento del delito y el tipo legal de lavado de activos. C) Las medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos.

§ 2. Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos F.j. 8. El lavado de activos es

un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas, que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes. Al respecto, se suele señalar la realización sucesiva de actos de colocación, intercalación e integración, a los cuales la legislación penal vigente califica como conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, respectivamente. En coherencia con este enfoque y distribución de las operaciones de lavado de activos, la doctrina se refiere de manera uniforme a los actos de conversión y transferencia como conductas iniciales orientadas a mutar la apariencia y el origen de los activos generados ilícitamente con prácticas del crimen organizado, cuya consumación adquiere forma instantánea. En cambio, al identificar los actos de ocultamiento y de tenencia, se alude a ellos como actividades finales destinadas a conservar la apariencia de legitimidad que adquirieron los activos de origen ilícito merced a los actos realizados en las etapas anteriores, razón por la cual se les asigna una modalidad consumativa permanente [ROBERTO PRADO SALDARRIAGA, Víctor: Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 162 y ss]. F.j. 9. Por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un tercero o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos. Tales bienes representan un producto derivado y ulterior de dicha actividad delictiva y constituyen, por tanto, el objeto potencial de futuras acciones de lavado. Sin embargo, esta clara distinción solo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación –conversión–, los que se ejecutan con activos líquidos o dinero obtenido directa e inequívocamente de una conducta delictiva previa. En estos casos se requerirá, siempre, que los beneficios económicos ilegales se hayan pactado para ser entregados luego de la consumación del delito que los generó. Por ejemplo: X pacta con Y el suministro de armas a cambio de una elevada suma de dinero que será entregada al momento de la recepción del armamento, esto es, un pago contra entrega. Si la entrega ocurre y se recibe el precio acordado, todo lo que se haga luego para dar apariencia de legitimidad a tales ingresos será un acto o delito de lavado de activos. En cambio, si el suministro en tránsito de las armas se frustra por la policía o porque la nave encalla y sufre hundimiento o naufragio, no habrá, en consecuencia, pago alguno a recibir ni tampoco ingresos ilegales que motiven la necesidad de posteriores actos de lavado. En tales casos no cabe promover acción penal por delito de lavado de activos, pero sí por el delito de tráfico de armas. F.j. 10. Es posible, sin embargo, otros supuestos: A) Que el pago por la venta

ilícita se haga antes de la entrega o pago por adelantado. B) Que parte del pago recibido se utilice para la adquisición de medios de transporte (aeronaves, barcos o vehículos) que trasladarán la carga ilegal al comprador, y a los cuales se les ha registrado falsamente como transporte de carga de bienes lícitos o como de recreo. En estos dos casos, la adquisición, el registro o la travesía de los medios de transporte empleados pueden ser calificados, en sí mismos, como operaciones de lavado de activos, ya que procuran ocultar el origen de ingresos provenientes de acciones delictivas. Es más, de ser exitosa la entrega del armamento, los medios de transporte empleados se mantendrán como parte del patrimonio ya lavado del traficante. Se trata, entonces, de evidentes conductas de intercalación –transferencia– o incluso de integración –ocultamiento o tenencia– que corresponden a la etapa intermedia y final de dicho delito no convencional. Es más, incluso en estos supuestos sería también posible la presencia de concursos ideal o real de delitos, según el caso. F.j. 11. Vistas así las posibilidades alternativas de realización de delitos de lavado de activos, de ejecución posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente generador de los activos ilegales, no cabe excluir a priori una investigación por lavado de activos ni tampoco evitar o desestimar la aplicación de las medidas coercitivas reales que correspondan.

§ 3. Agotamiento del delito y lavado de activos F.j. 12. La doctrina clásica solía referirse al agotamiento de un hecho punible como una fase del *iter criminis* posterior a la consumación, pero intrascendente para la punibilidad del delito cometido por el agente. Se le calificaba como el hecho de "obtener el injusto provecho" que aquel se propuso. No obstante, su utilidad dogmática se presentó siempre como discutible o fue abiertamente negada (Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII, 2ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1977, p. 978 y ss.). F.j. 13. El agotamiento del delito era entendido, pues, como alcanzar materialmente la finalidad que perseguía e impulsó al agente a cometer un hecho punible. En el ámbito de los delitos patrimoniales, de ejecución instantánea e individual, se asociaba al agotamiento con el disfrute de las ganancias ilícitamente obtenidas, incluso a través de las transformaciones de las mismas en otros bienes: compra de inmuebles, vehículos de lujo, etcétera. La posición común de los autores era que esos actos posteriores a la consumación de un hurto, robo o estafa carecían de un significado punitivo distinto al generado por el delito ya consumado. F.j. 14. Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, se

promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se convertían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos. A partir, pues, de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, i) sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; ii) sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; iii) sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo. F.j. 15. Por tanto, el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha transformado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo. Por consiguiente, es posible –y legalmente necesario– aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por terceros. **§ 4. Medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos.** F.j. 16. Las medidas de coerción reales, son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: una penal y una civil en un mismo proceso penal. Las citadas medidas recaen sobre el patrimonio del imputado o sus bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos con la finalidad de impedir que durante el proceso determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte de aquel afecten la efectividad de la sentencia o la eficacia del proceso. Están dirigidas a la protección de las pruebas o medios de prueba [en puridad de fuentes de investigación o de prueba], lo que en síntesis quiere decir salvaguardar o proteger el proceso [NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral*. Editorial Idemsa, Lima, 2010. pp. 487-488 y 491]. Su principal finalidad estriba, pues, en asegurar el futuro cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del hecho punible, y de las penas pecuniarias y consecuencias accesorias, amén de las costas; es decir, la realización plena de todas las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pueden declararse procedentes. Ahora bien, las notas características de las medidas de coerción real son las comunes a todas las medidas de coerción. En tal

sentido, sobre ellas el artículo 315.1 del Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–, insiste en su sujeción al principio de variabilidad. Al respecto se destaca que su variación, sustitución o cese está en función de "(…) las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad (…)". F.j. 17. Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser de distinta índole y clasificación, existiendo: A) Medidas reales penales. Su objeto es garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia y que posean un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas. B) Medidas reales civiles. Son propias del proceso civil acumulado. Tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia: restitución, reparación e indemnización. F.j. 18. El NCPP identifica cinco medidas de coerción real, las que muy bien pueden ser aplicadas en los procesos por delitos de lavado de activos: 1) inhibición; 2) embargo –el primero y el segundo, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil–; 3) incautación; 4) medidas anticipativas; 5) medidas preventivas contra las personas jurídicas. Se trata, pues, de medidas anticipativas. Ahora bien, aun cuando el NCPP sólo reconoce las medidas anticipativas genéricas (artículo 312 del NCPP), e incorpora algunas medidas anticipativas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311 y 314 del NCPP), no existe obstáculo, a partir del poder cautelar genérico del que está investida la autoridad jurisdiccional y de aplicación supletoria de la Ley Procesal Común: el Código Procesal Civil, de incorporar también para los casos de lavado de activos, las denominadas medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas. Como precisa la ley las primeras reponen el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y, las segundas conservan la situación de hecho de derecho presentada al incoarse el proceso (artículos 682 y 687 del CPC). F.j. 19. Como es sabido, los presupuestos de las medidas de coerción real son dos: A) El fumus delicti comissi, consiste en la existencia de indicios racionales de criminalidad –es la denominada apariencia y justificación del derecho subjetivo"–, que en el proceso penal importa, como acota Gimeno Sendra, una "(…) razonada atribución del hecho punible a una persona determinada" [Derecho Procesal Penal, 2ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 501]). Ha de existir, pues, una imputación formal contra una persona determinada. El juicio de probabilidad delictiva es mencionado específicamente por el artículo 303.3 del NCPP, aun cuando se refiera solo al embargo y, por extensión expresa, a la orden

de inhibición. El *fumus* debe referirse, de un lado, a un delito que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y, de otro, a que los referidos indicios –ciertamente, "procedimentales"– evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o tercero civil. No es necesaria una acreditación específica cuando se dicte sentencia condenatoria, aún cuando fuera impugnada. B. El segundo presupuesto es el *periculum in mora,* es el peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la eficacia del procedimiento penal y civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal –peligro de infructuosidad–. En el proceso penal ello se concreta por el "peligro de fuga" o de ocultación personal o patrimonial del imputado [GIMENO SENDRA, Vicente. Ibídem, p. 592]. Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado. Pero, también, el tiempo que dure el proceso, cuyo retraso puede hacer ineficaz la respuesta jurisdiccional si no se adoptan medidas tendentes a mantener la situación presente, o a evitar maniobras lesivas para los derechos de la víctima –en el caso del lavado de activos, al Estado– derivadas del comportamiento del imputado [PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús Y OTROS: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 2009]. Es de tener en claro que el *periculum*, en lo civil, tiene una configuración objetiva propia: no se requiere, necesariamente, que se haya producido cierto comportamiento del imputado, ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil durante el tiempo del proceso, de dedicarse a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico - económicas que imponga la sentencia. Si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado –siempre en el plano civil y no penal- estuvieran acreditados, decae y no se justifica la imposición de las precitadas medidas. El artículo 303.3 del NCPP, al respecto estipula: "(…) por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien". F.j. 20. Es pertinente destacar, en el procedimiento de coerción real, dos situaciones específicas: A) La oportunidad para solicitar una medida de coerción real. La regla, por cierto, es que su requerimiento se realiza parcialmente en sede de diligencias preliminares policiales –en el caso de aseguramiento de documentos privados, y secuestros e incautaciones

preliminares (artículo 68, apartado 1, literales 'i' y 'k', del NCPP); y, regularmente, en el curso de las primera diligencias y durante la investigación preparatoria (entre otros, artículos 302, 310, 316 del NCPP). Ahora bien, tales medidas pueden solicitarse también, siempre por la parte procesal legitimada, en sede intermedia (artículos 349.4 y 350.1.c, y 353.3 del NCPP –supuesto último, que incluso autoriza al Juez de la Investigación Preparatoria a pronunciarse de oficio si fuere necesario sobre las medidas de coerción–). B) El NCPP fija un procedimiento para determinar la decisión del trámite: con o sin traslado al afectado: imputado o responsable civil. La regla general para la imposición de las medidas de coerción real, guiada siempre por el principio de rogación de la parte procesal legitimada es el previo traslado a las partes, en especial a la parte afectada, por el término de tres días (artículo 315.2 del NCPP). Empero, por razones obvias, rige la regla del artículo 203.2 del NCPP, que precisa que tal exigencia de contradicción previa se aplicará siempre que "(…) no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida(…)"; esta imposibilidad y los derechos de impugnación que ulteriormente se reconocen, evita considerar que tal procedimiento vulnera la prohibición de indefensión. No se realiza el trámite de audiencia, sino el de simple traslado: su lógica es la escrituralidad del procedimiento (artículo 315.2 del NCPP), aunque es posible en situaciones excepcionales, debidamente explicadas en la decisión, ir al trámite de audiencia (artículo 203.2 del NCPP). F.j. 21. Las medidas coercitivas reales que se pueden aplicar en un proceso penal por delito de lavado de activos, en los distritos judiciales donde la reforma procesal penal aún no está vigente para este delito, son las contempladas en el Código de Procedimientos Penales de 1940 –en adelante, ACPP–. Se trata, pues, de las previstas en el artículo 94 y en la Ley N° 27379, del 20 de diciembre de 2000 con las reformas del Decreto Legislativo N° 988, del 22 de julio de 2007: a) Incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables, bienes y correspondencia; b) Embargo u orden de inhibición para disponer o grabar bienes que se inscribirán en Registros Públicos cuando corresponda; c) Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales; así como las contempladas en la Ley de Pérdida de Dominio N° 29212, del 16 de abril de 2008. Es pertinente precisar que la incautación puede erigirse inicialmente en una medida instrumental restrictiva de derechos –garantiza el proceso de conocimiento del hecho delictivo–, pero a su vez –en orden a la entidad y fin ulterior de lo incautado– puede devenir en una incautación cautelar o coercitiva.

LECTURA DE SENTENCIA

El apercibimiento es la previsión o anuncio de una consecuencia futura

a la realización de un acto posterior, de tal suerte que si no se cumple con el mandato judicial se desencadena la consecuencia prevista en el anuncio previo. Para su validez debe ser cierto, claro, expreso y susceptible de ser conocido por el interesado para que surta efecto. Es perfectamente posible prevenir a un procesado, con cierta consecuencia en caso de inasistencia a la lectura de su sentencia, incluso leerla y darla por válidamente expedida si no asiste, pues, la citación a una diligencia judicial no constituye un acto que pueda considerase que incida negativamente en la libertad individual.

Así, en la STC Exp. N° 05565-2009-PHC/TC-Arequipa, caso José Salomón Linares Cornejo, Lima, 20 de enero de 2010, F.j. 2, se señala que, con respecto a la cuestionada programación de fecha para el acto de "juzgamiento", cabe señalar, como ya lo ha considerado este Tribunal Constitucional en otras oportunidades, que la citación a una diligencia judicial no constituye una acto que pueda considerase que incida negativamente en la libertad individual, puesto que se trata de una obligación de las partes acudir al local del juzgado las veces que sean requeridas por el juzgador para los fines que deriven del propio proceso penal (Cfr. Exps. N°s 10362-2006-PHC/TC, 04390-2006-PHC/TC), por lo que este extremo de la demanda debe ser rechazado.

Asimismo, en la STC Exp. N° 10362-2006-PHC/TC-Lima, Caso Arbulú Umbert, 13 de abril de 2007, F.j. 2, se establece que el demandante denuncia como acto de amenaza de sus derechos el mandato del juzgado emplazado a través del cual se le cita para que concurra a la audiencia de lectura de sentencia. Sin embargo, es evidente que tal hecho no configura una amenaza cierta e inminente contra su libertad individual, toda vez que es una obligación de las partes acudir al local del juzgado las veces que sean requeridas por el juzgador para los fines que deriven del propio proceso penal. (Cfr. STC Exp. N° 4390-2006-PHC/TC)

LIBERACIÓN CONDICIONAL

La liberación condicional es el beneficio penitenciario que permite al penado egresar del establecimiento penitenciario antes de haber cumplido la totalidad de la pena privativa de libertad impuesta, cuando ha cumplido la mitad de la condena impuesta, siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención, tenga informe técnico de rehabilitación favorable y a criterio de juez no exista peligro para la ciudadanía de su reinserción social, para ello se tomará en cuenta la conducta del sentenciado en prisión, así como la gravedad del ilícito cometido como su arrepentimiento.

Conforme al artículo 46 del Código de Ejecución Penal, en concordancia con el artículo 53 del mismo Código, se concede libertad condicional cuando se hayan cumplido tres cuartas partes de la pena y previo pago del íntegro de la reparación civil y multa, o la fianza del interno insolvente en los casos de los delitos de: 129 (exposición al peligro o abandono de personas incapaces con lesión grave o subsecuente muerte posibles de prever y de persona dependiente), 173 (violación sexual de menor de edad), 173-A (violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave), 200 - segunda parte (actos de fuerza, obstaculización de vías y perturbación del normal servicio público), 325 (atentado contra la soberanía nacional), 326 (participación en grupo armado), 32 (destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (promoción o aceptación de gobierno invasor), 329 (inteligencia desleal con el extranjero), 330 (revelación de secretos nacionales), 331 (espionaje), 332 (favorecimiento bélico a Estado extranjero) y 346 (rebelión) del Código Penal.

Conforme al artículo 53 del Código de Ejecución Penal, este artículo no se aplica a los artículos 296 (promoción o favorecimiento del tráfico ilícito de drogas), 297 (tráfico ilícito de drogas agravado), 302 (instigación al consumo de droga), 319 (genocidio), 320 (desaparición forzada cometida por funcionario público), 321 (trotura), 322 (tortura con participación de profesional de la salud) y 323 (discriminación) del Código Penal.

En la STC Exp. N° 01594-2003-HC/TC-Trujillo. Caso Dionicio Llajaruna Sare, del 30 de enero de 2004, F.j. 14, se establece que el artículo 53 del Código de Ejecución Penal precisa que: "La liberación condicional se concede al sentenciado que ha cumplido la mitad de la pena, siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención". Por tanto, el beneficio penitenciario de liberación condicional, el cual permite al penado egresar del establecimiento penitenciario antes de haber cumplido la totalidad de la pena privativa de libertad impuesta, se concede atendiendo al cumplimiento de los requisitos legales exigidos y a la evaluación previa que realice el juez respecto a cada interno en concreto, estimación que eventualmente le permita suponer que la pena ha cumplido su efecto resocializador dando muestras razonables de la rehabilitación del penado y, por tanto, que le corresponda su reincorporación a la sociedad.

M

Mandato de detención

El mandato de detención es la medida cautelar de libertad dispuesta con la finalidad de asegurar la presencia y sujeción del imputado al proceso y a todas las diligencias que se provean, así como para evitar la obstaculización en el hallazgo o actuación de la prueba. Este nombre pertenece a la antigua legislación de procedimientos penales, puesto que en el modelo procesal penal de 2004, esta medida cautelar de libertad recibe la denominación de prisión preventiva. Por naturaleza la medida cautelar (mandato de detención o prisión preventiva) no quiebra el principio de presunción de inocencia, por ser solo una medida provisional, transitoria y variable de sujeción personal; por lo tanto, si pese a reunir los condicionamientos legales existe garantía suficiente para segurar la comparecencia del acusado a todas las diligencias procesales, o que no existirá peligro de obstrucción en el hallazgo, actuación o alteración de los elementos de prueba, es posible sustituir la detención o prisión preventiva por la comparecencia.

Al respecto, la STC Exp N° 02496-2005-PHC/TC-Lima, caso Eva Rosario Valencia Gutiérrez, 17 de mayo de 2005 fijó como precedente vinculante, F.j. 7, que el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero **su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio,** o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. F.j.8. De cuyo contenido se infiere que **la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de**

garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales.

En la STC Exp N° 3914-2004-HC/TC-Lima, Caso Florencio Tomateo Espinoza, 29 de diciembre de 2004. F.j. 5, se establece que: (…) de acuerdo al fundamento 4 de la sentencia emitida en el Exp N° 139-2002-HC/TC, caso Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, "(...) los tres incisos del artículo 135 del Código Procesal Penal deben concurrir copulativamente, a fin que proceda la medida de detención. F.j. 6. (…) en el fundamento 126 de la sentencia recaída en el Exp. N° 0010-2002-AI, ha reconocido la verdadera calidad y el real carácter que una detención preliminar debe tener: "(...) constituyendo una restricción de la libertad individual pese a que durante el proceso se presume que el encausado es inocente, solo puede ser dispuesta si, en un asunto determinado, esta es juzgada indispensable; lo que presupone, consiguientemente, que no se pueda establecer legislativamente el carácter obligatorio de su dictado. Este último criterio se deriva directamente de lo señalado en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual 'la prisión preventiva de las personas no debe ser la regla general', pues, como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello 'sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, la cual está en contra de principios generales del Derecho universalmente reconocidos'". Sobre el plazo de esta detención, la legislación (artículo 137 del Código Procesal Penal) es muy clara al respecto: "La detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 135 del Código Procesal Penal. Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará. A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpado, debiendo el juez disponer las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales" F.j. 7. Luego del mandato de detención ordenado por un juez, la persona que queda privada de su libertad provisionalmente debe ser sometida a un proceso penal con todas las garantías que le ofrece la ley. Por tanto, al detenido no solo deben tomársele sus generales de ley, sino también debe ser sometido a la instrucción que corresponde. Es decir, según el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, la declaración instructiva "(...) se tomará por el juez con la concurrencia del defensor, de un intérprete, si el inculpado no entiende o no habla bien el idioma castellano, del representante del Ministerio Público, quien podrá interrogar

al inculpado, y del Secretario del Juzgado. Queda prohibida la intervención de toda otra persona". Por consiguiente, queda claro que el fin que se busca con la detención preventiva y con la declaración instructiva son totalmente diferentes. La primera admite que la persona sea privada de su libertad hasta por nueve meses mientras que se emita sentencia, y la otra es parte del proceso mismo, sin que tenga relación, o no, con el encarcelamiento. Por tal razón, **el hábeas corpus no es la vía idónea para proteger el retraso o no de la realización de una declaración instructiva,** tal como sucede en el presente caso. Sin embargo, ello no es óbice para analizar si se ha afectado la libertad personal del demandante en otro ámbito.

Mandato de detención. Requisitos

La medida cautelar personal de detención es la excepción se sujeción al proceso, por ello para emitirla requiere una resolución expresa y debidamente motivada, cuando concurran tres requisitos: a) *Fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, que la fiscalía en este caso acredite que posee una *causa petendi* probable en alto grado, por lo que debe poseer elementos de convicción (documentos o declaraciones) que contengan datos en graves y fundados de la existencia del ilícito y el vínculo fundado del imputado con aquel; b) *Prognosis penae*, o pena probable efectiva, es decir que existan condiciones objetivas (pena conminada) o (atenuantes objetivos) que la pena será menor a los cuatro años de privación de libertad; c) *Periculum in libertatem*, que posee dos variantes: por un lado el peligro de fuga pues no existe certeza de ubicabillidad del acusado, o su conducta en el proceso o en otros procesos hagan prever que no se sujetará al cumplimiento de convocatorias obligadas lo que incluye la pena probable a imponer; de otro lado está el peligro de obstaculización sea porque posee directo dominio de los elementos de prueba obtenidos o por obtener o porque posee la autoridad para influir en los medios de prueba. La concurrencia de requisitos es ineludible, si alguno faltase entonces el mandato de detención o la prisión preventiva no podrá desplegarse y debe emitirse una medida de comparecencia.

Sobre el particular, la STC Exp. N° 01397-2009-PHC/TC-Ayacucho, Caso Joaquín Palomino, 6 de noviembre de 2009, establece: F.j. 7. Respecto a la especial exigencia de motivación que comporta el dictado de una medida privativa de la libertad como el mandato de detención judicial, este Tribunal ha señalado que la resolución que la contiene "debe expresar por sí misma las condiciones de hecho y de derecho que sirven para **dictarla** o mantenerla" (el resaltado es nuestro) [Cfr. Exps. N°s 1260-2002-HC/TC, 0791-2002-HC/TC y N° 1091-2002-HC/TC].

F.j. 8. En este orden de ideas, en cuanto a la presunta falta de motivación del mandato de detención dictado contra el favorecido Marcial Alfaro Cauna, cabe precisar que el artículo 135 del Código Procesal Penal [ahora el artículo 268 del CPP] regula la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, estableciendo que es legítimo el dictado de tal medida, si, atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial, es posible determinar:

a) La existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vinculen al imputado como autor o partícipe del mismo **(suficiencia probatoria)**. *Fumus bonis iuris.*

b) Que la sanción a imponerse o la suma de ellas es superior a un año de pena privativa de la libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito **(prognosis de pena)**, y *poena previstae.*

c) Que existan suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria **(peligro procesal)**. *Periculum in mora.*

F.j. 9. En este sentido, este Tribunal ha sostenido que **el principal elemento a considerarse con el dictado de la medida cautelar de detención debe ser el peligro procesal.** [arts. 269 y 270 del CPP]. En particular, que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada. La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado termina convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitrario. [Cfr. Exp. Nº 5490-2007-HC].

Asimismo, en la Cas. N° 4216-2009-Lima, precedente vinculante, caso Karen Hapuc Chamba Taboada por delito de Lavado de activos, sobre variación del mandato de prisión preventiva, del 25 de abril de 2011, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha establecido:

(...)

Tercero. Que, de igual forma, debe indicarse que para aplicar la Ley a los casos particulares es necesario comprender el sentido de la misma, para lo cual la doctrina establece diversas clases se interpretación, entre estas, según el método a utilizar, las siguientes: i) Intepretación gramatical o literal; que consiste en deducir

la manifestación verbal de la norma, a sus palabras se le deben otorgar su verdadero sentido gramatical, esto es, persigue descubrir el significado y sentido de la norma a través del estudio y análisis de la letra de su propio texto; debiendo indicarse que el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra Tratado de Derecho Penal, tercera edición, editorial Grijley, año mil novecientos noventa y nueve, página doscientos tres, precisa que: "Si examinada la ley desde el exclusivo ángulo gramatical, la interpretación es clara, los demás medios interpretativos devienen innecesarios". ii) Interpretación teleológica; que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando el espíritu por el cual fue incorporada al ordenamiento jurídico; indicando al respecto, el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra Tratado de Derecho penal, tercera edición, editorial Grijley, año mil novecientos navento y nueve, página doscientos cuatro, que es aplicable cuando la ley sea un tanto oscura, en tal caso, debe realizarse una interpretación desde la intención de la norma, esto es, considerar lo *ratio legis* (razón de ser de la ley), lo que implica procedimientos lógicos y valorativos, agregando que el profesor Hurtado Pozo refiere en cuanto a este método de interpretación, que se trata de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del Derecho, qué fines pueden atribuirse razonablemente a la norma legal. iii) Interpretación sistemática; introduce la idea [de] que una norma no es [un] mandato aislado, sino que responde al sistemo jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; esto es, consiste en seleccionar del sistema jurídico todas las normas que sean concordantes para establecer la solución que encuentre equilibrio entre garantías y eficiencia; indicando al respecto, el autor Raúl Peña Cabrera, en su obra Tratado de Derecho Penal, tercera edición, editorial Grijley, año mil novecientos noventa y nueve, página doscientos cinco, que "según este método, la ley es interpretada teniéndose en cuenta el terreno que le coresponde en el ordenamiento jurídico penal en relación con la legislación general (...) Para entender el orden jurídico, que es uno solo, debemos examinar la Ley como parte de un sistema legislativo único y orgánico, estructurado por principios comunes desde sus bases; de ahí que pasajes oscuros de uno ley pueden ser aclarados por otras leyes, especialmenfe cuando el asunto objeto de las leyes sea más o menos el mismo (...). En esta perspectiva, frente o las lagunas, insuficiencias, oscuridades de las leyes o de las disposiciones legales, el juez debe comportarse como si el derecho fuera coherente, completo, desprovisto de ambigüedades, equitable y susceptible de conducir a una sola solución". Cuarto. Que, debe indicarse que si bien la primera disposición final de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos navento y

nueve –publicada en el diario oficial *El Peruano* el diecinueve de enero de dos mil diez–, establece que la referida ley entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según el calendario oficial que será aprobado mediante decreto supremo, exceptuándose de dicho calendario a los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, en los cuales será aplicado una vez concluido el proceso de selección por concurso público e implementados todos los mecanismos de la vigilancia electrónica personal, con la vigencia del reglamento pertinente; también lo es, que dicha dísposición que regula la vigencia de la norma en cuestión, no debe ser interpretoda mediante el método gramatical o literal para tales efectos, sino que en el presente caso debe ser interpretado conforme o los métodos teleológico y sistemático que han sido desarrollados en el considerando anterior. Quinto: que, por tanto, este supremo tribunal considera que la suspensión de la vigencia de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve solo está circunscrita a la aplicación de la vigilancia electrónica personal (hasta que se realice el proceso de selección por concurso público e implementen los mecanismos de la vigilancia electrónica personal, lo que será declarado mediante resolución ministerial emitida por el titular del sector de Justicia, lo cual a la fecha no se ha realizado por razones de índole económico), mas no, respecto a las modificatorias de las normas que no sean directamente contraproducentes con dicho tema, como lo son para el presente caso, los requisitos concurrentes que debe tener en cuenta el juez penal para dictar mandato de detención, así como el supuesto para revocar de oficio o a petición de parte dicho medida coercitiva debido a que no generan gasto económico–; más aún si se tiene en cuenta que la aludida modificatoria respecto o los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención contra un encausado sujeto a un proceso penal en las cortes superiores en donde todavía no entró en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal –Decreto Legislativo novecienios cincuenta y siete–, resulta más beneficiosa para este (prognosis de pena superior o cuatro años de pena privativa de libertad), respecto a los requisitos establecidos en la norma procesal anterior –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho– (prognosis de pena superior a un año de pena privativa de libertad), lo cual permite a la vez que haya igualdad y no discriminación de tratamíento procesal en el referido extremo respecto a los lugares geográficos en donde se lleva a cabo una investigación judicial sujeta al Nuevo Código Procesal penal –Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete–, que establece como uno de los requisitos para dictar detención preventiva, una prognosis de pena mayor a cuatro años de pena privativa de libertad. Sexto.

Que, en consecuencia por los fundamentos anotados y siendo evidente que la vacación legal a que se hace referencia en la primera disposición final de la Ley número veitinueve mil cuatrocientos noventa y nueve está referida sólo a la aplicación de la vigilancia electrónica personal (que no ha sido posible hasta la fecha por razones de índole económica, este Supremo Tribunal interpreta que se encuentra vigente la modificatoria de la referida Ley respecto al artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo número seiscientos treinta y ocho– (aplicable a los procesos que son tramitados mediante el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta) –que no genera gasto económico–, a excepción de la parte *in fine* de su último párrafo, que establece expresamente "en cuyo caso el juez podrá disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control (…)"; decisión judicial que se corresponde a la observancia del derecho a la libertad y seguridades personales, previsto en el literal "d", inciso veinticuatro del artículo dos e inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado (ver fundamento de principio de legalidad en la sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente número tres mil novecientos ochenta y siete –dos mil diez– PHC/TC, de fecha dos de diciembre de dos mil diez, caso: Alfredo Alexander Miranda Sánchez) y el debido proceso, previsto en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve del referido texto constitucional.

MOTIVACIÓN

La motivación es el fundamento o la justificación judicial que explica una decisión adoptada dentro de un proceso. Por ello esta garantía judicial es formativa del derecho al debido proceso, pues garantiza al justiciable el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. Asimismo debe considerarse que el artículo 139, inciso 5 de la Constitución Política del Perú, prescribe como garantía de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite. Bajo el desarrollo constitucional El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen razones o justificaciones objetivas que los lleven a tomar una decisión. Esas razones por lo demás, pueden y deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede

servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya deducidas por los jueces ordinarios.

Las dimensiones de la motivación son las que siguen:

a) **Motivación clara.** La motivación clara puede establecerse como imperativo procesal en la medida que las partes que estos son los destinatarios directos de la resolución de un conflicto ante el Poder Judicial. Y es que como bien señalan Castillo Alva, Luján Túpez y Zavaleta Rodríguez, la exigencia de motivar las resoluciones deviene del principio de impugnación, lo que supone que sea indispensable que las partes conozcan que es lo que se va a impugnar pues de otra forma el derecho a la defensa de las mismas se vería restringido de modo irrazonable.

b) **La motivación debe respetar las máximas de la experiencia**. Las máximas de la experiencia se constituyen a partir de las reglas de la vida, las vivencias personales o transmitidas, el sentido común. Todos estos son elementos que los magistrados deben tomar en cuenta al momento de la elaboración de las premisas que lo llevarán a una determinada conclusión. Y es que de lo contrario, existiría un grave defecto de o vicio en la motivación. Ahora bien, debemos tener en cuenta que las máximas de la experiencia son elementos abstractos que se obtienen a partir de elementos constantes en hechos o experiencias anteriores. Como bien señalan Castillo Alva, Luján Túpez y Zavaleta Rodríguez el alcance de la máxima de la experiencia dependerá de los medios fácticos que se analizan también se presentan en los hechos que representan experiencias anteriores para el juzgador.

c) **Motivación expresa**. Cuando se emite una sentencia, el juzgador debe hacer expresas las razones que respaldan el fallo al que se ha llegado. Ello, como hemos señalado, es requisito indispensable para poder apelar, comprender el sentido del fallo, en líneas generales, para controlar las decisiones del juez.

d) **La motivación debe respetar los principios lógicos**. En efecto, las resoluciones deben respetar el principio de "no contradicción" por el cual se encuentra prohibida la afirmación y negación, a la vez, de un hecho, de un fundamento jurídico, etc. Igualmente, se debe respetar el principio de "tercio excluido" que señala que "entre dos cosas contradictorias no cabe término medio, es decir, si reconocemos que una proposición es verdadera, la negación de dicha proposición es falsa, en ese sentido, no caben términos medios. De otro lado,

> se debe respetar el principio de "identidad" cuyo contenido supone que si atribuimos a un concepto determinado contenido, el mismo no debe variar durante el proceso del razonamiento.

Sobre el particular, el Acuerdo Plenario N° 06-2011/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, establece que: **§ 1. Aspectos generales**. F.j. 6. La Constitución Política del Perú, en su artículo 139, que en pureza recoge las principales garantías–derechos fundamentales de carácter procesal y los principios del proceso y del procedimiento, solo menciona –en cuanto al ámbito objeto de análisis en esta sede: oralidad y motivación– dos disposiciones esenciales: a) la motivación escrita de las resoluciones judiciales (artículo 139.5) –que es de incorporarla en la garantía genérica de tutela jurisdiccional–; y, b) el debido proceso (artículo 139.3), al que es de rigor asociar como uno de sus derechos primordiales la publicidad de los procesos –sin perjuicio de otros derechos procesales claves, tales como la independencia judicial, la imparcialidad del juez, la pluralidad de la instancia, la prohibición de condena en ausencia–. Cabe destacar que la Ley de Leyes no se refiere, expresamente, a la oralidad como principio procesal de relevancia constitucional. Sin embargo, es posible derivarla, para determinados momentos y actos procesales, de los principios procedimentales de publicidad, inmediación y concentración, siendo en buena cuenta la oralidad y la publicidad los principios rectores en este ámbito: de ambos derivan los anteriores [MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional I*. Tirant lo Blanch, Madrid, 2007, p. 382]. Empero, en estricto derecho y por lo anterior, la vulneración de la oralidad no constituye un vicio de inconstitucionalidad –como es el caso de la publicidad–, sino de mera legalidad ordinaria. El desarrollo de las normas constitucionales antes citadas, en tanto cabe enfatizar que el proceso es una institución de configuración legal, se encuentra plasmada en las leyes procesales: el Código Procesal Civil –que es la norma procesal común de todo el sistema procesal–; la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, que tiene muy diversas normas procesales y que informan, en segundo orden y frente al silencio de la Ley procesal común y de las leyes procesales específicas, todo el proceso jurisdiccional; y, en lo que corresponde al ámbito penal, el Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. Este último Código, en su Título Preliminar, no solo reconoce como derechos procesales el juicio previo y público –de directa relevancia constitucional (artículos 139. 4 y 10); también establece que el enjuiciamiento ha de ser oral y contradictorio (artículo I.2). F.j. 7. El artículo 123 del NCPP clasifica las resoluciones judiciales según su objeto –entendido desde una perspectiva

material– en: decretos, autos y sentencias. Los autos se dictan, siempre que lo disponga el citado Código, previa audiencia con intervención de las partes; las sentencias, por su lado, tienen un régimen propio fijado en los títulos correspondientes –todas, a excepción de la sentencia en el proceso por faltas que autoriza las denominadas sentencias *in voce* u orales, son escritas (vide: artículos 394–396, 425, 431.4, 468.5, 477.4 y 484.6 del NCPP). El conjunto de las resoluciones judiciales, salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso. Por lo demás, sin perjuicio de las disposiciones especiales y de las normas estipuladas en la LOPJ, las resoluciones serán firmadas por los jueces respectivos (artículo 125.1 del NCPP). El régimen de la oralidad del procedimiento principal: la etapa de enjuiciamiento o del juicio oral, está desarrollado en el artículo 361 del NCPP. El apartado 4 prevé claramente que en el curso del juicio las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente, cuyo registro debe constar en el acta. Ahora bien, las referidas resoluciones orales o verbales, que se expiden en el curso de la audiencia y se centran, según los casos, en los decretos y los autos deben documentarse en el acta –salvo excepciones, tal como el auto que da por retirada al acusación fiscal y dispone el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 387.4.b), que por su propia naturaleza al disponer la conclusión del juicio exige su estructuración escrita–. Sin perjuicio de la existencia del acta –escrita, por su propia naturaleza, y que recoge una síntesis de lo actuado en la sesión del juicio (artículo 361.1 del NCPP)–, se autoriza que la audiencia también pueda registrarse mediante un medio técnico (grabación, que puede ser por audio o video) –la primacía del acta como documento siempre presente en el juicio es, pues, inobjetable–. En tales casos, el acta y, adicionalmente, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo. F.j. 8. Si se atiende a la clásica distinción entre proceso y procedimiento, esto es, entre el objeto de las actuaciones procesales y las actuaciones propiamente dichas o conjunto de actos procesales que, tanto el juez como las partes han de realizar, se tiene que distinguir entre 1) principios del proceso –que determinan el régimen de entrada de la pretensión y de su resistencia, oposición o defensa en el procedimiento, así como los poderes de las partes en la conformación del objeto procesal y los del juez en su enjuiciamiento– y 2) principios del procedimiento –que encausan el régimen de actuación formal de dicha pretensión hasta que pueda obtener satisfacción por el órgano judicial en forma de

sentencia– [GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2007, p. 41]. El principio de oralidad está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales. Éstos han de ser realizados verbalmente –predominio de lo hablado sobre lo escrito–. Además, vista su importancia y si se insta su incorporación cardinal en las actuaciones procesales –como lo hace razonable, que no radicalmente, el NCPP–, se erige en un modo de hacer el proceso, pues facilita la aplicación de los principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad, aunque, como es obvio –situación que no puede desconocerse en modo alguno–, no condiciona la estructura del proceso, la formación del material fáctico y la valoración de la prueba. Lo decisivo para la configuración institucional del principio de oralidad es el modelo de audiencias orales, que es la sede procesal donde tiene lugar este principio, escenario insustituible de su concreción procesal. En estas el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes –lo determinante en este principio, es pues, su fase probatoria–, sin perjuicio de que la audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia [MONTERO AROCA. Ibídem, p. 385], según se advierte de los artículos 349 y 350.1 del NCPP. **§ 2. Oralidad y resoluciones orales o verbales**. F.j.9. Sin perjuicio del procedimiento principal o etapa de enjuiciamiento, que tiene reglas específicas a las que es del caso atenerse, en los diversos procedimientos que instaura el NCPP tiene lugar la expedición, indistinta, de resoluciones orales tras las correspondientes audiencias preliminares ordenadas por la ley procesal. Así se tiene que, por ejemplo, en cuatro supuestos la resolución –en los procedimientos de investigación preparatoria– debe expedirse en forma inmediata, antes de la clausura de la audiencia (artículos 71.4, 266.2, 271.1 y 2, y 343.2 NCPP). En otros casos –en cincuenta y cinco supuestos aproximadamente–, autoriza al juez a dictar la resolución inmediatamente, de suerte que la resolución será oral, o dentro un plazo determinado (2 o 3 días), generalmente impropio (artículos 2.5, 2.7, 8, 15.2.c), 34.2, 74.2, 75.2, 76.1, 91.2, 102.1y2, 203.2, 203.3, 204.2, 224.2, 224.3, 225.5, 228.2, 229, 231.4, 234.2, 245, 254.1, 274.2, 276, 279.2, 283, 293.2, 294.1, 296.1, 296.2, 296.4, 299.2, 301, 305.2, 319.c), 334.2, 352.1, 450.6, 451.1, 453.2, 478.1 y 3, 480.1, 480.2.b), 480.3.b), 484.1, 3 y 6, 486.2, 491.2, 491.3, 491.4, 491.5, 492.2, 521.3, 523.6, 544.3, 557.4 del NCPP: "(…) de forma inmediata o dentro de (…) días después de realizada la audiencia). También, el NCPP determina que la resolución necesariamente ha de dictarse después de la audiencia, lo

que exige su expedición escrita en ocho supuestos aproximadamente –se utiliza la fórmula: hasta dentro de (…) horas o días después de realizada la audiencia (artículos 45.2, 468.1 y 5, 477.3, 420, 424, 431.2, 521.4, 526.2)–. Asimismo, en otros casos utiliza una expresión distinta –en ocho supuestos aproximadamente–: la resolución se emitirá en el plazo de (…) días: 255.3, 345.3, 493.3, 539.2, 543.1, 544.3, 563.2, 557.5 del NCPP, de la que desprende su forma escrita. Más allá de las diversas expresiones lingüísticas utilizadas por el NCPP las resoluciones orales están, pues, reconocidas legalmente. En varias situaciones procesales es obligatoria una resolución oral, mientras que en otras, pese a la existencia de una audiencia previa, la expedición de una resolución escrita es obligatoria. Fuera de estos casos, es de adoptar una regla o criterio rector que permita decidir si la resolución será oral o escrita. El punto se aclara, sin duda, desde la vigencia de otros principios consustanciales a la audiencia misma, **en especial el de concentración, puesto que exige que los actos procesales se realicen en una ocasión** [MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, 2008, p. 231] **y en el que se privilegia la memoria como elemento clave para una correcta decisión.** Si las audiencias se llevan a cabo bajo una lógica de concentración y, además, de continuidad –en las denominadas "audiencias preliminares", fuera de la audiencia principal o de enjuiciamiento, por su propia naturaleza, no se permite su suspensión, aunque es obvio que es posible admitir excepciones fundadas en una causa objetiva y razonable–, es inevitable concluir que la resolución será oral si se dicta antes de finalizar la audiencia. Ésta no puede suspenderse para otro día con el solo propósito de dictar una resolución oral o de realizar un acto procesal intrascendente que muy bien pudo hacerse en el curso de la audiencia; un pronunciamiento diferido exige, entonces, una resolución escrita. F.j. 10. Un punto distinto, aunque vinculado, es el referido a **la documentación de la resolución oral, de suerte que sea posible garantizar tanto la seguridad jurídica y la inalterabilidad de la misma, como su revisión en sede de impugnación respecto del cumplimiento de sus presupuestos materiales y formales. La respuesta, sin duda, desde una perspectiva sistemática, se encuentra en la correcta interpretación de los artículos 120 y 361 del NCPP. Los autos, atento a sus exigencias formales, requieren de una documentación –no sucinta– sino integral, y esta se concreta en el acta.** La reproducción audiovisual está referida a las actuaciones procesales, a las diligencias que se realizan en la audiencia. La resolución judicial es un acto procesal sujeto a sus propias regulaciones. Si se admite, desde la perspectiva del NCCP –principio de

legalidad procesal– la primacía del acta (parágrafo 8) frente a la reproducción audiovisual o al medio técnico o grabación respectiva, es ineludible como pauta general que la resolución oral debe constar en el acta y transcribirse de modo integral. No obstante ello, es evidente asimismo, si se asume criterios razonables de economía y celeridad procesal, que si el auto jurisdiccional no es impugnado, no será necesario que se transcriba integralmente –basta que conste su sentido y, desde luego, lo que decida o resuelva con absoluta claridad–. La reproducción integral de la resolución oral, por consiguiente, solo será necesaria cuando ésta es recurrida en el modo y forma de ley y sea patente su admisión. Se trata de suprimir tareas inútiles y de la reducción de todo esfuerzo (cualquiera sea su índole) que no guarda adecuada correlación con la necesidad que se pretende satisfacer; y de que el proceso se tramite y logre su objeto en el menor tiempo posible [ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. 1ª Parte. Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 265]. **§ 3. Motivación de las resoluciones**. F.j. 11. La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139.5 de la Ley Fundamental, y a la vez es un derecho que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía procesal de tutela jurisdiccional, que impone al juez la obligación de que las decisiones que emita han de ser fundadas en derecho. Las resoluciones judiciales deben ser razonadas y razonables en dos grandes ámbitos: 1) En la apreciación –interpretación y valoración– de los medios de investigación o de prueba, según el caso –se ha de precisar el proceso de convicción judicial en el ámbito fáctico–. 2) En la interpretación y aplicación del derecho objetivo. En este último ámbito, si se trata de una sentencia penal condenatoria –las absolutorias requieren de un menor grado de intensidad–, requerirá de la fundamentación i) de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, además de las circunstancias modificativas; y ii) de las consecuencias penales y civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la sanción penal, responsabilidades civiles, costas procesales y de las consecuencias accesorias. **La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión.** La suficiencia de la misma –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso

valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión. La extensión de la motivación, en todo caso, está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a su trascendencia. No hace falta que el órgano jurisdiccional entre a examinar cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, solo se requiere de una argumentación ajustada al tema en litigio, que proporcione una respuesta al objeto procesal trazado por las partes. La jurisdicción ordinaria, en vía de impugnación, puede incluso integrar o corregir la falta de motivación de la sentencia recurrida en tanto se trata de un defecto estructural de la propia decisión impugnada, siempre que aun faltando expresa nominación de la razón, la sentencia contenga, en sus hechos y en sus fundamentos jurídicos, todas las circunstancia acaecidas. Es palmario, por lo demás, que la nulidad procesal requiere como elemento consustancial que el defecto de motivación genere una indefensión efectiva –no ha tratarse de una mera infracción de las normas y garantías procesales–. Esta únicamente tendrá virtualidad cuando la vulneración cuestionada lleve aparejada consecuencias prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa procesal y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso (principio de excepcionalidad de las nulidades de decisiones de mérito en concordancia con el principio de conservación de los actos procesales –artículos 152 y siguientes del NCPP–). Por otro lado, los errores –básicamente jurídicos– en la motivación, son irrelevantes desde la garantía a la tutela jurisdiccional; solo tendrán trascendencia cuando sean determinantes de la decisión, es decir, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que, constatada su existencia, la fundamentación pierda el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haber incurrido en el mismo. F.j. 12. En función a lo anterior, es evidente que, la motivación, desde la perspectiva del deber de exhaustividad –decisión razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida, de todos los puntos litigiosos, y en función de los hechos probados en el proceso–, tendrá lugar cuando la resolución judicial: 1) Carece llanamente de motivación, es decir, omite pronunciarse sobre las pretensiones y resistencias relevantes formuladas por las partes e impide conocer el desarrollo del juicio mental realizado por el juez y cuya conclusión es el fallo que pronuncia. 2) Es notoriamente insuficiente, vale decir, no se apoya en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan, cuya apreciación está en función del

caso concreto. 3) Es arbitraria por ilógica, incoherente, incomprensible o contradictoria (supuestos de motivación aparente) –desconexión entre motivación y decisión, o ausencia de coherencia interna de la resolución–. En vía de impugnación, la sentencia de vista o la de casación exige una contestación individualizada a la motivación del recurso o a la pretensión impugnativa, aunque la motivación por remisión o implícita es tolerable en la media en que la parte de la decisión objeto de remisión esté razonablemente fundamentada –criterio establecido en la Cas. N° 05-2007-Huaura–. F.j. 13. El artículo 139.5 de la Constitución expresamente menciona que la motivación de las resoluciones se expresa a través de su forma escrita. Empero, la interpretación de esta norma constitucional no puede ser meramente literal, pues de ser así se opondría al principio de oralidad y a la lógica de un enjuiciamiento que hace de las audiencias el eje central de su desarrollo y expresión procesal. En la medida en que se permita conocer el cumplimiento de los presupuestos materiales y formales de una resolución jurisdiccional, que se impida la manipulación de las decisiones judiciales y que se garantice un mecanismo idóneo y razonable de documentación, las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación: 1) Controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. 2) Hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley. 3) Lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido. 4. Garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos [PICÓ I JUNOY, Joan: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial Bosh, Barcelona, 1997, p. 64]. En tanto la resolución oral –con las particularidades antes citadas– se documenta en el acta y, adicionalmente, la audiencia en la que se profiere es objeto de una grabación por medio de audio o de video, su reconocimiento no importa vulneración constitución alguna.

Motivación aparente

La motivación aparente es la que se presenta cuando nos adentramos en la profundidad y razonabilidad de la motivación, en la cual se descubre que no existe ningún fundamento, pese a que se han glosado frases que nada dicen (que son vacuas o ambiguas) o que carecen de contenido real (no existen elementos de prueba que las sustenten). Por ello es una forma de motivación inexistente o ausencia de motivación pues no la

resolución no da cuenta de las razones mínimas que ha tenido el magistrado para adoptar una decisión.

Así, en la Cas. N° 1163-2004-Cañete, caso Fidel Tobías Paulino Soto contra Luis Alberto Sandoval Peláez sobre mejor derecho de propiedad, del 5 de agosto de 2005, fundamento cuarto, se estable que la motivación de las resoluciones judiciales en general y de las sentencias en particular constituye el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho realizadas por los juzgadores, en los cuales estos apoyan sus decisiones, las que se consignan en la parte considerativa de la resolución. Para el cumplimiento de este deber constitucional el juzgador deberá manejar adecuadamente las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y las categorías jurídicas, pues de lo contrario se pueden presentar infracciones en el deber de fundamentar tales como la insuficiencia, la apariencia o la deficiencia de la motivación, errores que pueden ser objeto del control casatorio. Uno de estos errores de fundamentación, es la llamada motivación a aparente o arbitraria, la que se presenta cuando nos adentramos en la profundidad y razonabilidad de la motivación, en la cual se descubre que no existe ningún fundamento, pese a que se han glosado frases que nada dicen (que son vacuas o ambiguas) o que carecen de contenido real (no existen elementos de prueba que las sustenten).

Motivación del auto de apertura o del auto de formalización de la investigación preparatoria

La motivación del auto de apertura o del auto de formalización de la investigación preparatoria es el fundamento o la justificación judicial que explica una decisión adoptada dentro de un proceso para dar inicio a la persecución punitiva de un ciudadano a quien se le imputa la comisión de un ilícito, en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley. Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal solo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción prenal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto sera motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen

al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción.

En la STC Exp. N° 08125-2005-PHC/TC-Lima, caso Jeffrey Immelt, Joseph Anthony Pompei, John Mc. Carter, Nelson Jacob Gurman, César Alfonso Ausín de Iurruarízaga, Jorge Montes, James Campbell, Dave Cote, Donald Breare Fontaine, Steve Reidel, Steve Sedita, David Blair, John Welch, Dennis Dammerman, James K. Harman, Helio Mattar, W. James Mcnerney, James E. Mohn, Robert L. Nardelli, Dennis K. Williams y John Opie, del 14 de noviembre de 2005, se establece: F.j. 10 La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. F.j. 11 En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver. F.j. 12 En el caso de autos, se debe analizar en sede constitucional si es arbitrario el auto de apertura de instrucción dictado contra los beneficiarios, por la falta de motivación que se alega en la demanda. Al respecto, el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales (modificado por la Ley N° 28117), regula la estructura del auto de apertura de instrucción, y en su parte pertinente establece que: "Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal solo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción prenal no ha prescrito o no concurra otra causa de

extinción de la acción penal. El auto sera motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción". F.j. 13. Como se aprecia, la indicada individualización resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, obligación judicial que este Tribunal considera que debe ser efectuada con criterio de razonabilidad, esto es, comprender que nada más lejos de los objetivos de la ley procesal el conformarse en que la persona sea individualizada cumpliendo solo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún, como se hacía años antes, "contra los que resulten responsables", hasta la dación de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo N° 126 publicado el 15 de junio de 1981), sino que, al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados. F.j. 14. Esta interpretación se condice con el artículo 14, numeral 3, literal "b" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a este respecto, comienza por reconocer que: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idiona que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella". Con similar predicamento, el artículo 8, numeral 2, literal "a" de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, dispone que: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:(...) b) Comunicación previa y detallada de la acusación formulada". Reflejo de este marco jurídico supranacional, es el artículo 139, inciso 15 de nuestra Norma Fundamental, que ha establecido: "El principio que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención". Se debe señalar que, a pesar del tenor de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento, constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo. F.j. 15. Examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (ff.jj. 175/180), de conformidad

con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, es posible afirmar que tal resolución no se adecúa en rigor a lo que quieren tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, como la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda que el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que: "El auto sera motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado". F.j. 16. En otras palabras, la obligación de motivación del juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa. F.j. 17. En este sentido, cuando el órgano judicial superior jerárquico ordena abrir instrucción, ello no exonera al a quo de fundamentar lo ordenado, de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, al haber omitido el Juez Penal la formalización de cargos concretos, debidamente especificados, contra todos y cada uno de los beneficiarios, lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable, en los términos anteriormente expuestos, ha infringido el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, lesionando el derecho de defensa de los justiciables, al no tener estos la posibilidad de rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se les atribuye, en función del artículo 139, inciso 5 de la Constitución Política del Perú.

Motivación breve o concisa

La motivación breve o concisa es la justificación suficiente que en esencia respeta y guarda congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

Sobre el particular, la STC Exp. N° 01291-2000-AA/TC-Lima, caso Asociación Real Club de Lima, del 6

de diciembre de 2001, F.j. 2. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

Asimimso, la STC Exp. N° 04061-2008-PHC/TC-Lima, caso Fernando Palomino López, del 3 de noviembre de 2009, señala que: "[l]a Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión". En cuanto a esto último se debe precisar que cuando se cuestiona una decisión judicial recaída en un pronunciamiento en doble instancia la interpretación no se realiza aisladamente sino como un único pronunciamiento del juzgador sobre el tema sub judice, sin que ello comporte su inconstitucionalidad por una ausente o deficiente motivación resolutoria. Esto es así por lo mismo que la Sala Superior revisora esta envestida de competencia tanto para subsanar la resolución apelada como para revocarla, **por lo que no se puede compeler a la instancia revisora a que recreé lo ya fundamentado en la resolución recurrida o a que realice una descripción detallada de lo que resulta suficientemente motivado, pues el expresar las razones mínimas que sustentan válidamente la decisión comporta la exclusión de los supuestos de la motivación aparente o ausente**".

MOTIVACIÓN DEBIDA EN LA DETENCIÓN

La motivación debida en la detención o la prisión preventiva es la garantía judicial y expresión del debido proceso que exige al magistrado que en el caso de dictar mandato de detención o prisión preventiva, la misma que debe ser suficiente y razonada como expresión de la carga que comporta sobre la libertad individual el establecimiento de una medida como la detención judicial preventiva, su establecimiento se encuentra sujeto a una exigencia especial de motivación, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que, con ello, se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.

Así, en la **STC Exp. N° 1260-2002-HC/TC-Huánuco**, caso Amadeo Domínguez Tello, en Lima, a los 9 días del mes de julio de 2002, se prevé en F.j. 7, que "asimismo, considera el Tribunal Constitucional

que, derivado del derecho a que **las resoluciones judiciales sean motivadas**, pero con mayor razón aún, de la carga que comporta sobre la libertad individual el establecimiento de una medida como la detención judicial preventiva, su establecimiento se encuentra sujeto a una exigencia especial de motivación, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que, con ello, se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues, de otra forma, no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada. Por ello, de conformidad con el artículo 268 del Código Procesal Penal [como antes el artículo 135 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley N° 27226], es preciso que se haga referencia y tomen en consideración, juntamente con las características y la gravedad del delito imputado y de la pena que se podrá imponer, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado".

MOTIVACIÓN INCONGRUENTE

La motivación incongruente es la fundamentación judicial que deja de responder al pedido de tutela jurisdiccional incoado y se pronuncia por aquello que no le ha sido requerido. Así, la STC Exp. N° 00037-2012-PA/TC-Lima, Caso Scotiabank Perú S.A.A., del 25 de enero de 2012, F.j. 41, refiere que. (…) la Sala Civil Permanente incurre en un supuesto de motivación incongruente (incongruencia activa), pues desvinculándose de los términos estrictos de la causal de casación invocada, fue más allá en la definición de un supuesto deber de los terceros (entidades bancarias) de exigir a los ejecutores coactivos, bajo responsabilidad, su acreditación ante todas las entidades a que se refiere el artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva, como requisito para proceder a la retención de los fondos correspondientes. Al ser este pronunciamiento una desviación o alteración del debate procesal fijado en el recurso interpuesto, cuyos términos giraban en torno al deber de diligencia observado por Scotiabank S.A.A al retener los fondos de Telefónica del Perú S.A.A., este Tribunal estima que tal declaración, además de ultra petita, constituye un supuesto de motivación incongruente.

MOTIVACIÓN POR REMISIÓN

La motivación por remisión es la justificación judicial que brinda razones o motivos de la decisión tomando en cuenta o apoyándose en algún informe, dictamen, posición o decisión anterior de similares características, haciendo mención expresa del respaldo en el que se apoya o al que se remite, sin que sea necesario que se trascriba íntegramente los fundamentos remitidos, siempre que éstos corran anexos o adjuntos a la decisión. El concepto de motivación se refiere a la justificación razonada que hacen jurídicamente aceptable a una decisión judicial. La motivación, señala Colomer, "es sinónimo de justificación y por ello la esencia de este concepto se encuentra en que su decisión es conforme a derecho y ha sido adoptada con sujeción a la ley". No basta entonces que se explique cual ha sido el proceso psicológico, sociológico para llegar a la decisión sino demostrar o poner de manifiesto que las razones por las que se tomo una decisión son aceptables desde la óptica del ordenamiento. [COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. (2003) *La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 39] hay casos en los que se admite la motivación por remisión, es decir, que el juez superior, por ejemplo, confirme una sentencia de primera instancia estableciendo "por sus propios fundamentos" en referencia a la motivación que ha realizado el a quo. El Perú es un país en el que sucede esto, en efecto el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala: "Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo estos reproducirse en todo o en parte sólo en segunda instancia, al absolver el grado".

Sobre el particular, En la STC Exp. N° 00966-2007-AA/TC-Lima, caso Molinera Inca S.A., En Lima, a los 26 días del mes de noviembre de 2007. F.j.5, se señala: que en el presente caso si bien la resolución cuestionada no satisface de manera directa las pretensiones vertidas en el escrito impugnatorio de la recurrente, es posible advertir que fundamenta su decisión en virtud del propio reconocimiento del adeudo por parte de la recurrente y conforme a lo dispuesto por el Pleno Jurisdiccional Laboral 1997, constituyéndose como una motivación por remisión. En efecto, en el fundamento Tercero de la resolución cuestionada se considera que este último órgano jurisdiccional "(…) acordó que se podrá actualizar los créditos laborales cuando están expresados en un signo monetario que haya perdido sustancialmente su capacidad adquisitiva por efectos de una devaluación significativa (…), utilizando como factor de actualización la remuneración mínima vital". Por tanto y como se ha dicho antes es suficiente

que exista una referencia explícita a que no se compartan los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con efectuar la sentencia cuestionada.

MOTIVACIÓN SUFICIENTE

La motivación suficiente es la justificación que resulta contestar al pedido y es fundamento de la resolución. No se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, y es insuficiente solo si la ausencia de argumentos resulta manifiesta a la luz de lo que se está decidiendo.

En ese sentido, la STC Exp. N° 02752-2010-PHC/TC-Cajamarca, caso Julio César Quiroz Cueva, establece que una motivación es suficiente si resulta contestar al pedido y es fundamento de la resolución. No se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, y es insuficiente solo si la ausencia de argumentos resulta manifiesta a la luz de lo que se está decidiendo.

Igualmente la Cas. N° 00693-2010-Ayacucho, caso Florencio Ávila Godoy y otros sobre Nulidad de Acto Jurídico, del 12 de octubre de 2010, F.j. 7, establece que la decisión adoptada por la sentencia de mérito se ha ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso, por lo que dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación, pues se ha cumplido con precisar el porqué y debido a qué se ha arribado a la conclusión final, en consecuencia, un parecer o criterio distinto al que ha arribado no puede ser causal para cuestionar la motivación; lo que significa que no pueda existir un criterio distinto para arribar a una conclusión diferente a la que han planteado la primera instancia así como la Sala Superior, sin que ello implique ausencia o defecto en la motivación de la sentencia de vista (…)".

N

Ne bis in idem

Esta locución latina se traduce: "Nadie puede ser condenado dos veces por un mismo hecho". Como tal, es un principio general del derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración. A nivel constitucional se encuentra consagrado conjuntamente con el principio de cosa juzgada, que vimos antes, así como en la Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG en el artículo 230.10(*). A esto debemos la mayor de las dificultades, ya que la doctrina y la legislación peruana ha utilizado indistintamente los principios como ne bis in idem y como non bis in idem; una primaria respuesta es que son idénticos, con una variación nominal por error, siendo lo correcto la utilización del adverbio ne o nec. Sin embargo un análisis más profundo nos ofrece cierta dificultad. Así pues, en el latín a diferencia del español, concretamente el adverbio de negación ne –nec– non posee dos formas o declinaciones, dependiendo si la negación es fuerte o universal; o se trata de una negación débil o particular; si la primera "non", si la segunda "ne"; la variante "nec" se utiliza si la siguiente palabra en la sintaxis empieza con vocal, como *nec aquilae*. (ninguna águila).

(*) **Ley del Procedimiento Administrativo General,** Ley N° 27444 vigente desde el 11 de octubre de 2001, (…) **artículo 230 Principios de la potestad sancionadora administrativa.** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales (…) **10. Non bis in ídem.** No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7. **[Modificado por Decreto Legislativo N° 1029 de junio 24 de 2008]**

El Tribunal Constitucional en su sentencia recaida en el Exp. N° 00132-2008-PA/TC-Lambayeque. Caso Hilton Darwing Lima Muñoz, En Lima (Chiclayo), a los 1 días del mes de octubre de 2009, estableció en el F.j. 3 que: "Al respecto es necesario recordar que este Tribunal ha precisado, en jurisprudencia pertinente, que: "(...) debe tenerse en cuenta que lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal al que pudiera ser sometido un efectivo policial por habérsele imputado la comisión de un hecho penalmente punible; ello, debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen (...); el Tribunal asume (...) que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una inconducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal" (caso Víctor Hugo Pacha Mamani, Exp. N° 094-2003-AA/TC).

Igualmente, tenemos el RECURSO DE NULIDAD N° 2090-2005/ Lambayeque, Precedente Vinculante, caso Víctor Miguel Carrillo Gonzáles en el proceso que se le sigue por delito contra la Administración Pública - peculado y otros en agravio de la Municipalidad Distrital de Pítipo, del 7 de junio de 2006, F.j.4: Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar solo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden u desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho Administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta o el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa. F.j. 5. Que el principio *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada "prohibición de exceso",

esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que solo se puede sancionar conductas [a] que se encuentran tipificados previamente

NOTIFICACIÓN

La notificación es la acción y efecto de notificar, un verbo que procede del latín *notificāre* y que significa comunicar formalmente una resolución o dar una noticia con propósito cierto. La noción de notificación, por lo tanto, está vinculada a una comunicación o un aviso. Al enviar una notificación, una empresa, una organización o una persona pretende dejar asentada determinada resolución que se ha tomado o que se tomará en un futuro. Quien hace acuse de recibo de la notificación no puede alegar luego que no estaba al tanto de la situación.

Una notificación judicial, por otra parte, es un acto de comunicación de un juzgado o tribunal. Este documento debe ser entregado a la persona o ser publicado a través de un edicto para que el destinatario conozca el lugar, la fecha y la hora en que debe presentarse a prestar declaración o intervenir por una causa judicial.

Cualquier irregularidad en su tamitación no vulnera per se el derecho de defensa. Solo se produce tal afectación del derecho en cuestión cuando, tras la irregularidad en su tramitación, se alcanza que el justiciable quede en estado de indefensión; por ello una notificación puede ser convalidada o subsanada.

Sobre el particular, la STC Exp. N° 01428-2002-HC/TC-La Libertad, caso Ángel Alfonso Troncoso Mejía, del 8 de julio de 2002, estableció: F.j. 5. Por otro lado, respecto al segundo extremo de la pretensión, el Tribunal Constitucional estima que detrás del acto procesal de la notificación subyace la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues por su intermedio se pone en conocimiento de los sujetos del proceso el contenido de las resoluciones judiciales. Sin embargo, **no cualquier irregularidad con su tramitación constituye, per se, una violación del derecho de defensa**. Solo se produce tal afectación del derecho en cuestión cuando, tras la irregularidad en su tramitación, se alcanza que el justiciable quede en estado de indefensión. Si, por cualquier circunstancia, ello no sucede, y el justiciable ha podido ejercer de manera efectiva su derecho de defensa, entonces, tal irregularidad debe entenderse como sanada y, por tanto, convalidada. F.j. 6. En el caso de autos, y según se aprecia del documento obrante a fojas treinta y

cinco, el demandante impugnó las resoluciones de fecha doce de noviembre de dos mil uno y dieciocho de marzo de dos mil dos, mediante el recurso de nulidad, el cual fue declarado infundado mediante resolución de fecha tres de abril de dos mil dos. En consecuencia, más allá de cualquier defecto en que pudiera haberse incurrido en el acto de notificación al recurrente, **el hecho de que este pudiera tener conocimiento de lo notificado y pueda efectivamente defenderse, permite concluir a este Colegiado que no se infringió el alegado derecho de defensa**.

Asimismo, la STC Exp. N° 0129-2005-PHC/TC-Lima, caso María Luisa Cotillo Aliaga. 18 de febrero de 2005, señala: F.j. 4. Hay que tomar en cuenta, además, que si bien este Tribunal, en otras ocasiones, ha manifestado que la falta de notificación de determinadas actuaciones procesales comporta una vulneración del derecho de defensa, ello se ha dado en situaciones distintas a la que se presenta en el caso de autos. En la STC Exp. N° 0984-2005-PA/TC(*), este Tribunal señaló que la falta de notificación del proceso en el que se pretendía la ejecución de un bien de propiedad del accionante vulneraba el derecho de defensa. Constituye también una vulneración del derecho de defensa cuando, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, no se notifican los cargos que se imputan [STC Exp. N° 2659-2003-AA/TC]. En el presente caso, a diferencia de los casos citados, la accionante tiene conocimiento del proceso que se le sigue y pleno acceso a los medios de prueba aportados al proceso, por lo que no resulta irrazonable que la acusación fiscal no sea notificada, sino, como dispone el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 124, que se ponga los actuados a disposición de las partes, a fin de que los justiciables y sus abogados tomen conocimiento de la acusación, proporcionándoles, además, el tiempo suficiente para formular las alegaciones pertinentes.

Igualmente, la STC Exp. N° 0984-2005-PA/TC-Lima, caso María Teresa Mendiola de Claux, del 13 de abril de 2005, prescribe que: F.j. 5. Un proceso judicial en el que lo que se pretende es ejecutar un bien, evidentemente afecta intereses legítimos de su propietario, a quien debe serle notificada la pretensión de ejecutar la garantía aunque no sea él mismo el deudor, máxime si, según lo prescrito por el artículo 690 del Código Procesal Civil, segundo párrafo, disposición aplicable a todos los procesos de ejecución, cuando la ejecución pueda afectar el derecho de un tercero, se debe notificar a este con el mandato ejecutivo o de ejecución.

(*) En la redacción original dice: 0984-2005-HC/TC, cuando lo correcto es que se trata de un proceso de amparo.

F.j. 6. Es por ello que, fallecida la coejecutada y, en consecuencia, habiéndose trasmitido la herencia por sucesión intestada, el inmueble materia de ejecución pasa a formar parte del patrimonio de la sucesión, debiendo, notificarse a los integrantes de la sucesión que no habían sido parte del proceso, en concordancia con el artículo 108, inciso 1, del Código Procesal Civil, según el cual, fallecida una persona que sea parte del proceso, esta es reemplazada por su sucesor.

O

Omisión a la asistencia familiar

El delito de omisión a la asistencia familiar es el hecho típico y antijurídico que protege el bien jurídico familia o que reprime la conducta de quien omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial, por esta razón se considera un delito de peligro, en la medida que basta con dejar de cumplir con la obligación para realizar el tipo, sin que sea necesario que debido al incumplimiento se cause un perjuicio a la salud del sujeto agraviado(*).

Como señala la doctrina, no es posible desconocer que el bien jurídico protegido es la familia y específicamente los deberes de tipo asistencial, el propio Tribunal Constitucional, como cita la jueza, le reconoce un ámbito de protección vinculado a los derechos más sublimes del hombre, como lo tiene dicho en la Sentencia del Expediente N° 09068-2005-PHC/TC-La Merced, Caso Carlos Yupanqui Pánez, del 29 de agosto de 2006, Fundamentos 4 y 5, que expresamente reconoce: "Precisamente, uno de los límites al derecho fundamental a la libertad personal es el que está previsto en el artículo 2, inciso 24, literal "c", de la Constitución Política. Tal artículo, si bien recoge como uno de los contenidos constitucionalmente garantizados de la libertad y seguridad personales, que no hay prisión por deudas, ello no excluye que este principio se vea limitado por un mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios. Al respecto, este Tribunal Constitucional (Exp. N° 02982-2003-HC/TC-Lima, Caso Jorge Eduardo Reátegui Navarrete, del 5 de julio de 2004; Exp. N° 02088-2004-HC/TC-La Libertad, Caso Segundo Fortunato Correa Díaz, del 12 de agosto de 2004) ha establecido que cuando la citada disposición constitucional prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no

(*) Ejecutoria Suprema N° 5425-98-Lambayeque. REVISTA PERUANA DE JURISPRUDENCIA. (2000) Año II-N 3, Trujillo: Editora Normas Legales, p. 322

sufran una restricción de su derecho fundamental a la libertad personal por el incumplimiento de obligaciones originadas en relaciones de orden civil. (…) En nuestro ordenamiento constitucional, en principio, no cabe la prisión por deudas. Sin embargo, nuestra propia Ley Fundamental ha establecido una excepción a dicha regla, esto es, en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios. **Ello tiene su fundamento en que, en tales casos, están de por medio, no cuestiones pecuniarias o materiales, sino la tutela de los derechos fundamentales como la dignidad de la persona humana, la vida, la salud y la integridad física y psicológica del alimentista.** Esta es la razón por la cual, de acuerdo con la Constitución, el juez, en este supuesto, tiene la facultad y la competencia para ordenar la restricción del derecho a la libertad personal del obligado" (Resaltado agregado).

Como resulta indispensable, que este tipo de delito se produce cuando el infractor incumple dolosamente su obligación alimentaria judicialmente declarada; de allí que, naciendo el ilícito de un requerimiento público, su desobediencia injustificada es incontestablemente, revelador del ***ánimus incomplendi*** o intención de incumplir. Puesto que la obligación se halla señalada en la Resolución judicial que además se encuentra consagrada con la calidad de cosa juzgada, por lo que al ser debidamente notificada al procesado, quien es requerido para el pago de las liquidaciones o pensiones devengadas que al no haber sido canceladas, pese al requerimiento, existe suficiente fundamento para ser pasible de la condena(*). Esto cobra, mayor relevancia si al hecho jurídico tal como se ha anunciado, se suma la práctica judicial, quien en estos casos es generosa en varios sentidos –como se evidencia en el presente caso– primero el recorrido del proceso civil, no es llano sino que va aparejado a numerosas incidencias con la finalidad que no se despliegue la resolución final, luego la sentencia tras su firmeza y notificación va aparejada de un nuevo estadío gravoso al alimentista, esto es se exige que la liquidación se actualice, y tras mucho pedir, y con el incumplimiento del obligado, tiene que ser emplazado penalmente, y solo tras un proceso no siempre sumarial en el tiempo se emite una sentencia condenatoria que huelga decir, origina otro tramo también de difícil recorrido para el agraviado, en especial cuando se solicita una pena suspendida en su ejecución.

Puede citarse sobre este punto al RECURSO DE NULIDAD N° 003341-2001-Lambayeque, caso contra de Jorge Honores Delgado sobre delito de Omisión a la Asistencia

(*) ROJAS VARGAS, Fidel; INFANTES VARGAS, Alberto & QUISPE PERALTA, Lester León. (2009) *Código Penal, 16 años de jurisprudencia sistematizada*, 3ª edición, Tomo II, Editorial IDEMSA, reimpresión, Lima, p. 32

Familiar, del 17 de junio de 2003: "(…) los argumentos vertidos por el sentenciado Honores Delgado no son valederos, toda vez que las resoluciones cuestionadas han sido dictadas dentro de los límites que la ley exige; que, pese a lo expuesto de autos se colige que el sentenciado tuvo todas las oportunidades para cumplir con su obligación de cancelar la pensión alimentaria sin embargo; solo canceló el monto de ciento sesenta nuevos soles conforme a las consignaciones judiciales que aparecen aparejadas al expediente, monto reducidos si tomamos consideración la suma total ascendente de tres mil doscientos veintisiete nuevos soles según liquidación de devengados de fojas siete; quedando demostrado con ello la falta de interés del sentenciado para cumplir con su obligación alimentaria fijada por sentencia firme (…) la REVOCAN en el extremo que dispone el término de un año en que debe hacerse efectiva la pena, reformándola dispusieron que el cómputo de la pena debe efectuarse con lo establecido en sentencia".

Omisión o retardo de actos funcionales

El delito de omisión o retardo de actos funcionales es el acto ilícito que comete el funcionario o servidor público que deja de hacer aquello que está obligado a realizar conforme a norma expresa, clara y cierta que forma parte de su estatuto funcional y corresponde a sus deberes especiales. Para ello debe ser un acto de omisión de actuar y debe encuadrarse en la norma exigible sin contradicción o interpretación. Solo en el caso del retardo el agente especial hace una acción positiva, pero fuera del tiempo o plazo que le es asignado, siempre que para la dilación exista dolo, puesto que si hay una razón justificada para el retardo no será una acción ilícita, sino en todo caso una infracción administrativa. Conforme al precedente vinculante del R.N. N° 496-2006-Arequipa, además de ser una conducta omisiva o dilatante se requiere subordinación entre el que manda hacer y el que es obligado.

Sobre el particular, el Recurso de Nulidad N° 496-2006-Arequipa, Precedente Vinculante, caso Leonidas Agapito Cahuina Zapana como autor del delito contra la Administración Pública en las modalidades de Abuso de Autoridad y Ocultamiento de Medio Probatorio, en agravio del Estado, del 17 de julio de 2006, F.j. 5. señaló que, en cuanto a los fundamentos del acusado recurrente, es de tener presente que las declaraciones Tapia Pacompia, Paz Cóngora, Carpio Tutti, Cayra Tapia y Mamani Condori no se llevaron acabo en el presente proceso sino en el proceso por robo agravado –el ya citado proceso dos mil uno doscientos veinticuatro-cero-cuatrocientos diez-JR-PE-OL–, y en esta causa

solo agregaron copias certificadas, por lo que el recurrente en su debida oportunidad pudo tachar los documentos o formular alguna observación, pero no hizo uso de su derecho de defensa; que, con respecto a que no puede ser considerado sujeto activo del delito de omisión o retardo de actos funcionales, si bien existe cierta subordinación con relación al representante del Ministerio Público, también lo es que este como funcionario público –efectivo de la Policía Nacional del Perú– tiene sus propias obligaciones, como lo es, en el presente caso, elaborar el atestado policial, comunicar de la detención de tres sospechosos y entregar todos los bienes incautados así como las diligencias realizadas; que, por último, en cuanto a la supuesta contradicción en la sentencia recurrida en el noveno fundamento jurídico, de la revisión de la misma se tiene que tal aseveración no es correcta, ya que se ha tomado en forma sesgada dicho considerando puesto que si bien se indica "que la agraviada no se ha presentado a la diligencia de reconocimiento", ello es en mención a las conclusiones arribadas en el atestado policial.

P

Peculado

El delito de peculado es el acto ilícito que comete el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia materia directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. Estableciendo como requisitos de existencia ilícita: a) Existencia de una relación funcional; b) La percepción, administración o custodia del bien o caudal; c) La apropiación o utilización; d) El destinatario; y, e) Los caudales o efectos.

Sobre este tipo penal, el Recurso de Nulidad N° 2212-2004 - Lambayeque, precedente vinculante, caso Ana Teresa Vigil Pérez, sobre delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad en agravio del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo y Repuestos Trujillo S.A., Sala de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 13 de enero de 2005; señaló lo siguiente: **Quinto**. Que en el denominado delito de peculado por extensión o "peculado impropio", los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos

de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita "propiedad" sobre el mismo y que excluye de ella al Estado. **Sexto.** Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo trescientos noventa y uno del Código Penal, el verbo rector es el de **rehusar**, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente (ver: CREUS, Carlos. *Derecho Penal - Parte Especial*. Tomo dos, cuarta edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, mil novecientos noventa y tres, página trescientos siete. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Segunda edición, Palestra Editores, Lima, dos mil tres, página trescientos noventa y cinco. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, dos mil tres, página cuatrocientos cinco). Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo *rem sibi habendi*, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado.

Asimismo, en el Recurso de Nulidad N° 948-2005 - Junín, precedente vinculante, Caso Juan Román Marcelino Arge Chanco, sobre delito contra la Administración pública –Peculado– en agravio del Estado y del "Centro educativo de menores técnico industrial veintisiete de mayo de Quilca, del 7 de junio de 2005, f. j. 3, encontramos: Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del encausado en la comisión del hecho punible; que la impugnación se circunscribe al extremo de la determinación judicial de la pena de inhabilitación impuesta y al monto de la reparación civil; que la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil –que no es una pena–, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil exdelito es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan; que de autos se advierte que el encausado Arge Chanco se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la compra de computadoras para un centro educativo, lo que generó perjuicio tanto a la propia institución académica cuanto a los educandos;

que, siendo así, el monto fijado por el tribunal sentenciador por concepto de reparación civil se encuentra arreglado a ley.

Finalmente, el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de noviembre de 2005, prescribe que: F. j. 6. El artículo 387 del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que: "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...)"; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como: "Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos (...)"; concluyendo, en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes "si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social (...)" (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. F. j. 7. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: **a) Existencia de una**

relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. **b) La percepción** no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. **c) Apropiación o utilización.** En el primer caso estriba en hacer suyo, caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. **d) El destinatario:** El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. **e) Caudales y efectos.** Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. F. j. 8. Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente. F. j. 9. En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: "La sustracción y la culpa del funcionario o servidor público" como elementos Componentes Típicos de esta figura penal, describiéndolas como: **a) La sustracción.** Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o

servidor público. **b) La culpa del funcionario o servidor público.** Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

Peligro procesal

La existencia de peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con alto grado de objetividad, que la libertad del procesado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso, como así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en los Exps. Nº 1091-2002-HC/T, caso Vicente Silva Checa y Nº 1567-2002-HC/TC, caso Alejandro Rodríguez Medrano.

Pena suspendida

La pena suspendida es el término atribuido a la sanción penal de condena privativa de libertad cuya ejecución queda pendiente o condicionada por un plazo de tiempo previamente fijado y menor a cuatro años, lapso en el cual el sentenciado queda obligado al cumplimiento de una serie de reglas de conducta que se imponen bajo apercimiento de ser amonestado, prorrogado el plazo de prueba o revocada la suspensión conviertiéndose en efectiva la condena, cualquiera de ellas indistintamente.

Pericia

La pericia en principio es la sabiduría, experiencia y habilidad en una ciencia o arte, de allí que quien cuenta con pericia es denominado perito, como el especialista con sabiduría, experiencia o habilidad suficiente para ser consultado en la resolución de conflictos. Una pericia puede ser un estudio que desarrolla un perito sobre un asunto encomendado por un juez, un tribunal u otra autoridad, que incluye la presentación de un informe (el informe pericial o dictamen pericial). Este informe puede convertirse en una prueba pericial y contribuir al dictado de una sentencia. El informe pericial siempre incluye una descripción detallada del

objeto, la persona o la situación en estudio, la relación de todas las operaciones practicadas durante la pericia con su resultado, la enumeración de los medios científicos y técnicos que se utilizaron para emitir el informe y las conclusiones.

Respecto al valor probatorio de la pericia no ratificada, el Acuerdo Plenario N° 02-2007/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, f. j. 8, señala: La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias preprocesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259 del Código de Procedimientos Penales. Si bien esa es la regla general en materia pericial, que concrete el principio de contradicción –y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple los principios de inmediación y publicidad–, es razonable excepcionarlo sin mengua del contenido esencial de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial –que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral– no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona –primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo–, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad. En esos casos, sencillamente, el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, no es condición ineludible de la pericia como medio de prueba válido, valorable por el juez del juicio. En consecuencia, su no actuación no es causal de nulidad de la sentencia –la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento– ni de exclusión de la pericia como medio de prueba. F. j. 9. Lo expuesto precedentemente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente. Solo se tiene en cuenta (1) las características de la prueba pericial –con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales–, y (2) que los principios han de acomodarse a la realidad social –la presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediria la eficacia de la función pericial de esos organismos, pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia–, ello sin perjuicio de reconocer que la actividad impugnativa de la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico –falsedad– o el aspecto técnico –inexactitud– del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su

refutación mediante pericia de parte. Si las partes no les interesa la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expresa o tácitamente –lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes–, es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen. Por el contrario, si las partes lo solicitan o requerida la concurrencia de los peritos y éstos –por cualquier motivo– no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. En estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes –debidamente explicitadas– carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularias, o por ser tardías o extemporáneas.

PERSONAS JURÍDICAS

La persona jurídica es la categoría del derecho que se atribuye por ficción a una institución u organización constituida por un individuo o a un conjunto de individuos, reconocida legalmente, y a la cual se le considera titular de los derechos y facultades fundamentales de los ciudadanos que fueran compatibles con su existencia abstracta (por ejemplo, no se le puede considerar titular de la vida, el cuerpo o la salud física o mental puesto que no se le puede atribuir al abstracto estos derechos) o posibles de ser ejercidas por la institución ficticia.

Respecto a este punto, el Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, ha establecido que:

F.j. 11. Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales [GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 757 y ss.]. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas –desde su actividad, administración u organización– con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución.

[ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del artículo 105 del CP. Principales Problemas de Aplicación". En: *Anuario de Derecho Penal 2003*. p. 484 y ss.]. F. j. 12. Es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39 del CP. No son, pues, un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesoria, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo [ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el artículo 105 del CP, a más de quince años de su vigencia". En: *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal* (José Hurtado Pozo, editor), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo, Lima, 2009, p. 493 y ss]. Se trataría, pues, de una especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias. **§ 3. Alcances y limitaciones del artículo 105 del CP.** F. j. 13. Actualmente, luego de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 982, el artículo 105 del CP tiene la siguiente estructura normativa: "Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: 1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años. 2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité. 3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años. 4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años. Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un periodo de dos años. El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas". F. j. 14. Del citado artículo es posible señalar que el juez debe imponer

consecuencias accesorias siempre que se verifique en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente: A. Que se haya cometido un hecho punible o delito. B. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito. C. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito. Ahora bien, en dicha norma coexisten cuatro clases de consecuencias accesorias que el juez penal puede imponer a una persona jurídica. Cada una de las cuales tiene distinta configuración y efectividad. Resulta, por tanto, necesario identificar, seguidamente, sus principales características y funciones. F. j. 15. Las consecuencias jurídicas previstas en el citado artículo 105 del CP, tienen las siguientes características y funciones: A. El inciso 1) dispone la clausura temporal o definitiva de locales o establecimientos. Es decir, regula sanciones que afectan el funcionamiento de los ambientes físicos e inmuebles en los cuales la persona jurídica realiza sus actividades organizacionales y operativas. Cuando la clausura sea temporal no puede durar más de cinco años. Es importante precisar que para que proceda esta medida el local o establecimiento tiene que haber servido para la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento del delito [CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Editorial Idemsa, Lima, 2001, pp. 310 y 311]. B. El inciso 2) considera la disolución de la persona jurídica. Es la sanción más grave que se podría imponer a un ente colectivo [HURTADO POZO, José. "Personas jurídicas y responsabilidad penal". En: *Anuario de Derecho Penal 1996, Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 148. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. cit., pp. 488/499]. Por tanto, la disolución debe de quedar reservada, entre otros casos, para aquellos donde la propia constitución, existencia y operatividad de la persona jurídica, la conectan siempre con hechos punibles, situación que generalmente ocurre con las denominadas personas jurídicas de fachada o de papel. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino un evidente defecto de origen de la organización. Pero, también, cabe disponer la disolución de la persona jurídica, en supuestos donde se identifique una alta probabilidad de que aquella vuelva a involucrarse en delitos o peligrosidad objetiva de la persona moral. C. El inciso 3) regula la suspensión de actividades de la persona jurídica. Esta sanción solo puede ser impuesta con carácter temporal y sin exceder a dos años. La suspensión de actividades puede ser total o parcial. Sin embargo, ella, en su opción parcial, deberá recaer solamente sobre aquellas actividades estratégicas u operativas específicas que se relacionaron con el delito cometido o con su modus operandi y efectos [ESPINOZA GOYENA, Julio César. "La persona jurídica en el nuevo proceso penal".

En: *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*. Editorial Palestra, Lima, 2005, p. 329]. La suspensión total deberá justificarse por la absoluta naturaleza ilícita del quehacer ejercido por la persona jurídica. D. Por último, el inciso 4) contiene la prohibición de realizar actividades futuras de aquellas que involucraron a la persona jurídica con la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible. Esta modalidad de consecuencia accesoria puede ser temporal o definitiva. En el primer caso la prohibición no puede extenderse más allá de cinco años. Con esta sanción se afecta la operatividad posterior al delito del ente colectivo. Tiene, pues, un claro sentido de inhabilitación para su desempeño futuro. No obstante, el alcance de esta sanción es limitado y especial, pues no puede extenderse hacia otras actividades no vinculadas con el delito. F. j. 16. En el artículo 105 del CP no existen reglas de determinación que orienten la aplicación judicial, así como la justificación interna o externa de las decisiones jurisdiccionales que impongan las distintas consecuencias accesorias que dicha norma contempla. No obstante, esta limitación normativa puede ser superada, de modo transitorio, recurriendo a la implementación judicial de los criterios adoptados, para tal efecto, por el artículo 110 del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley N° 29153 [Véase: Congreso de la República: Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal, J&O Editores Impresores SAC, Lima, 2009], en tanto en cuanto sus postulados en modo alguno son implicantes con los establecidos por el vigente CP y constituyen reglas de desarrollo plenamente derivadas desde los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados positivamente en el Título Preliminar del Código Penal. Por tanto, corresponde utilizarlos en todo proceso de determinación judicial, cualitativa y cuantitativa, de las consecuencias accesorias que deban imponerse en un caso concreto. Tales criterios son los siguientes: A) Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas. B) La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible. C) La gravedad del hecho punible realizado. D) La extensión del daño o peligro causado. E) El beneficio económico obtenido con el delito. F) La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible. G) La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. H) La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó solo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas. F. j. 17. Es pertinente destacar que por su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias imponen que su aplicación judicial observe, también,

con justificada racionalidad, las exigencias generales que derivan del principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso. En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso sub júdice y según los criterios de determinación anteriormente detallados. Ello implica, pues, que excepcionalmente, el juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición. Por lo demás, cabe recordar que estas opciones jurisdiccionales no son ajenas a nuestra legislación vigente y se expresan normativamente en el sentido y función del artículo 68 del Código Penal, al tratar de la exención de pena. No obstante, es de demandar siempre que esta clase de decisiones sea consecuencia de un riguroso análisis fáctico y normativo, y que ellas sean motivadas de manera específica y suficiente. F.j. 18. En el artículo 105 del CP también se incluyen salvaguardas a favor de los derechos de terceros: trabajadores y acreedores, los que pudieran resultar afectados con la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica. Por consiguiente, el juez está autorizado por dicha norma para disponer, ante la autoridad competente, la intervención del ente colectivo sancionado hasta por dos años. Con esta medida se procura controlar o paliar los efectos transpersonales que, necesariamente, producirán la aplicación de una o más consecuencias accesorias, sobre el patrimonio o la estabilidad laboral de personas ajenas al quehacer ilegal de la persona jurídica o de sus órganos de gestión. Sin embargo, esta posibilidad de promover la intervención, por su propia naturaleza y operatividad, solo debe utilizarse cuando se impongan consecuencias accesorias de efectividad temporal como la clausura de locales o la suspensión o prohibición de actividades. Finalmente, el artículo 105 del CP, en su último párrafo, declara que la imposición de consecuencias accesorias no será afectada o mediatizada por acciones fraudulentas u encubridoras, dirigidas maliciosamente a la frustración de la decisión judicial como "[e]l cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, (…)". **§ 4. Consecuencias accesorias, persona jurídica y proceso penal.** F. j. 19. En el ámbito procesal toca delinear las garantías y los procedimientos que deben viabilizar la aplicación judicial de consecuencias accesorias a una persona jurídica. En este espacio debe definirse el procedimiento más idóneo que asegure, con puntual observancia de los

principios y garantías procesales constitucionalmente relevantes, la presencia y la intervención en un proceso penal del ente colectivo; así como la identificación de las partes legitimadas y de las características fundamentales de una dinámica contradictoria que sea idónea para debatir, sin mengua de las garantías del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, la relevancia penal de la concreta intervención de una persona jurídica en el hecho sub júdice. En algunos sistemas jurídicos extranjeros es también la legislación material la que demanda la habilitación de este escenario procesal. Así, por ejemplo, en España el artículo 129 del Código Penal advierte que las consecuencias accesorias aplicables a una persona jurídica requieren de una audiencia previa donde ella pueda alegar, a través de sus representantes legitimados, lo que le sea favorable ("El juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias"). F.j. 20. En lo que atañe a nuestro sistema jurídico las consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. La persona jurídica, entonces, tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanan de las garantías de defensa procesal –derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación– y de tutela jurisdiccional –en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos–. A tal efecto, la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en sede de instrucción en una resolución judicial de imputación –en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario–, circunscripta a la posible aplicación de consecuencias accesorias, ello sin perjuicio de que concurrentemente pueda haber sido pasible de una imputación en el proceso civil acumulado como tercero civil. Es evidente que nadie puede ser acusado, sin antes haber sido comprendido como procesado o sujeto pasivo del proceso, a fin de que esté en condiciones razonables de ejercer el conjunto de derechos necesarios para afirmar su pretensión defensiva o resistencia: derecho a ser oído, a probar e intervenir en la actividad de investigación y de prueba, a alegar sobre los resultados de aquella actividad, y a impugnar. Al respecto, el NCPP ya considera a la persona jurídica como un nuevo sujeto pasivo del proceso penal en el Título III, de la Sección IV, del Libro Primero, pero ya no para afrontar únicamente

eventuales responsabilidades indemnizatorias, directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible y que pueden concluir con la aplicación sobre ella de una sanción penal en su modalidad especial de consecuencia accesoria [SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Editorial Idemsa, Lima, 2009, p. 80]. Esta orientación legislativa, además, dispone, para todo ello, la realización de un proceso penal de corte unitario que comprenderá tanto a personas naturales como jurídicas, aunque con formulación de cargos y requerimientos diferenciados en atención a la naturaleza particular del sujeto imputado y de las necesidades específicas del *thema probandum* que le conciernen [ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 314]. F.j. 21. En el NCPP, las normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90 y 93. Cada una de estas normas legisla aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a las personas jurídicas, así como sobre la actividad procesal que estas pueden desplegar. La morfología y función de tales disposiciones es la siguiente: A) El artículo 90 del NCPP identifica a las personas jurídicas que pueden ser partes procesales y objeto de emplazamiento por la autoridad judicial. En él se fijan los presupuestos necesarios para el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en un proceso penal. Al respecto, el presupuesto esencial que exige dicha norma se refiere a la aplicación potencial sobre el ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias que contemplan los artículos 104 y l05 del CP. Esta disposición también concede al fiscal legitimación exclusiva para requerir ante la autoridad judicial dicho emplazamiento e incorporación procesal. Tal norma, por lo demás, no obsta a que, respecto del artículo 104 del CP y en sus estrictos marcos, el actor civil tenga legitimación activa conforme a la concordancia de los artículos 11, 104 y 105 del NCPP. B) El artículo 91 del NCPP disciplina la oportunidad y la tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica como parte procesal. Esta norma señala que la solicitud de emplazamiento del fiscal se debe formular ante el Juez de la Investigación Preparatoria, luego de comunicarle su decisión formal de continuar con las investigaciones y hasta antes de que se declare concluida la investigación preparatoria. En este artículo se detallan también los datos básicos de identificación que deberá contener la solicitud fiscal y que son los siguientes: i) La identificación de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etcétera). ii) El domicilio de la persona jurídica (sede matriz o filiales). La solicitud, además, debe señalar, de modo circunstanciado, los hechos que

relacionan a la persona jurídica con el delito materia de investigación. Por tanto, se debe referir la cadena de atribución que la conecta con acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible. Y, en base a todo ello, se tiene que realizar la fundamentación jurídica que justifique incluir al ente colectivo en el proceso. La tramitación que deberá darse a la solicitud será la misma que detalla el artículo 8 del NCPP para el caso de las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones. C) El artículo 92 del NCPP trata de la representación procesal de la persona jurídica. La norma establece que el órgano social de la persona jurídica debe designar un apoderado judicial. Sin embargo, se excluye de dicho rol a toda persona natural que esté comprendida en la misma investigación y bajo la imputación de los mismos hechos que determinaron el emplazamiento y la incorporación procesal de la persona jurídica. La norma dispone, además, un plazo de cinco días para que el órgano social de la persona jurídica cumpla con designar al apoderado judicial. Si al vencimiento de dicho plazo no se hubiera realizado tal designación la hará el Juez de la Investigación Preparatoria. D) En el artículo 93 del NCPP se detallan los derechos y garantías procesales que se le reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal. Al respecto, se reconoce a la persona jurídica procesada, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, los mismos derechos y garantías que corresponden, en un debido proceso legal, a toda persona natural que tiene la condición de imputado. Principalmente, el derecho a una defensa activa, a la posibilidad de contradicción procesal, a la impugnación dentro de la ley de toda resolución que la cause gravamen. E) El apartado 2 del artículo 93 del NCPP regula una situación especial de contumacia o rebeldía de la persona jurídica procesada la cual, sin embargo, en ningún caso, puede generar que se afecte o suspenda la continuación del proceso. F.j. 22. La vigencia escalonada del NCPP en el país, como se ha destacado, limita la utilidad de las normas procesales alusivas a la persona jurídica y, por ende, dificulta la aplicación judicial de las consecuencias accesorias en muchos Distritos Judiciales. Por tal razón y tomando en cuenta las reglas y el procedimiento fijado por aquel para dicha finalidad, corresponde postular un conjunto de criterios operativos en aplicación directa de los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio, conforme a lo dispuesto, en lo pertinente en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso penal, a cuyo efecto se tendrá en consideración, en cuanto sea legalmente compatible con la estructura del ACPP, los siguientes criterios operativos, inspirados en el NCPP: A) El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado

en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91.1 del NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del Juez Penal. B) La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada persona jurídica, el Juez Penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92 del NCPP. C) La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral. D) La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso, solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica. E) La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El Juez o Sala Penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

Plazo máximo de detención

El plazo máximo de detención o de prisión preventiva es el lapso de tiempo fijado al término de la medida cautelar de sujeción de la libertad, llegado el cual el detenido o privado de libertad debe recuperar su libertad (libertad procesal). Según la norma anterior (Decreto Ley N° 25824 desde el 10 de noviembre de 1993) los plazos son nueve (9) meses para procesos sumarios que la ley llama ordinarios y quince (15) para los procesos ordinarios que la ley llama especiales, con la Ley N° 27553 desde el 14 de noviembre de 2001 el proceso ordinario el plazo máximo es de dieciocho (18) meses, tratándose de procesos complejos o con pluralidad de agentes el plazo puede duplicarse: es decir, dieciocho (18) meses para los sumarios y treinta y seis (36) meses para los ordinarios. En el caso de la prisión preventiva (conforme al artículo 272 del CPP) el plazo es de nueve (9) meses y se trata de un proceso complejo el plazo es dieciocho (18) meses; si concurran circunstancias que importen

una especial dificultad o prolongación de la investigación, el plazo se duplica en el proceso no complejo el plazo es de dieciocho (18) meses y en caso de procesos complejos el plazo es de treinta y seis (36) meses.

Sobre el particular, la STC Exp. N° 01300-2002-HC/TC-Lima, caso Hugo Eyzaguirre Maguiña, del 27 de agosto de 2003, ha señalado que:

F.j. 4. El referido artículo 137 del Código Procesal Penal prescribía los plazos máximos de detención en el proceso penal. Este dispositivo entró en vigencia el 10 de noviembre de 1992, según lo dispuesto por el Decreto Ley N° 25824, y fijaba un plazo máximo de detención de 9 meses para los procedimientos ordinarios y de 15 para los especiales. De conformidad con el artículo 3 del Decreto Ley N° 25824, el procedimiento ordinario al que hacía referencia el Código Procesal Penal es el que actualmente se conoce como "proceso sumario", y el que se denominaba procedimiento especial es el actual proceso ordinario. De modo que, desde el 10 de noviembre de 1992, el plazo máximo de detención para los procesos sumarios pasó a ser de 9 meses, y de 15 para los ordinarios. F.j. 5. La Ley N° 27553 entró en vigencia el 14 de noviembre de 2001, y modificó el artículo 137 del Código Procesal Penal respecto al plazo máximo de detención para el procedimiento ordinario, el cual ahora cambió a 18 meses. F.j. 14. La Ley N° 27553, que modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal, tiene en su disposición transitoria una norma que regula su aplicación en el tiempo, la cual establece que será aplicada a los procesos en trámite. Por tanto, no rige para los efectos de la Ley N° 27553 lo dispuesto en la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil. Ello significa que podrá regular casos en los que la detención ha sido ordenada cuando la antigua regulación del artículo 137 del Código Procesal Penal estaba vigente. F.j. 15. No es aplicable el nuevo plazo de detención para los casos en que, al momento de entrada en vigencia de la Ley N° 27553, ya se cumplieron los 15 o 30 meses que establecía el artículo 137 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley N° 25824, por cuanto no es posible que se extienda un plazo que ya ha vencido. En caso que el plazo de detención se haya cumplido antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 27553, sin haberse dictado sentencia de primer grado, el derecho a la excarcelación se regula conforme al primer párrafo del artículo 137 del Código Procesal Penal. F.j. 16. Asimismo, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, en caso de que a la entrada en vigencia de la Ley N° 27553 el plazo de detención aún no haya vencido, será de aplicación el nuevo plazo máximo.

Asimismo, en la STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC-Lima, caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio, del 23 de noviembre de 2004, se prescribió que: F.j. 18. Es deber del juez penal

dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculpado se encuentre en condición de detenido de un lado porque: "(...) el poder del Estado para detener a una persona en cualquier momento del proceso constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar tales casos dentro de un plazo razonable" (Informe N° 2/97, y, de otro, porque el procesado que afronta tal condición sufre una grave limitación de la libertad que, stricto sensu, la ley ha reservado solo a los que han sido efectivamente condenados. F.j. 19. De no tenerse presente ello, una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, se convertiría en un instrumento de excesiva aflicción física y psicológica para quien no tiene la condición de condenado, resquebrajando su capacidad de respuesta en el proceso y mellando el propio principio de dignidad. Tal como lo ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "[L]a situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia." (Informe N° 2/97. Casos N°s 11205 y otros, párrafo 7). F.j. 20. En consecuencia, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo de detención, es preciso analizar si el Juez Penal ha procedido con la "diligencia especial" debida en la tramitación del proceso (caso Kenmache. Sentencia del TEDH, párrafo 45).

Pluralidad de agentes en caso de tráfico ilícito de drogas

La pluralidad de agentes es la intervención de varios sujetos en la comisión de un delito, con roles de dominio del hecho sea como coautores y como partícipes primarios o secundarios. En el caso del inciso 6 del artículo 297 del Código Penal, que prescribe: "(…) El hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración (…)". La pluralidad en el caso de la forma agravada del favorecimiento o promoción del tráfico ilícito de drogas en cuyo caso el legislador ha exigido que intervengan tres personas o más, así conforme a la doctrina judicial o suprema, la intervención de dos personas no configura el agravante de pluralidad.

En el Acuerdo Plenario N° 03-2005/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de noviembre

de 2005, se realizan las siguientes precisiones:

F.j. 7. El objeto de la norma antes descrita es sancionar con severidad –por su carácter agravado– a quienes participan en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en tanto integran un conjunto de tres o más personas. A este respecto es de destacar y señalar que: a) La sola existencia o concurrencia, sin más, de una pluralidad de agentes (tres o más) en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo 297.6 del Código Penal, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal). b) La simple ejecución del delito, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada. Es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de, por lo menos, tres personas en la comisión del delito.

Es decir, la existencia e intervención de tres o más agentes en el tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el citado inciso 6) del artículo 297 del Código Penal. c) Es entonces el conocimiento, según las pautas ya descritas, un elemento esencial que debe estar presente y ser ponderado por el órgano jurisdiccional. Si quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, no conoce que en el mismo intervienen –o necesariamente intervendrán por lo menos tres personas, incluida él– no será posible ser castigado por dicha agravante. d) La decisión conjunta o común del hecho en sus rasgos esenciales de por lo menos tres personas, sin perjuicio de su concreta actuación material, es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención. Al no presentarse tal decisión, que exige el conocimiento de la intervención de por lo menos otras dos personas, no será posible calificar el hecho, para la persona concernida, en el inciso 6) del artículo 297 del Código Penal.

PRECEDENTE VINCULANTE

El precedente vinculante es una decisión constitucional o resolución judicial que establece una regla de derecho o un criterio judicial o constitucional uniforme que por mandato de la ley es norma jurídica vinculaten para los demás casos semejantes que precisan ser resueltos con los mismos parámetros establecidos en la decisión precedente, a nivel judicial se adoptan en el marco del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial - LOPJ [Texto único

ordenado de la Ley orgánica del Poder Judicial del Decreto Legislativo N° 767 - Decreto Supremo N° 017-93-JUS publicado el 2 de junio de 1993]**.** Igualmente se adoptan conforme al mandato del artículo 433 incisos 3 y 4 del Código Procesal Penal, artículo 301-A del Código de procedimientos Penales, el artículo 400 del Código Procesal Civil**,** el artículo 37 del Texto único ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo y los artículos V, VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

PRECEDENTES VINCULANTES PENALES

Los precedentes vinculantes penales son las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la República adoptados en en el marco del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial - LOPJ, [Texto único ordenado de la Ley orgánica del Poder Judicial del Decreto Legislativo N° 767 - Decreto Supremo N° 017-93-JUS publicado el 2 de junio de 1993], que corresponden al área penal, conforme a las normas procesales de su propósito, son los siguientes:

Recurso de Nulidad N° 1766-2004-Callao, caso José Givaldo Da Silva sobre Tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, sobre la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 21 de setiembre de 2004. Ámbitos de la conclusión anticipada de la instrucción judicial y de la conclusión anticipada del juicio oral. Efectos jurídicos de la conclusión anticipada del juicio oral.

Competencia N° 18-2004-Lima, caso Contienda de competencia entre el Consejo Supremo de Justicia militar y el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, sobre lesiones graves seguidas de muerte contra Jorge Luis Rabanal Calderón y otros, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 17 de noviembre de 2004. Delimitación material del delito de función y del ámbito de competencia de la jurisdicción militar.

Recurso de Nulidad N° 3044-2004-Lima, caso Brígida Marcela Noreña Tolentino sobre delito de terrorismo en agravio del Estado, sobre la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 1 de diciembre de 2004. Criterios para valorar declaraciones brindadas indistintamente en las etapas de instrucción y juicio oral por un mismo testigo o imputado e inhabilitación posterior a la condena.

Consulta N° 126-2004-Lima, caso Pedro Pablo Cotrina Sánchez, sobre asociación terrorista, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 20 de diciembre de 2004. Naturaleza jurídica del delito de colaboración y asociación terrorista.

Recurso de Nulidad N° 3048-2004 -Lima, caso Alfonso Abel Dueñas Escobar, sobre terrorismo, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 21 de diciembre de 2004. Elementos constitutivos del tipo penal de terrorismo básico.

Recurso de Nulidad N° 1062-2004 -Lima, caso Luis William Polo Rivera o Luis Williams Polo Rivera o Luis Williams Pollo Rivera, sobre colaboración terrorista en agravio del Estado, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 22 de diciembre de 2004. Naturaleza jurídica del delito de colaboración terrorista. Atipicidad del acto médico y la punibilidad del mismo cuando de manera consciente y voluntaria se realiza actos de colaboración a favor de un aparato de salud de una organización terrorista.

Recurso de Nulidad N° 2212-2004 -Lambayeque, caso Ana Teresa Vigil Pérez, sobre delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad en agravio del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo y Repuestos Trujillo S.A., Sala de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 13 de enero de 2005. Diferencia entre los delitos de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad y peculado por extensión.

Recurso de Nulidad N° 1628-2004-Ica, caso Pedro Antonio Espinoza Neyra, sobre seducción de menor, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 21 de enero de 2005. Naturaleza y alcances del elemento típico "engaño" en el delito de seducción.

Recurso de Nulidad N° 4052-2004 -Ayacucho, caso contra Delfín Delgadillo Vargas, por delito de TID en agravio del Estado, del 10 de febrero de 2005, la Corte Suprema estableció que si un interno es beneficiado con la refundición de su pena, el nuevo ingreso al centro de reclusión no puede ser tomado como nueva comisión de ilícito ni ser un impedimento para la concesión de los beneficios penitenciarios, en atención a la única pena refundida.

Recurso de Nulidad N° 3932-2004-Amazonas, de la Segunda Sala Penal Transitoria en el caso Carlos Alberto Ramos Sandoval y otros sobre delito de robo agravado de fecha 17 de febrero de 2005, la "disponibilidad que, **más que real y efectiva debe ser potencial,** esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída (…)".

Recurso de Nulidad N° 367-2004 -Santa, caso contra Marcial Inga Jaime por delito de estafa en agravio de la Municipalidad Provincial del Santa, del 23 de febrero de 2005, establece que el concurso real retrospectivo contemplado en el artículo 51 del Código Penal, se produce cuando los delitos que componen el concurso no han sido juzgados simultáneamente en un solo proceso,

que el descubrimiento posterior no invalida el concurso real del delito cometido y que el sobreseimiento no impide la acción civil sobre el delito ni la ley es inconstitucional.

Recurso de Nulidad N° 104-2005 -Ayacucho, caso Arístides Jaime Ramos Veramendi, sobre tráfico ilícito de drogas, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 16 de marzo de 2005. Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación.

Recurso de Nulidad N° 352-2005 -Callao, caso Javier Gonzáles Gonzáles, sobre tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 16 de marzo de 2005. Criterios para la adecuación de penas por modificaciones de la Ley Nº 28002.

Recurso de Nulidad N° 216-2005-Huánuco, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el caso Jofre Rivera Ruiz sobre delito de Tráfico ilícito de drogas de fecha 14 de abril de 2005, Criterios para fijar el monto de la reparación civil en sentencias sucesivas de un evento criminal.

Recurso de Nulidad N° 1004-2005-Huancavelica, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el caso Gaby Collado Tello, Pilar Esperanza Santoyo Gómez y Félix Marcelino Quispe Anccasi sobre delito de falsedad material, de fecha 25 de mayo de 2005. Cómputo del plazo para la fundamentación del recurso de nulidad.

Recurso de Nulidad N° 3332-2004-Junín, de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el caso Fernanda Luzamila Cóndor Robles sobre delito de peculado doloso de fecha 27 de mayo de 2005, presupuestos para la aplicación de la reserva de fallo condenatorio.

Recurso de Nulidad N° 798-2005-Ica, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el caso Alejandro Encinas Fernández sobre nulidad de Sentencia Suprema de fecha 22 de agosto de 2005, presupuestos para declarar la nulidad de las ejecutorias supremas

Acuerdo Plenario N° 01-2005/ ESV-22, se reconoce diversas Ejecutorias vinculantes como precedentes: Ejecutorias supremas vinculantes. Constituyen precedentes vinculantes, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de noviembre de 2005. Recursos de Nulidad Nºs 224-2005, 1091-2004, 948-2005 y 1538-2005.

Recurso de Nulidad N° 224-2005 -Sullana, caso contra Sebastián Serna Jaramillo e Iván Leguía Morales, sobre TID, del 21 de abril de 2005, la Sala Penal Superior puede modificar la calificación jurídica del

hecho objeto de la acusación –lo que incluye, obviamente, las denominadas "circunstancias modificativas de la responsabilidad penal", pero a condición –en cumplimiento del principio de contradicción o más concretamente del derecho de conocimiento de los cargos, mediante la desvinculación.

Recurso de Nulidad N° 1091-2004 -Lima, caso contra Julio Alberto Peña García, Paúl Alfonso Castillo Aguilar y Héctor Villanueva Granda sobre cohecho propio en agravio del Estado, del 22 de marzo de 2005, en el delito de corrupción de funcionarios, que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al *extraneus* que corrompe a aquel funcionario.

Recurso de Nulidad N° 948-2005 -Junín, caso contra Juan Román Marcelino Arge Chanco, sobre por delito contra la Administración Pública –Peculado– en agravio del Estado y del "Centro educativo de menores técnico industrial Veintisiete de Mayo de Quilca, del 7 de junio de 2005, la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil.

Recurso de Nulidad N° 1538-2005 -Lima, caso contra Eduardo San Cristóbal y otros por delito de estafa y otro en agravio de Enrique Barrera Aramburú y otros, del 20 de junio de 2005, no es necesario que el agraviado se haya constituido en parte civil, para reclamar la reparación civil en ejecución de sentencia.

Recurso de Nulidad N° 2206-2005 -Ayacucho, caso contra Flavio Argumedo Gamboa por delito contra la salud pública –tráfico ilícito de drogas– en agravio del Estado, del 12 de julio de 2005, en la conclusión anticipada no es necesario plantear y votar las cuestiones de hecho, al no haberse desarrollado el plenario contradictorio.

Sentencia Plenaria N° 01-2005/ DJ-301-A, del 30 de setiembre de 2005, se establece que respecto a los delitos de robo agravado, que el momento consumativo requiere la disponibilidad de la cosa sustraída por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída.

Sentencia Plenaria N° 02-2005/ DJ-301-A, del 30 de setiembre de 2005, respecto a la aplicación del artículo 6 del Código Penal en relación con la Ley número 28002: 1ª) Cuando la nueva ley disminuye el marco legal abstracto con que se conmina la infracción penal objeto de condena firme, la pena impuesta con arreglo a la ley anterior ineludiblemente debe

ser sustituida; 2ª) La sustitución de la pena debe respetar los hechos declarados probados, y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para la determinación judicial de la pena, los que son inmutables; 3ª) La nueva pena a imponerse debe respetar los principios de proporcionalidad y de legalidad; 4ª) Si se impuso el máximo o el mínimo legal con arreglo a la ley anterior, la nueva pena sustituida debe, igualmente, imponer el máximo o el mínimo legal, respectivamente, establecida en la nueva ley; y, 5ª) Si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o esta respeta los parámetros de dicha ley, la nueva pena debe, asimismo, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley o, según el caso, una pena dentro de los parámetros de la nueva ley. En ambos casos, el nivel de disminución queda librado al Tribunal de la sustitución, a cuyo afecto valorará el conjunto de factores y circunstancias fijados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, así como las demás previstas en la Ley e incorporadas en la sentencia. Otros factores que deben tomarse en consideración son, de un lado, el nuevo cuadro de penas instituido por la nueva ley para el conjunto de delitos regulados por ella y referidos a la misma Sección modificada; y, de otro lado, aunque sin ser estimado como el factor principal o preferente, la lógica proporcional en relación a la concreta cuantía de la pena que impuso el Tribunal originario.

Recurso de Nulidad N° 2476-2005-Lambayeque, contra Luis Alberto Vallejos Burga sobre delito de Peculado Agravado en agravio del Estado - Foncodes, del 20 de abril de 2006, la sentencia condenatoria se ejecuta provisionalmente "conforme a sus propios términos" aunque se interponga recurso de nulidad, y salvo la suspensión el órgano judicial debe exigir el cumplimiento de la reparación civil y las penas no suspendidas. El pago de la reparación civil aunque no se fije como regla de conducta es exigible en ejecución de sentencia firme, cuando se fija como regla de conducta la reparación del daño y esta no se cumple, el juez de ejecución debe exigirla sin necesidad de apercibimientos previos, entendiendo su incumplimiento como una conducta omisiva**.**

Acuerdo Plenario N° 01-2006/ ESV-22, se reconoce diversas Ejecutorias vinculantes como precedentes: Ejecutorias supremas vinculantes. Constituyen precedentes vinculantes, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006. Recursos de Nulidad N°s 1450-2005, 1912-2005 y 2448-2005.

Recurso de Nulidad N° 1450-2005/ Lima, caso Vasty Miriam Lescano Ancieta, Amaro Sánchez Juárez,

Rafael Fortunato Ovalle Vargas, Víctor Campos Bullón, Diana Ivonne Suárez Moncada y Javier Érico Suárez Moncada sobre delito de colaboración terrorista, del 31 de agosto de 2005, el dolo en este delito, implica tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo; es decir, tanto al que de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios, cuanto al que realiza actos de colaboración –identificados en el párrafo siguiente–, en la medida en que –de cualquier modo– favorezcan la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista.

Recurso de Nulidad N° 1912-2005/ Piura, caso Agustín Eleodoro Romero Páucar sobre delito de homicidio agravado en agravio de Segundo Humberto Mantilla Bautista, del 6 de setiembre de 2005, que lo característico de la prueba indiciaria es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar.

Recurso de Nulidad N° 2448-2005/ Lima, caso Antauro Igor Humala Tasso y otros sobre delitos contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio calificado– en agravio de Carlos Alberto Cahuana Pacheco y otros, violación de la libertad personal –secuestro– en agravio de Miguel Angel Canga Guzmán y otros, peligro común –sustracción o arrebato de armas de fuego– en agravio de la Sociedad y contra los poderes del Estado y el orden constitucional –rebelión– en agravio del Estado, del 12 de setiembre de 2005. El factor decisivo a tomar en cuenta estriba para determinar al Juez natural, en que, al menos, uno de los elementos constitutivos del delito, parcial o absolutamente, sea ejecutado en un ámbito territorial concreto.

Recurso de Nulidad N° 1768-2006 -Loreto, caso Julio Guzmán Upiachihuay, del 12 de julio de 2006, en los procesos en reserva, el ausente y el contumaz en el nuevo juicio que se rige por las reglas del artículo 321 del Código de Procedimientos Penales, tiene derecho a ofrecer nueva prueba, al iniciarse el nuevo juicio del ausente o del contumaz.

Queja N° 1678-2006-Lima, caso Hilda Bellido Hurtado sobre delito contra la fe pública - falsedad, en agravio de de Comercial Inmobiliaria Santa Teresa Sociedad Anónima, y delito contra la fe pública - falsedad material en agravio del Estado, del 13 de abril de 2007, conforme al principio acusatorio: primero: el objeto del proceso o los hechos y límites fácticos los fija el fiscal, y segundo: la acusación es privativa del Ministerio Público.

Recurso de Nulidad N° 2860-2006-Ancash, caso Gaudencio Huamán Carrasco sobre delito contra la libertad - violación sexual en agravio de menor Y.D.C.T., del 25 de junio de 2007, la aplicación del artículo 173 del Código Penal conforme a su texto original establecía una pena no menor de cinco años sin precisar la máxima que le corresponde, y lo mismo ocurría con los agravantes según el grupo etáreo sin fijar el máximo, por lo tanto el máximo que corresponde en cada grupo, debe ser equivalente al grupo etareo precedente, siendo el caso del último el máximo de la pena genérica vigente con el texto original es decir veinticinco años y luego de la modificatoria el máximo será la pena de treinta y cinco años.

Acuerdo Plenario N° 01-2007/ ESV-22, se reconoce diversas Ejecutorias vinculantes como precedentes: Ejecutorias supremas vinculantes: 2090-2005, 496-2006, 1500-2006 y 1920-2006 Constituyen precedentes vinculantes, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008.

Recurso de Nulidad N° 2090-2005/ Lambayeque, caso Víctor Miguel Carrillo Gonzales en el proceso que se le sigue por delito contra la administración pública - peculado y otros en agravio de la Municipalidad Distrital de Pítipo, del 7 de junio de 2006, no se aplica el principio *ne bis in idem* para un mismo hecho auditado en sede administrativa y penal, y viceversa, pues la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad.

Recurso de Nulidad N° 496-2006 -Arequipa, caso Leónidas Agapito Cahuina Zapana como autor del delito contra la Administración Pública en las modalidades de Abuso de Autoridad y Ocultamiento de Medio Probatorio, en agravio del Estado, del 17 de julio de 2006, el policía si bien tiene cierta subordinación con relación al representante del Ministerio Público, también lo es que aquel como funcionario público –efectivo de la Policía Nacional del Perú– tiene sus propias obligaciones con respecto al Ministerio Público. Conforme al precedente vinculante además de ser una conducta omisiva o diletante, se requiere subordinación entre el que manda hacer y el que es obligado.

Recurso de Nulidad N° 1500-2006 -Piura, caso Noni Cadillo López sobre delito contra la Salud Pública –tráfico ilícito de drogas– en agravio del Estado del 17 de julio de 2006, el cambio jurisprudencial no es un cambio normativo, [ni siquiera lo establecido en la jurisprudencia vinculante, por tanto no puede instarse como norma de favorabilidad pro reo.

Recurso de Nulidad N° 1920-2006 -Piura, caso Óscar Rimay Dávila sobre delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado del 8 de agosto de 2006, la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, que no ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo.

Casación N° 061-2009-La Libertad, caso Carlos Wilfredo Ganoza Orezzoli y don Ricardo Fernando Ríos Yglesias sobre delito de falsificación de documentos, en agravio de Sunat, del 5 de marzo de 2010. Se advierte que no solo no se han elevado los audios de ambas audiencias, sino que las resoluciones orales no aparecen transcritas íntegramente en el acta correspondiente, y el acta de apelación solo está suscrita por un asistente judicial sin intervención del Presidente de la Sala.

Casación N° 4216-2009-Lima, caso Karen Hapuc Chamba Taboada sobre variación del mandato de prisión preventiva, del 25 de abril de 2011. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. DISPUSIERON: que lo anotado en los considerandos cuarto, quinto y sexto de lo presente Ejecutoria Suprema –referido a la vigencia de la Ley número veintinueve mil cuatrocientos noventa y nueve en lo que respecta a los requisitos concurrentes para dictar mandato de detención– constituye precedente vinculante normativo.

Casación N° 159-2011-Huaura, caso Wilfredo Sánchez Eunofre y don Odger Calero Ermitaño sobre delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto agravado de ganado, en agravio de don Emeterio Baltazar Oyola y otros, del 22 de mayo de 2012, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. El nuevo modelo procesal penal, no implica la liquidación de la transcripción de las resoluciones judiciales oralmente pronunciadas; sino más bien, dentro del marco constitucional, armoniza lo oral y lo escrito (que se halla normativamente limitado –referencia a la síntesis en las actas, prohibición de la presentación de escritos en casos específicos–), tanto más que el acuerdo del pleno jurisdiccional de la judicatura superior realizado en Arequipa se concreta al decantamiento en pro de una opción preferencial por lo oral, mas no una eliminación de los marcos legales de los escritos. Los autos orales deben estar debidamente documentados en las actas, firmados por los intervinientes, pero cuando sean recurridos o sean solicitados por las partes, deben estar transcritos íntegramente y suscritos por los magistrados.

PREEXISTENCIA DEL BIEN

La preexistencia del bien, es el requisito necesario para acreditar la existencia de un ilícito contra el

patrimonio, puesto que la fiscalía debe probar que el bien imputado de desposesión y apoderamiento existía antes de la comisión del delito. Esta condición de punibilidad se encuentra regulada en el artículo 183 del Código de Procedimientos Penales. Y en el artículo 201 inciso 1 del Código Procesal Penal.

Sobre el particular, en la **STC Exp. N° 00198-2005-HC/TC - Lima**, caso James Louis King, del 18 de febrero de 2005, f.j. 2, se aprecia lo siguiente: Respecto al alegato del recurrente de que no se habría demostrado la preexistencia del bien materia del delito, este colegiado considera que, aun cuando el derecho a la prueba constituye un elemento del debido proceso, y la presunción de inocencia obliga al órgano jurisdiccional a una actividad probatoria suficiente que desvirtúe el estado de inocencia del que goza todo imputado, en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de valoración razonable y proporcional ("Sana Crítica"). En virtud de ello, el juzgador dispone de un sistema de evaluación de los medios probatorios sin que estos tengan asignado un valor predeterminado ("Tarifa Legal"). En ese sentido, prima facie la valoración de las pruebas corresponde únicamente a la justicia ordinaria, no siendo la justicia constitucional competente para determinar si ha quedado demostrada la responsabilidad penal del imputado.

Prescripción de la acción penal

La prescripción es la institución procesal por medio de la cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas; por la prescripción de la acción penal se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo. En el Derecho anglosajón se le conoce como *statute of limitations*. Muchas veces la utilización de la palabra prescripción en Derecho se limita a la acepción de prescripción extintiva o liberatoria, mediante la cual se pierde el derecho de ejercer una acción por el transcurso del tiempo. "El tiempo lleva a la consolidación de ciertos derechos o a la pérdida de los mismos". Conforme al **Precedente** vinculante constitucional Cáceda Pedemonte STC Exp. N° 1805-2005-HC, resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesal, vinculados al derecho al debido proceso, que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando esta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida, y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos.

En efecto , según la **STC Exp. N° 01805-2005-HC/TC - Lima**, Caso Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, Lima, 29 de abril de 2005. **Precedente vinculante**. F.j. 6: "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". F.j. 7. "Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo." F.j. 8. "Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro hómine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica. El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal." F.j. 9. "Así, la ley considera varias razones que permiten extinguir la acción penal, en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva: pueden ser causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía)." F.j. 10. "En este orden de ideas, resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesal, vinculados al derecho al debido proceso, **que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando esta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida, y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos**".

Igualmente, podemos citar el Acuerdo Plenario N° 06-2007/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia:

F.j. 6. El Título V "Extinción de la acción penal y de la pena" del Libro Primero "Parte General" del Código Penal regula, entre otros aspectos, la suspensión de la prescripción de

la acción penal. Según estatuye el artículo 84 del citado Código: "Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido". La citada disposición legal, así expuesta, existe como presupuestos que determinan el efecto suspensivo del plazo de prescripción, en primer lugar, que preexista o surja ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal incoado; y, en segundo lugar, que la decisión que incida sobre la iniciación o continuación del proceso se realice en otro procedimiento, obviamente distinto del que se ve impedido de continuar o del que, por lo anterior, no pueda instaurarse. F.j.7. La posibilidad de que el Supremo Tribunal conozca de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios –vía recurso de nulidad– pasa por el filtro del recurso de queja excepcional conforme a lo dispuesto por el apartado dos del artículo 297 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo Nº 959. El objeto de este recurso extraordinario es, claro está, que la Sala Penal Suprema resuelva la admisibilidad de un recurso de nulidad rechazado por la Sala Penal Superior que actuó como Tribunal ad quem. El mencionado recurso será estimado siempre que "(...) se acredite que la resolución impugnada o el procedimiento que la precedió infringió normas constitucionales o normas con rango de ley directamente derivadas de aquellas". Es importante precisar que, como consecuencia de la interposición del recurso de queja, el Superior Tribunal dicta el auto concesorio respectivo y ordena la formación del cuaderno de queja. Este se eleva al Supremo Tribunal, que absuelve el grado previo dictamen fiscal, y remite copia certificada de la respectiva Ejecutoria Suprema al Colegiado Superior, el que de estimarse el recurso interpuesto concede el recurso de nulidad antes denegado. En este sentido, se debe dilucidar si la interposición del recurso de queja excepcional suspende los plazos de prescripción. F.j. 8. El primer presupuesto material que determina la suspensión del plazo de prescripción –indicado en el párrafo 6– se presenta, con toda evidencia, puesto que la interposición del recurso de queja da origen a una cuestión jurídica inédita, centrada en definir si el órgano jurisdiccional de mérito –en concreto, el Tribunal ad quem– vulneró la Constitución o, en un sentido más amplio, el bloque de constitucionalidad, de suerte que su dilucidación, más allá o independientemente del propio efecto del recurso en análisis, obliga a establecer si la causa debe o no continuar, si se abre o no una instancia jurisdiccional excepcional. Es decir, impide hasta su dilucidación el archivo definitivo del proceso penal incoado, el mismo que habría

operado de no haberse interpuesto el citado recurso. F.j. 9. El segundo presupuesto material que ocasiona la suspensión del plazo de prescripción –precisado, igualmente, en el párrafo 6– también concurre en el presente caso. En efecto, como consecuencia de su interposición se forma un cuaderno de queja, que opera de forma independiente al expediente principal a través de un procedimiento, sin duda excepcional y autónomo, a mérito del cual el archivo de la causa se suspende hasta que no se resuelva el recurso de queja. F.j. 10. Por tanto, la incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecua a las exigencias de los procedimientos que suspenden la prescripción de la acción penal. En consecuencia, para el cómputo de los plazos de prescripción en el referido supuesto no puede considerarse el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoría Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo.

Del mismo modo, el Acuerdo Plenario N° 09-2007/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80 y 83 del Código Penal:

F.j. 6. El Código Penal distingue de manera sistemática funcional dos clases de plazos para la prescripción de acción penal. Es así que en el artículo 80 regula lo concerniente al plazo ordinario y en el artículo 83 *in fine* hace referencia al plazo extraordinario. F.j. 7. Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que este se vence cuando "el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción". Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82 del Código Penal. F.j. 8. Ahora bien, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el articulo 29 o en diferentes delitos tipificados en la Parte Especial del Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80 del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua. F.j. 9. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el

plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que tales límites excepcionales solo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83 del Código Penal. F.j. 10. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 08-2009/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de enero de 2010, sobre la prescripción de la acción penal en el artículo 46-A (derecho penal en la persona, agravante por ser agente funcionario público) y artículo 49 (delito continuado) del Código Penal, establece: Las circunstancias que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida. La circunstancia agravante del artículo 46-A del CP solo está justificada en la determinación judicial de la pena concreta. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado –delito masa–, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49 CP, constituye ya un delito en sí –delito masa–. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto –la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito–, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

Asimismo, el **Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2010, señala:

§ Desarrollo del primer tema. F.j. 12. El legislador incrementó el plazo de prescripción (duplicó) en el

último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Perú - "el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos". La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertencientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacía el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica un mayor desvalor de la acción –como conducta peligrosa para los bienes jurídicos– complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas. F.j. 13. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variente en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune. F.j. 14. Es necesario completar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó –método lógico– sistemático. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal se orienta al *Capítulo II, Título XVII, del Libro Segundo* del mismo cuerpo legal, "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos", atendiendo a dos aspectos concretos: A) En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos. B) Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de

prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos lo delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos. F.j. 15. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos: A) Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito –funcionario o servidor público– y el patrimonio del Estado. B) El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos. C) Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta funcionarial, una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades especificas no poseía. F.j. 16. Una interpretación distinta seria irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal. F.j. 17. Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada. A) En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado. B) La segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del Sector Público como del Sector Privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40 y 60 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2 del

Decreto Legislativo numero 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado. C) La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente valido. F.j. 18. El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal. **§4. Desarrollo del segundo tema**. F.j. 19. El Libro Tercero del Código Penal está dedicado a las faltas. Esta clase de infracciones penales no incluyen en su penalidad conminada penas privativas de libertad. Ellas son sancionadas solo con penas principales de multa o de prestación de servicios a la comunidad. En lo que respecta al plazo ordinario de la prescipción de la acción penal y de la pena en las faltas, el inciso 5 del artículo 440 señala de manera específica en un año. Además, dicha disposición consigna también que "la acción penal y la pena prescriben en caso de reincidencia a los dos años". F.j. 20. Sin embargo, el citado artículo no ha precisado cuáles son las reglas especiales sobre plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas. Por consiguiente, dado que el mismo numeral 440 ab initio establece que: "Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero (…)", es pertinente delinear los alcances de esa regulación supletoria para tales casos. F.j. 21. Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo 83 *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción. F.j. 22. Ahora bien, el artículo 440, inciso 5, señala también que en caso de reincidencia el plazo ordinario de prescripción de la acción penal y de la pena para las faltas es de dos años, por lo que en tales supuestos el plazo extraordinario será de tres años. No obstante, dicho artículo no identifica en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia en las faltas. Es en el artículo 46-B del Código Penal en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: "Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas". Corresponde, pues, sobre la base de las disposiciones legales

mencionadas desarrollar formulas de interpretación que los hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios: A) La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta. B) La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original. C) Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo 440. **§6. Desarrollo del tercer tema.** F.j. 23. Tercer tema. El apartado uno del artículo 339 del nuevo Código Procesal Penal prescribe que "la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal". Entonces la discusión de ese párrafo está centrada en las cuestiones de legitimidad y razonabilidad. F.j. 24. La "suspensión" de la precripción prevista en el artículo 84 del Código Penal consisten en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal constitutyendo asi la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibililidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal. F.j. 25. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido dutante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria. F.j. 26. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339 del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión "sui géneris", diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria

emitida por el fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal –quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción– suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Inversión Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde este acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del fiscal. F.j. 27. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la "suspensión" con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de "interrupción" de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del fiscal –formalizando la investigación– el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara. F.j. 28. Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos: A) Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos, y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo. B) El Estado por medio del Ministerio Publico ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la aplicación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo. F.j. 29. Desde esta perspectiva, el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada –el acto del fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la forma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, con marco de la política criminal del Estado. F.j. 30. Por tanto, la suspensión del plazo de prescripción singinifca que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que

persiga el delito. Constituye la manifestación de voluntad objetivamente idónea del Estado para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo y contribuye a consolidar el principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público prescrita en el artículo 159 de la Carta Política. F.j. 31. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139 de la Constitución –inserto en la garantía del debido proceso– y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable, por lo siguiente: A) El fenómeno de la prescripción regulado en la norma constitucional y sustantiva está determinado esencialmente por una autolimitación del Estado para ejercer su potestad represiva cuando no ejerce la acción eficaz y oportunamente en un tiempo determinado. Por tanto, el legislador es el que decide si los actos que se realizan para iniciar la persecución penal, como "la Formalización de la Investigación Preparatoria" es una causa que suspende el curso de la prescripción. B) Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interés social en la persecución de los delitos. C) La suspensión del plazo de la descripción no origina un problema de condiciones de desigualdad entre el Ministerio Publico y el imputado por la creación de una posibilidad que afecta derechos fundamentales, pues cuando el hecho imputado de carácter delictivo conserva su contenido de lesividad, es necesario una sanción a su autor por ser legitima. Es ese sentido, no se puede sostener la existencia de desigualdad –relevante jurídicamente– cuando se persigue y castiga una infracción punible. D) No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse. E) La reforma del sistema procesal implicó cambios radicales e importantes constituyendo uno de los mas significativos relevar a los jueces de las labores de investigación dentro del proceso penal –propio de un sistema acusatorio– y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones dentro del nuevo sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la "suspensión de la prescripción" se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso, promueve valores constitucionales medulares y

definitivos para la protección jurisdiccional efectiva. F) En el Nuevo Código Procesal Penal las etapas del proceso tienen un plazo establecido: La investigación policial o fiscal veinte días, la investigación preparatoria ciento veinte días, ampliado a sesenta días y para casos complejos hasta ocho meses y si bien el juzgamiento no tiene plazo definido, no obstante una de sus características principales como innovación del nuevo modelo procesal es su celeridad y continuación ininterrumpida hasta su conclusión, evitando dilaciones y perdida de concentración, como la propia Ley lo señala en el articulo 360 (inciso 1 y 51) –"si no fuera posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión y no podrá realizarse otros juicios hasta su culminación"–. Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces solo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente. G) Por otro lado, la propia norma procesal en los artículos 334 (inciso 2) y 343 regula las situaciones en las que el plazo de la investigación preliminar y preparatoria exceda su duración y reconoce al afectado el derecho de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria –Juez de Garantías considerado como el custodio de la legalidad del procedimiento de inestimación que realiza el Ministerio Público y tiene como función esencial tutelar las garantías del imputado– para que resuelva el conflicto y ordene la culminación de esas etapas procesales cuando las considere excesivas –se materializa por medio de una audiencia de control de plazos–. Es evidente el interés y voluntad del legislador de someter a control del plazo del proceso por el juez que ejerce las funciones del control de garantías –y reglado en el sistema procesal penal– en virtud del principio medular del Estado de Derecho para no dejar a completo arbitrio del fiscal la duración de la investigación. F.j. 32. En ese contexto, es claro que el plazo de la suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro. Con esto debe resaltarse que si

bien los actos del procedimiento suspenden el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hacen hasta cierto límite.

Acuerdo Plenario N° 02-2011/ CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2012, F.j. 16. De la lectura de estas dos proposiciones es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen los funcionarios y servidores públicos por el poder que ostentan. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*. F.j. 17. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va a conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88 del CP que estatuye: "La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible". F.j. 18. En suma, los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor –dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP–, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá la dúplica del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que legalmente solo corresponde al autor. F.j. 19. Se estima que lo precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, solo responden por el delito de infracción al deber en calidad de inductores o cómplices –sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó–, en tanto, no pueden realizar

materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor. En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal.

Por su parte, el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 03-2012/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de julio de 2012, prescribe: **§ 1. El Acuerdo Plenario Nº 1-2010-CJ-116 y la suspensión de la prescripción de la acción penal por formalización de la Investigación Preparatoria.** F.j. 6. El Acuerdo Plenario Nº 1-2010-CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del artículo 339 inciso 1: "La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal" declaró expresamente en su fundamento jurídico 27 lo siguiente: "La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la suspensión con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de interrupción de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del fiscal –formalizando la investigación– el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara". Sin embargo, con posterioridad a este Acuerdo Plenario un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional ha vuelto a insistir en la conveniencia de asumir que lo previsto en dicha norma como suspensión debe ser entendido como interrupción y que, incluso, procede a apartarse de lo establecido en el Acuerdo Plenario sobre la materia (cfr. Sentencia de Apelación del 21 de marzo de 2011, recaída en el Expediente Nº 00592-2008-49-1302-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de Huaura, fundamentos 4.1 a 4.10 y Voto Singular del Juez Superior Reyes Alvarado. Asimismo, comentario a dicha sentencia de José David Burgos Alvarado. "La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 22. Abril de 2011, p. 261 y ss.). Entre estas posturas también se ha afirmado, sin mayor detalle argumental y de modo reiterado, que la disposición del artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal, ha derogado las reglas sobre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que contienen los artículos 83 y 84 del Código Penal sustantivo. Frente

a ello, otro calificado sector de la doctrina ha ratificado la coherencia y validez de lo establecido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (cfr. PARIONA ARANA, Raúl. "La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 23. mayo de 2011, p. 221 y ss.). Las ponencias presentadas en la Audiencia Pública Preparatoria del 12 de marzo han puesto también de manifiesto estas discrepancias con diferentes argumentos en uno y otro sentido, siendo común a todas la ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del artículo 339 y que resulta imprescindible para esclarecer definitivamente la función y alcances dogmáticos así como prácticos de tal disposición legal. **§ 2. La fuente legal extranjera del artículo 339 inciso 1 valida la posición hermenéutica asumida en el Acuerdo Plenario de 2010**. F.j. 8. La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339 inciso 1 es plena y evidente. En efecto, al igual que la norma nacional, el literal a) del artículo 233 del Código Procesal Penal de Chile también establece que: "La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal". Ahora bien, en el artículo aludido del texto fundamental del Derecho Penal sustantivo del vecino país del sur los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción: "Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él". Esto significa, sencillamente, que en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, la interpretación hecha por el Acuerdo Plenario es correcta y tiene plena validez técnica y práctica. **§ 3. La suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal en el derecho penal histórico peruano han regulado siempre causales y efectos distintos.** F.j. 9. En el derecho penal histórico nacional, también los efectos y las causales de interrupción y suspensión de la acción penal han estado claramente estipulados sin que haya posibilidad alguna de confundirlos. Remitiéndonos únicamente al Código Penal de 1924 podemos constatar incluso que los artículos 121 sobre interrupción y el 122 sobre suspensión ponían en evidencia tales diferencias. Es más, en el segundo de los artículos citados, incluso se estipulaba que los efectos de la

suspensión no alcanzaban a los plazos de la prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo *in fine* la primera de dichas normas: "Si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido, salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior". Importante salvedad que no fue reproducida por el actual artículo 84 del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal. De esta manera, desde el plano histórico, se vuelve a ratificar la pertinencia y solidez hermenéutica de lo acordado en el Acuerdo Plenario Nº 1-2010-CJ-116. **§ 4. Las relaciones intrasistemáticas entre los artículos 83 y 84 del Código Penal de 1991, con el artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 son de plena compatibilidad funcional**. F.j. 10. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83 de Código Penal vigente. El artículo 84 del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339 del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo. Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5 en sus incisos 1 y 2: "1. La cuestión prejudicial procede cuando el fiscal decide continuar con la investigación preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extrapenal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado. 2. Si se declara fundada, la investigación preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido". Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones

intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario Nº 1-2010-CJ-116. **§ 5. Necesidad de un plazo razonable para la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004.** F.j. 11. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública Preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122 del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339 inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. Por lo demás, este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (art. 96), de octubre de 1984 (art. 83), de agosto de 1985 (art. 89) y de abril de 1986 (art. 88) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La duplicidad de la prescripción de la acción penal es la institución procesal por medio de la cual el transcurso del tiempo extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo, la cual en principio solo alcanza al *intranei*, aun cuando exista participación, y siempre que se trate de afección del erario nacional se duplica los plazos ordinarios y extraordinarios para que se despliegue sus efectos.

Sobre el particular, en la STC Exp. N° 1805-2005-HC/TC-Lima, caso Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, Lima, 29 de abril de 2005. **Precedente Vinculante**. F.j. 18, se establece que: "Este Supremo Colegiado considera que duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado, sería atentar contra el principio

de legalidad, de cuya interpretación *pro homine* se infiere que aplicarlo a todos los imputados a los que se procese es extender *in malam parte* lo que pudiera afectar a este, cuando por el contrario su aplicación debe ser *in bonam parte*. En consecuencia, dicha duplicidad solo es aplicable en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado o de organismos sometidos por este, de conformidad con el artículo 41, *in fine*, de la Constitución". F.j. 48. Como lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la detención, De conformidad con el artículo VI, *in fine,* del Código Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos 10, 18, 33, 34, 35 y 36 son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

Principio Acusatorio

El principio acusatorio es condicionante de conducta constitucional que establece que la dirección de la persecución del delito perseguible públicamente corresponde exclusivamente al Ministerio Público lo que imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: "a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos o bienes jurídicos vulnerados de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.

En la STC Exp. N° 02005-2006-PHC/TC - Lima, *Sentencia plenaria en mayoría,* caso Manuel Enrique Umbert Saldoval, del 13 de marzo de 2006, se establece: F.j. 5. La constitucionalidad de tal principio, que informa el enjuiciamiento en el proceso penal, ha sido reconocida por este Tribunal [Exp. Nº 1939-2004-HC, Ricardo Ernesto Gómez Casafranca, Exp. Nº 3390-2005-HC, Jacinta Margarita Toledo Manrique]. La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: "a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad" [GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal en el estado de Derecho. Diez estudios doctrinales*. Palestra, Lima, 1999].

F.j. 6. La primera de las características del principio acusatorio mencionada guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159 de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de esta, el proceso debe llegar a su fin. De modo análogo, aunque no se trata de un supuesto de decisión de no haber mérito para acusar sino de no haber mérito a denunciar, puede citarse lo señalado en la sentencia recaída en el expediente de inconstitucionalidad Nº 0023-2003-AI/TC, en la que este Tribunal declaró inconstitucional la disposición del entonces vigente Código de Justicia Militar, que admitía la posibilidad de que si los fiscales no ejercen la acción penal, el Juez instructor podría abrir proceso. f.j. 7. De acuerdo a la ya reseñada característica del principio acusatorio, la falta de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria, máxime si el fiscal tuvo la opción, en vez de acusar, de solicitar la ampliación de la instrucción. En caso el fiscal decida no acusar, y dicha resolución sea ratificada por el Fiscal Supremo (en el caso del proceso ordinario) o por el Fiscal Superior (para el caso del proceso sumario), al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin. F.j. 8. En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina nacional señalándose que: "Si el Fiscal Supremo coincide con la opinión del Fiscal Superior respecto del no ha lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciará en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte la resolución de archivo. Contra esta resolución no cabe recurso alguno, pues la decisión del Ministerio Público, titular de la acción penal, ha sido la de terminar con la persecución del delito, consecuentemente, no cabe disposición expresa en sentido contrario por otra autoridad" (SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004, pp. 550). Y que: "En atención a que el control de la legalidad sobre el dictamen fiscal tiene su límite en el principio acusatorio (...) únicamente es posible revocar el auto de sobreseimiento y disponer que el fiscal formule acusación, si es que el fiscal que interviene en la absolución del grado discrepa del dictamen en referencia; de no hacerlo, se debe sobreseer la causa sin más, dada la base persecutoria constitucionalmente impuesta al proceso penal (...)". [SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Grijley, Lima, 2003, Tomo I, p. 620].

Por su parte, en la STC Exp. N° 01939-2004-HC/TC-Lima, caso Ricardo Ernesto Gómez Casafranca, del 21 de julio de 2005, F.j. 17, se señala que: este Tribunal considera que se ha transgredido el Principio Acusatorio, pues el demandante no tuvo ocasión de defenderse de todos

y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de los delitos señalados en la sentencia, pues no hubo congruencia entre los hechos instruidos, los delitos tipificados por el Fiscal Superior y los establecidos en la sentencia. Irregularidades que afectan la nulidad insalvable del proceso y la vulneración de derechos fundamentales que no pueden convalidarse por la circunstancia que el demandante estuvo asistido por un abogado defensor. Razón por la cual procede declarar la nulidad parcial de las resoluciones judiciales que vulneran en forma manifiesta los derechos constitucionales del demandante.

Asimismo, en la STC Exp. N° 03390-2005-PHC/TC - Lima, caso Jacinta Margarita Toledo Manrique, del 6 de agosto de 2005, F.j. 14. [Se vulnera el principio acusatorio y el derecho de defensa –derecho a probar– si] (…) el Juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce. F.j. 17. (…) se ha transgredido el Principio Acusatorio, pues la beneficiaria no tiene la ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen las modalidades delictivas previstas para el delito que se le instruye, las cuales, que no pueden convalidarse por la circunstancia que la favorecida está asistida por un abogado defensor. En tanto que, a nivel procesal, al prever el Código penalidades distintas para ambas modalidades, la prognosis de pena a evaluar para el dictado de la medida cautelar también será diferente, como también lo será la situación jurídica del procesado; irregularidad que, a su vez, transgrede el principio de legalidad procesal. Ello exige que las irregularidades sean subsanadas, en aras de la tramitación de un proceso regular.

Igualmente, en la Queja N° 01678-2006-Lima, Precedente Vinculante, caso Hilda Bellido Hurtado sobre delito contra la fe pública –falsedad, en agravio de de Comercial Inmobiliaria Santa Teresa Sociedad Anónima, y delito contra la fe pública - falsedad material en agravio del Estado, sobre sobreseimiento del 13 de abril de 2007, F.j. 4. “Que, en cuanto al principio acusatorio, es evidente –según doctrina procesalista consolidada– que se trata de una de las garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso, referida al objeto del proceso, y determina

bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal (conforme: GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex, Madrid, página setenta y nueve) que, entre las notas esenciales de dicho principio, en lo que es relevante al presente caso, se encuentra, en **primer lugar**, que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el fiscal, de suerte que el objeto del proceso se concreta en la acusación fiscal –que a su vez debe relacionarse, aunque con un carácter relativo en orden a la propia evolución del sumario judicial, con la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción, que sencillamente aprueba la promoción de la acción penal ejercitada por el fiscal–, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos; y, en segundo lugar, que la función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación; que esto último significa, de acuerdo al aforismo *nemo iudex sine acusatore*, que si el fiscal no formula acusación, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar al fiscal que acuse y, menos, asumir un rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que discurrirá la selección de los hechos, que solo compete a la fiscalía: el presupuesto del juicio jurisdiccional es la imputación del fiscal; que, por tanto, si el órgano judicial está conforme con el dictamen no acusatorio del Fiscal provincial y, por ello, no decide incoar el procedimiento para forzar la acusación, y si a continuación, con motivo del recurso de apelación de la parte civil, el Fiscal Superior igualmente emite un dictamen no acusatorio, ratificando el parecer del fiscal provincial –es de recordar al respecto que el Ministerio Público, a nivel institucional, está regido por el principio de unidad en la función y dependencia jerárquica, de suerte que, en estos casos, prima el parecer del Superior Jerárquico y si este coincide con lo decidido por el Fiscal inferior concreta y consolida la posición no incriminatoria del Ministerio Público– no existe posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de Alzada dicte una resolución de imputación; que, no obstante ello, como ha venido sosteniendo esta Suprema Sala en reiterada jurisprudencia, y pese a lo expuesto, es posible –asumiendo una ponderación de otros derechos fundamentales en conflicto– una anulación del procedimiento cuando, de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, se afecte el derecho a prueba de la parte civil –que integra la garantía constitucional de defensa procesal– o la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido que ameritan un

nuevo pronunciamiento fiscal y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción, tales como se omite valorar determinados actos de investigación o de prueba, no se analiza determinados hechos que fueron objeto de la denuncia fiscal y del auto de apertura de instrucción, así como, desde otra perspectiva, se niega inconstitucionalmente la actuación de prueba pertinente ofrecida en la oportunidad, el modo y forma de ley por la parte civil o cuando admitida la prueba no se actúa en función a situaciones irrazonables, que no son de cargo de aquella; que, en el presente caso, no se ha producido ninguna de las situaciones de excepción ancladas en el derecho a la prueba o a la completa valoración de los hechos que integran la instrucción judicial, por lo que, la invocación del principio acusatorio como motivo suficiente para confirmar el sobreseimiento, es legalmente correcto y no infringe precepto constitucional alguno. F.j. 5. Que, como se ha dejado expuesto, el objeto del proceso se concreta en el dictamen final del Ministerio Público, que cuando es acusatorio introduce la pretensión penal, que a su vez está definida, en su aspecto objetivo, por la denominada "fundamentación fáctica", esto es, el hecho punible, el hecho histórico subsumible en un tipo penal de carácter homogéneo –esos hechos son formulados por el Ministerio Público a una persona determinada, y en su definición o concreción no puede intervenir el órgano jurisdiccional–; que el escrito de acusación formaliza la pretensión penal y en función a ese marco fáctico debe pronunciarse el órgano jurisdiccional; que los hechos delimitados en la acusación fiscal de fojas doscientos treinta y tres se circunscriben, en su esencia, a la falsificación de una partida de bautismo que se presentó en un proceso jurisdiccional y, mediante ella, se logró un fallo que sirvió para afectar derechos patrimoniales de la agraviada Comercial Inmobiliaria Santa Teresa Sociedad Anónima; que el citado documento falso se utilizó el veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y cuatro y dio lugar a sendas sentencias jurisdiccionales que culminaron con la Ejecutoria Suprema del veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, tal como se indica a fojas quinientos ocho de la sentencia penal de primera instancia –dato, de hecho, que no ha sido objetado por el quejoso–; por tanto, es a partir de esa fecha –es obvio que durante la tramitación del proceso civil y hasta que no culminara no era posible promover la acción penal, pues de acuerdo al artículo ochenta y cuatro del Código Penal estaba vigente una causal de suspensión del plazo de prescripción– que empieza a correr el plazo de la prescripción extraordinaria, en tanto que el delito de falsedad es de comisión instantánea y se consuma, en todo caso, cuando a sabiendas se utiliza el documento falso –un supuesto típico distinto de la confección, alteración o modificación falsaria del documento y que, asimismo,

puede concurrir con él y ser perpetrado por el propio autor de la elaboración del documento falso o por un tercero–, el cual en el presente caso sustentó una demanda y dio lugar a una sentencia que consolidó el propósito criminal del agente –es de insistir que el uso de un documento falso es un delito de estructura instantánea aunque sus efectos puedan prolongarse más allá, por lo que, en principio, el plazo de prescripción empezará a contarse desde el momento de su utilización–; que si cuenta el plazo desde el veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y nueve hasta la fecha de la sentencia de vista del siete de agosto de dos mil seis ha transcurrido más de quince años, en tanto se calificó que el documento falso era de carácter público, por lo que la declaración de prescripción es legalmente correcta. F.j. 6. Que si bien es cierto que en el curso del procedimiento se dedujo una excepción de prescripción y, finalmente, este Supremo Tribunal la desestimó mediante Ejecutoria de fojas trescientos cuarenta y siete, del ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve, bajo el argumento que con la partida de bautismo falsa promovió una serie de demandas civiles de desalojo en los años mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y cinco y mil novecientos noventa y seis, a partir de las cuales debe computarse el plazo de prescripción, es de precisar que la acusación fiscal delimitó el objeto procesal a la alteración de la partida de bautismo y su utilización en el proceso de contradicción de sentencia –dato que es compatible con las denuncias fiscales formalizadas de fojas cientos treinta y cinco y doscientos treinta y uno–, en consecuencia, es ese el marco de referencia bajo los precisos contornos del principio acusatorio, cuya esencia en virtud de su jerarquía constitucional debe respetarse en todo momento por el órgano jurisdiccional, de suerte que una resolución interlocutoria no puede, en esos estrictos ámbitos, definir anteladamente el contenido fáctico y, luego, la apreciación jurídica del órgano de mérito cuando deba dictar sentencia, siempre que esté de por medio la vigencia de las garantías procesales constitucionalizadas.

Principio de congruencia

El principio de congruencia es la regla de derecho o garantía judicial por la cual se obliga al magistrado a pronunciarse de todos los puntos en controversia que hayan sido planteados por las partes en sus respectivos petitorios. En el caso de la justicia ordinaria, la competencia permite solo pronunciarse por los puntos sometidos a su juicio aun cuando hubieran sido postulados erróneamente. –Se permite la declaración de nulidad aunque no forme parte del petitorio, en la justicia constitucional que es tuitiva es posible un pronunciamiento de plena jurisdicción aunque no haya sido invocado.

PRINCIPIO DE DEBIDO PROCESO

El principio de debido proceso es al mismo tiempo un derecho fundamental y una garantía judicial, aplicable tanto al proceso judicial como al procedimiento administrativo, es por tanto un condicionante de conducta para quien posee el deber especial de expresar la voluntad pública, por el cual el Gobierno debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legitimas frente al juez. El debido proceso establece que el Gobierno está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del Estado. Cuando el Gobierno daña a una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación del debido proceso lo que incumple el mandato de la ley. El debido proceso se ha interpretado frecuentemente como un límite a las leyes y los procedimientos legales por lo que los jueces, no los legisladores, deben definir y garantizar los principios fundamentales de la imparcialidad, justicia y libertad. Esta interpretación resulta controvertida, y es análoga al concepto de justicia natural y a la justicia de procedimiento usada en otras jurisdicciones. Esta interpretación del proceso debido se expresa a veces como que un mandato del Gobierno no debe ser parcial con la gente y no debe abusar físicamente de ellos. El término procede del derecho anglosajón, en el cual se usa la expresión *due process of law* (traducible como "debido proceso legal"). Procede de la cláusula 39 de la "Magna Carta Libertatum" (Carta Magna), texto sancionado en Londres el 15 de junio de 1215 por el rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra. Cuando las leyes inglesas y americanas fueron divergiendo gradualmente, el proceso debido dejó de aplicarse en Inglaterra, pero se incorporó a la Constitución de los Estados Unidos.

El debido proceso penal es el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente(*). Este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto: Las personas tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso. La

(*) QUISBERT, Ermo. *¿Que es el Debido Proceso Penal?*

sociedad tiene interés en que el proceso sea realizado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social.

Sobre el particular, la STC Exp. N° 01966-2005-PHC/TC - Madre de Dios, Precedente Vinculante, caso César Augusto Lozano Ormeño, del 26 de mayo de 2005, señala: F.j. 14. En el caso de autos se advierte que el demandante inició un procedimiento administrativo ante Reniec que fue observado debido a que se constató que en la boleta y en el libro Registro de Inscripción su apellido materno se encontraba enmendado, motivo por el cual se le requirió para que presentara su partida de nacimiento y se haga una prueba decadactilar. Dicha enmendadura se presenta en documentos en los cuales la consignación de datos –y por tanto los errores en que se haya incurrido– es de exclusiva responsabilidad del ente administrador; documentos que, por lo demás, obran actualmente en su poder. De otro lado, es responsabilidad y competencia del Reniec la custodia de los documentos que sustentan los hechos inscritos (Títulos Archivados), los mismos que, en el caso de autos, deberán servir para verificar los datos del Registro. F.j. 15. En caso no se cuente con el título archivado requerido –por haber desaparecido, haber sido mutilado o destruido a consecuencia de negligencia propia, hechos fortuitos o actos delictivos–, también es responsabilidad del Reniec, a fin de verificar datos que pudieran estar observados, gestionar de oficio dichos documentos, solicitándolos a las entidades correspondientes, más aún si se trata de oficinas registrales que forman parte del sistema registral o de municipalidades con las cuales tiene estrecha y permanente vinculación por mandato de su propia ley orgánica. En el presente caso es evidente que la actuación de Reniec no se ha sujetado a tales prescripciones, de modo que ha inobservado los principios de impulso de oficio, celeridad y simplicidad, vulnerando el derecho constitucional del demandante al debido proceso en sede administrativa, al causar una demora innecesaria en la expedición de su Documento Nacional de Identidad. F.j. 16. Por lo expuesto, este Colegiado considera necesario disponer que el Reniec, en un plazo máximo de cinco días útiles de notificada la presente demanda, gestione ante la oficina registral o entidad correspondiente la expedición de la partida de nacimiento del recurrente, quien, por su parte, deberá cumplir con registrar sus huellas decadactilares, a fin de culminar el trámite de canje de libreta electoral por el DNI.

Igualmente, en la STC Exp. N° 01333-2006-PA/TC - Lima, Precedente Vinculante, caso Jacobo Romero Quispe, del 8 de enero de 2006. F.j. 25, se establece que: Bajo tales precisiones, este Tribunal

estima que, sobre la base de lo expuesto a lo largo de la presente sentencia, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos : **a. Regla Procesal:** El Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, cuando se estime una demanda por violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición de la propia Constitución por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, no obstante ser manifiestamente incongruente con ella misma o con la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los magistrados no ratificados que deseen postular nuevamente a la magistratura. **b. Regla sustancial:** El Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154.2, con el numeral 2.2, ambos de la Constitución, en el sentido que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial.

Principio de determinación acusatoria

El principio de determinación acusatoria es la garantía procesal e integrante del derecho de defensa, por la cual se exige que los cargos incriminatorios se encuentren expresos de modo claro, específico e inequívocos desde el inicio del requerimiento acusatorio, de tal manera que a partir de la imputación sea posible que el acusado pueda ejercer debida y suficientemente su defensa, ofrecer pruebas de descargo o contradecir los elementos de convicción y medios de prueba incoados.

Se encuentra este principio desarrollado en el Expediente N° 01411-2011-99-1601-JR-PE-07, caso María Juana Gonzáles Rodríguez sobre Tráfico ilícito de drogas, Sentencia de Vista de la Tercera Sala Penal de Apelaciones de Trujillo, del 25 de junio de 2012, F.j. 22. "(…) el **principio de determinación acusatoria**, pues como lo hemos expresado en otras oportunidades(*)

(*) Expediente N° 05816-2009-63-1601-JR-PE-05, caso Javier Cristian Reyna

reposa en (…) [el] principio de determinación como subprincipio del Acusatorio, reconocido tanto en el artículo 2 inciso 24 literales b) y d) de la CN, en tanto ordena que la condena de una persona sólo puede ser como resultado expreso e inequívoco de una infracción punible. Precepto que por sistemática interpretativa debe ser concordado con los artículos 44 y 159 inciso 5) de la misma Carta Fundamental, y con los artículos IV.1 del Título Preliminar, así como los artículos 1.1, 349. 1.b) y f); y, 371.1 del CPP. Es a partir de las prescripciones del Código Procesal Penal (CPP) como ley de desarrollo tanto del principio acusatorio como del subprincipio de determinación (*lex certa*) merece en este caso, dos reflexiones de un lado que la obligación fiscal y por consecuencia la obligación judicial que tanto la acusación y la condena con mayor razón repose en una precisión expresa e inequívoca de la conducta ilícita, en particular si el tipo penal, como en este caso, posee diferentes conductas perseguibles. Así pues, conforme al artículo 349.1.f del CPP el Fiscal está en la obligación ineludible de presentar al Magistrado el artículo de la Ley Penal que tipifica el hecho pero evidentemente, si la ley penal posee incisos o como en este caso, posee varias conductas típicas, la citación del artículo e inciso pertinente no se cumple con el principio de determinación acusatoria sino que debe complementarse con la prescripción del artículo 349.1.b del CPP: la relación clara y precisa del hecho (…) **Por ello, se violará este principio si en la relación fáctica acusatoria o sentencial, no se encontrase ab initio, esta inequívoca precisión, ya que de lo contrario se violaría gravemente el derecho a defenderse o el derecho a contradecir la prueba**. Como además se desarrolla en la doctrina constitucional por las Sentencias la Sentencia del Expediente N° 03390-2005-PHC/TC - Lima, caso Jacinta Margarita Toledo Manrique, del 6 de agosto de 2005, f.j. 14; en la Sentencia del Expediente N° 00928-2009-PHC/TC-Apurímac, caso Jorge Martín Chávez Sotelo, del 8 de mayo de 2009, f.j. 3; y en Ejecutoria vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República expuesta en la Queja N° 1678-2006-Lima, del 13 de abril de 2007". Así pues, no encontrando en el presente expediente vulneración al principio de determinación acusatoria, esta alegación defensiva es inatendible.

Espinoza y Karina Rocío Sifuentes Ortecho, sobre Falsedad genérica, Sentencia de Vista del 13 de marzo de 2012, FJ.16; Expediente N° 05163-2010-31-1601-JR-PE-04, caso Yno Welington García Rodríguez, sobre receptación agravada y falsificación y uso de documento falso, Sentencia de vista del 3 de abril de 2012, f.j. 10; Expediente N° 00498-2011-0-1601-SP-PE- 03, caso José Javier Hoyos Castro sobre Uso de documento público falso, Sentencia de Vista del 10 de abril de 2012, f.j. 20.

Principio de determinación del supuesto de hecho

El principio de determinación acusatoria es la garantía procesal e integrante del principio de legalidad, conocido como *lex certa*, por ello es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Así, en la STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC - Lima, caso Marcelino Tineo Silva y otros, legislación antiterrorista - Leyes N°s 25475, 25659, 25708 y 25880, del 3 de enero de 2003, se establece que: F.j. 46. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre. Esta exigencia de *lex certa* no puede entenderse; sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que "en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque esta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje" (CURY URZUA: Enrique. *La ley penal en blanco*. Temis, Bogotá, 1988, p. 69). F.j. 47. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisible, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Temis, Bogotá, 1989, p. 35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el caso "Encuesta a boca de urna" (Exp. N° 002-2001-AI/TC), citando el caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, "una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio

de legalidad" (Fundamento Jurídico N° 6). F.j. 48. Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que "la exigencia de *lex certa* no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada" (STC 69/1989). F.j. 49. En esta perspectiva, el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación. F.j. 50. Así resulta del examen del Código Penal promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 635, de 3 de abril de 1991, que usa figuras penales abiertas en los artículos 145 y 179 "cualquier otro medio", 154 "u otro medio", 157 "u otros aspectos", 161 "u otro documento de naturaleza análoga", 170, 171, 172, 173, 174 y 176 "u otro análogo", 185 "o cualquier otra conducta", 190 "otro título semejante", 192 "cualquier otro motivo", 196 "otra forma fraudulenta", 198 "cualquier medio fraudulento", 210 "cualquier otro acto", 233, 237, 253 y 345 "de cualquier manera", 238 "cualquier medio", 268 "cualquier artificio", 273 "cualquier clase", 276 y 280 "cualquier otro medio análogo", 277 "otros medios", 283 "similares", 330 "cualquier otro móvil innoble", 393, 394, 398, 398-A y 400 "cualquier otra ventaja" y 438 "de cualquier otro modo". F.j. 51. El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa (BUSTOS R., Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Temis, Bogotá, 1986, p. 62; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1990, p. 61). F.j. 52. Nuevamente, en la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener "un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término "concepto jurídico indeterminado" se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de la *lex certa* (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente,

con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción típificada (...)" (STC de 29 de setiembre de 1997).

Principio de economía procesal

El principio de economía procesal es el principio formativo del proceso que consiste en que en el desarrollo del procedimiento se buscará obtener siempre el máximo beneficio, con el menor desgaste del órgano jurisdiccional. Según Chiovenda, es la obtención del máximo resultado posible con el mínimo de esfuerzo. Este principio de refiere no solo a los actos procesales sino a las expensas o gastos que ellos impliquen.

Así, en la STC Exp. N° 00037-2012-PA/TC - Lima, caso Scotiabank Perú S.A.A., del 25 de enero de 2012, f.j. 12., se establece: si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante todo el tiempo transcurrido. Con ello, no solo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes.

Principio de favorabilidad

El principio de favorabilidad es la proposición cognitiva que exige al juzgador, que en el caso que detecte dos o más normas aplicables e igualmente vigentes para un mismo hecho, incluso tal denotación se extiende al caso de duda, debe elegir aquella que sea más favorable al referente de imputación. Es decir, en estos casos (certeza o duda) opte por la que fuera más favorable, conforme al mandato del artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política del Perú: "La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales". No obstante, aunque el legislador se refiere al ordenamiento jurídico penal, no es problema de aplicarlo también a los demás ordenes públicos donde la minusvalía del ciudadano esté en la misma equidistancia que el reo frente al poder (estatal o no) como el trabajador, el contribuyente o el ciudadano en general.

Así, en la STC Exp. N° 02196-2002-HC/TC - Lima, caso Carlos Saldaña Saldaña, del 10 de diciembre de 2003. F.j. 6, se señala que específicamente, en el ámbito del sistema jurídico penal, el problema de la ley aplicable en el tiempo está supeditado a si la disposición se deriva del Derecho Penal material, del Derecho Procesal Penal o del Derecho de ejecución penal. Al respecto, cabe afirmar que nuestro ordenamiento

jurídico reconoce como principio general que la ley no tiene efectos retroactivos, conforme lo proclama el artículo 103, tercer párrafo, de la Constitución Política del Perú; sin embargo, esta cláusula constitucional se encuentra matizada por el **principio de favorabilidad**, que establece una importante excepción en el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo. Ello precisamente porque la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista, y establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad. De igual modo, el alcance de este principio **se manifiesta en la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales**, como así lo consagra el artículo 139, inciso 11), de la Constitución.

Igualmente, en el Recurso de Nulidad N° 1500-2006 - Piura, Precedente Vinculante, caso Noni Cadillo López sobre delito contra la Salud Pública –tráfico ilícito de drogas– en agravio del Estado del 17 de julio de 2006; f.j. 5, se prevé: Que el articulo ciento treinta y nueve, inciso trece, de la Constitución Política, reconoce la garantía de la cosa juzgada, en cuya virtud emitida sentencia firme ésta no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos más favorables –véase el inciso once del citado numeral constitucional– referidas a modificaciones normativas más favorables *ex post facto*, conforme al artículo seis del Código Penal; que, en el presente caso, no se trata de un supuesto de cambio legal *ex post facto*, sino de una solicitud instada mucho después que la sentencia condenatoria quedó firme –en sede de ejecución procesal– en el proceso penal declaratorio de condena–; que es de precisar, lo que es de opinión mayoritaria en la doctrina penalista, que el cambio jurisprudencial no es un cambio normativo [ni siquiera lo establecido en la jurisprudencia vinculante antes mencionada puede calificarse de un cambio en la jurisprudencia precedente, pues solo se trata de una precisión de los alcances de una concreta figura delictiva], menos aún en el ámbito del Derecho Penal que tiene como principio rector la reserva absoluta de ley para definición de las conductas punibles. En realidad, como apunta Bacigalupo Zapater, los cambios jurisprudenciales solo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa ya existente en el momento del hecho, por lo que no afectan la objetividad del Derecho Penal ni al principio de confianza (*Derecho Penal - Parte General*. ARA editores, Lima, dos mil cuatro, página ciento treinta y tres), así como que en el caso de autos no ha mediado la entrada en vigor de una nueva ley que comprenda en sus alcances los hechos objeto de la condena.

Principio in dubio pro reo

El principio *in dubio pro reo* es la versión latina del principio de favorabilidad, por ello es la proposición cognitiva que exige al juzgador, que en el caso que detecte dos o más normas aplicables e igualmente vigentes para un mismo hecho, incluso tal denotación se extiende al caso de duda, debe elegir aquella que sea más favorable al referente de imputación. Es decir, en estos casos (certeza o duda) opte por la que fuera más favorable, conforme al mandato del artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política del Perú: "La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales".

En la STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC - Lima, caso Giuliana Flor de María Llamoja Hilares, del 13 de octubre de 2008, se establece lo siguiente: F.j. 36. El texto constitucional establece expresamente en su artículo 2, inciso 24, literal e), que: "Toda persona es considerada inocente mientas no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Este dispositivo constitucional supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal. El principio *in dubio pro reo,* por otro lado, significa que en caso de duda sobre la responsabilidad del procesado, debe estarse a lo que sea más favorable a este (la absolución por contraposición a la condena). Si bien es cierto que el principio *in dubio pro reo* no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución, también lo es que su existencia se desprende tanto del derecho a la presunción de inocencia, que sí goza del reconocimiento constitucional, como de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Carta Fundamental). F.j. 37. Ahora bien, cabe anotar que tanto la presunción de inocencia como el *in dubio pro reo* inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y en el segundo caso, que es algo subjetivo, supone que ha habido prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas). La sentencia, en ambos casos, será

absolutoria, bien por falta de pruebas (presunción de inocencia), bien porque la insuficiencia de las mismas –desde el punto de vista subjetivo del juez– genera duda de la culpabilidad del acusado (*in dubio pro reo*), lo que da lugar a las llamadas sentencias absolutorias de primer y segundo grado, respectivamente. F.j. 38. Por lo dicho, cualquier denuncia de afectación a la presunción de inocencia habilita a este Tribunal Constitucional verificar solamente si existió o no en el proceso penal actividad probatoria mínima que desvirtúe ese estado de inocencia (valoración objetiva de los medios de prueba). Y es que, más allá de dicha constatación no corresponde a la jurisdicción constitucional efectuar una nueva valoración de las mismas, y que cual si fuera tercera instancia proceda a valorar su significado y trascendencia, pues obrar de ese modo significa sustituir a los órganos jurisdiccionales ordinarios. Ahora bien, en cuanto al principio *in dubio pro reo* que como dijimos supra forma parte del convencimiento del órgano judicial, pues incide en la valoración subjetiva que el juez hace de los medios de prueba, este no goza de la misma protección que tiene el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, no corresponde a la jurisdicción constitucional examinar si está más justificada la duda que la certeza sobre la base de las pruebas practicadas en el proceso, pues ello supondría que el Juez constitucional ingrese en la zona (dimensión fáctica) donde el Juez ordinario no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas.

Igualmente, en la STC Exp. N° 01883-2010-PHC/TC - Ayacucho, caso Leoncio Yaranga Tineo, del 2 de agosto de 2010, F.j. 3, se prescribe que: Este Tribunal en anterior oportunidad ha precisado que tanto la presunción de inocencia como el *in dubio pro reo* inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y **en el segundo caso, que es algo subjetivo, supone que ha habido prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda.** En ese sentido, el principio *in dubio pro reo*, en tanto que forma parte del convencimiento del órgano judicial, pues incide en la valoración subjetiva que el juez hace de los medios de prueba, no goza de la misma protección que tiene el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, no corresponde a la jurisdicción constitucional examinar si está más justificada la duda que la certeza sobre la base de las pruebas practicadas en el proceso, pues ello supondría que el Juez constitucional ingrese en la zona (dimensión fáctica) donde el Juez ordinario no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas (Exp. N° 0728-2008-PHC/TC).

PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL

El principio de juez natural es la categoría funcional que por el cual las partes tienen derecho a conocer al juez que va a tramitar su proceso y en todo caso a quien los va a sentenciar. Por ello cuando un juez distinto del que ha tramitado el proceso debe expedir sentencia, es preciso que se aboque al conocimiento de la causa, para que los justiciables sepan quién va a ser su Juez natural que va a resolver la controversia, pues de lo contrario se incurriría en una causal de nulidad.

Sobre el particular, en el Recurso de Nulidad N° 2448-2005/Lima, Precedente Vinculante, caso Antauro Igor Humala Tasso y otros sobre delitos contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio calificado– en agravio de Carlos Alberto Cahuana Pacheco y otros, violación de la libertad personal –secuestro– en agravio de Miguel Angel Canga Guzmán y otros, peligro común –sustracción o arrebato de armas de fuego– en agravio de la Sociedad y contra los poderes del Estado y el orden constitucional –rebelión– en agravio del Estado, del 12 de setiembre de 2005; se establece lo siguiente: F.j. 6. Que, ahora bien, el segundo párrafo del numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, consagra entre otras garantías procesales la del Juez legal –denominado por un sector de la doctrina "juez natural"–, bajo el enunciado "ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (...)"; que la predeterminación legal del juez no es otro que el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente, de modo tal que las normas sobre competencia se erigen en un auténtico presupuesto procesal, aún cuando es de rigor aclarar que no necesariamente, por ejemplo, el incumplimiento de las reglas sobre competencia territorial vulneran esta garantía, salvo –desde luego– que infrinjan la independencia judicial o el derecho al debido proceso y/o entrañen la sustracción indebida o injustificada al órgano judicial al que la Ley le atribuye el conocimiento de un caso, manipulando el texto de las reglas de atribución de competencia con manifiesta arbitrariedad. F.j. 7. Que lo que se discute a través de la excepción de declinatoria de jurisdicción –o, mejor dicho, de competencia, aunque la primera es la denominación de la Ley Procesal Penal– es la definición del órgano judicial en concreto –el Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima o el Juzgado Penal de Andahuaylas– que debe conocer, según las reglas de adscripción competencial territorial –denominadas "fueros" en la doctrina procesalista–, en tanto que los Juzgados Penales, y de Primera Instancia en general, tienen un ámbito territorial específico donde ejercen jurisdicción; que a estos efectos el artículo diecinueve del

Código de Procedimientos Penales estipula cuatro criterios territoriales o fueros, denominados fuero preferente –en el caso del inciso uno: por el lugar donde se ha cometido el hecho delictuoso– y fueros subsidiarios –cuando no conste el lugar en que haya podido cometerse el hecho punible, rigen los incisos dos al cuatro: lugar de las pruebas, lugar de la detención y lugar del domicilio del imputado–; que es de enfatizar que no se trata de fueros equivalentes, sino que se aplican uno en defecto de otro, y en el estricto orden que establece la ley, de ahí que el previsto en el inciso uno, *forum comissi delicti*, es el preferente, y los restantes son subsidiarios, es decir, se aplican ante la imposibilidad de los demás; que, desde el punto de vista material, para determinar el fuero –preferente es de aplicación el artículo cinco del Código Penal, que instituye el principio de ubicuidad: "El lugar de comisión del delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos"; que desde esa perspectiva legal es de interpretar la norma en mención asumiendo una concepción de ubicuidad restrictiva, en cuya virtud el factor decisivo a tomar en cuenta estriba en que, al menos, uno de los elementos constitutivos del delito, parcial o absolutamente, sea ejecutado en un ámbito territorial concreto, sin que se tome en cuenta los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito, o también que el resultado típico –no el extra típico ni otros efectos– se produzca en un territorio determinado

Principio de legalidad

El principio de legalidad es la proposición cognitiva conocida también como principio de primacía de la ley es un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas (ej. el Estado sometido a la constitución o al Imperio de la ley). Por esta razón se dice que el principio de legalidad establece la seguridad jurídica. Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas. En íntima conexión con este principio, la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver con la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo. Por lo tanto, son materias verdaderas al reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder legislativo, refleja la doctrina liberal de la separación

de poderes. Esta relación entre el principio de legalidad y el de reserva de la ley esta generalmente establecida –en una democracia– en el llamado ordenamiento jurídico y recibe un tratamiento dogmático especial en el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho tributario y el Derecho penal.

En ese sentido, en la **STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC-Lima**, caso Marcelino Tineo Silva y otros, legislación antiterrorista - Leyes N°s 25475, 25659, 25708 y 25880, del 3 de enero de 2003, se determinó que: F.j. 38. (…) si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal (…) se asimilan a las modalidades (…) preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido. En esencia, el legislador solo ha reiterado el contenido del delito (…) posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria. F.j. 39. A juicio del Tribunal Constitucional, ello afecta el principio de legalidad penal, ya que da lugar a un inaceptable grado de discrecionalidad del Ministerio Público y las autoridades judiciales, quienes podrían subsumir la comisión de un mismo delito en distintos tipos penales. Ese ha sido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido: "(...) las conductas típicas descritas en los Decretos Leyes N°s 25475 y 25659 –terrorismo y traición a la patria– (...) podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos. (...) La imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal de conocimiento y el proceso correspondiente" (caso Castillo Petruzzi, párrafo 119). F.j. 44. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal "d" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, según el cual "[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)". Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15. F.j. 45. El principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación

de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal "d" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea "expresa e inequívoca" (*lex certa*).

Igualmente, en la STC Exp. N° 02050-2002-AA/TC - Lima, caso Carlos Israel Ramos Colque, del 16 de abril de 2003: F.j. 8. Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del Derecho penal, sino también en el del Derecho Administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la ley. El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N° 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Como se ha señalado, "Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como (...)" ley o norma con rango de ley. (STC de España 61/1990). f.j. 10. No es ese el caso de lo que sucede con las "faltas" que ameritarían la imposición de la sanción denominada arresto rigor. En primer lugar, el Decreto Legislativo N° 745, Ley de Situación Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú, simplemente no contemplan los supuestos de hecho considerados como antijurídicos, esto es, las faltas que habilitarían la aplicación de la sanción en referencia. Estas solo están previstas en el Reglamento del Régimen Disciplinario

de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 009-97-IN, cuyo artículo 95 remite, a su vez, a diversos apartados del artículo 83 de la norma en mención. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional, por afectar el principio de legalidad, que el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional haya previsto una falta pese a no haber sido prevista por la ley de manera expresa e inequívoca. F.j. 11. En igual condición se encuentra la sanción denominada "arresto rigor". Si, como antes se ha dicho, el principio de legalidad exige la predeterminación legal no solo de las faltas sino también de las sanciones correspondientes, es obvio que al no encontrarse prevista en la ley, la sanción "arresto rigor, impuesta al actor y desprovista de cobertura legal, al ser solo enunciada en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, también es inconstitucional, por afectar al principio de legalidad, previsto en el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución.

En la STC Exp. N° 02192-2004-AA/TC - Tumbes, caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses, del 11 de octubre de 2004, se señala: F.j. 3. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. La Constitución lo consagra en su artículo 2 inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, **de manera expresa e inequívoca**, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley" (resaltado nuestro). F.j. 4. Sobre esta base, este Tribunal, en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, ha establecido que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la estructuración del derecho penal moderno, este Tribunal también ha establecido, en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, que: "(...) que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (…)" (Fundamento Jurídico N° 8).

Por su parte, en la STC Exp. N° 02758-2004-HC/TC-Lima, caso Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, del 23 de noviembre de 2004, se establece que: F.j. 2. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal "d",

de la Constitución Política del Perú, según el cual "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley". En la STC Exp. Nº 0010-2002-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (lex stricta) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*). F.j. 3. Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, 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 jurídica. F.j. 4. Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales. F.j. 5. Si bien el principio de legalidad penal, el cual protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto derecho subjetivo constitucional debe ser pasible de protección en esta vía, el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable a la que realiza un Juez penal. En efecto, como este Tribunal lo ha señalado en diversas oportunidades, "(...) no puede acudirse al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como [lo] es la determinación de la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede

decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en proceso penal, cuando ella se haya dictado con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben guardarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo" [cfr. STC Exp. Nº 1230-2002-HC/TC]. F.j. 6. De modo análogo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante resolución de fecha 13 de octubre de 2004, declarando inadmisible la petición "presentada por el recurrente (cfr. Petición Nº 369-2001 - Informe Nº 45/04), ha establecido: 42. Al respecto, la CIDH ha sostenido desde su principal pronunciamiento en este tema que La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando esta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia". F.j. 7. Es bien cierto que, como regla general, la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en estos procesos. Al fin y al cabo, ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta una tarea que entre en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. Como nuevamente lo ha expresado su par español, mediante estos procesos se ha "encomendado proteger los derechos fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas (...), aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, en la injusticia

de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución" [cf. STC 104/1985]. F.j. 8. De ahí que solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el Juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. En consecuencia, si en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada, la justicia constitucional, en cambio, se encarga de determinar si la resolución judicial cuestionada afecta a derechos constitucionales.

Por último, en la STC Exp. N° 00198-2005-HC/TC - Lima, caso James Louis King, del 18 de febrero de 2005, f.j. 1, se establece que: Respecto de la afirmación del demandante según la cual no se ha configurado el delito de estafa por el que fue condenado, este Tribunal debe recordar que no es competencia de la justicia constitucional determinar la correcta aplicación de los tipos penales. Como ya lo ha señalado en la Sentencia 2758-2004-HC/TC, "[e]s bien cierto que, como regla general, la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en estos procesos. Al fin y al cabo, ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta una tarea que entre en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. De ahí que solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores". En el presente caso, **si bien el demandante alega que no se configura el tipo penal de estafa, no basa tal aseveración en una vulneración del principio de legalidad penal por parte del órgano jurisdiccional**, sino más bien en que no se habría demostrado la existencia de determinados hechos. Ello, naturalmente queda excluido del ámbito de protección del principio de legalidad penal.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL

El principio de legalidad procesal es la garantía judicial y a la vez la norma-principio que establece que toda persona sujeta a un proceso, procedimiento o instrucción debe ser escuchada, atendida o encausada mediante el trámite previamente establecido sin que se pueda modificar las reglas iniciales en curso de tramitación ni tampoco se pueda modificar los parámetros de la decisión sin que previamente se le haya hecho conocer y pueda ejercer el derecho a contestarla o allanarse expresa o tácimente.

En la STC Exp. N° 00032-2005-PHC/TC - Junín, caso Víctor Raúl Pérez Tapara, del 28 de junio de 2005, se le refiere de la siguiente manera: F.j. 9. Respecto a la transgresión del principio de legalidad, el demandante aduce que "[s]e le siguió proceso por delito de daños materiales; y, que no obstante ello, se le sentenció y condenó por delito de daño agravado. F.j. 10. Del estudio de autos se advierte que el proceso penal instaurado contra el demandante se origina en la causa civil seguida en su contra por desalojo por ocupación precaria tramitada ante el Primer y Segundo Juzgado Civil de Huancayo, dado que tanto al demandante Pérez Tapara, como a su coprocesada Marcelina Tapara Vda. de Pérez, se les imputa la extracción sistemática e ilícita de puertas, mayólicas, servicios higiénicos y otros del inmueble que por mandato del órgano jurisdiccional, ambos tenían la obligación de desalojar. En tal sentido, de la copia simple presentada como recaudo de la demanda se advierte que la resolución que abre la instrucción seguida contra el demandante precisa que "[e]stos hechos denunciados tienen contenido penal que se encuentra debidamente tipificado y sancionado por el artículo 206 inciso 5) del Código Penal vigente (...)". F.j. 11. El artículo 206 de la norma sustantiva, prevé y tipifica las formas agravadas del delito de daño que se encuentra sancionado por el artículo anterior; así literalmente enuncia: "La pena para el delito previsto en el artículo 205 será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando (....)". A mayor abundamiento, el inciso 5) citado en la resolución judicial, precisa los casos en los que el daño: "(...) es efectuado en bienes cuya entrega haya sido ordenada judicialmente". F.j. 12. De lo cual se colige que el demandante tenía pleno conocimiento que se le imputaba el delito de daños en su modalidad agravada, toda vez que conocía perfectamente la orden judicial que dio origen al proceso penal seguido en su contra y estaba enterado que los daños efectuados recaían en bienes cuya entrega había sido ordenada judicialmente. Por consiguiente, la omisión del juez emplazado de consignar expresamente el término agravados en el auto de apertura, no

genera la indefensión aducida por el demandante, ni evidencia que este hubiese sido irregularmente involucrado en el proceso penal en el cual ha sido condenado, desvirtuándose la supuesta vulneración de sus derechos constitucionales. Por tal razón, el presente proceso constitucional debe ser desestimado en aplicación del artículo 2, a contrariu sensu, del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237. F.j. 13. Finalmente, en cuanto al extremo de inmediata excarcelación invocado por el demandante, de las consideraciones precedentes se colige que el demandante se encuentra detenido por mandamiento escrito y motivado del juez contenido en la sentencia condenatoria dictada en su contra, y posteriormente confirmada en segunda instancia.

PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEIUS

El principio de *non reformatio in peius* es el condicionante de conducta de contenido axiológico, de naturaleza legal pero con contenido constitucional que proscribe o limita al ad quem que en un proceso judicial o un procedimiento administrativo imponer una sanción más grave que la dictaminada o decidida en primera instancia si la parte demandante o acusadora o quejosa o denunciante está conforme o no impugna la decisión de sanción.

La "prohibición de reforma peyorativa", significa, según Claus Roxin, que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando solo ha recurrido el acusado o la fiscalía a su favor(*). La interdicción de la *reformatio in peius* forma parte del régimen de garantías legales de los recursos, en cuya virtud los pronunciamientos de la sentencia que no hayan sido impugnados por las partes –en especial por la parte recurrente– quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior, por consiguiente, no es posible un pronunciamiento más gravoso para el recurrente, salvo si corresponde mejorar su situación jurídica [está demás reiterar que la sentencia que resuelve el recurso debe respetar en todo caso los límites de la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia que se exige para la instancia anterior]. Como tal, esa limitación está conectada, de un lado, al derecho a la tutela jurisdiccional, y, de otro, al derecho de defensa, en su vertiente negativa de prohibición de la indefensión. Su incumplimiento no es otra cosa que una modalidad de incongruencia procesal; si el Tribunal Revisor modifica la sentencia de oficio, en perjuicio y sin audiencia y contradicción del recurrente, vulnera ostensiblemente no solo el derecho de defensa –se vulnera el principio de contradicción en la medida que

(*) *Derecho Procesal Penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 200, p. 454.

se excede de los términos del debate recursal–, tergiversa el propio derecho al recurso e infringe el principio acusatorio, que exige que el Tribunal debe obrar con respeto y dentro del marco de las peticiones señaladas por el recurrente y se erige, en puridad, en el verdadero fundamento de dicha institución, conectada a su vez con la garantía de la correlación entre acusación y sentencia que deriva de aquel –de ahí que integra el contenido esencial del debido proceso penal–. En ese caso existe una notoria falta de correspondencia entre la argumentación del recurso y los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada.

Conforme al **Acuerdo Plenario N° 05-2007**, si el Ministerio Público no recurre la pena, el superior no tiene habilitado aumentarla, sin embargo puede imponer una pena si fue objeto de debate y sobre ella se ha realizado contradictorio probatorio y oral, además que puede integrar la pena legal de inhabilitación cuando no fuera accesoria, si no principal, como la integración del tratamiento terapéutico del artículo 178-A del Código Penal. El Acuerdo Plenario aludido establece en el fundamento siete, que si bien no es vinculante en términos de doctrina legal, sirve para señalar los requisitos para la aplicación de la *reformatio in peius*, máxime si como principio de amparo constitucional, no es ilimitado sino que puede ser modulado sin alterarlo cuando se varía de grado de consumación del delito, el grado de participación, la pena principal a accesoria o viceversa o se integra el tratamiento terapéutico en casos de violación sexual. Luego, esta prohibición y principio no consagra una **cláusula de cierre**(*) sino una **cláusula de vulneración**(**). Siendo que la primera de ellas consiste en quedar cerrada "bajo cualquier hipótesis o por cualquier motivo la reforma de la resolución si solo el sentenciado impugna"; en cambio la segunda forma de prohibición consiste en invalidar la posibilidad de reforma la resolución condenatoria penal **si se deja en incapacidad de defenderse al imputado, porque al reformar en su perjuicio ya no tendría forma de recurrir la decisión.**

A esta conclusión llegamos luego de evaluar el fundamento sétimo del Acuerdo Plenario como *obiter dicta* de la Convención Suprema de doctrina legal, que sostiene, en sus partes pertinentes: "(…) La interdicción de la *reformatio in peius* forma parte del régimen de garantías legales de los recursos, en cuya virtud los pronunciamientos de la sentencia que

(*) Como lo señala algún sector de la doctrina: La prohibición de reforma peyorativa, significa, según Claus Roxin, que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando solo ha recurrido el acusado o la Fiscalía a su favor (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 454).

(**) Como finalmente adoptó el Acuerdo, pues admite que la clase y la extensión de las consecuencias jurídicas, salvo la pena, pueden ser modificadas o integradas sin violar el principio de *reformatio in peius*.

no hayan sido impugnados por las partes –en especial por la parte recurrente– quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior, por consiguiente, no es posible un pronunciamiento más gravoso para el recurrente, salvo si corresponde mejorar su situación jurídica [está demás reiterar que la sentencia que resuelve **el recurso debe respetar en todo caso los límites de la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia** que se exige para la instancia anterior]. Como tal, esa limitación está conectada, de un lado, **al derecho a la tutela jurisdiccional**, y, de otro, **al derecho de defensa,** en su vertiente negativa de **prohibición de la indefensión.** Su incumplimiento no es otra cosa que una modalidad de incongruencia procesal; **si el Tribunal Revisor modifica la sentencia de oficio, en perjuicio y sin audiencia y contradicción del recurrente, vulnera ostensiblemente no solo el derecho de defensa** –se vulnera el **principio de contradicción** en la medida que se excede de los términos del debate recursal–, tergiversa el propio derecho al recurso e infringe el **principio acusatorio,** que exige que el Tribunal debe obrar con respeto y dentro del marco de las peticiones señaladas por el recurrente y se erige, en puridad, en el verdadero fundamento de dicha institución, conectada a su vez con la **garantía de la correlación entre acusación y sentencia** que deriva de aquel –de ahí que integra el contenido esencial del debido proceso penal–. En ese caso existe una notoria falta de correspondencia entre la argumentación del recurso y los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada".

La doctrina judicial de la Corte Suprema a través de la Sala Penal Permanente en el Recurso de Nulidad N° 001207-2008-Lima del 3 de junio de 2008, caso Humberto Antonio Fernández Cordero sobre robo agravado, ha definido esta institución en el Fundamento cuarto del modo siguiente: "(…) los hechos incriminados al encausado Fernández Cordero, revisten gravedad mereciendo una mayor penalidad, sin embargo, **por imperio de la ley no procede modificar la pena impuesta en el sentido de aumentarla;** pues, por principio se entiende entre otros la razón, el fundamento, la máxima o la norma, relacionada con determinada institución jurídica, conforme se señala en el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, tomo III, p. 381; en ese contexto, en el articulo 300 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 957, se reconoce el principio contenido en la locución latina *non reformatio in peius*, relativo a la interdicción de la reforma peyorativa, señalando en su parte pertinente que si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y que las penas y

medidas de seguridad impuestas a los sentenciados que no hayan sido objeto de recurso de nulidad solo podrán ser modificadas cuando les sea favorable (...)". Luego agrega: "(…) está demás reiterar que la sentencia que resuelve el recurso debe respetar en todo caso los límites de la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia que se exige para la instancia anterior (…) no se podrá modificar la condena sancionando los hechos imputados al encausado con una pena más grave que la impuesta, por cuanto el Representante del Ministerio Publico no formula el recurso impugnatorio correspondiente."

En consecuencia a partir de la definición del propio Acuerdo Plenario y de la jurisprudencia en comento podemos señalar que la prohibición de la *reformatio in peius*, posee como elementos los siguientes: **a)** El **procedimiento recursal**. Debe tratarse de una reforma hecha por un Tribunal revisor, puesto que solo cabría si una Sala de impugnación al revisar la recurrida y sin que se le pida, aumenta sin audiencia ni posibilidad de contradecir la pena que se ha impuesto; **b)** La **prohibición de indefensión,** ya que el Tribunal Revisor modifica la sentencia de oficio, en perjuicio y sin audiencia y contradicción del recurrente, vulnera ostensiblemente no solo el derecho de defensa; **c)** La **incongruencia procesal,** pues afecta el debate recursal ya que tergiversa el recurso del condenado que busca una reforma a su favor, recibiendo en contrario una reforma que le perjudica, el Tribunal debe obrar con respeto y dentro del marco de las peticiones señaladas por el recurrente y se erige, en puridad, en el verdadero fundamento de dicha institución; y, **d)** La **correlación entre acusación y sentencia o principio acusatorio**, este aspecto que resulta el más oscuro del principio, integra el contenido esencial del debido proceso penal. Al respecto el Acuerdo mencionado en su fundamento vinculante noveno, refiere: "El único límite para el Tribunal de Revisión es que no se varíe negativamente la clase y extensión de las consecuencias jurídicas. **La subsanación del error en que incurrió la sentencia impugnada no debe perjudicar la situación jurídica del imputado recurrente ni comprometer lesivamente el ámbito de la ejecución penal**". (resaltado agregado). Vale decir que para que se realice el principio, el Tribunal revisor no debe afectar el acusatorio, es decir, si la fiscalía ha acusado por un tipo penal de menor gravedad (como el hurto o el homicidio) el Superior viola el principio de prohibición de la reforma si al interdictar la recurrida considera que el hecho califica en un tipo de mayor gravedad (en el caso en vez hurto lo considera robo y en vez de homicidio asesinato). Pues la fiscalía como tutor y exclusivo persecutor del delito no acusó sobre el particular, por lo tanto, la judicatura está vetada para atribuir una calificación que no se ha acusado.

En el **Acuerdo Plenario N° 05-2007/CJ-116,** de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2008, sobre la *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300 del CPP), se estableció que: F.j. 8. Con esa premisa es del caso analizar si en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto solo por el imputado o por la fiscalía en su defensa, la Sala revisora puede, según el caso: **A.** Variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado) **B.** Variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor) **C.** Variar la pena de principal a accesoria o viceversa. **D.** Integrar el fallo con una pena principal o accesoria prevista en la Ley y no impuesta en la sentencia. **E.** Integrar el fallo con el plazo de la pena de inhabilitación o el monto de la multa cuando la sentencia recurrida los ha omitido. **F.** Integración del fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal. F.j. 9. En lo pertinente a los puntos A, B y C del fundamento jurídico anterior se tiene que tomar en cuenta que mientras no se modifique lesivamente el quántum de la pena, es posible variar el grado de consumación, el grado de participación del agente así como la calificación de la pena de accesoria a principal o viceversa. Para ello se requiere que se establezca motivadamente la existencia de un error de apreciación jurídica en la sentencia recurrida. El único límite para el Tribunal de Revisión es que no se varíe negativamente la clase y extensión de las consecuencias jurídicas. La subsanación del error en que incurrió la sentencia impugnada no debe perjudicar la situación jurídica del imputado recurrente ni comprometer lesivamente el ámbito de la ejecución penal. Con respecto a la pena de inhabilitación es de precisar que esta puede ser principal o accesoria –artículo 37 del Código Penal–, así como que la inhabilitación accesoria se extiende por igual tiempo que la pena principal [artículo 39 del Código Penal], mientras que la inhabilitación impuesta como pena principal se extiende de seis meses a cinco años [artículo 38 del Código Penal]. En consecuencia, y bajo los criterios ya establecidos, más allá de los supuestos en que resulta menester su imposición –diferentes, según se trate de inhabilitación principal o accesoria–, la variación de esa pena, a principal o accesoria según el caso, cuyos alcances a los derechos objeto de restricción no presentan diferencias entre ambas clases de penas, en uno u otro caso será factible siempre que el resultado final no redunde en perjuicio del recurrente. f.j. 10. Es importante destacar, respecto del contenido o alcance de la *non reformatio in peius*, que un posible cambio en la calificación jurídica de los hechos por el Tribunal de Revisión será factible si: a) en aras

del derecho a ser informado de la acusación se dé conocimiento de la alteración al recurrente con el objeto de que este pueda contradecirla –los agravios del recurso comprendan ese debate–; y, b) que el cambio no conlleve un aumento de la pena o un cambio del tipo de pena que le suponga perjuicio. Es obvio que el cambio de calificación no puede suponer en ningún caso la introducción de nuevos hechos ni la alteración esencial de lo que constituyeron el objeto del proceso en primera instancia. F.j. 11. Otra solución debe darse cuando el Tribunal de Instancia no impone una pena que la ley establecía para el caso juzgado. Cuando, ilegalmente, se omite establecer una de las penas conjuntas: multa o inhabilitación, por ejemplo. Salvo el caso de la omisión en la fijación de cuantías o tiempos determinados, cuyo límite en esos casos corresponde al petitorio de las partes, delimitados legalmente pero sin exceder el ámbito del recurso –principio acusatorio–, no es posible que de oficio, sin contradicción y en perjuicio del imputado, más allá de su legalidad, el Tribunal Revisor integre el fallo recurrido. Hacerlo importaría modificar la pena en la extensión de sus consecuencias jurídicas, lo que esté prohibido por el indicado principio. El recurso es una garantía primordial destinada a revisar, a instancia del afectado una resolución judicial –principio dispositivo– en aquellos ámbitos expresamente cuestionados –principio *tantum devolutum quantum apellatum*–, que como tal limite la competencia del Tribunal de Revisión a no alterar el resultado final en perjuicio del recurrente. En estos casos, como el principio analizado –de relevancia constitucional– impide al Tribunal de Revisión modificar de oficio la sentencia agravando las consecuencias jurídicas si solo fue el apelante el condenado prevalece incluso respecto del de estricta sumisión del juez a la ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la sentencia. Hacerlo importaría agravar la situación jurídica del recurrente como consecuencia de su propio recurso con serio riesgo a la seguridad jurídica. F.j. 12. No vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa cuando el Tribunal de Revisión integra el fallo de instancia e impone la medida de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual [artículo 178-A del Código Penal, incorporado por la Ley número veintiséis mil doscientos noventitrés]. El tratamiento terapéutico es una medida de seguridad, no es una pena. Su objetivo es la facilitación de la readaptación social del condenado, y como no altera el sentido de la sanción ni la modifica lesivamente en lo que respecta a su extensión o intensidad represiva, no puede afectarle la interdicción de la reforma peyorativa. En consecuencia, como no importa una agravación del entorno jurídico del imputado, la integración del fallo y su incorporación al mismo, no solo es posible, sino necesario.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, para (bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por ley) abstenerse de su ejercicio, o en su caso, para solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos. Debiendo para ello existir elementos probatorios de la comisión del delito y de la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio. Definición que corresponde al Sistema de Oportunidad Reglada, toda vez que los criterios de oportunidad obedecen a supuestos expresamente señalados por ley, a diferencia del Sistema de Oportunidad Libre, propia de países anglosajones, como Estados Unidos donde el Titular de la Acción Penal tiene plena disponibilidad y discrecional en su ejercicio. Este primer sistema, pues, es adoptado por nuestro ordenamiento procesal penal.

Siendo el Titular de la Acción Penal el Ministerio Público, quien por el Principio de Legalidad y su afín, el de Obligatoriedad estricta, tiene que denunciar toda *notitia criminis* que llegue a su conocimiento, pero que, por excepción, se ve facultado para decidir el inicio del proceso judicial de determinados delitos, sea por iniciativa propia (de oficio, conforme a ley) o a solicitud del imputado. No siendo pertinente en esta etapa la intervención del agraviado, sino hasta que el fiscal o el imputado formulen una propuesta respecto al pago de una reparación civil por los daños y perjuicios ocasionados.

Otra precisión que hacer en este punto concierne al 'consentimiento del imputado', requisito indispensable para la procedencia del principio de oportunidad, y que está referido a la expresión de voluntad del investigado para asentir o rechazar la aplicación del trámite del referido principio a su caso. Me explico. Dado que en esta etapa (Investigación Preparatoria), si bien el fiscal cuenta con indicios razonables que permiten acreditar la existencia del delito y la vinculación con el imputado, no se puede pretender determinar fehacientemente la responsabilidad del mismo, ya que ello es una atribución propia del juez. Por lo que, el consentimiento que brinde el imputado debe ser entendido como la voluntad de este para reconocer los daños y perjuicios causados a la víctima, y que se materializa con el pago de una reparación civil. Voluntad, que hasta ese momento, resulta expectánte, pues aun restará escuchar la posición de la víctima, en el sentido de si acepta o no la propuesta económica que el imputado o el fiscal formulen.

Entonces, debemos ser precisos y señalar que no todo consentimiento del imputado implica el reconocimiento

de culpabilidad. Pues, a lo expuesto, añadimos que el asentimiento del investigado para la aplicación del principio de oportunidad puede obedecer a diversas causas, como: para evitarse un engorroso trámite judicial. Sin embargo, tomemos esto con pinzas, este criterio no es genérico, puesto que por ejemplo: en los casos de lesiones derivadas de un accidente de tránsito por colisión de dos vehículos, en los que la responsabilidad de los involucrados resulta siempre discutida, no podemos pretender para la procedencia del trámite de la oportunidad, el reconocimiento de culpa por parte de aquellos, bastará aquí la intención de tratar de llegar a un acuerdo respecto a los gastos de atención médica, curación, rehabilitación, etc. En cambio, en otros supuestos, como en los delitos de conducción de estado de ebriedad, donde la responsabilidad se encuentra acreditada fehacientemente (con el resultado del certificado de dosaje etílico), el reconocimiento de culpa es requisito esencial, ya que de lo contrario, el principio de oportunidad no sería más que una puerta abierta para la impunidad, vulnerándose los fines del Derecho Penal. A lo que debe añadirse, la tutela de los derechos de defensa y presunción de inocencia del imputado.

Ahora bien, en cuanto a la abstención del ejercicio de la acción penal, esta consiste en una disposición emitida por el fiscal que conoce el caso, por la cual decide la no formulación de denuncia penal ante el juez competente o el pedido del sobreseimiento de la causa, cuando el hecho ya se encontrara ventilando en instancia judicial, pero solo hasta antes de formularse acusación. Aunque ampliaremos más adelante en este aspecto, resulta pertinente precisar en este punto que, la disposición que emita el Ministerio Público absteniéndose de iniciar o proseguir el proceso penal no siempre es absoluta, puesto que en gran parte de los casos, esta permanece en suspenso hasta que el imputado cumpla con el total del pago por concepto de reparación civil.

PRINCIPIO TEMPUS DELICTI COMISSI

El principio latino de *tempus delicti comissi* es la proposición cognitiva que exige al juzgador aplicar a los hechos punibles la ley vigente, es decir tratándose de una disposición que forma parte del derecho penal material, la ley aplicable es la vigente al momento de cometerse el delito, lo que supone que las normas procesales se aplican inmediatamente que sean promulgadas, con la única excepción que otra ley fuera más favorable al reo y siempre que se determine el conflicto entre dichas leyes.

Se le refiere, por ejemplo, en la **STC EXP. N° 01300-2002-HC/TC - Lima**, caso Hugo Eyzaguirre Maguiña, del 27 de agosto de 2003:

F.j. 7. **En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, la regla general es su aplicación inmediata.** Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación. En el derecho penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. En el derecho procesal, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento en que este se realiza. F.j. 8. La aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se les aplica una norma que entró en vigencia después que estos se produjeron. Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo. Así, el artículo 103 de la Constitución dispone que: "Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo". Esta excepción es aplicable a las normas del Derecho Penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia una norma que establezca una pena más leve. El artículo 6 del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable. F.j. 9. En el Derecho procesal, como antes se ha señalado, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no solo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que estos se producen. F.j. 10. El artículo 139, inciso 11) de la Constitución, establece que en caso de duda o conflicto de leyes penales, se debe aplicar la norma más favorable. Esta regla solo es aplicable en el Derecho Penal sustantivo, debido a que es en éste donde se presenta el conflicto de normas en el tiempo, es decir, que a un mismo hecho punible le sean aplicables la norma vigente al momento de la comisión del delito y la de ulterior entrada en vigencia. En ese caso, será de aplicación la retroactividad benigna y la aplicación de norma más favorable, conforme lo establece el artículo 103, segundo párrafo, y 139.11 de la Constitución, respectivamente. F.j. 11. Por otro lado, la ley puede también establecer precisiones específicas acerca de la aplicación temporal de las normas, las mismas que serán válidas siempre y cuando no contravengan la prohibición constitucional de la retroactividad normativa. Por ejemplo, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, establece que son aplicables las normas vigentes al inicio del proceso "inclusive para los que resta del proceso (...)

siempre que se trate de disposiciones más favorables". No obstante, este artículo no ha entrado aún en vigencia, por lo que no resulta aplicable. F.j. 12. **Nuestro ordenamiento procesal penal no cuenta con una norma que regule la aplicación de normas en el tiempo, por ello es pertinente acudir a lo establecido en el Código Procesal Civil**, el cual dispone, en su Primera Disposición Final, que las disposiciones de dicho cuerpo normativo se aplicarán supletoriamente a los demás ordenamientos procesales. Así, la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil establece que: "Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado". F.j. 13. De ello se desprende que en nuestro ordenamiento procesal penal son aplicables a los plazos iniciados las normas que se encuentren vigentes. **Sin embargo, esta regla tiene carácter supletorio, por lo que no podrá regir en la aplicación de normas procesales que cuenten con su propia regla de aplicación temporal,** ni tampoco si está vigente una norma que regula de manera general la aplicación temporal de las normas en el proceso penal.

Asimismo, en la STC Exp. N° 01594-2003-HC/TC - Trujillo, caso Dionicio Llajaruna Sare, del 30 de enero de 2004, F.j. 4, se establece: Si hay una cuestión que es relativamente pacífica en la doctrina y la jurisprudencia comparada es aquella de que los criterios para resolver el problema de la ley aplicable en el tiempo están condicionados, en el sistema penal, a la verificación previa de si tal disposición es una que forma parte del derecho penal material o, en su defecto, del derecho procesal penal [ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. T. 1, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 164]. En nuestro ordenamiento, **tratándose de una disposición que forma parte del Derecho Penal material, la ley aplicable es la vigente al momento de cometerse el delito**. Así se desprende del ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, a tenor del cual: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Rige, pues, el principio *tempus dilicti comissi*, y está prohibido, conforme se enuncia en el artículo 103 de la misma Constitución, la aplicación retroactiva de las leyes, "salvo en materia penal cuando favorece al reo". Ese ha sido el criterio expuesto por este Tribunal en la STC Exp. N° 1300-2002-HC/TC: "Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo (...). Esta excepción es aplicable a las normas del derecho

penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia una norma que establezca una pena más leve. El artículo 6 del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable" [F.j. N° 8].

Igualmente, en la STC Exp. N° 02196-2002-HC/TC-Lima, caso Carlos Saldaña Saldaña, del 10 de diciembre de 2003, F.j. 7, se señala: Precisada esta regla general, debe aclararse que, tratándose de normas de derecho penal material, rige para ellas el principio *tempus delicti comissi*, que establece que **la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito**, lo que es acorde con el artículo 2 de la Constitución, literal "d" del numeral 24, que prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se instituye así un razonable tratamiento de la libertad y de la autonomía personal, fijando límites de aplicación a las normas punitivas.

Principio tempus regit actum

El principio latino *tempus regit actum* es la proposición cognitiva que exige al juzgador que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal. Así, en la STC Exp. N° 02196-2002-HC/TC - Lima, caso Carlos Saldaña Saldaña, del 10 de diciembre de 2003. F.j. 8, se señala que en el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum,* cuyo enunciado es que **la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto**. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior.

Igualmente, en la STC Exp. N° 02496-2005-PHC/TC - Lima, caso Eva Rosario Valencia Gutiérrez, 17 de mayo de 2005. Precedente vinculante, F.j.12, se establece que, con relación a la aplicación de las normas penales, este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que en la aplicación de normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse.

Principio de tipicidad

El subprincipio de tipicidad es la proposición cognitiva que forma parte del principio de legalidad, prescrito en el ordinal "d" del inciso 24)

del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta o ilícito, por lo cual es la manifestación del elemento formativo de *lex certa*.

Sobre el particular, en la STC Exp. N° 02050-2002-AA/TC - Lima, Caso Carlos Israel Ramos Colque, del 16 de abril de 2003, f.j. 9, se establece que no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168 de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (*Derecho administrativo sancionador*. Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 260), "provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella".

Por su parte, en la STC Exp. N° 02192-2004-AA/TC - Tumbes, caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses, del 11 de octubre de 2004, F.j. 5 se aprecia lo siguiente: Este Colegiado también ha establecido que: "(...) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)" (Exp. N° 2050-2002-AA/TC-Fundamento Jurídico N° 9). El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva es la medida cautelar de sujeción al proceso, antes llamada mandato de detención, que

consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de quien es imputado en un delito, para que la misma sea razonable deben concurrir en su existencia tres elementos: el *fumus comissi delicti* (graves y fundados elementos de convicción de la comisión del delito); la prognosis *poenae* (pena probable mayor de cuatro años - no es dificultad que se tome en cuenta otros datos además de la pena conminada, pero no pueden ser en modo alguno una conjetura subjetiva, sino que debe ser un dato objetivo); y, el *periculum in libertatem* (peligro en libertad, que el Código Procesal Penal ha separado en peligro de fuga: la duda probable que el imputado no asista a la investigación o al proceso por cuanto no pueda ser ubicado por carecer de arraigo (domiciliario, laboral o familiar) o por su conducta renuente al proceso, o por tener medios suficientes para ocultarse; o bien en el peligro de obstaculización: cuando el procesado tiene posibilidad de ocultar pruebas o influir en la voluntad de los testigos (ascendencia, autoridad, temor, familiaridad, compasión).

La STC Exp. N° 05017-2009-PHC/TC - Lima, caso Carmen del Pilar Contreras Sánchez, en Lima, a los 27 días del mes de noviembre de 2009, establece que:

F.j. 2. "(…) el Tribunal Constitucional ha enunciado en reiterada jurisprudencia que 'El derecho a que la prisión preventiva no exceda del plazo razonable (…) coadyuva al pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiaridad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar (…) para ser reconocida como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2, inciso 24 de la Constitución, y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad humana'. [STC Exp. N° 2915-2004-HC-TC, f.j. 5] El artículo 137 del Código procesal penal establece que la duración de la detención provisional en el proceso ordinario es de 18 meses, término que puede ser duplicado o prolongado en los supuestos específicos que la misma norma prevé. Al respecto este Tribunal ha tenido oportunidad de precisar que el mencionado dispositivo legal denomina ordinario al proceso sumario y especial al ordinario". [Cfr. RTC 841-2001-HC/TC y STC Exp. Nº 1300-2002-HC/TC, f.j. 4].

Igualmente, la **STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC - Lima**, caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio, del 23 de noviembre de 2004. F.j. 9, señala que tal como establece el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "(...) la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general". Lo propio queda expuesto en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las

Naciones Unidas sobre las medidas privativas de la libertad (Reglas de Tokio), que precisa que: "solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso". Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado: "(...) la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa". (Informe N° 12/96, párrafo 84). F.j. 14 Como resulta evidente, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito. F.j. 15. Este criterio es compartido, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al referir que "el plazo razonable (...) no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en varios periodos dependiendo de la gravedad del delito" (caso Stogmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4).

Prisión preventiva. Requisitos formales

Los requisitos formales de la prisión preventiva, también llamada mandato de detención, son tres: el *fumus comissi delicti* (graves y fundados elementos de convicción de la comisión del delito); la prognosis *poenae* (pena probable mayor de cuatro años: no es dificultad que se tome en cuenta otros datos además de la pena conminada, pero no pueden ser en modo alguno una conjetura subjetiva, sino que debe ser un dato objetivo); y, el *periculum in libertatem* (peligro en libertad, que el Código Procesal Penal ha separado en peligro de fuga: la duda probable que el imputado no asista a la investigación o al proceso por cuanto no pueda ser ubicado por carecer de arraigo (domiciliario, laboral o familiar) o por su conducta renuente al proceso, o por tener medios suficientes para ocultarse; o bien en el peligro de obstaculización: cuando el procesado tiene posibilidad de ocultar pruebas o influir en la voluntad de los testigos (ascendencia, autoridad, temor, familiaridad, compasión); los tres elementos deben concurrir para que se despliegue la prisión o el mandato de detención.

Prisión preventiva. Requisitos materiales

Los requisitos materiales de la prisión preventiva, también llamada mandato de detención, son la existencia de motivos razonables y proporcionales que la justifiquen, es decir que el magistrado tenga la convicción que una medida cautelar menos grave no sujetará al imputado a concurrir al proceso, siendo el principal fundamento para desplegar esta medida, el peligro procesal.

En la STC Exp. N° 01260-2002-HC/TC - Huánuco, caso Amadeo Domínguez Tello, Lima, a los 9 días del mes de julio de 2002. F.j. 3, se establece lo siguiente: "(…) este Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de advertir en causas sustancialmente análogas, en la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia, esta es, en esencia, una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su aplicación a nivel judicial depende de la existencia de **motivos razonables y proporcionales que la justifiquen**. A ese respecto, el Tribunal ha considerado que ella no puede solo justificarse en la prognosis de la pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesada, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad. Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola prácticamente en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio" (Informe N° 12/96, Argentina, caso N° 11.245, párrafo 86). F.j. 4. "(…) El Tribunal Constitucional considera que tal justificación de la detención judicial preventiva es deficiente e insuficiente para justificar constitucionalmente su aplicación, pues, (…) **no se expresa razonadamente el peligro procesal** que comportaría para el éxito del proceso dejar en libertad a los procesados. A juicio de este Colegiado, la satisfacción de **tal exigencia es consustancial con la eficacia del derecho** a la presunción de inocencia y con el carácter de medida cautelar, y no con la de una sanción punitiva que tiene la prisión

preventiva. Por ello, habiéndose justificado la detención judicial preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y que la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro años, el Tribunal Constitucional considera que la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, relacionalmente, la libertad individual de los recurrentes". F.j. 5. "Asimismo, el Tribunal Constitucional estima que, al tratarse la detención judicial preventiva de una medida excepcional, el principio *favor libertatis* impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. El carácter de medida subsidiaria impone que, antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva se puede alcanzar aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora de los procesados (…)". F.j. 6. "Como antes se ha sostenido, la detención judicial preventiva, además de ser una medida provisional, debe encontrarse **acorde con el principio de proporcionalidad**. Ello significa que la detención judicial preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado. De acuerdo con el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la restricción de la libertad física de una persona sometida a un proceso sólo puede deberse a la necesidad de asegurar "la comparecencia del procesado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo". Por ello, juzga el Tribunal que **el principal elemento a considerarse con el dictado de esta medida cautelar debe ser el peligro procesal** que comporte que los procesados ejerzan plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, de que los procesados no interferirán u obstaculizarán la investigación judicial o evadirán la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, les impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada. La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención

judicial preventiva en arbitraria por no encontrarse razonablemente justificada (…)".

Por su parte, la STC Exp. N° 01091-2002-HC/TC - Lima, caso Vicente Ignacio Silva Checa, 12 de agosto de 2002. F.j. 5, señala que: "Como todo derecho fundamental, el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. **Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio**. Los límites que a estos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales". F.j. 6. "La validez de tales límites y, en particular, de la libertad personal, depende de que se encuentren conforme con los principios de **razonabilidad y proporcionalidad**. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad" (caso Gangaram Panday, párrafo 47, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México 2001, p. 117)". F.j. 7. "En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, **por sí misma, esta no es inconstitucional**. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; **cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio** a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese, pues, es el propósito del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general", y también la interpretación que de ella ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Suárez Rosero. Ecuador, párrafo 77, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México, 2001, p. 417).

PROCESO O PROCEDIMIENTO REGULAR

Se considera a un proceso o un procedimiento regular, aquel en el que se hayan respetado garantías mínimas tales como los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, motivación, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, independiente e imparcialidad, entre otros derechos fundamentales. Esta categoría sirve para la interpretación del artículo 4 del CPCN.

La STC Exp. N° 05374-2005-PA/TC - Lima, caso Adela Eskenazi de Yarin, del 17 de octubre de 2005, F.j. 6., establece que: "(…) Ello, sin lugar a dudas, no implica que el amparo pueda ser considerado como una instancia adicional para revisar los procesos ordinarios, pues el amparo no puede 'controlar' todo lo resuelto en un proceso ordinario, sino que se encuentra limitado únicamente a verificar si la autoridad judicial ha actuado con un escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de las partes procesales, por lo que, de constatarse una afectación de esta naturaleza, deben reponerse las cosas al estado anterior al acto en que se produjo la afectación. En un proceso de amparo no se controla si una determinada persona ha cometido un delito o si es válido un contrato de compraventa, entre otros, sino más bien si un procesado ha sido sancionado con las debidas garantías o si una prueba relevante para la solución del caso ha sido admitida, entre otros (…)".

Igualmente, la STC Exp. N° 05583-2009-PA/TC - Lima, caso Gladys Julia Rojas Aragón, del 1 de junio de 2010, f.j. 3, prescribe: "la existencia de un procedimiento regular se encuentra relacionada con la existencia de un proceso en el que se hayan respetado garantías mínimas tales como los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, motivación, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, independiente e imparcialidad, entre otros derechos fundamentales, por lo que un proceso judicial que se haya tramitado sin observar tales garantías se convierte en un proceso irregular que no solo puede, sino que debe ser corregido por el juez constitucional mediante el proceso de amparo".

PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD

La prohibición de retroactividad, es una condición o nota característica de la vigencia de la ley, la misma que una vez publicada, conforme al mandato del artículo 103 de la Constitución Política del Perú, entra en vigencia al día siguiente, salvo disposición expresa distinta, y se aplica a los actos y consecuencias jurídicas

futuras, consolidando la naturaleza de irretroactividad, es decir no se aplica ni a actos ni a consecuencias del pasado, pues **la regla general es su aplicación inmediata**.

Así, tenemos la STC Exp. N° 01593-2003-HC/TC - Trujillo, caso Dionicio Llajaruna Sare, del 30 de enero de 2004, F.j. 5: A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal material, la doctrina coincide en que en el Derecho procesal penal la regla es distinta. "El ámbito de vigencia temporal de la ley penal se precisa a través de la prohibición de la retroactividad. La penalidad tiene que estar expresamente determinada, antes que el hecho sea cometido. La retroactividad de la ley penal hace referencia a la penalidad, a los fundamentos de la penalidad. La prohibición de la retroactividad tiene que ver con todos los presupuestos materiales de la pena, pero no con las normas procesales (...)" [HARRO, Otto, *Grundkur Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. Walter de Gruyter Berlin-New York, 2000, p. 18-19; en similares términos, WESSELS, J. y BEULKE, W. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, p. 18-19]. Ese también ha sido el criterio sostenido por este Tribunal en la STC Exp. Nº 1300-2002-HC/TC. Respecto a la aplicación de normas en el tiempo, se precisó que "la regla general es su aplicación inmediata. Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación" [Fun. Jur. Nº 7], pues "(...) el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no solo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que estos se producen". [Fund. Jur. Nº 9]. F.j. 6. Ahora bien, si el problema se aborda aplicando los criterios del Derecho Penal material [Cf. STC Exp. N° 0804-2002-HC/TC], tendría que admitirse que la ley aplicable sería la ley vigente al momento de cometerse el delito. Sin embargo, una construcción de esa naturaleza adolece de un problema. Como antes se ha destacado [Fund. Jur. Nº 4], el principio tempus dilicti comissi solo es aplicable para el Derecho Penal material, que ciertamente no comprende a un tema como los beneficios penitenciarios, que es una materia propia del Derecho Penitenciario [Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Bosch. Barcelona, 1981, p. 24].

PROXENETISMO

El delito de proxenetismo es el hecho ilícito cuya conducta delictiva consiste en comprometer, seducir o sustraer a una persona para entregarla a otra con el objeto de mantener

acceso carnal (vaginal, anal o bucal) a cambio de una compensación pecuniaria. Por comprometer se entiende toda acción dirigida a crear en el sujeto pasivo una obligación con otro, de tal modo que resulte exigible su cumplimiento. Por otro lado, seducir implica engañar o encauzar a alguien hacia la toma de una determinada decisión a través del ofrecimiento de un bien. En tanto que sustraer conlleva el apartar, separar o extraer a una persona del ámbito de seguridad en el que se encuentra. El tipo penal no hace referencia a los medios que pueda emplear el agente para la realización de dichos comportamientos. Generalmente, se empleará algún medio de coerción como la violencia o intimidación [Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 273]. Se encuentra tipificado en el artículo 181 del Código Penal modificado por la Ley Nº 28251 del 8 de junio de 2004: "El que compromete, seduce, o sustrae a una persona para entregarla a otro con el objeto de tener acceso carnal, será reprimido con pena privativa de libertad ni menor de tres ni mayor de seis años. La pena será no menor de seis ni mayor de doce años, cuando: 1) La víctima tiene menos de dieciocho años de edad. 2) El agente emplea violencia, amenaza, abuso de autoridad, u otro medio de coerción. 3) La víctima es cónyuge, concubina, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o se está a su cuidado. 4) Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda. 5) La víctima es entregada a un proxeneta."

PRUEBA

La prueba es el elemento que permite determinar con certeza una conclusión sobre los hechos ocurridos, en los cuales no estuvo presente. El medio de prueba es el soporte físico o virtual que contiene la prueba, el medio de prueba puede ser viciado (cláusula de exclusión), pero no invalida la prueba (excepciones a la cláusula de exclusión). Los elementos de convicción son los medios que permiten al juzgador alcanzar la confianza de la probabilidad de un ilícito o de la falsa justificación de una defensa, no necesariamente prueba el delito, sino que aproximan a la posibilidad objetiva de su ocurrencia [V. gr. Si se encuentra en posesión del arma, no prueba necesariamente el homicidio, pero sí genera convicción que es posible que el arma sea el elemento criminal, lo que se debe demostrar en juicio, y por ende la probabilidad que el poseedor sea el responsable del ilícito, es decir, es verosímil que haya conexión]. Esto significa que, por regla general, los actos de investigación no pueden tener eficacia jurídica de actos de prueba, salvo que aquellos no puedan ser reproducidos en el

juicio oral. La prueba entonces ha de practicarse en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación, contradicción e igualdad principalmente [SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Idemsa, Lima, 2009, p. 243].

Sobre el particular, la STC Exp. N° 08811-2005-PHC/TC - Lima, caso Charles Tei Fleming, del 29 de noviembre de 2005, precisa que: F.j. 1. **En instancia constitucional no se revisa diferente valoración de la prueba**. Con respecto a los alegatos del demandante, en el sentido de que no fue encontrado traficando con droga, sino que solamente se hallaron pequeñas muestras de la sustancia en su domicilio; y que sus coinculpados no lo conocían, este Tribunal debe subrayar, una vez más, que la determinación de la responsabilidad penal y, en tal sentido, la valoración de los medios probatorios es competencia exclusiva de la justicia ordinaria, concretamente de la penal, no pudiendo el proceso constitucional constituirse en una suprainstancia de la justicia ordinaria. F.j. 2. Respecto de la alegada falta de traductor, lo cual contraviene el artículo 14.3, f, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2, a, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ello no se encuentra acreditado en autos, por lo que carece de sustento dicho alegato. De otro lado, sin perjuicio de lo dicho, es pertinente anotar que **no puede pretenderse que se deje sin efecto todo un proceso penal en razón de una presunta irregularidad cometida en la fase de investigación preliminar.** Ello es así, fundamentalmente porque el acto que se cuestiona, si bien forma parte de la actividad probatoria, no constituye un acto de prueba, sino de investigación. Este, a diferencia de aquel, no permite fundamentar una condena. El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar e instructiva, y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura de proceso y juicio oral, y para adoptar medidas cautelares. **La condena se apoya en actos de prueba, los cuales se presentan básicamente en el juicio oral,** acto procesal respecto de la cual el demandante no ha argüido la falta de un intérprete. Entre los elementos que constituyen **el cuerpo del delito,** podemos dividirlos en los siguientes: a) *producta sceleris:* Es lo que se obtiene por la realización del ilícito o efecto del delito, como el dinero que se obtiene tras vender lo robado, o el pago del sicario por matar a la víctima; b) *instrumenta sceleris:* El medio por el que se comete el delito, como el arma del homicida; c) *objeta sceleris:* que constituye lo que se pretende con el delito: Como el bien robado, o la libertad perdida en el caso de violación sexual (si solo instrumenta y producto: Teoría bipartita; si los tres:

Teoría Tripartita). La prueba se rige por algunas reglas, entre ellas encontramos el ***ius propter hominem,*** es decir lo hallado no necesita ser confirmado. Lo entregado tampoco precisa ser confirmado. Solo la incautación exige ser confirmada. Por ello, si con la exhibición del bien se cumple su fin, no es necesario ser incautado. La incautación per se será lícita. El artículo 339.1 del CPP crea un segundo supuesto de suspensión del dominio sobre lo incautado, es decir el artículo 104 del CP contiene el primer supuesto, la incautación puede ser realizada contra tercero de buena, no obstante el que alega ese estatus tiene la obligación de probar que se trata de buena fe tal adquisición. El respeto al tercero de buena fe también se regula en el art. 97 del CP [vide art. 222 del CPP]. En el artículo 339.1 del CPP se contiene el otro supuesto: La pérdida del dominio sobre la incautación del efecto del delito es por la prescripción del ejercicio de la persecución penal. El efecto del delito (*producta sceleris*) debe ser embargado. El artículo 15 del CPP ordena el embargo, admitiendo por ello incluso la acción pauliana. Incluso sobre los bienes necesarios para cubrir la reparación, art. 15 del CPP. La policía y el Ministerio Público incauta los efectos del delito. (arts. 67, 68, 218.2, 316,1 del CPP). Si la víctima dice "con tal que me devuelva lo que me han quitado no me importa lo demás". Hay una renuncia del art. 93.2 del CP, es decir solo la restitución del daño y renuncia a la indemnización (art. 67 del CPP) cuando el Código dice el fiscal dirige no significa estar presente necesariamente, la policía por mandato telefónico del fiscal puede incautar. El objeto del delito, en cambio, va incluso contra el tercero adquiriente art. 310 del CPP. El juez del nuevo modelo es un juez de justicia rogada. Lo hallado y entregado exige una cadena de custodia, por ello se exige presencia fiscal en: a) La ampliación de la declaración del imputado art. 150 del CPP; b) La negativa del imputado a firmar primeras Actas de incautación, en la medida de lo posible; c) La confesión; d) Levantamiento del cadáver, aunque puede delegar en la policía o el Juez de Paz; e) La necropsia, aunque puede intervenir su adjunto.

La STC Exp. N° 03484-2005-HC/ TC-Lima, caso César Augusto Inca Soler y doña Carmen Ítala Donayre Huamaní, Claudio Toledo Paytán, José Luis Toledo Barrientos, Erasmo Toledo Barrientos, del 14 de setiembre de 2005, f.j. 3, ha precisado lo siguiente: Si bien es cierto que el Código Procesal Constitucional, en su artículo 9 ha establecido que "en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria (...)", ello no implica, en modo alguno, que las partes estén exentas de la obligación de adjuntar las pruebas que sustenten sus afirmaciones. Por ello, este Tribunal ha sostenido que, el artículo 9 "(...) implica una responsabilidad implícita que entraña

la carga de probar a las partes que acuden a la vía constitucional de adjuntar medios probatorios idóneos que sean suficientes para crear en el juzgador un criterio respecto del derecho alegado".

PRUEBA INDICIARIA

La prueba indiciaria es la técnica del razonamiento judicial que permite la existencia del elemento acreditador del hecho y la responsabilidad criminal, su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar.

La doctrina procesal ha reconocido que "es uno de los tópicos más complejos dentro de la teoría de la prueba en el proceso penal, ya que se construye sobre la base de una inferencia lógica, donde determinados hechos indirectos que se dan por probados se enlazan a una conclusión unívoca y necesaria que acredita algún aspecto del objeto material del proceso penal en ciernes. Así, aunque es considerada una prueba indirecta de los hechos centrales a probarse en un proceso penal, no por eso carece de fuerza probatoria capaz de sustentar una sentencia condenatoria y es, en ese sentido, una herramienta importante para el juzgador cuando los hechos juzgados no pueden ser probados por elementos de prueba directos o por pruebas sustentadas en los conocimientos técnicos o científicos. Ello, dentro del esquema de los principios de libre valoración probatoria y la sana crítica que informan el sistema de pruebas de nuestro proceso penal, que otorgan al juzgador un amplio margen para la construcción de una teoría que explique la existencia del delito y la participación del imputado en el mismo. Sin embargo, como se sabe **este amplio margen de apreciación de la prueba no puede ser arbitrario,** ya que, la Constitución Política impone al juez la obligación de explicar el razonamiento lógico –fáctico– jurídico en el que sustenta su decisión final condenando o absolviendo al imputado, respetando en todo momento el derecho a presunción de inocencia y el derecho a la contraprueba que le asiste al imputado". [Resaltado agregado] (Vide ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio. *Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado.* Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2009).

Como lo precisa el doctor César San Martín Castro, "indicio es todo hecho cierto y probado con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado. El indicio debe estar plenamente acreditado". Es el hecho base de la presunción, es un dato fáctico o elemento que debe

quedar acreditado a través de los medios de prueba previstos por la ley. La conclusión a la que se arriba a partir de una prueba indiciaria debe someterse a ciertos requisitos para su validez. Así la afirmación o enlace entre el hecho –base y el hecho– consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia. Debe primar la racionalidad y coherencia del proceso mental asumido en cada caso por el órgano jurisdiccional, siendo de rechazar por tanto la irrazonabilidad, la arbitrariedad, la incoherencia y el capricho del juzgador, que en todo caso constituyen un límite y topo de la admisibilidad de la presunción como prueba. Dos datos son, pues, imprescindibles: **a)** racionalidad de la inducción o inferencia, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada; y, **b)** que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; todo ello, en aras de afirmar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. (Vide. SAN MARTÍN CASTRO, César; (2003). *Derecho procesal penal.* Tomo II. Lima: Grijley, p. 856; CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (2002). *Derecho procesal penal.* Madrid: Dykinson, p. 385).

De igual modo, el extinto profesor Don Florencio Mixán Mass, sustenta que la diferencia entre indicio y prueba indiciaria es ineludible. En efecto, prueba indiciaria (o prueba por indicios) **es un concepto jurídico-procesal compuesto** y, como tal, incluye como componentes varios subconceptos: indicio (dato indiciario), inferencia aplicable y la conclusión inferida (llamada, aún por muchos, presunción del juez o presunción del hombre), que conducen al descubrimiento razonado de aquello que es indicado por el indicio (el conocimiento que se adquiere sobre lo que tradicionalmente se conoce como hecho indicado o dato indicado). (Vide MIXÁN MASS, Florencio (1992). *La prueba Indiciaria.* Trujillo: BLG, p. 10.) Por su parte, la clasificación más utilizada de los indicios es aquella que toma en cuenta, el momento de la producción de los indicios, en cuya virtud los indicios pueden ser antecedentes, concomitantes y subsiguientes, esto es, según se trate de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores al delito. Como anota el doctor César San Martín Castro la Corte Suprema de Justicia del Perú ha utilizado esta última clasificación de modo recurrente(*). Igualmente el profesor san marquino don Fernando de Trazegnies Granda, en su artículo "La teoría de la prueba indiciaria" ha expresado que: "Un indicio no

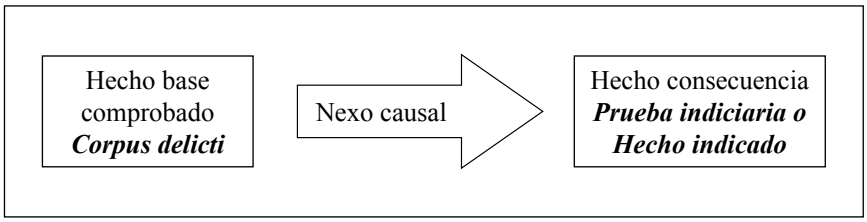
(*) Ejecutoria Suprema de 2 de julio de 1998, Exp. Nº 1787-98, Lima. En: *Normas Legales*. Tomo 300, mayo, Trujillo, 2001, pp. A20 - A22. Jurisprudencia Vinculante: Ejecutoria Suprema del 6 de setiembre de 2005, RN Nº 1912 - 2005, Piura, considerando cuarto. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 101, febrero de 2007, año 12, p. 232.

es simplemente un hecho debidamente probado, sino un hecho probado que es además vinculado racionalmente con un dibujo general que se pretende demostrar: si en el ejemplo del rompecabezas encontramos una pieza que contiene parte de la cola de un conejo, podemos decir que con mucha probabilidad el dibujo incluye un conejo; aunque ni siquiera esta inferencia es concluyente porque podemos adoptar una hipótesis distinta sobre lo que representa el rompecabezas en su integridad y optar no por una visión campestre y bucólica sino por una hipótesis supersticiosa: esa cola puede estar en la mano de un hombre que se pasea por una ciudad de rascacielos y que cree que la pata de conejo es un amuleto de la buena suerte, por lo que la usa de llavero; por consiguiente, desde este otro punto de vista, no hay ningún conejo completo en la escena final del rompecabezas ni nada de lo que la idea de conejo nos evocaba: la granja, el granjero con su gran sombrero de paja, quizá unas vacas y unos patos". Esto significa, al decir de don Trazegnies Granda, que los indicios no son hechos por sí solos sino que son tomados en cuenta en tanto que partes que revelan –o parecen revelar– un todo necesariamente mayor: son señales que sugieren la conformidad de una hipótesis y que se definen como señales por su referencia a la hipótesis señalada. El indicio no es, entonces, cualquier hecho, no es el hecho puro, sino el hecho que se ha logrado integrar dentro de un razonamiento para indicar algo (indicio, viene ciertamente de indicar). Consecuentemente, el hecho bruto en su estado inicial no es todavía un indicio. Algunos lo llaman "hecho indicador" para contraponerlo a la presunción. Pero hecho indicador es lingüísticamente lo mismo que indicio; y ese hecho no indica todavía nada mientras no se lo dirija a una hipótesis en virtud de la presunción. Es la presunción en su primera acepción, por ejemplo, el razonamiento, lo que le otorga el carácter de indicio al simple hecho. Antes de que haya sido integrado en el razonamiento y que este sea suficientemente convincente, el hecho (proximidad de las operaciones de compra de acciones, precio, etc.) no es todavía ningún indicio. En ese sentido es correcto decir que los hechos se transforman en indicadores (indicios) solo por el merito de un razonamiento lógico exitoso. Antes de eso no significan cosa alguna. Por ello la prueba por indicios es una construcción argumentativa con base fáctica incontestablemente cierta.

Esta transformación del hecho bruto en hecho indicado (indicio) que se produce cuando puede ser entendido como una señal de un hecho indicador, da como resultado distintos grados de fuerza vinculatoria entre el hecho indicador y el hecho indicado. La doctrina clasifica esa

fuerza vinculatoria –que, en última instancia, es la esencia de su fuerza probatoria– en necesaria o contingente, el mismo que a su vez puede ser grave o leve. Así, el **indicio necesario** es el que irremediablemente conduce a una determinada consecuencia, como dice el profesor Jaime Azula: el hecho deducido no puede tener por causa sino el hecho probado(*). En este campo, como en muchos otros, a fin de evitar un conceptualismo hueco, lo mejor es poner un ejemplo. Y es el mismo Azula quien nos lo da: "Si hay cenizas, hubo fuego". El **indicio contingente** es el que puede conducir a deducir varios hechos(**). Puede ser **grave** cuando "conduce a un grado considerable de probabilidad de otro hecho". Y el ejemplo que da Azula es "cuando a una persona se le encuentran en su poder objetos robados". Puede ser leve cuando "es apenas una consecuencia probable"(***). Y dice Azula que el ejemplo consiste en que "no puede deducirse que una persona sea la autora de la muerte de otra por el hecho de haberla amenazado"(****). Por ello es que cuando se trata de indicios contingentes la misma ley procesal penal exige como requisitos que los hechos probados sean plurales, concordantes convergentes y sin que exista contraindicios consistentes.

Por lo tanto, el Tribunal debe examinar dos aspectos: **a)** Si los indicios son hechos base probados; y, **b)** Si a partir de los hechos base se sigue como consecuencia lógica el hecho consecuencia de la comisión de lavado de activos como acto injusto por parte del acusado; así, demostradas estas dos hipótesis debe colmarse la siguiente estructura cognitiva:



(*) AZULA CAMACHO, Jaime (1998) *Manual de Derecho probatorio*. Bogotá: Editorial Temis. p. 294.

(**) Ídem.

(***) Ídem.

(****) Ibídem, p. 295.

Por su parte el hecho base puede constituirse de dos modos: **1)** Un solo indicio pero de tal relevancia que lleve al hecho consecuencia, en cuyo caso se exige que no exista prueba que lo contradiga ni directa ni indirecta o indiciaria, bajo la regla de la inequivocidad. **2)** Diversidad de indicios bajo las reglas de la convergencia y la inequivocidad, es decir, todos los indicios deben converger para ligar el hecho consecuencia, de manera inequívoca. A su vez el nexo causal, lo constituye la inferencia lógica la misma que puede aparecer bajo la variante de máxima de la experiencia, regla de lógica o axioma lógico, este contenido debe unir al hecho base con el hecho consecuencia, regido por el conector lógico de la implicación recíproca o bicondicional **[si y solo si]**, puesto que solo podrá seguirse el efecto legítimo de la prueba indiciaria de la causa probada y viceversa, ya que si del hecho base o causa probada puede seguirse más de una consecuencia indiciaria o no, generaría duda y por lo tanto la inferencia lógica sería equívoca, no siendo demostrativa de la prueba indiciaria. Como lo respalda Jauchen cuando precisa que: "(…) el indicio conceptualmente no es otra cosa que lo que modernamente se considera elemento de prueba, es decir, todo dato o circunstancia debidamente comprobada en la causa por vía de un medio de prueba. El dato surgirá así de los dichos del testigo, del contenido de una declaración del imputado, de un dictamen pericial, de una inspección judicial o cualquier otro medio. Luego, dicho dato constituye un elemento probatorio del cual el juzgador **mediante un razonamiento lógico, puede inferir otro hecho desconocido; es la operación mental por medio de la cual se toma conocimiento de un hecho desconocido por inferencia que sugiere el conocimiento de un elemento comprobado.** Este elemento comprobado es un indicio, no un medio de prueba en el sentido técnico de este último" [resaltado nuestro] (Vide JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal.* Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 583 - 584).

Sobre el particular, el Recurso de Nulidad N° 1912-2005/Piura, Precedente vinculante, caso Agustín Eleodoro Romero Paucar sobre delito de homicidio agravado en agravio de Segundo Humberto Mantilla Bautista, del 6 de setiembre de 2005, f.j. 4., ha señalado: Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [Asuntos Pahm Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) este hecho base ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son–, y (d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos –ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar– pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera –esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe–; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.

R

Refundición de penas

La refundición de penas es el instituto procesal de ejecución de sentencia, por el cual es posible subsumir o tener por contenida la pena menor por un delito cometido antes de la imposición de la primera sentencia, conforme al mandato de la Ley Nº 26832 del 3 de julio de 1997 que modificó el artículo 51, técnicamente al tratarse de una norma autoaplicativa, al ser una norma procesal y no material, no correspondiendo el principio de favorabilidad, le corresponde el principio *tempous regir actum*, es decir para los casos ocurridos entre el 3 de julio de 1997 al 13 de mayo de 2006(*).

Sobre el particular, en el Recurso de Nulidad N° 4052-2004 - Ayacucho, **Precedente vinculante**, caso contra Delfín Delgadillo Vargas, por delito de TID en agravio del Estado, del 10 de febrero de 2005, establece: f.j. 4. Que, ahora bien, el tratamiento del concurso real retrospectivo, en el caso de juzgamientos sucesivos y en orden a la imposición de la pena, apunta, de un lado, a evitar que el condenado sea tratado más severamente que lo hubiese sido si el juzgamiento de sus infracciones hubiera tenido lugar simultáneamente; y, de otro lado, a imponer una sola pena que sea proporcionada a la responsabilidad del agente, en tanto que el juez no puede acumular las penas; que la respuesta penal en caso de concurso real no puede estar condicionada a factores procesales referidos a la persecución, al conocimiento por la autoridad de la comisión del injusto y a la fecha de su enjuiciamiento, de ahí que la pena única se impone

(*) **Artículo 51.** Si después de la sentencia definitiva condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado de igual o distinta naturaleza **que merezca una pena inferior a la impuesta,** cualquiera que sea el estado en que se encuentre, el órgano jurisdiccional o los sujetos al proceso, solicitarán copia certificada de fallo ejecutoriado y en mérito de la misma, el órgano jurisdiccional **dictará el sobreseimiento definitivo de la causa y ordenará archivarla**. Si el hecho punible descubierto mereciere una pena superior a la aplicada el condenado será sometido a un nuevo proceso y se impondrá la nueva pena correspondiente. [modificado por Ley Nº 26832, el 3 de julio de 1997].

como exigencia legal e incluso de tratamiento penitenciario; que, siendo así, cuando la ley prohíbe un beneficio penitenciario a quien ha sido objeto de una condena anterior no puede entenderse que está referida al dato formal de la existencia de una sentencia, pues esta incluso puede comprender varios hechos típicos juzgados simultáneamente, de modo que sin el análisis de la norma el resultado interpretativo incorporaría un factor de desigualdad irrazonable cuando, por circunstancias derivadas de la persecución penal, no se acumularon hechos delictivos en un solo proceso antes de la sentencia. F.j. 5. Que, en consecuencia, cuando se produce la refundición de penas como consecuencia de un concurso real retrospectivo, es de entenderse que finalmente la condena es una sola o única, esto es, que el resultado que se obtiene es una pena única refundida –que, por lo demás, no necesariamente significa sin más que la pena mayor absorba a la pena menor, sino que para el tratamiento punitivo único es de rigor tener como criterio rector lo que establece la concordancia de los artículos cincuenta y cuarenta y ocho del Código Penal–; que, en el presente caso, como medió una refundición de penas con el resultado de una pena única, no se está ante el impedimento regulado en el artículo cuatro de la Ley número veintiséis mil trescientos veinte.

Reparación civil

La reparación civil es la sación que el ordenamiento jurídico penal atribuye como consecuencia a la infracción a los deberes ciudadanos, el primero de los cuales es no dañar a otro *(neminem laedare o alterum non laedere)*, el principio de nemenem laedere es el principio de justicia que importa el deber ciudadano base de la sociedad, de no dañar a otro, por ello cuando ocurre surge la necesidad de restablecer el estado anterior a la lesión causada ilegítima e injustamente e indemnizar a quien la ha sufrido, aunque fuera irreparable la restitución.

Sobre el particular, el Recurso de Nulidad N° 216-2005-Huánuco, Precedente vinculante, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el caso Jofre Rivera Ruiz sobre delito de Tráfico ilícito de drogas de fecha 14 de abril de 2005, estableció: SEXTO. Que, en ese contexto, la restitución, pago del valor del bien o indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, según corresponda, cuando se trate de procesos en los que exista pluralidad de acusados por el mismo hecho y sean sentenciados independientemente, por diferentes circunstancias contempladas en nuestro ordenamientos procesal penal, debe ser impuesta para todos, la ya fijada en la primera sentencia firme, esto con el objeto [de] que: a) exista proporción entre

el daño ocasionado y el resarcimiento; b) se restituya, se pague o indemnice al agraviado sin mayor dilación; y c) no se fijen montos posteriores que distorsionen la naturaleza de la reparación civil dispuestas mediante los artículos noventa y tres, y noventa y cinco del Código Penal.

Igualmente, el Recurso de Nulidad N° 1538-2005-Lima, Precedente vinculante, caso contra Eduardo San Cristóbal y otros por delito de estafa y otro en agravio de Enrique Barrera Aramburú y otros, del 20 de junio de 2005, señaló: F.j. 4. Que, en efecto, como ya ha sido establecido por esta Suprema Sala al amparar el presente recurso de queja, no hace falta que la víctima, declarada así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil desde el proceso penal declaratorio de condena para intervenir en el proceso de ejecución y, como tal, participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la reparación civil fijada a su favor; que la constitución en parte civil del agraviado solo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización o reparación civil, que solo una sentencia firme de condena puede estipular (véase artículos cincuenta y siete y cincuenta y ocho del Código de Procedimientos Penales); que declarado judicialmente el derecho indemnizatorio la intervención de la víctima para concretarlo en modo alguno no puede limitarse y, menos, exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría –como se hizo– el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional (ver: artículo ciento treinta y nueve, apartado tres de la Ley Fundamental), que garantiza el acceso a los Tribunales a toda persona en resguardo de sus derechos e intereses legítimos; que a ello tampoco obsta que el agraviado haya promovido un juicio civil, en tanto que no está en discusión la determinación del monto de la reparación civil sino su cobro efectivo, respecto del cual, por cierto, debe tenerse en cuenta lo declarado y ejecutado en sede civil.

Reparación civil como regla de conducta

El inciso 4) del artículo 58 del Código Penal impone como regla de conducta: "Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando demuestra que está en la imposibilidad de hacerlo", por ello es perfectamente legítimo y una obligación judicial imponerla pues la sanción civil por el delito es una prerrogativa judicial que por economía procesal se une en la misma decisión conjuntamente con la sanción penal, por ello su incumplimiento origina la revocatoria de la condicionalidad penal con la que fue beneficiado.

Sobre el particular, la STC Exp. N° 01428-2002-PHC/TC-La Libertad, caso Ángel Alfonso Troncoso Mejía, del 8 de julio de 2002, ha prescrito que: F.j. 2. El Tribunal Constitucional frente al cuestionamiento de las resoluciones judiciales que revocaron la suspensión de la pena privativa de libertad, haciendo efectiva la pena, ha desestimando las demandas de hábeas corpus, y se ha pronunciado señalando que no es correcto afirmar que el pago de la reparación civil como regla tiene naturaleza civil, sino que por el contrario, operaría como "una condición cuyo cumplimiento determina la inejecución de una sanción penal" por lo cual, en su opinión, su imposición como regla de conducta resultaría legítima. Precisando que no se vulnera el principio constitucional que prohíbe la prisión por deudas, previsto en el artículo 2, inciso 24), literal "c", de la Constitución Política del Perú. Al respecto, este Tribunal ha señalado que cuando el citado artículo prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones, cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil. La única excepción a dicha regla se da, como la propia disposición constitucional lo señala, en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios, toda vez que en tales casos están de por medio los derechos a la vida, la salud y a la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado. Sin embargo tal precepto –y la garantía que ella contiene– no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria. En tal supuesto no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino fundamentalmente la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que debajo de ella subyacen, como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados.

La Corte Suprema, por su lado, en innumerables resoluciones también admite la inclusión del pago de la reparación civil como regla de conducta. **Así, en la Ejecutoria Suprema** del 24 de abril de 2006, **Recurso de Nulidad N° 2476-2005, Lambayeque**; estableció: "Que como ya se anotó, otro requisito que impone el artículo 61 del Código Penal es que el condenado, durante el periodo de prueba, no cometa nuevo delito doloso ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta; que el imputado Vallejos Burga no cumplió con una de las reglas de conducta que le fueron impuestas: '(...) reparar el daño causado consistente en la devolución que deberá hacer (...) de la suma de (...)', que la reparación del

daño causado, que en presente caso –por disposición de la propia sentencia– consiste en la devolución de una suma de dinero determinada, cuya obligación no escapaba al sentenciado, e importa obviamente una negativa persistente y obstinada de su parte, sin que pueda entenderse que para esa calificación sea necesario al órgano jurisdiccional, requerimiento o amonestaciones expresas, en consecuencia, solo se requiere que de autos sea perseverante y tenaz en esa decisión, que es precisamente lo que no ha ocurrido en autos; que por lo demás la reparación del daño impone al condenado un deber positivo de actuación, cuyo incumplimiento importa una conducta omisiva, que en ese caso comunica inequívocamente una manifiesta voluntad –hostil al derecho– de incumplimiento a la regla de conducta impuesta en el fallo (...)". **Nuestra Corte Suprema mediante esta sentencia, ha establecido como precedente vinculante la procedencia de la imposición como regla de conducta de la reparación del daño causado** (de manera específica)(*).

Reparación civil y delito de peligro

La reparación civil es la consecuencia civil *ex delicto*, es decir la indemnización que corresponde a la víctima por el daño que le ha causado el ilícito. Conforme al **Acuerdo Plenario N° 06-2006,** se ha establecido que: si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aún cuando es distinto el objeto sobre él recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados.

Conforme al artículo 93 del Código Penal: "La reparación civil comprende: 1. La restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios", en que se regula la institución de la **Reparación civil,** que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y

(*) SAN MARTÍN CASTRO, César (2006). *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante.* Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema, Lima: Palestra, p. 178.

contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con 'ofensa penal' –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente– [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto*, infracción/daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos(*). De allí que los elementos conformantes de la reparación civil en un proceso penal sean: **a)** el daño civil causado por un ilícito penal o principio del daño causado; y, **b)** El perjuicio o menoscabo que puede ser patrimonial y no patrimonial o principio de afectación.

Como señala la doctrina civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto **daños patrimoniales**, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial– cuando daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales –no patrimoniales– tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas –se afectan, como acota Alastuey Dobón, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno– (Confrontar ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2002). *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 157-159)(**).

Asimismo, la estimación de la cuantía de la reparación civil debe ser razonable y prudente, en la perspectiva cierta de cubrir los fines reparadores asignados a dicha institución, debe tomarse en cuenta las circunstancias en que se ha ocasionado el perjuicio económico ocasionado al agraviado, así como el daño no patrimonial(***). En la fijación del monto de la reparación civil se debe tomar en cuenta también las disposiciones del Código Civil, por lo que para determinarla se debe tomar en cuenta el daño emergente, el lucro cesante

(*) ROJAS VARGAS, Fidel y INFANTES VARGAS, Alberto. *Código Penal, 16 años de jurisprudencia sistemarizada*. Tomo I. Parte General, Lima: Idemsa, pp. 152 - 153.

(**) Citado por el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Lima, 13 de octubre de 2006.

(***) Ejecutoria Suprema N° 594 - 2005 - Lima, del 28 de abril de 2005.

y el daño a la persona[*]**.** Aunque la reparación civil nace con la ejecución del hecho típico penalmente, pero que no se determina en proporción a la gravedad del delito, como ocurre con la pena, sino a partir de los efectos producidos por el ilícito; tomando en cuenta los efectos causados en la esfera de derechos de los agraviados, en especial si –como en este caso– los bienes afectados son de irreparable reposición[**].

Por el **principio del daño causado**, se protege en su integridad el bien jurídico, cuya unidad procesal civil y penal, protegiendo el interés público como a la víctima, por lo mismo el monto reparatorio debe ser examinado en el caso concreto tanto desde la producción de la afectación hasta la alteración de la esfera de derechos de los agraviados. En cuanto al **principio de afección**, se exige que el evento dañino haya causado un perjuicio objetivo o pueda causarlo aunque de hecho no se haya producido, y por tanto corresponde evaluar también si el ilícito penal en sí mismo ha ingresado en su realización a la esfera de derechos de los agraviados, afectándolos, modificándolos, disminuyéndolos e incluso –eventualmente– si los aumentara en dimensión, caso raro en el cual se tendría que minorar el monto pertinente.

El Acuerdo Plenario N° 06-2006/ CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2006, establece: F.j. 7. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93 del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ofensa penal –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente– [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto*, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos. F.j. 8. Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la

(*) Ejecutoria Suprema de la Sala Penal de Apelaciones para procesos Sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N° 3322-97-Lima, del 30 de junio de 1997.

(**) Ejecutoria Suprema de la Sala Penal de Apelaciones para procesos Sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N° 12448-98-Lima, del 1 de octubre de 1998.

lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto 1) daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial–; cuanto 2) daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales –no patrimoniales– tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas –se afectan, como acota Alastuey Dobón, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno– (Cfr: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, 2002, pp. 157-159). F.j. 9. Los delitos de peligro –especie de tipo legal según las características externas de la acción– pueden definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar [el peligro es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento, además de normativo, también se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal], sea cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión –peligro concreto– o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido –peligro abstracto– (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal - Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 223). Los primeros son, siempre, delitos de resultado, y los otros son delitos de mera actividad. F.j. 10. A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aún cuando es distinto el objeto sobre el recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados. En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos– se produce una alteración del ordenamiento jurídico con

entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual–. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo] (Cfr: ROIG TORRES, Margarita: *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 124-125). Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía.

RETROACTIVIDAD BENIGNA DE LA LEY PENAL

La retroactividad benigna de la ley penal, es el principio y derecho fundamental de un procesado, consagrado en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, por el cual se exige al Juez penal, que si una nueva ley resulta más gravosa o restrictiva para los derechos del procesado o condenado, el juzgador debe decidirse por la más benigna, es decir, por aquella que no importe una restricción más severa o penosa de su libertad individual.

Sobre el particular, la **STC Exp. N° 00804-2002-HC/TC-La Libertad,** caso Santiago Granda Sotero, 9 de julio de 2002, ha establecido que: F.j. 1. Los artículos 103 y 139, inciso 11), de la Constitución Política vigente postulan los principios según los cuales ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo, así como la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales. F.j. 2. En efecto, **si una nueva ley resulta más gravosa o restrictiva para los derechos del procesado o condenado, el juzgador debe decidirse por la más benigna, es decir, por aquella que no importe una restricción más severa o penosa de su libertad individual**. F.j. 3. En el caso de autos, en que se produjo la refundición de las penas que se le impusieran al actor, a efectos de fijar cuál es la ley más benigna, cabe precisar lo siguiente: a) en el Expediente N° 523-93 se le impuso quince años de pena privativa de la libertad por los delitos previstos en los artículos 296 y 297 del Código Penal; b) en el Expediente N° 1330-95, el actor fue condenado a veinticinco años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito tipificado en el artículo 297, inciso 4), del Código Penal; c) la primera sentencia estuvo referida a hechos acaecidos en el año de 1992, cuando se hallaba vigente la Ley de Despenalización N° 24388 que no contemplaba la prohibición del beneficio

penitenciario de semilibertad; y, d) cuando se expidió la segunda sentencia, regía la Ley N° 26320, que expresamente estableció la prohibición del beneficio penitenciario de semilibertad para los sentenciados por el delito contemplado en el artículo 297 del Código Penal. F.j. 4. En este contexto, en que operó una refundición de penas para su tratamiento penitenciario, cabe afirmar, de conformidad con la normativa constitucional citada anteriormente, que, si una nueva norma procesal como la Ley N° 26320 resultaba menos ventajosa que la ley anterior en lo que respecta a la aplicación del beneficio penitenciario de semilibertad, no puede tener efecto retroactivo, por su carácter evidentemente perjudicial. F.j. 5. Por consiguiente, el emplazado órgano judicial, a efectos de la aplicación temporal de las leyes materia de autos, debió tener en cuenta la aplicación de la Ley N° 24388 para su aplicación ultractiva, por ser más benigna para resolver la petición de semilibertad planteada por el actor.

Por su parte, en la STC Exp. N° 04786-2004-HC/TC-Loreto, caso Moisés Hermes Cazorla Mena, del 10 de febrero de 2005, **se señaló que,** pese a que existe un nexo entre la ley penal (que califica la conducta antijurídica y establece la pena) y la penitenciaria (que regula las condiciones en las que se ejecutará la pena impuesta), esta última no tiene la naturaleza de una ley penal, cuya duda sobre sus alcances o eventual colisión con otras leyes imponga al juzgador la obligación de aplicar la ley más favorable. Desde esa perspectiva, atendiendo a que las normas que regulan el acceso a los beneficios penitenciarios ***no son normas penales materiales sino normas de derecho penitenciario, sus disposiciones deben ser consideradas como normas procedimentales*** [autoaplicativas], puesto que ellas establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de acceder a beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados.

La Sentencia Plenaria N° 02-2005/ DJ-301-A, del 30 de setiembre de 2005, **Precedente vinculante,** precisó: F.j. 6. El artículo 6 del Código Penal consagra el instituto de la retroactividad de la ley penal más favorable. En caso de conflicto en el tiempo de leyes penales debe aplicarse la ley más favorable, incluso cuando media sentencia firme de condena, en cuyo caso –en tanto la pena subsista, está pendiente o en plena ejecución– "(...) el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponde, conforme a la nueva ley" –si la nueva ley descriminaliza el acto, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho, tal como dispone el artículo 7 del Código acotado–. Se trata en este caso, según doctrina unánime, de una excepción a la prohibición de revivir procesos fenecidos, a la cosa

juzgada. F.j. 7. La Ley N° 28002, del diecisiete de junio de dos mil tres, reordenó la Sección II –tráfico ilícito de drogas– del Capítulo III –delitos contra la Salud Pública– del Título XII –delitos contra la Seguridad Pública– del Libro II del Código Penal. Entre otros tipos legales, modificó el artículo 296, que es el tipo básico, a cuyo efecto independizó el supuesto de posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito, y perfiló el de tráfico de precursores; en esos casos, en comparación con la norma originaria, disminuyó la pena conminada. Asimismo, modificó I el artículo 297, que instituía las circunstancias agravantes, reordenando alguna de ellas y agravando otras en relación con las últimas normas vigentes con anterioridad, esto es con las Leyes N°s 26223 y 26619. Es así que, en el caso del citado artículo 297, para sus siete supuestos disminuyó la pena, de veinticinco años de privación de libertad –fijado en la legislación anterior– a quince años como mínimo y veinticinco años como máximo, sin alterar las penas de multa e inhabilitación; y, para los jefes, dirigentes o cabecillas de un organización dedicada al tráfico de drogas o insumos para su elaboración, al igual que si el agente se vale del tráfico de drogas para financiar actividades terroristas, fijó una pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años. F.j. 8. Los problemas que se han venido presentando, y que específicamente han dado lugar a Ejecutorias Supremas discrepantes, se centran en determinar si dado el supuesto de condenas en ejecución por los supuestos del artículo 297 del Código Penal cómo debe procederse según el artículo 6 del Código acotado. O más específicamente, sobre el entendido que es de aplicación la ley más favorable, en este caso, la Ley N° 28002, que para determinados supuestos típicos prevé una pena privativa de libertad más benigna, cómo opera la sustitución de la sanción por la que corresponde conforme a la nueva ley, qué pena en concreto debe imponerse, en tanto la ley no fija pautas específicas sobre el particular. F.j. 9. Una primera directiva, de carácter general, que se advierte del propio artículo 6 del Código Penal, es que si se llega a la conclusión que la nueva leyes más favorable que la anterior y que, en todo caso, ésta importa una pena menor, el juez debe sustituir la sanción impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley. Si la leyes más benigna porque conmina el hecho típico con una sanción menor, entonces, necesariamente debe sustituirse la pena impuesta por otra de menor efecto lesivo. En estos casos, el juez no puede optar por una decisión distinta. La variación del marco punitivo –pena legal abstracta–, desde una perspectiva de favorabilidad, tiene como efecto imprescindible que la pena impuesta varíe. F.j. 10. Otra directiva, también de carácter general, tiene que ver con el ámbito

de la cosa juzgada. La inmutabilidad de la sentencia firme de condena, con excepción de la pena' si, desde luego, la variación legal incide en ese solo ámbito, debe ser respetada. Y esta tiene lugar en la declaración de hechos probados y en la precisión de las circunstancias y factores formalmente considerados en el fallo como relevantes para determinar judicialmente la pena: todas las circunstancias de atenuación, incluidas las especiales o excepcionales, y las eximencias imperfectas, que en su conjunto autorizan una pena por debajo del mínimo legal, así como otras consideradas puntualmente en la sentencia que –a juicio de la Sala de ese entonces– justificó una pena determinada. Desde ese límite, no corresponde al juez que califica la sustitución cuestionar o no aplicar los criterios, formalmente firmes y expresados en la sentencia que formulara en su día el Tribunal que emitió el fallo. F.j. 11. En tal virtud, si el Tribunal anterior impuso el mínimo legal o el máximo legal según la ley anterior el Tribunal de la sustitución no tiene otra opción que adaptar la pena a los mínimos o máximos legales previstos por la nueva ley, en tanto en cuanto –claro está– que esos parámetros sean inferiores a la ley anterior. Asimismo, siguiendo esa misma pauta metodológica, cuando el Tribunal anterior impuso una pena por debajo del mínimo legal o una pena dentro de los parámetros previstos en la ley anterior, es obvio igualmente que el Tribunal de la sustitución debe imponer una pena por debajo del nuevo mínimo legal o una pena dentro de los parámetros previstos en la nueva ley. Esos son límites o parámetros estrictos que circunscriben el poder de cognición y el ámbito de enmienda de la sentencia anterior por el Tribunal de la sustitución, que se justifican por el reconocimiento de los principios rectores de la cosa juzgada y de la propia favorabilidad que informa la institución de la sustitución. F.j. 12. Finalmente, como se ha indicado en la última parte del párrafo anterior, puede darse el caso que el Tribunal originario imponga una pena por debajo del mínimo legal o una pena dentro de los parámetros previstos en la ley anterior. La pena, sin duda, debe sustituirse siguiendo esos criterios y resultados, pero como no existen reglas tasadas sobre el particular –ni es posible instituirlas en razón al sistema de determinación legal relativa de la pena del Código Penal–, de cómo operar en esos casos para llegar a una pena sustituida concreta, el Tribunal de la sustitución debe graduarla en función a los factores y circunstancias señaladas en la sentencia y que fluyen de autos, específicamente los artículos 45 y 46 del Código Penal, con estricto respeto al principio de proporcionalidad referido a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho cometido. Otros factores a ponderar serán también, de un lado, el nuevo cuadro de penas instituido por la nueva ley para el conjunto de delitos regulados

por ella y referidos a la misma Sección modificada; y, de otro lado, aunque sin estimarlo como el factor el principal o preferente, la lógica proporcional en relación a la concreta cuantía de la pena que impuso el Tribunal originario. III. DECISIÓN. F.j. 13. En atención a lo expuesto, el Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunido de conformidad con el apartado dos del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959; por mayoría de 9 votos contra uno; HA RESUELTO: F.j. 14. ESTABLECER la siguiente doctrina legal, respecto a la aplicación del artículo 6 del Código Penal en relación con la Ley N° 28002: 1ª) Cuando la nueva ley disminuye el marco legal abstracto con que se conmina la infracción penal objeto de condena firme, la pena impuesta con arreglo a la ley anterior ineludiblemente debe ser sustituida; 2ª) La sustitución de la pena debe respetar los hechos declarados probados, y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para la determinación judicial de la pena, los que son inmutables; 3ª) La nueva pena a imponerse debe respetar los principios de proporcionalidad y de legalidad; 4ª) Si se impuso el máximo o el mínimo legal con arreglo a la ley anterior, la nueva pena sustituida debe, igualmente, imponer el máximo o el mínimo legal, respectivamente, establecida en la nueva ley; y, 5ª) Si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o esta respeta los parámetros de dicha ley, la nueva pena debe, asimismo, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley o, según el caso, una pena dentro de los parámetros de la nueva ley. En ambos casos, el nivel de disminución queda librado al Tribunal de la sustitución, a cuyo afecto valorará el conjunto de factores y circunstancias fijados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, así como las demás previstas en la Ley e incorporadas en la sentencia. Otros factores que deben tomarse en consideración son, de un lado, el nuevo cuadro de penas instituido por la nueva ley para el conjunto de delitos regulados por ella y referidos a la misma Sección modificada; y, de otro lado, aunque sin ser estimado como el factor el principal o preferente, la lógica proporcional en relación a la concreta cuantía de la pena que impuso el Tribunal originario.

Revocatoria de la suspensión de la pena

La revocatoria de la suspensión de la pena es el instituto procesal de ejecución de la sentencia penal, por el cual frente al incumplimiento de las reglas fijadas y previo emplazamiento o apercibimiento al condenado con pena en calidad de suspendida a la explicación o justificación de su

incumplimiento, conforme al artículo 59 del Código Penal se deja sin efecto la condicionalidad o suspensión con la que fue beneficiado y se vuelve la condena en calidad de efectiva, debiendo ser recluido en el centro penitenciario correspondiente por el tiempo ordenado, del cual es posible restar el tiempo que efectivamente quede acreditado en el cual sí cumplió las reglas desobedecidas posteriormente.

Sobre el particular, la STC Exp. N° 03165-2006-PHC/TC-Apurímac, caso Edwin Quispe Huamán, 22 de junio de 2006, F.j. 2, estableció que: Antes de proceder a determinar si, en efecto, se vulneró el derecho de defensa, es preciso señalar que, conforme al artículo 59 del Código Penal, ante el incumplimiento de las regla de conducta el juez puede, según los casos: 1) amonestar al infractor; 2) prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado; o 3) revocar la suspensión de la pena, por lo que, ante el referido incumplimiento de las reglas de conducta, la suspensión de la ejecución de la pena puede ser revocada sin necesidad de que previamente se notifiquen las amonestaciones.

Igualmente, en el STC Exp. N° 01770-2010-PHC/TC-Junin, caso Marcial Oroya Ticllas, 30 de setiembre de 2010, se precisa: F.j. 2 Al respecto, el artículo 59 del Código Penal establece lo siguiente: Artículo 59. Si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el juez podrá, según los casos: 1. Amonestar al infractor; 2. Prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de tres años. 3. Revocar la suspensión de la pena. F.j. 3. En tal sentido, se advierte que **el órgano jurisdiccional penal puede optar por diversos mecanismos ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas en una condena, sin que pueda exigírsele la aplicación de las dos primeras antes de imponer la revocatoria**, es decir, dicha norma no obliga al juez a aplicar tales alternativas en forma sucesiva, sino que ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, la suspensión de la ejecución de la pena puede ser revocada sin necesidad de que previamente sean aplicadas las dos primeras alternativas. F.j. 6. Debe precisarse que **si bien la revocación de la suspensión de la pena no requiere ningún requisito de procedibilidad previo,** conforme lo ha expresado este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N° 3165-2006-PHC/TC (caso Edwin Quispe Huamán, fundamento 2), al señalar que: "(...) **ante el referido incumplimiento de las reglas de conducta, la suspensión de la ejecución de la pena puede ser revocada sin necesidad de que previamente se notifiquen las amonestaciones"**, por lo que bastaría que se configuraran los hechos previstos en la norma (es decir, la falta del cumplimiento de las reglas

de conducta o la condena por la comisión de otro delito) para proceder a la revocación, en el presente caso el juez emplazado requirió al recurrente en el domicilio que él mismo señaló en el proceso penal, pese a lo cual mantuvo su conducta de inconcurrencia (fojas 73).

Por su parte, la STC Exp. N° 03117-2011-PHC/TC-Ayacucho, caso Gualberto Tito Velarde Bedriñana, del 9 de noviembre de 2011, señala que el artículo 59 del Código Penal establece que ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, el juez podrá, según los casos: 1) Amonestar al infractor; 2) Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado y 3) Revocar la suspensión de la pena. Este Colegiado ha señalado que la aplicación de dichas medidas, que incluyen la revocación de la condicionalidad de la pena, **no requiere de ningún requisito de procedibilidad previo, por lo que bastaría que se configuraran los hechos previstos en la norma (es decir, la falta del cumplimiento de las reglas de conducta o la condena por la comisión de otro delito) para proceder a la revocación.** En otros términos, el órgano jurisdiccional **no se encuentra obligado de apercibir al sujeto inculpado que incumpla las reglas de conducta** o que haya sido condenado nuevamente, para imponer las medidas previstas en el mencionado artículo 59 del Código Penal (STC Exp. N° 02503-2009-PHC/TC).

En el Recurso de nulidad N° 003341-2001-Lambayeque, caso contra de Jorge Honores Delgado sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, del 17 de junio de 2003; se reitera que "(…) los argumentos vertidos por el sentenciado Honores Delgado no son valederos, toda vez que las resoluciones cuestionadas han sido dictadas dentro de los límites que la ley exige; que, pese a lo expuesto de autos se colige que el sentenciado tuvo todas las oportunidades para cumplir con su obligación de cancelar la pensión alimentaria, sin embargo solo canceló el monto de ciento sesenta Nuevos Soles conforme a las consignaciones judiciales que aparecen aparejadas al expediente, monto reducidos si tomamos consideración la suma total ascendente de tres mil doscientos veintisiete Nuevos Soles según liquidación de devengados de fojas siete; quedando demostrado con ello la falta de interés del sentenciado para cumplir con su obligación alimentaria fijada por sentencia firme (…) la REVOCAN en el extremo que dispone el término de un año en que debe hacerse efectiva la pena, reformándola dispusieron que el computo de la pena debe efectuarse con lo establecido en sentencia."

ROBO AGRAVADO

El delito de robo agravado es el acto ilícito especial de robo que comete el que con violencia se apodera ilegítimamente de un bien total o

parcialmente ajeno, siempre que concurra algunos de los elementos de gravedad como la nocturnidad (durante la noche), la beligerancia (a mano armada), la pluralidad (con la intervención de dos o más personas), etc.

En el **artículo 189** del Código Penal, concordante con el artículo 188 del mismo Código, pues el delito de robo agravado deriva del tipo básico de robo simple, previsto en el artículo concordado mencionado, pues cuando se realiza la subsunción de la conducta en esta clase de delitos, no basta únicamente invocar el artículo 189, pues esta norma no describe conducta alguna, sino que solamente contiene las circunstancias bajo las cuales la conducta básica del delito de robo se agrava, que además fija una pena no menor de diez años(*). El bien jurídico en el delito de robo es de naturaleza pluriofensiva, toda vez que no solo protege el patrimonio, sino además la integridad y libertad personal(**).

En el delito de robo obligatoriamente se deben cumplir los siguientes elementos para efectos de su encuadramiento en el orden jurídico penal; a saber **a)** la preexistencia del bien sustraído; **b)** el apoderamiento ilegítimo procurado mediante sustracción; **c)** la violencia o amenaza grave, es decir la vis absoluta o el despliegue de energía del sujeto activo para doblegar la capacidad defensiva de la víctima que se opone al apoderamiento (***). Siendo indiferente que los agravantes que concurren en el robo, según consolidada doctrina judicial, como la nocturnidad, la habitabilidad de la casa, la soledad, la mano armada, la pluralidad, la ocasión, etc. Aun cuando pueden subsumirse como si fueran mismos delitos independientes (asociación ilícita para delinquir, tenencia ilegal de arma de fuego, coacción, abuso de autoridad) la realización de los ilícitos concurrentes no se realizan con propósito autónomo no se configura el concurso de delitos ni son delitos independientes, sino agravantes de la estructura del robo agravado, cuyo propósito criminal es el apoderamiento del bien(****).

(*) Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 00669-2000-Huaura, del 22 de noviembre de 2000; Ejecutoria Suprema de la Extradición N° 00377-2002-Lima, del 17 de mayo de 2002.

(**) Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 06014-1997-Arequipa, del 19 de mayo de 1998.

(***) Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 00921-2003-Lima, del 06 de mayo de 2004.

(****) Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 04878-1995-Lima, del 12 de diciembre de 1995; Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 05803-1997-La Libertad, del 15 de diciembre de 1997; Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 03142-1997-Cono Norte, del 18 de marzo de 1998; Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 05042-1998-Huaura, del 26 de enero de 1999; Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 02968-1999-Santa, del 21 de setiembre de 1999; Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 03231-2002-Lima, del 17 de enero de 2003; Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 03694-2003-UCAYALI, del 5 de abril de 2004; Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 00116-2002-Junín, del 20 de mayo de 2004.

Recurso de Nulidad N° 3932-2004-Amazonas, Precendente vinculante, de la Segunda Sala Penal Transitoria en el caso Carlos Alberto Ramos Sandoval y otros sobre delito de robo agravado de fecha 17 de febrero de 2005. En el Fundamento Quinto se establece que: "(…) el delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con *animus lucrandi*, es decir el aprovechamiento y sustracción del lugar donde se encuentre, siendo necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima (vis absoluta o vis corporalis o vis compulsiva), destinadas a la sustracción del bien, debiendo ser éstas actuales e inminentes en el momento de consumación del evento y gravitar en el resultado, consumándose el delito con el apoderamiento del objeto mueble aunque sea breve lapso de tiempo." Coincidiendo con la hipótesis adoptada por un sector de la jurisprudencia que afirma que la "disponibilidad que, **más que real y efectiva debe ser potencial,** esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída (…)" (resaltado adicional).

S

Seducción

El delito de seducción es el acto ilícito de seducir, de inducir y persuadir a alguien con el fin de modificar su opinión o hacerle adoptar un determinado comportamiento según la voluntad del que seduce, determinando su voluntad con la finalidad de tener acceso carnal. El término puede tener una connotación positiva o negativa, según se considere mayor o menor cantidad de engaño. Etimológicamente, "seducir" proviene del latín *seductio* (acción de apartar). Y según el DRAE, en su primera acepción, seducir es "engañar con arte y maña", aunque al tratarse de un término tan emocional cada autor ha acuñado su propio término. Recientemente el escritor Arthur Love se ha referido a la seducción como "el arte de hacer feliz a la mujer".

El Código Penal de 1924 en su artículo 201 reprimía con pena de prisión no mayor de dos años a quien sedujera y tuviera el acto carnal con una joven de conducta irreprochable de más de dieciséis años y menos de veintiún años. Los elementos de este delito estaban constituidos por el engaño, falta de violencia, el "consentimiento" y como indispensable, la irreprochabilidad de la conducta de la agraviada, o sea la condición de mujer honesta en contraposición a la conducta deshonrosa. La protección penal abarcaba únicamente a los menores entre dieciséis años hasta los veintiuno, que era la edad en que comenzaba la adultez o mayoría de edad. Posteriormente, con fecha 10 de abril de 1974 salió publicada la Ley N° 20583 que modificó el artículo 201 del Código Penal referente al delito de seducción donde se mantuvo la penalidad no mayor de dos años de prisión "al que sedujere y tuviere el acto carnal con una joven de conducta irreprochable de más de catorce y menos de dieciocho años (...)". Como vemos, aquí se redujo la edad de la protección penal al menor, a catorce años y solamente hasta los dieciocho años. Y no obstante que no se menciona, el engaño constituía elemento importante en la tipificación del delito así como que la conducta de la menor sea irreprochable,

ya que en caso contrario era usual la absolución del encausado si se probaba la deshonestidad de la "joven". Aquí, se incluyó una agravante para este tipo de delito que estaba constituido por la condición de discípulo (alumno), aprendiz (de un oficio) o doméstico, hijo biológico o adoptivo, hijo de su cónyuge, conviviente, hermano, pupilo (huérfano) o un niño confiado al cuidado u hospedado, del procesado. En estos casos la penalidad que se aplicaba era no menor de dos años. En cuanto al procedimiento, igual como lo señalaba la anterior legislación, "solo se formaba causa" por querella o denuncia de la víctima o de la persona bajo cuyo poder se encontraba la menor. El Código Penal (Decreto Legislativo N° 635) publicado el 8 de abril de 1991 en su artículo 175 tipificó el delito de seducción solamente con los elementos referidos al engaño, se habla de "acto sexual" y se protege del mismo modo a "la persona" (y no joven como antes) de catorce a dieciocho años. Ya no se consignó el agravante anterior (discípulo, aprendiz, doméstico, etc); se mantuvo la penalidad de hasta dos años de "pena privativa de la libertad" (ya no prisión) y se agregó la alternativa para que el juez pueda decidir por la pena de servicios comunitarios de veinte a cincuentidós jornadas (exonerando de la pena privativa de la libertad al condenado). El 21 de setiembre de 1994 se publicó la ley N° 26357 que nuevamente modificó la tipificación del delito de seducción (artículo 175 del Código Penal) señalando: "el que mediante engaño, practica el acto sexual u otro análogo, con una persona de catorce años y menos de dieciocho, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicio comunitario de treinta a setentiocho jornadas". Esta modificación introdujo la palabra "análogo" refiriéndose básicamente al acto contranatura; aumentó la pena a tres años y mantuvo la posibilidad de que se aplique (en vez de la pena privativa) el servicio comunitario, elevándola de treinta hasta setentiocho jornadas. Posteriormente. El 15 de abril de 1997 se publica la Ley N° 26770 que reitera lo que decía el artículo 178 del Código Penal de 1991, esto es, que la prole que resulte tendrá que ser sostenida por el padre (prestar alimentos); que hay exención de pena en caso de matrimonio y que la acción penal en estos casos es de carácter privada. Pero, la Ley N° 27115 publicada el 17 de mayo de 1999 deja sin efecto la exención de pena (el no castigo) y la acción penal se hace pública, al no considerar estos aspectos en la modificación de este artículo que simplemente queda así: "En los casos comprendidos en este capítulo el agente será sentenciado, además, a prestar alimentos a la prole que resulte, aplicándose las normas respectivas del Código Civil". Así, llegamos al 8 de junio de 2004, fecha en que se publicó la Ley N° 28251 que modificó varios artículos del Código Penal dentro del que

se encuentra el artículo 175 relacionado al delito de seducción motivo del presente trabajo, donde ahora se dice "acceso carnal", se sigue insistiendo en el engaño como uno de los elementos básico del delito y se amplía el tipo señalando que el delito se produce con el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, agregando también, la introducción de objetos y partes del cuerpo (dedos, lengua etc.) por la vagina o el ano. Igual, protege a los menores entre catorce y dieciocho años de edad. Condenando desde tres a cinco años de pena privativa de la libertad a quien incurre en este ilícito penal. Pero el cambio que ha introducido la Ley N° 28704, vigente desde el 6 de abril de 2006 ha motivado gran preocupación entre los actores del derecho penal: jueces, fiscales, inculpados, abogados, policías, entre otros, ya que el nuevo artículo 173 del Código Penal sobre violación sexual de menor de edad señala claramente que: "El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: (...) 3) Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años". Vale decir, si se produce la relación sexual **sin engaño**, esto es con "consentimiento" de la otra persona (generalmente una mujer), entonces las relaciones de los enamorados jóvenes (entre catorce y dieciocho años) serán reprimidos con esta pena altísima, de tal manera que, para evitar caer dentro de esta previsión los autores tendrán que (en su defensa) probar que **hubo engaño** y entonces serán pasibles de ser denunciados por el delito de **seduccion** que tiene una pena mucho menor. De tal manera que, lo único que separa al delito de violación con la seducción, es el elemento "engaño" al que tendrán que apelar todos aquellos que tuvieran acceso carnal con jóvenes hasta de dieciocho años ya que, en caso contrario podrían ser penalizados hasta por treinta años.

Sobre el particular, el Recurso de Nulidad N° 1628-2004-Ica, caso Pedro Antonio Espinoza Neyra, sobre seducción de menor, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 21 de enero de 2005; estableció que: Tercero. Que el delito de seducción, tipificado en el artículo ciento setenta y cinco del Código Penal, se configura cuando el agente mediante "**engaño**" tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal con una persona de catorce años y menos de dieciocho años de edad. Por consiguiente, para verificarse este delito es necesario el empleo de un medio fraudulento como el engaño sobre la práctica sexual a realizarse, ya que como consecuencia de ello el agente induce en error a la víctima y logra el acceso carnal; **el "engaño", pues, no debe tener la finalidad de**

conseguir el consentimiento de la víctima sino facilitar la realización del acceso sexual. El agente engaña al sujeto pasivo sobre su identidad aprovechando su pareceido físico con la pareja sentimental de la víctima. Si esta es afectada por el error y se relaciona sexualmente con el agente, a quien cree ser su pareja sentimental, el tipo penal del artículo ciento setenta y cinco del Código Penal se habrá configurado. Por el contrario, si el agente hace promesas al sujeto pasivo para que este acepte el acceso carnal, y luego dichas promesas no se cumplen, no se dará el delito.

SINDICACIÓN DE COACUSADO, TESTIGO O AGRAVIADO

La sindicación del coacusado, testigo o agraviado, es la delación o la imputación directa que se realiza contra el acusado atribuyéndole la realización de todo o parte del ilícito.

Sobre esta institución, el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de noviembre de 2005, precisa que: F.j. 8. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aún cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial –no existe por ese hecho descalificación procedimental–, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad –no de mera legalidad–, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio. F.j. 9. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes: a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchisrno, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuertes dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad; b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia

externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador. c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada. F.j. 10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes: **a)** Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. **b)** Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. **c)** Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior. F.j. 11. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

SUCESIÓN DE LEYES PENALES

La sucesión de leyes penales es el fenómeno jurídico que ocurre cuando el legislador modifica algún tipo penal sea incrementando o disminuyendo el quántum de la pena conminada o sea incorporando o eliminando algún elemento del tipo, generando por la continuidad en el tiempo de las leyes que se emiten una a continuación temporal de la otra que mientras se encuentra instruyéndose algún delito de la ley modificada antes de emitirse la sentencia el juzgador tenga que elegir por favorabilidad aquella que sea más favorable al procesado, e incluso si la sentencia se hubiera dictado la aplicación por favorabilidad al reo condenado.

SUPREMACÍA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

La supremacía normativa de la Constitución es la regla procesal que surge del principio de jerarquía normativa o jerarquía de leyes, por el cual, siendo la Constitución una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto; por mandato del artículo 51 de la misma Carta Fundamental en el ordenamiento jurídico es la norma más importante por ser fundante del Estado y en cualquier clase de conflicto prevalece sobre cualquier otra norma inferior.

En la STC Exp. N° 04053-2007-PHC/TC-Lima, caso Alfredo Jalilie Awapara, del 18 de diciembre de 2007, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente: F.j. 12. El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. F.j.13. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45) o de la colectividad en general (artículo 38) puede vulnerarla válidamente. F.j. 14. Conforme a lo anteriormente expuesto, afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. (Cfr. Exp. N° 5854-2005-AA/TC). Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares.

T

Tantum appellatum quantum devolutum

El principio procesal *tantum appellatum quantum devolutum* es la regla de derecho latina que significa "tanto es apelado, así es devuelto en decisión" que también se cita como el aforismo *tantum devolutium quantum appellatum* formula latina que se traduce: *tanto es decidido cuanto es apelado*. Sirve para delimitar por el principio de congruencia procesal el marco competencial del Tribunal Superior de alzada, al cual debe circunscribir su decisión, ya que el examen del Superior en Grado se sustancia en el Principio de rogación, bajo la regla: *Decissum extra petitum non valet*(*). Y atendiendo al principio de limitación del recurso, recogido implícitamente en el artículo trescientos setenta del Código Procesal Civil, según el cual este órgano jurisdiccional revisor solo emitirá pronunciamiento sobre aquello que le es sometido a su conocimiento en virtud al citado recurso, como además así lo exige el artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal.

La Cas. N° 000693-2010-Ayacucho, caso Felipe Ávila Quispe y otros sobre Nulidad de acto jurídico, del 12 de octubre de 2010, F.j. 6, precisa: se aprecia la existencia de suficiente justificación fáctica y jurídica (…) advirtiéndose que lo resuelto en la sentencia de mérito guarda debida correspondencia lógica, con cada una de las pretensiones impugnatorias señaladas en la apelación de la sentencia de Primera Instancia (*tantum appellatum quantum devolutum*) (…) en aplicación de lo dispuesto por el artículo 50 numeral 6), y el artículo 122 numeral 4) del Código Procesal Civil.

(*) La decisión fuera de lo peticionado por la partes carece de validez, pues el juez no puede pronunciarse fuera del petitorio o de su competencia de alzada.

Terrorismo

El delito de terrorismo es el acto ilícito por el cual una persona, por propia iniciativa o como parte de una organización que utiliza

sistemáticamente el terror, causa zozobra en la población civil, a quien genera un miedo insuperable debido a la potencial pérdida de su vida, su tranquilidad y sus bienes, cuya finalidad es coaccionar a sociedades, pero especialmente a gobiernos, destruyendo la gobernabilidad, el sistema democrático, la convivencia pacífica o el ordenamiento jurídico, utilizado o promovido por una amplia gama de organizaciones políticas en la promoción de sus objetivos, tanto por partidos políticos nacionalistas y no nacionalistas, de derecha como de izquierda, así como también por corporaciones, grupos religiosos, racistas, colonialistas, independentistas, revolucionarios, conservadores, ecologistas y gobiernos en el poder(*).

El terrorismo, como táctica, es una forma de violencia política que se distingue del terrorismo de estado por el hecho de que, en este último caso, sus autores pertenecen a entidades gubernamentales. Se distingue también de los actos y crímenes de guerra en que se produce en ausencia conflicto belico. La presencia de actores no estatales en conflictos armados ha creado controversia con respecto a la aplicación de las leyes de guerra.

El Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), en el avance de su vigésima tercera edición, modifica la anterior incluyendo una tercera acepción, define el término "terrorismo" como: 1. m. Dominación por el terror. 2. m. Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror. 3. m. Actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos. El DRAE también recoge dos acepciones para la palabra "terrorista", a saber: 1. adj. Que practica actos de terrorismo. Apl. a pers., u. t. c. s.; 2. adj. Perteneciente o relativo al terrorismo.

Sobre este delito, el **Recurso de Nulidad N° 3048-2004-Lima**, **Precedente Vinculante,** caso Alfonso Abel Dueñas Escobar, sobre terrorismos, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 21 de diciembre de 2004; ha precisado lo siguiente: Noveno. Que es de significar que el delito de terrorismo básico –artículo dos del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco–, contiene un elemento teleológico, esto es, exige una especificidad del elemento intencional, que se expresa –elemento subjetivo tipificante–, en cuanto a su finalidad última, en la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente, y que en estricto sentido es el bien jurídico tutelado, de suerte que la acción proscrita y razón de ser de la configuración típica desde una perspectiva final es la sustitución o variación violenta del régimen constitucional, tal como se ha establecido en la Sentencia del

(*) *Enciclopedia Británica*. Consultada el 26 de diciembre de 2008.

Tribunal Constitucional del quince de noviembre de dos mil uno, recaída en el Asunto Defensoría del Pueblo contra Legislación sobre Terrorismo Especial, Expediente número cero cero cinco -dos mil uno- AI/TC; que, respetando en su esencia los principios constitucionales sentados por la sentencia del Tribunal Constitucional del tres de enero de dos mil tres, es del caso precisar los alcances generales del aludido tipo penal; que esta figura penal exige, desde la tipicidad objetiva, que el sujeto activo realice una de dos modalidades de **acción típica**, centradas en la perpetración de delitos contra bienes jurídicos individuales –vida, integridad corporal, libertad y seguridad personal, y contra el patrimonio– o contra bienes jurídicos colectivos o transportes, torres de energía o transmisión, instalaciones matrices o cualquier otro bien o servicio; asimismo requiere concurrentemente que el agente utilice determinados **medios típicos:** los catastróficos - artefactos explosivos, materias explosivas, y los que tengan entidad para ocasionar determinados y siempre graves efectos [dañosos] dañinos; y, por último, debe producir concretos **resultados típicos**: estragos, grave perturbación de la tranquilidad pública, y afectación de las relaciones internacionales o de la seguridad [de la] sociedad y del Estado; que a ello se une, desde la tipicidad subjetiva, el dolo del autor, sin perjuicio de tomar en cuenta la específica intencionalidad antes mencionada; que tratándose de una interpretación de un tipo penal de especial importancia, que en rigor complementa la llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, es del caso otorgarle carácter de precedente vinculante de conformidad con el numeral uno del artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

TEST DE CERTEZA

El test de certeza es el juicio o examen cognitivo que realiza el magistrado judicial para analizar la confiabilidad que se puede tener en una declaración. Se cumple cuanto una declaración es **ausente de incredibilidad subjetiva** (no existe una razón subjetiva de venganza, rencor, enojo u otro motivo que justifique la sindicación), es **verosímil** (que los elementos de prueba adicionales corroboran la sindicación o esta es conforme a la lógica, las máximas de la experiencia y la sana crítica) y es **persistente** en la incriminación (que en las distintas oportunidades que brinda la narración de los hechos con los matices propios del tiempo y del temor se mantiene idéntica).

TEST DE CONSTITUCIONALIDAD

El test de constitucionalidad es la técnica de la teoría de argumentación

jurídica que sirve para juzgar si el acto que se reclama constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho que se alega violado. Tal control de constitucionalidad presupone un análisis del caso a partir de las siguientes fases, independientemente del derecho que se alegue: **a. Determinación del ámbito** normativo del derecho fundamental, determinando quién es el sujeto activo o titular del derecho; quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados; y cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas prima facie por el derecho. **b. Verificar si los actos** que se representan como lesivos suponen una intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental. **c. Determinar si la intervención** en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material.

Sobre el particular, la STC Exp. N° 00665-2007-AA/TC - Lima, caso Telefónica del Perú S.A.A., del 12 de marzo de 2007, estableció que: **Para determinar la vulneración de un derecho fundamental.** F.j. 5. El Tribunal debe juzgar si el acto que se reclama constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la propiedad. Tal control de constitucionalidad presupone un análisis del caso a partir de una serie de fases. Estas fases, independientemente del derecho que se alegue, son las siguientes: **a/. Determinación del ámbito normativo del derecho fundamental (en el caso, la amenaza de violación del derecho a la propiedad). Se trata, en esta primera fase,** de que el Tribunal indague sobre las posiciones iusfundamentales prima facie garantizadas por el derecho. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre quién es el sujeto activo o titular del derecho; quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados; y cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas prima facie por el derecho. **b. La segunda fase** consiste en verificar si los actos que se representan como lesivos suponen una intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental. De una intervención en el ámbito normativo de un derecho fundamental se habla cuando el acto reclamado en el amparo supone una injerencia en las potestades prima facie garantizadas por el derecho. La relevancia de esta fase del análisis radica en lo siguiente: **i)** Si el Tribunal constata que el acto (o los actos) cuestionado(s) no constituye(n) una injerencia en el ámbito del derecho prima facie protegido, el análisis concluye que no se trata de una controversia que atañe al contenido constitucionalmente protegido del derecho en cuestión (artículos 5.1 y 38 del Código Procesal Constitucional). **ii)** Si el Tribunal constata que se ha producido una intervención en el ámbito normativo prima facie garantizado por el derecho, se pasa a la tercera fase.

c. La última fase de este test de control de constitucionalidad consiste en determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material. Dado que los derechos fundamentales, por regla general, no tienen la condición de derechos absolutos, una intervención en el ámbito prima facie garantizado por el derecho no puede considerarse como sinónimo de violación del mismo. Tal situación jurídico-constitucional solo se producirá si, en relación con el específico derecho fundamental de que se trate, el Tribunal observa que no se han respetado las diversas exigencias que la Constitución establece como criterios de justificación para su intervención (v,gr. principio de legalidad o reserva de ley, reserva de jurisdicción; irretroactividad de la ley, principio de proporcionalidad, etc.).

TEST DE NULIDAD

El test de nulidad es la técnica de argumentación jurídica por medio de la cual se puede evaluar la validez jurídica de un acto, de un procedimiento o de un conjunto de procedimientos, de tal suerte que solo alcanzando la concurrencia de los requisitos del test puede declararse la nulidad del o los actos examinados.

Con respecto a la **nulidad** debemos decir *ex ante*, que la nulidad es la sanción genérica de ineficacia o falta de valor legal, para los actos jurídicos celebrados con violación o defecto de las formas y solemnidades establecidas por la ley, o con la finalidad reprobada, o con causa ilícita o fin ilícito. En el campo procesal no todo acto procesal irregular es nulo; solo habrá nulidad cuando la irregularidad esté referida a una forma procesal **"esencial"**, y no a una forma procesal **"accidental"**. Así pues, tomando en cuenta las consideraciones del ordenamiento jurídico en su totalidad, podemos reconocer que el legislador peruano ha previsto cuatro tipos de nulidades: **a) Primero**, la nulidad absoluta que puede ser **nulidad procesal absoluta material** en el caso que la ley así lo establezca expresamente; o bien, **segundo**: se sigue del hecho de no haber respetado las formalidades establecidas por la disposición legislativa, siempre que sean insubsanables, en cuyo caso se trata de **nulidad procesal absoluta formal. b)** O, **tercero**, se trate de algún vicio que pueda ser subsanado o convalidado, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido; siempre que no se afecte derechos o facultades de los intervinientes, se trata de **nulidad procesal relativa. c)** Y por **último**, se trate de la existencia de **nulidad procesal sustancial** provocada por la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución. Obviamente, también aquellos reconocidos en los tratados y convenios sobre Derechos Humanos.

En consecuencia la parte invocante o el magistrado cuando la pretenda declarar de oficio, tratándose de una nulidad sustancial debe recorrer el análisis de la materia recurrida en dos tramos: **1)** El primero demostrar que el acto nulificable haya vulnerado algún derecho o garantía constitucional, y **2)** Segundo [de conformidad con lo señalado en fundamento 9 de la Sentencia Exp. N° 1417-2005-AA/TC-LIMA en el caso Anicama Hernández que constituye además precedente vinculante] demostrar que tal agresión haya afectado el sustento constitucional directo o núcleo esencial del derecho invocado, puesto que de lo contrario el acto puede ser subsanado intra o extraprocesalmente.

Que la fundamentación jurídica de la nulidad procesal se sostiene en el que la misma, deriva de un acto cuando la ley lo declare nulo o le impone la sanción de nulidad. Por ello, en lo que respecta a las nulidades procesales son aquellas expresamente consagradas por la ley (**Principio de taxatividad**). Ya que siendo una institución procesal que pudiera ser invocada en cualquier estadio procesal, el que pudiera sostenerse en un régimen abierto y no restringido como la doctrina penal señala, se convertiría en una incidencia o articulación que cualquiera de los sujetos procesales pudieran hacer valer, con menoscabo de los principios de pluralidad de instancias y tutela jurisdiccional efectiva, y sacrificando los principios de preclusión, economía y celeridad procesal, por no mencionar el menoscabo directo al recurso del erario nacional(*). En ese sentido, es que si bien pueden ser invocados en cualquier fase del iter procesal, no quedan al libre albedrío de la parte sino que deben reposar en la previsión legal, pues solo invocando el artículo legal por el que el acto tiene que ser declarado nulo (**nulidad material**), desplegaría la respuesta nulificante, pues la ley así lo establece; o bien, la declaración de nulidad se sigue del hecho de no haber respetado las formalidades establecidas por la ley vulnerada (**nulidad formal**), pero sujeta al restricto respeto de los derechos de los demás sujetos procesales. Por lo que, si bien el pedido de la parte de declarar la nulidad, debe ser respondido por la magistratura judicial, tal acogida tiene que ser no solo respetuosa de los derechos de las demás partes (directas: víctima, o indirectas: ciudadanía) como expresión del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú y siempre que se respete el **Principio de oportunidad,** es decir presentando el pedido en la primera oportunidad que tenga y no cuando le convenga. Sin perjuicio que, por el propio mandato legal del artículo 409 del CPP, el Colegiado no puede exonerarse de conocer y eventualmente declarar de oficio la existencia de nulidad absoluta o sustancial.

(*) GIMENO SENDRA, Vicente. (2002). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Colex, p. 23 y ss.

De allí que la declaración de nulidad debe superar el test de nulidad, es decir, que se cumpla con acreditar concurrentemente la existencia de los tres principios necesarios para configurar nulidad que son: el principio de **taxatividad**, el principio de lesividad o **trascendencia** y el principio de **oportunidad**. Los mismos que deben aparecer, cualquiera sea el caso de la nulidad procesal invocada o declarada de oficio. Por el principio de taxatividad, como ya se anunció la causal invocada tiene que encontrarse expresamente señalada en la ley o tratarse de la afección al núcleo esencial de un derecho consagrado o protegido en la Constitución o en los Tratados de Derechos Humanos de los cuales el Perú es parte obligada. La **taxatividad es material,** cuando la nulidad está señalada como tal en el dispositivo procesal o sustantivo aplicable al caso concreto; y la **taxatividad es formal,** cuando se incumple algún requisito del procedimiento que genera nulidad porque el legislador ha previsto su realización bajo sanción de nulidad, o porque el requisito ausente u omitido forma parte del contenido de validez del acto procesal. Este principio ha sido reconocido en el artículo 149 del CPP, que ordena: "La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos en la ley".

El principio de **lesividad** o llamado de **trascendencia**, es la consagración del respeto al apotegma jurídico **neminem laedere,** que surge del compromiso ciudadano, base del contrato social y fundamento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. (artículos 43 y 51 de la CN). Bajo este principio a ninguna persona le resulta lícito causar con su actuación o con su omisión un perjuicio en otra persona. Así pues, el principio de trascendencia, como lo ha sostenido la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad en diferentes expedientes: "(…) ilustra (…) la Jurisprudencia recaída en el expediente de Casación Nº 1210-98 Piura del seis de noviembre de 1998, publicada en *El Peruano*, del cuatro de enero de 1999, página 2350, ha establecido: La Nulidad de un acto procesal debe ser analizada no solo por contravenir el texto de la ley, sino cuando dicha omisión haya trascendido en la parte resolutiva de la decisión impugnada, **produciéndose una situación de indefensión, respecto a uno de los justiciables;** que en dicho sentido, quien formula nulidad, debe acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado. (…). Que, con riguroso criterio doctrinal, Alberto Maurino ha sostenido que la misión de las nulidades no es el aseguramiento por sí de las normas procesales, sino el cumplimiento de los fines de ellas confiados por la ley (*Nulidades Procesales*. Bs. As., Ed. Astrea, mil novecientos ochenticinco, página treintiocho) (resaltado nuestro) [Exp. N° 1787-04 - Ejecución de garantías, Caso San

Ignacio S.A. del 28 de diciembre de 2004]."

Así, la STC Exp. N° 00037-2012-PA/TC - Lima, Caso Scotiabank S.A.A. del 25 de enero de 2012, F.j. 10, precisó que: "La declaración de invalidez de todo lo actuado solo es procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno de los sujetos que participan en el proceso. En particular, el emplazado [acusado] con la demanda [acusación], cuya intervención y defensa puede haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar [nulidad]. F.j.13. "(…) una declaración de nulidad de todo lo actuado, por el solo hecho de servir a la ley, y no porque se justifique en la protección de algún bien constitucionalmente relevante, devendría en un exceso de ritualismo procesal, incompatible con el logro de los fines del proceso (…)".

TEST DE PONDERACIÓN

Tal como lo sostiene la autorizada doctrina defendida entre otros por el jurista italiano Piero Calamandrei, en su ensayo "Proceso y justicia" publicado en 1950, la concesión o rechazo de una provisión de justicia asegurativa como lo es la medida cautelar supone no solo un conteo de requisitos o resultados sino la ponderación entre los bienes jurídicos subyacentes y en juego, puesto que cualquier decisión al respecto supondrá reducir o limitar el ejercicio de un derecho para favorecer al otro. Este modo de proceder no solo es un artículo dogmático sino un imperativo normativo desde las prescripciones de los artículos 29 y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos vigente para el Perú no solo por el mandato del artículo 55 y la Cuarta Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la CN, sino que su vigencia deriva también del Resolución Legislativa N° 13282 para el Estado obligatorio desde el 12 de julio de 1979.

En este caso la ponderación versará de un lado entre el Derecho a la libertad personal invocado por la defensa cuya protección constitucional se encuentra en el artículo 2 inciso 24 literales b) y f) y de otro lado el Derecho a la Seguridad Humana y al Bienestar General consagrado en el artículo 44 de la CN.

Tal como además lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 00731-2004-HC/TC-Lima, caso Alfonso Villanueva Chirinos, del 16 de abril de 2004, que en su Fundamento 4, ha establecido que: "En general, en el caso de las disposiciones que restringen la libertad del imputado como medida cautelar, existen dos intereses que deben ser cautelados por el Estado; esto es, **a)** la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y, **b)** la garantía a la protección de los derechos fundamentales del

imputado. Estos intereses, aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no menoscabar la protección de uno frente al otro, siendo la regla general, la libertad." Así como en las Sentencias STC Exp. N° 04053-2007-PHC/TC - Lima, caso Alfredo Jalilie Awapara, del 18 de diciembre de 2007 y STC Exp. N° 00019-2005-PI/TC-Lima, Caso Ley N° 28568 - Cómputo del tiempo de detención, del 21 de julio de 2005, al reconocer que el Derecho a la Seguridad Humana es la condición de pacífica y armónica convivencia que permite a cualquier ciudadano la confianza suficiente para no temer ejercer cualquier derecho, en especial los que se materializan en la relación social, lo que supone reconocer que las las teorías preventivas, tanto la especial como la general de las medidas restrictivas de la libertad, gozan de protección constitucional directa. Y que el particular daño que el delito genera en el Estado Social y Democrático de Derecho motiva que su flagrancia o el peligro de su inminente realización, sea causa expresamente aceptada por la Constitución para la limitación de diversos derechos fundamentales. **Operando como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general.**

Tipo penal

El tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). El tipo, es un instrumento legal que pertenece al texto de la ley.

Conforme al Acuerdo Plenario Extraordinario N° 01-2012/CJ-116, publicada el 26 de julio de 2012, F.j. 9, es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe de acoger, en principio todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición [VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal - Parte General*. Editora Grijley, Lima, 2009, p. 94 y ss.].

Tráfico ilícito de drogas

El delito de tráfico ilícito de drogas es el acto ilícito contra la salud público que en su principal modalidad es la promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas, comete el que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito, drogas como la pasta básica de cocaína. Conforme al **Acuerdo Plenario N° 03-2008**, el **"correo de drogas"**, solo interviene en el transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores; es ajeno al núcleo de personas, integradas

o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el desplazamiento de dichos bienes delictivos. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte. El "correo de drogas" es un coautor del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 296 del Código Penal. Se requerirá, por cierto, que se cumplan los elementos objetivos y subjetivos que integran el citado tipo legal básico. No es de aplicación al "correo de drogas" la circunstancia agravante prevista en el primer extremo del inciso 6) del artículo 297 del Código Penal, salvo lo señalado en el párrafo 11. El simple concurso de tres o más personas en el acto de transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, no es suficiente para su configuración. El agente ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas –anteriores, concomitantes y posteriores– de las propias o específicas del acto singular de transporte. Estas actividades significan un nexo más intenso, aún cuando pueda ser ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte.

En la Ejecutoria Suprema del recurso de Nulidad N° 02113-1998-Lima, del 3 de agosto de 2000, se establece que para la doctrina judicial, "si bien este delito genéricamente agrede a la salud pública, como bien jurídico, no debe olvidarse que los efectos de esta agresión inciden directamente en la salud física y mental de la persona humana –y por ende en la agresión directa al principio supremo *pro homine* consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú– con efectos muchas veces irreversibles, causando inclusive la degeneración genética con imprevisibles consecuencias futuras para la humanidad y por el mismo motivo la incidencia de estos delitos también afecta la estructura social, política, cultural y económica de los Estados". Igualmente se debe considerar que el delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo 296 del Código Penal es una infracción penal de peligro abstracto, en el que el delito se perfecciona con la mera posesión de la droga con fines de comercialización, resultando indiferente si la comercialización de la sustancia incautada se concreta o no.

Por su parte, en el Recurso de Nulidad N° 224-2005-Sullana, Precedente vinculante, caso Sebastián Serna Jaramillo e Iván Leguía Morales, sobre TID, del 21 de abril de 2005. F.j. 3; se estableció que: Tercero: que si bien es cierto que –con arreglo al principio acusatorio– la sentencia condenatoria no puede sobrepasar el hecho y las circunstancias del mismo –esto es, en este último supuesto, las situaciones que rodean, que están alrededor, a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones

del autor–, fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento, lo que constituye un límite infranqueable para el tribunal de instancia, también es verdad que sobre esa base fáctica es del todo posible que la sala penal superior pueda modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación –lo que incluye, obviamente, las denominadas "circunstancias modificativas de la responsabilidad penal"–, pero a condición –en cumplimiento del principio de contradicción o más concretamente del derecho de conocimiento de los cargos– que "(...) previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse (...)" y se haya seguido el trámite previsto en el numeral dos del artículo doscientos ochenta y cinco guión a del código de procedimientos penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve; que ese trámite no ha sido cumplido en el presente caso, de suerte que la sentencia recurrida al obviarlo ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del código de procedimientos penales, pues ha dejado en indefensión material a los imputados.

Finalmente, el Acuerdo Plenario N° 03-2008/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de 2008, sobre **correo de drogas,** delito de TID y la circunstancia agravante del artículo 297.6 del Código Penal; prescribió lo siguiente: F.j. 7. Es materia de análisis la primera circunstancia que integra el subtipo legal agravado de tráfico ilícito de drogas, esto es, cuando "el hecho es cometido por tres o más personas(...)". Desde esta perspectiva, es de analizar si es posible subsumir dentro sus disposiciones la conducta de los denominados "correos de droga" o "burriers" (jerga que combina los vocablos "burro" y "courier"). Se trata de individuos que se desplazan usualmente por vía aérea o terrestre transportando droga –usualmente cocaína, marihuana u opio– en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, en cápsulas ingeridas previamente al inicio del viaje o en contenedores colocados en otras cavidades del cuerpo. Ello implica, por lo demás, reconocer la existencia de organizaciones o agrupación de personas que se dedican a captar personas, las cuales pasan, en algunas oportunidades, sin ser descubiertas por la autoridad pública –agentes de Aduanas, personal de seguridad de Aeropuertos y efectivos policiales de control de carreteras–. Desde la experiencia criminalística, en muchas ocasiones, se detiene a esas personas sin que se logre identificar cabalmente a los que se dedican a reclutar personas con la finalidad de transportar droga o precursores y, en su caso, sin que se descubra la estructura y lógica de funcionamiento de las organizaciones criminales, que por lo general están detrás de ese acto de transporte delictivo. F.j. 8. El presupuesto para

determinar la punición de los "correos de droga" es el conocimiento que tienen de estar transportando droga o precursores –objeto material del delito– y que su conducta contribuye a difundir el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: conciencia de ilicitud del transporte de tales bienes delictivos. Su conducta ha de ser dolosa –que incluye el conocimiento que dichas sustancias se distribuirán a terceros–, pues de lo contrario incurrirían en un error de tipo (JUBERT, UJALA, Joshi. *Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 194). Asimismo, y con carácter previo a la dilucidación de la aplicación de la referida circunstancia agravante prevista en el primer extremo del inciso 6) del artículo 297 del Código Penal y de cara al planteamiento inicial del problema objeto de análisis, resulta necesaria la intervención de tres o más personas en el planeamiento y ejecución del acto de transporte. Se requiere, entonces, que el agente pueda advertir la concurrencia en el hecho –en sus diversas facetas e indistintamente– de tres o más personas, de una red de individuos (a modo de ejemplo, y por lo común: quienes lo captan, luego le entregan la droga o precursores, a continuación lo ayudan a esconderla o le prestan asistencia, y, finalmente, la reciben en el lugar acordado). Debe acreditarse, por tanto, un concierto punible de tres o más individuos, entre los que debe encontrarse el agente en cuestión. Basta, en este caso, una simple consorciabilidad para el delito, una ocasional reunión para la comisión delictiva. F.j. 9. Como es obvio, el tipo legal siempre hace referencia al autor del hecho que criminaliza. Este debe realizar la conducta penalmente prohibida. El supuesto de hecho de la norma básica: artículo 296 del Código Penal, desde los medios legalmente exigidos para la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, comprende los actos de fabricación o de tráfico, y este último importa, dentro del ciclo que involucra, el transporte de las mismas o de precursores. El tráfico –enderezado a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas– se refiere a todo acto de comercio, de negociación o de transferencia de bienes –delictivos en este caso–, y comprende las diversas actividades que le son inherentes, entre ellas las de distribución y de transporte, que en este último supuesto ha de entenderse el acto de desplazamiento de dichas sustancias de un lugar a otro, con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión. El "correo de drogas", desde la tipología destacada en el fundamento jurídico 7 del presente Acuerdo Plenario, solo interviene en

el transporte, y es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte. Así las cosas, el delito es una obra conjunta, realizada dentro de un plan común, de todos los que han participado en la preparación y en la ejecución del acto de transporte de bienes delictivos, conducta en la que obviamente está incurso el "correo de drogas". Este último es, por tanto, autor, más allá si, visto globalmente, existe de su parte un menor dominio cuantitativo en el hecho global. La conducta de tener la droga en su poder, con la finalidad de transportarla a otro lugar por encargo de un tercero o terceros, no puede ser calificada sino como autoría; la actividad del transportista, del "correo de drogas", aún cuando subordinada en el aspecto económico a la figura principal del titular del bien delictivo, no lo es desde el punto de vista jurídico atento a la amplitud del tipo legal. No se trata de un supuesto muy excepcional de favorecimiento al favorecedor, vale decir, de conductas auxiliares de segundo orden, periféricas, respecto de quien realiza un concreto acto de tráfico, que importaría calificarlo de cómplice secundario. En tal virtud, desde los términos tan amplios establecidos por el tipo legal básico, todos los concertados para la actividad de tráfico de drogas –en este caso, de transporte– son autores. Basta el previo acuerdo entre los sujetos con independencia de cuál es el rol concreto a ejecutar por cada uno de ellos, siempre que su concreta conducta contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. F.j. 10. Ahora bien, el subtipo agravado examinado, cuando exige que el hecho se cometa por tres o más personas, debe ser interpretado desde los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por tanto, no solo requiere el simple concierto de tres o más personas en el acto del transporte, que el "correo de drogas" –por ser tal– sea un coautor, pues de ser así, perdería sentido o se vaciaría de contenido los supuestos de codelincuencia, que están en la propia esencia o expresión criminológica de un delito como el de tráfico ilícito de drogas, y la regularidad y coherencia de la aplicación del tipo legal básico del 296 del Código Penal. Debe entenderse que la circunstancia agravante comprende necesariamente un nexo más intenso y efectivo del agente con los demás coautores en el acto de transporte y de tráfico en general. El sujeto activo no solo ha de realizar exclusivas labores de transporte ocasional del bien delictivo y a título individual (si en el acto de transporte, concertadamente intervienen tres o más personas, la conducta en cuestión será subsumida en el subtipo legal agravado en cuestión) –ese el rol típico del "correo de

drogas"–, sino que su intervención en el hecho total debe expresar y concretar un vínculo más intenso y reforzado con los titulares de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, o con quienes están involucrados con cierta relevancia en todo el circuito de distribución de los mismos. El sujeto activo ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas de las propias o específicas del acto singular de transporte, tales como: 1) la obtención, en cualesquiera de sus variables y de manos de terceros, de los citados bienes delictivos, o 2) la determinación o ubicación autónoma de los que recibirían tales bienes; asimismo, en la realización de otras fases, esta vez no anteriores o inmediatamente posteriores al transporte, pero concomitantes, en tanto sean funcionales y de aportación no reemplazables en el transporte: 3) actos de intermediación, 4) actos de guarda previa o almacenaje, 5) actos de aportación de personas o bien instrumentales, entre muchas conductas de similar entidad valorativa. El agente, en consecuencia, ha de haber realizado aquellas conductas que, además del mero acto de traslado de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, significan un nexo más intenso, aún cuando ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte, de suerte que permita concluir que su rol no es meramente periférico o marginal sino, al menos, de cierta entidad, en la finalidad y efectividad del transporte. En ese caso el agente ya no sería un mero "correo de drogas" sino un coautor incurso en el subtipo agravado del inciso 6 del artículo 297 del Código Penal, y como tal deberá ser sancionado. F.j. 11. Lo expuesto, analizado en función a la exclusiva conducta del correo de drogas, no significa que si este en concierto con otras personas –otras dos o más–, que realizan la misma conducta típica, llevan a cabo el referido acto de transporte como parte de un mismo acto delictivo o plan criminal, no deba aplicarse el subtipo legal agravado del inciso 6) del artículo 297 del Código Penal. Por consiguiente, si en un acto de transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, intervienen, mediando concierto, tres o más burriers, deberán ser castigados con arreglo al inciso 6) del artículo 297 del Código Penal.

TRATA DE PERSONAS

El delito de trata de personas es el hecho ilícito cuyo supuesto de hecho involucra cuatro conductas típicas: La **promoción**, que implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca el favorecimiento, que incluye **cualquier conducta que permite la expansión o extensión**; la **financiación**, que se expresa en la subvención o contribución

económica; y la **facilitación**, que involucra todo acto de cooperación, ayuda o contribución. Estas conductas se vinculan y manifiestan en la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas en el territorio nacional o para su salida o ingreso al país, para lo cual se emplean medios violentos o fraudulentos. En el plano subjetivo el agente actúa dolosamente y orientado por fines ilícitos que constituyen la esencia de la trata, como son el ejercicio de la prostitución, explotación laboral, esclavitud o extracción y tráfico de órganos y tejidos humanos, etcétera [Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Volumen I, Grijley, Lima, 2010, p. 487 y ss.]. Se regula por el artículo 153 del Código penal, según la modificatoria de la Ley N° 28950 de 16 de enero de 2007: "El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada al país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de la libertad, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior".

Tutela jurisdiccional efectiva

La tutela jurisdiccional efectiva es el derecho y principio fundamental consagrado además como garantía judicial conforme al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso, y supone la habilitación que posee todo ciudadano para acudir a los órganos judiciales y exigir de ellos una solución para algún problema o conflicto jurídico ocurrido. La existencia del proceso o vía judicial de reclamo se conoce como tutela jurisdiccional efectiva procesal, y el Estado peruano está obligado a la existencia del recurso; y la habilitación para exigir una respuesta de fondo al asunto litigioso se conoce como tutela jurisdiccional efectiva material, el Perú aún no ha

alcanzado este grado de desarrollo constitucional.

En la Casación N° 003106-2001-Ucayali, caso Gilma Meléndez Meléndez contra David Yamashiro Shimabukuro, sobre alimentos, del 31 de marzo de 2002, se precisa: F.j. 4. El respeto al Derecho al debido proceso y a la Tutela Jurisdiccional efectiva, consagrado en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú. Este derecho es expuesto por el Supremo Tribunal en el modo siguiente: "(…) la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da, entre otros supuestos, cuando no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, cuando el juzgador deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales." Por su parte la tutela jurisdiccional efectiva este posee un desarrollo amplio en la doctrina internacional, y restringido en la legislación peruana. [RUBIO GARRIDO, Tomás (2002) "Cosa juzgada y tutela judicial efectiva". En: *Revista Derecho Privado y Constitución*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Número 16, enero-diciembre.] Para ello debemos considerar que la tutela jurisdiccional efectiva es la posibilidad de reclamar a los órganos judiciales y obtener de ellos una respuesta justa y legítima. Por lo tanto posee dos facetas: la formal y la material. La tutela jurisdiccional efectiva formal o tutela procesal efectiva está contenida en la posibilidad de recurrir a la jurisdicción, de presentar los recursos y medios probatorios, así como cualquier medio técnico de defensa que dentro de la estrategia legal permita alcanzar la respuesta del órgano jurisdiccional, así como a la posibilidad de materializar la respuesta judicial en un proceso determinado. La tutela jurisdiccional efectiva material, formal o sustancial es aquella por la cual el ciudadano no sólo tiene el derecho de instar el mecanismo de la estructura jurisdiccional, recorrerlo con las garantías debidas e impugnar las decisiones contrarias a su voluntad procesal; sino el derecho que se allane el camino con la finalidad de recibir una respuesta justa y legítima sobre el fondo del asunto.

Por su parte, la STC Exp. N° 02192-2002-HC/TC - Lima, caso Brígida Marcela Noreña Tolentino, del 14 de octubre de 2002, señala que: F.j. 1. El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, forma parte del "modelo constitucional del proceso", cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse como debido. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de

garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial –o en cualquiera de los ámbitos a los que este Tribunal en diversas ocasiones se ha referido–, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera sea la materia que en su seno se pueda dirimir. De esta forma, el debido proceso no es solo un derecho de connotación procesal, que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución más compleja, "que no alude solo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, 'justo' sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también a un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia".

Igualmente, la STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC - Lima, caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, 17 de octubre de 2005. F.j. 13., señala que: El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente N° 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional. Como se ha destacado, la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman **se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia**. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. **El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso.** Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente N° 200-2002-AA/TC, esta tutela: "(...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc.". En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá

sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio.

Del mismo modo, la STC Exp. N° 08125-2005-PHC/TC - Lima, caso Jeffrey Immelt, Joseph Anthony Pompei, John Mc. Carter, Nelson Jacob Gurman, César Alfonso Ausín de Iurruarízaga, Jorge Montes, James Campbell, Dave Cote, Donald Breare Fontaine, Steve Reidel, Steve Sedita, David Blair, John Welch, Dennis Dammerman, James K. Harman, Helio Mattar, W. James Mcnerney, James E. Mohn, Robert L. Nardelli, Dennis K. Williams y John Opie, del 14 de noviembre de 2005, F.j. 6, precisa que: existen dos referentes de los derechos de los justiciables: la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

U

Unidad en la aplicación de leyes

La unidad en la aplicación de leyes es la técnica de la teoría general del Derecho Penal y a la vez una práctica jurisprudencial por la cual frente al conflicto de leyes o la presencia de varias leyes igualmente válidas o vigentes, se opta por formar o construir una norma jurídica mediante la interpretación de los dispositivos legales o la inferencia de determinadas consecuencias jurídicas, optando por las normas que fueran más favorables al imputado o al reo, componiendo una norma a partir de diferentes normas igualmente válidas, bajo el régimen del principio de favorabilidad.

ÍNDICE DE VOCES

Índice de voces

A

Acreditación de la falta de interés del sentenciado 9
Actividad obstruccionista del acusado 9
Actor civil 10
Acuerdos plenarios 11
Acusación directa 34
Agotamiento de la vía administrativa 39
Apercibimiento 40
Aplicación temporal inmediata de las normas procesales 40
Asesinato 42
Asociación ilícita para delinquir 47
Audiencia de tutela 50
Autoría, participación y principio de distribución de roles 57

B

Beneficios penitenciarios 59

C

Carga de la prueba 71
Casación 71
Cesación de prisión preventiva 74
Colaboración terrorista 75
Combinación de leyes 80
Comparecencia 82
Conclusión anticipada 82
Concurso de delitos 105
Concurso real retrospectivo 115
Control de la acusación 117
Control de logicidad 122
Control difuso 123
Contumacia 124
Corrupción de funcionarios 129
Cosa juzgada 131
Cuestión previa 134

D

Delito continuado 137
Delito masa 139
Delito tributario 141
Delitos contra el honor personal 142
Delitos contra la libertad sexual 147
Derecho al debido proceso 176
Derecho a la igualdad 177
Derecho al juez natural 177

Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales 179
Derecho a la libertad de comercio 182
Derecho a la libertad de empresa 183
Derecho a la libertad de industria 183
Derecho a la libertad de trabajo 183
Derecho a la libertad de tránsito 184
Derecho a la libre contratación 193
Derecho a la motivación debida 194
Derecho al plazo razonable 194
Derecho a la pluralidad de instancia 207
Derecho al procedimiento preestablecido 208
Derecho a la prueba 209
Derecho de defensa 212
Derecho de gracia 217
Derecho de reunión 218
Derecho penal económico 221
Derechos fundamentales 222
Desaparición forzada de personas 223
Desistimiento tácito 234
Desvinculación 235
Determinación judicial de la pena 239
Duplicidad del plazo de detención 255

E

Elementos de convicción 261
Estado de ebriedad 261
Excepción de prescripción de la acción penal 262

F

Falta de interés del sentenciado 265
Favorecimiento a la prostitución 265
Fines de la pena 266

H

Hábeas corpus. Clases 271
Hábeas corpus. Derechos protegidos 277
Hurto 279

I

Imparcialidad 285
Incautación 288
Independencia de la función jurisdiccional 293
Inhabilitación 296
Interdicción a la arbitrariedad 309

J

Juicio jurisdiccional en una sentencia penal 311
Jurisdicción militar 312

L

Lavado de activos 317
Lectura de sentencia 356
Liberación condicional 357

M

MANDATO DE DETENCIÓN 359
MANDATO DE DETENCIÓN. REQUISITOS 361
MOTIVACIÓN 365
MOTIVACIÓN APARENTE 373
MOTIVACIÓN DEL AUTO DE APERTURA O DEL AUTO DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA 374
MOTIVACIÓN BREVE O CONCISA 377
MOTIVACIÓN DEBIDA EN LA DETENCIÓN 378
MOTIVACIÓN INCONGRUENTE 379
MOTIVACIÓN POR REMISIÓN 380
MOTIVACIÓN SUFICIENTE 381

N

NE BIS IN IDEM 383
NOTIFICACIÓN 385

O

OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR 389
OMISIÓN O RETARDO DE ACTOS FUNCIONALES 391

P

PECULADO 393
PELIGRO PROCESAL 397
PENA SUSPENDIDA 397

PERICIA 397
PERSONAS JURÍDICAS 399
PLAZO MÁXIMO DE DETENCIÓN 407
PLURALIDAD DE AGENTES EN CASO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS 409
PRECEDENTE VINCULANTE 410
PRECEDENTES VINCULANTES PENALES 411
PREEXISTENCIA DEL BIEN 418
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL 419
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS 435
PRINCIPIO ACUSATORIO 436
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA 441
PRINCIPIO DE DEBIDO PROCESO 442
PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN ACUSATORIA 444
PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO 446
PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL 448
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD 448
PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO 450
PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL 452
PRINCIPIO DE LEGALIDAD 453
PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL 460
PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEIUS 461
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD 467
PRINCIPIO TEMPUS DELICTI COMISSI 468
PRINCIPIO TEMPUS REGIT ACTUM 471
PRINCIPIO DE TIPICIDAD 471
PRISIÓN PREVENTIVA 472
PRISIÓN PREVENTIVA. REQUISITOS FORMALES 474
PRISIÓN PREVENTIVA. REQUISITOS MATERIALES 475
PROCESO O PROCEDIMIENTO REGULAR 478
PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD 478

Proxenetismo 479
Prueba 480
Prueba indiciaria 483

R

Refundición de penas 489
Reparación civil 490
Reparación civil como regla de conducta 491
Reparación civil y delito de peligro 493
Retroactividad benigna de la ley penal 497
Revocatoria de la suspensión de la pena 501
Robo agravado 503

S

Seducción 507
Sindicación de coacusado, testigo o agraviado 510
Sucesión de leyes penales 511
Supremacía normativa de la constitución 512

T

Tantum appellatum quantum devolutum 513
Terrorismo 513
Test de certeza 515
Test de constitucionalidad 515
Test de nulidad 517

TEST DE PONDERACIÓN 520
TIPO PENAL 521
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS 521
TRATA DE PERSONAS 526
TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA 527

U

UNIDAD EN LA APLICACIÓN DE LEYES 531