

LA SENTENCIA PENAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

SU ESTRUCTURA Y MOTIVACIÓN

Pablo Talavera Elguera

La sentencia penal en el nuevo Código Procesal Penal

Su estructura y motivación

Pablo Talavera Elguera

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
--------------------	---

CAPÍTULO I

La motivación y el razonamiento judicial	11
--	----

1. El concepto de motivación.....	11
2. La justificación interna	13
3. La justificación externa	15
4. Las funciones de la motivación.....	15
5. Los requisitos de la motivación.....	18
5.1. La racionalidad.....	18
5.2. La coherencia.....	19
5.3. La razonabilidad	20
5.4. La concreción.....	21
5.5. La completitud.....	21
5.6. La suficiencia	22
5.7. La claridad.....	22
5.8. La congruencia.....	23
6. Las patologías de la motivación.....	23
6.1. La omisión de motivación.....	23
6.2. La motivación aparente.....	24
6.3. La motivación insuficiente.....	25
6.4. La motivación incongruente.....	25

CAPÍTULO II

El deber de motivación de la sentencia penal.....	27
---	----

1. El deber de motivación en la historia.....	27
2. La motivación en el ordenamiento jurídico peruano	28
3. La motivación como imperativo constitucional.....	29
4. El control de la motivación.....	33
4.1. El control en el proceso penal	33
4.2. El control en sede constitucional	34

CAPÍTULO III

Tipología de las sentencias en el nuevo código procesal penal.....	39
--	----

1. La sentencia en el proceso común.....	39
2. La sentencia de apelación.....	41
3. La sentencia de casación.....	42
4. La sentencia anticipada.....	44
5. La sentencia de conformidad	45

CAPÍTULO IV

La motivación sobre los hechos.....	49
1. Consideraciones generales	49
2. Las reglas para la motivación de los hechos	51
3. La valoración individual de las pruebas y su motivación	53
3.1. El juicio de fiabilidad probatoria	53
3.2. La interpretación del medio de prueba	55
3.3. El juicio de verosimilitud	57
3.4. La comparación entre los resultados probatorios y los hechos alegados	58
4. La valoración en conjunto de las pruebas y su motivación	59
5. La prueba indiciaria y su motivación	60
5.1. La estructura de la prueba indiciaria	61
A) El indicio	61
B) La inferencia	62
C) El hecho indicado	63
5.2. Requisitos para la eficacia probatoria de los indicios	64
5.3. La prueba por indicios en la jurisprudencia nacional	64

CAPÍTULO V

Motivación de los fundamentos de derecho	67
1. La dogmática penal como sustento de la motivación jurídica	67
2. La calificación jurídica y el deber de correlación	69
3. Las cuestiones jurídicas planteadas o en discusión	70
4. La justificación de la decisión de validez	72
4.1. La ley penal en el tiempo	72
4.2. La ley penal en el espacio	73
4.3. La aplicación personal de la ley penal	73
4.4. El concurso de leyes o concurso aparente de leyes	73
4.5. El concurso de delitos	74
4.6. El delito continuado	75
5. La justificación de la decisión de interpretación	76
6. La justificación de la decisión de subsunción	78

CAPÍTULO VI

Motivación de la determinación judicial de la pena	85
1. El deber de motivación de la determinación judicial de la pena	85
2. La determinación de la pena básica	87
3. La determinación de la pena concreta	87
4. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal	88
5. Las circunstancias genéricas del artículo 46° del Código Penal	90

6. La reincidencia y la habitualidad en la determinación de la pena	93
7. La prohibición de doble valoración	95
8. Modelo de motivación de la determinación de la pena	96

CAPÍTULO VII

Motivación de la reparación civil	103
1. Notas preliminares y naturaleza de la acción reparatoria	103
2. El daño como fundamento de la reparación civil	105
3. La reparación civil en el Código Penal	108
4. Aspectos procesales de la reparación civil	110
5. La prueba del daño extrapatrimonial	111
6. Criterios generales para la valuación de los daños	113

CAPÍTULO VIII

Motivación de las consecuencias accesorias	115
1. Concepto y naturaleza de las consecuencias accesorias	115
2. El comiso de los objetos, instrumentos y efectos del delito	116
3. Las medidas aplicables a las personas jurídicas	119

CAPÍTULO IX

Motivación de la sentencia de apelación	123
1. Ámbito del recurso de apelación	123
2. Sentencia con pronunciamiento anulatorio	135
3. Sentencia de apelación condenatoria	126
4. Sentencia de apelación absolutoria	129

BIBLIOGRAFÍA	131
---------------------------	------------

Introducción

A lo largo de los últimos doce años, la Cooperación Técnica Alemana, GTZ, ha apoyado las reformas judiciales en América Latina. Al inicio se limitó a respaldar las reformas procesales penales que se habían iniciado con fuerza a partir de fines de los años ochenta. La razón por la cual GTZ y el Ministerio de Cooperación Económica de Alemania decidieron asumir esa tarea ha sido que los antiguos procesos penales —inquisitivos y principalmente llevados por escrito—, se han convertido en la principal fuente de las violaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de las garantías constitucionales. La GTZ ha brindado apoyo a las reformas en Paraguay, Chile y el Perú desde 2003, y desde ahora a Colombia y Venezuela. Hoy en día se mantienen vigentes los proyectos en Bolivia, Perú y Colombia, siendo el proyecto en el Perú el único que todavía se centra en la reforma procesal penal.

Llama la atención la escasa confianza y credibilidad de la que goza el poder judicial en los países latinoamericanos, en especial en lo que atañe a la justicia penal. Con las reformas procesales penales y la transformación de los procesos penales en procesos acusatorios-orales, ha mejorado en algo la imagen de la justicia penal, pero todavía sigue estando en niveles bajos. Una de las causas de ello es la forma en que se fundamenta las sentencias.

No solamente en el Perú, sino también en muchos otros países de Latinoamérica, los ciudadanos no comprenden las razones centrales que sustentan las decisiones judiciales, trátase de una condena o de una absolución. Esto con frecuencia se debe al idioma, porque con frecuencia se usan términos jurídicos de forma tal que para una persona que no es abogado resultan incomprensibles. Esto se contrapone con los derechos e intereses del imputado, sobre todo de quien resulta condenado a varios años de prisión, para quien resulta indispensable entender exactamente por qué se le considera responsable del delito que se le ha imputado, y por qué merece la pena que se le impone. Además, esto también resulta central para la víctima, especialmente cuando se absuelve al imputado.

Una fundamentación poco clara o hasta contradictoria, también limita el acceso a la justicia, en especial para fundamentar un recurso contra la sentencia.

Además, a la larga afecta la seguridad jurídica y la predictibilidad de la justicia penal. Solamente una fundamentación precisa y concluyente de las decisiones judiciales abre el camino a un efectivo control de la decisión, tanto para quien ha emitido la decisión como para los sujetos del proceso y quienes controlan la decisión en otra instancia. Solamente la racionalidad de la fundamentación permite un control efectivo del resultado, es decir del veredicto. Un filósofo alemán expresó una vez que mejorar el estilo implica mejorar la idea, y esto tiene más peso todavía en lo que concierne la argumentación.

En la práctica forense con frecuencia se puede observar que la fundamentación consiste en una cadena de consideraciones en la cual no se llega a enlazar de manera satisfactoria los distintos elementos, y donde el resultado concluye finalmente con una sola frase que se limita a decir: “por lo tanto”, se condena o se absuelve.

En muchas sentencias no se dejan claramente establecidos los argumentos que determinaron los hechos probados durante el proceso, en los cuales finalmente se basa la sentencia; tampoco se excluye todas las demás alternativas posibles con una argumentación concluyente y convincente. Este es en la gran mayoría de los casos el corazón de las sentencias y la parte más difícil de elaborar, porque depende de una argumentación clara de la valoración de todas las pruebas. En muchas sentencias esta parte es demasiado escueta.

Al leer las sentencias, con frecuencia se tiene la impresión de que lo central fuera la teoría jurídica penal y no los hechos en sí, a pesar de que toda sentencia, en primer lugar, debe fundamentarse en la verificación precisa de los hechos sobre los cuales se aplica después el Derecho.

Asimismo, en pocos casos la fundamentación de la pena responde a las exigencias de las normas del Código Penal. En su art. 46, el Código sustantivo contiene múltiples aspectos que se deben tomar en cuenta para determinar la pena. De tales aspectos depende que, por ejemplo, se condene al imputado a una pena de prisión de cuatro o de ocho años, o a una pena de prisión efectiva o suspendida. Para esto se debería aclarar también los elementos fácticos mencionados en el art. 46, aspecto que pocas veces se puede observar en una sentencia.

Por todas estas razones, resulta muy importante publicar un libro sobre la fundamentación de las sentencias. El enfoque de este trabajo es práctico, no teórico, aunque desarrolla en lo necesario la teoría. Faltaría una segunda parte, con ejemplos prácticos para demostrar cómo llevar la teoría a la práctica. Este libro complementa los tres otros libros que han sido publicados en esta serie: el *Manual*

de la investigación preparatoria del proceso penal común, La teoría general del delito y La prueba en el nuevo proceso penal, el último de ellos también de la autoría del Dr. Pablo Talavera.

El libro está dirigido en primer término a los jueces, para ser usado en los cursos de capacitación y también en el desempeño de la práctica diaria. No obstante, tiene igualmente relevancia para los demás operadores del Derecho, tales como los fiscales y los abogados defensores, quienes tienen que conocer la forma en que los jueces han llegado al veredicto, para decidir si existe posibilidad de recurrir la sentencia. Asimismo, este libro puede ser usado igualmente en los cursos avanzados de las universidades.

El autor, que ha sido uno de los más experimentados jueces penales en el Perú, con este trabajo brinda un valioso aporte al mejoramiento de la jurisprudencia penal en el país.

La Motivación y el Razonamiento Judicial

1. El concepto de motivación

Dar un argumento significa ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión. Aquí, un argumento no es simplemente la afirmación de ciertas opiniones, ni se trata meramente de una disputa. Los argumentos son intentos por apoyar ciertas opiniones con razones. En este sentido, los argumentos no son inútiles; son, en efecto, esenciales.¹

En el uso de los juristas, el término “motivación” no tiene una acepción única.² En opinión de unos, la motivación consiste en la exteriorización del iter mental mediante el cual el juez llega a formular la decisión (concepción psicologista).³ Según otros, la motivación no tiene por qué describir cómo se ha ido formando la decisión,⁴ sino ha

1 WESTON, Anthony. Las claves de la argumentación. Editorial Ariel, Barcelona, 1997, página 13.

2 TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia civil. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006, página 6.

3 Con esta concepción coincidía el Tribunal Constitucional, Cfr. Sentencia Exp. N° 1230-2002-HC/TC, caso César Humberto Tineo Cabrera.

4 Es brillante la reflexión de Michele Taruffo en rechazo de la concepción psicologista de la motivación: “La diversa estructura de las dos fases del razonamiento judicial (decisión y justificación) excluye que una sea reducible a la otra y, en particular, que la motivación contenga la narración del modo en el cual la decisión ha sido formulada. En efecto, fase heurística y fase justificativa implican estrategias racionales diversas, diverso uso de criterios lógicos y jurídicos y una diversa posición del razonamiento del juez. Obviamente, nada impide que en el acto de motivar el juez utilice elementos que ha tenido en cuenta para decidir, ni que la conciencia del deber de motivar condicione la formulación de la decisión, sometiéndola a controles racionales y jurídicos; sin embargo, todo ello no es suficiente para afirmar que la motivación “refleja” o “representa” el iter decisorio.

“En realidad, la motivación tiene algo de *más*, porque puede emplear argumentos no utilizados para decidir; tiene algo de *menos*, porque no contiene todos los factores que han influido sobre la decisión. Por último, tiene algo de *diverso*, porque su función fundamental es justificativa y no heurística. “Que la motivación no constituye, en absoluto, la rendición de cuentas del procedimiento de formación de la decisión, se puede deducir del mero análisis estructural de los razonamientos del juez, pero también de la experiencia común.

“Cuando el juez realiza la motivación a meses o años de distancia del momento de la deliberación, o de la asunción de las pruebas, resulta claro que no está en posibilidad de reconstruir el iter mental que lo ha llevado a decidir y que, por lo tanto, *parte de la decisión* para encontrar argumentos que la justifiquen. Lo mismo sucede, pero con mayor razón, cuando el juez ponente realiza la motivación de una decisión colegial, caso en el cual no puede reconstruir el modo en el cual ésta se ha formado en realidad.” [TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo*. Palestra Editores, Lima, 2005, páginas 196-197].

de justificarla mediante argumentos jurídica y racionalmente válidos (concepción lógica); si bien esto no prejuzga acerca de si hay o no nexos entre “los motivos” que inducen a decidir y las “razones” que sirven para justificar lo decidido.⁵

La identificación de la motivación de la sentencia con una explicación psicológica del iter recorrido por el juez en su proceso de toma de decisiones, se refuerza si se toma en consideración lo expresado en diversas decisiones judiciales en las cuales se afirma —como lo ha hecho el Tribunal Supremo español— que “la motivación [...] [es un] medio de exteriorizar el juicio mental realizado por el órgano jurisdiccional” [STS, 17/10/1990].⁶

Motivar una sentencia es justificarla o fundamentarla, es un procedimiento discursivo o justificatorio, como afirma Taruffo. La motivación implica siempre dar razones⁷ o argumentos a favor de una decisión. Los jueces, sostiene Manuel Atienza, “tienen la obligación de justificar —pero no de explicar— sus decisiones. Motivar las sentencias significa, pues, justificarlas, y para lograrlo no cabe limitarse a mostrar cómo se ha producido una determinada decisión, es decir, no basta con indicar el proceso —psicológico, sociológico, etcétera— que lleva a la decisión, al producto.”⁸

Al constituir la motivación el procedimiento justificatorio de una decisión, lo que importa es lo expresado, independientemente de su correspondencia con lo pensado a la hora de decidir. Ello en modo alguno significa negar la estrecha relación que existe entre decisión y justificación de la misma (motivación). Una decisión que no sea posible justificar no será una decisión conforme a Derecho y, por lo tanto, no deberá ser adoptada por el juez.⁹ La discrecionalidad es el ejercicio libre de decisión conforme a Derecho. La arbitrariedad es el mismo ejercicio libre para decidir, pero contrario al Derecho.

La idea de motivación como justificación de una decisión no solo se ha de distinguir claramente del iter psicológico por el cual el juez ha dictado sentencia, sino que se ha de diferenciar también del propio acto de decidir,¹⁰ tal como lo hace Taruffo en su conocida obra sobre la casación civil, que se ha reseñado anteriormente.

5 IGARTUA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra Editores, Lima, 2009, página 19.

6 MALEM, Jorge. *El error judicial y la formación de los jueces*. Editorial Gedisa, Madrid, 2008, página 28.

7 “Es del caso precisar que no todas las razones (de la decisión) tienen el mismo peso, sino que unas son preferibles a otras en virtud de un cierto número de criterios ‘objetivos’, o al menos ‘intersubjetivos’.” [IGARTUA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra Editores, Lima, 2009, p. 23].

8 MALEM, Jorge. *El error judicial y la formación de los jueces*. Editorial Gedisa, Madrid, 2008, páginas 29-30.

9 Al respecto, Iacovello ha señalado: “el juez decide dentro de los límites en los que puede motivar”, de modo que “es la motivación la que traza los confines de las elecciones decisorias del juzgador: el juez no decide lo inmotivable”.

10 MALEM, Jorge. *El error judicial y la formación de los jueces*. Editorial Gedisa, Madrid, 2008, página 30.

La importancia del hecho de que un juez responda con razones no solo justifica su decisión, sino que está legitimándola. En primer lugar, ante los destinatarios directos de su decisión (las partes), y luego ante la ciudadanía en general como depositaria de la potestad soberana de administrar justicia que por mandato de la Constitución es ejercida por los jueces.

Indudablemente, la motivación no es solo una herramienta de comunicación y legitimación política y social, sino que hace posible el control del poder jurisdiccional que se expresa en las decisiones de los jueces, posibilitando que las mismas sean revisadas por los tribunales superiores, así como la efectividad de la tutela procesal efectiva y particularmente el derecho de defensa. De ahí la importancia superlativa de la motivación de expresar las razones que justifican la decisión adoptada, lo que constituye una forma de publicidad de los actos de poder en un Estado democrático de Derecho.

En resumen, motivar consiste en mostrar que la decisión judicial es conforme a Derecho.¹¹

2. La justificación interna

Se atribuye a Wróblewski el haber postulado la distinción entre justificación interna y justificación externa. Para dicho autor, la justificación está relacionada con el concepto de racionalidad. El término “racional” significa que una proposición, una norma o una valoración son justificables mediante una argumentación apropiada. Por lo general, una decisión es racional si se basa en un determinado conocimiento y en determinadas valoraciones.¹²

Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de racionalidad externa de la decisión.¹³

11 La exigencia de motivación implica ser capaces de apoyar la decisión en un argumento, lo que a su vez exige, como mínimo, la existencia de una regla en la que basar la decisión. Este es el requisito necesario para entender que la decisión no es, en principio, arbitraria. Y digo en principio porque el examen de la arbitrariedad se proyecta también en las razones a favor de la regla. Por otro lado, la ausencia de arbitrariedad no implica necesariamente motivación correcta, pero sí que es un requisito necesario de ésta.

12 WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*. Editorial Distribuciones Fontamara, México D.F., 2003, página 46.

13 WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Ibidem*, página 46.

La justificación interna está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas. La condición de justificación es la existencia de una regla con la cual poder verificar la racionalidad interna de la decisión.¹⁴

Por lo tanto, una sentencia estará internamente justificada si su fallo se deriva lógicamente de sus premisas normativas y fácticas expresadas en los fundamentos de Derecho y de hecho.¹⁵

Como ejemplo de análisis de la justificación interna, vale lo afirmado por el Tribunal Constitucional español en su STC, 54/2000: "Este Tribunal ha declarado que contradice el derecho a la tutela judicial efectiva aquella resolución judicial que revela una evidente contradicción interna o incoherencia notoria entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, en tanto que uno de los variados contenidos de aquel derecho fundamental es el que dicte una resolución fundada en Derecho, motivada y razonada y no arbitraria. De ahí que solo una resolución razonada y suficiente permite el ejercicio del derecho a la tutela judicial, porque una motivación radicalmente contradictoria no satisface los requerimientos constitucionales."

Por ello, lo primero que ha de exigirse a la motivación es que proporcione un armazón argumentativo racional a la resolución judicial. En la sentencia, la decisión final (fallo) va precedida de algunas decisiones sectoriales. Es decir, la decisión final es la culminación de una cadena de opciones preparatorias (qué artículo legal aplicar, cuál es el significado de ese artículo, qué valor otorgar a esta o aquella prueba, qué criterio elegir para cuantificar las consecuencias jurídicas (la pena) dentro del espacio determinado por la ley, etc.). En este marco, la buena línea de la motivación pasa, necesariamente, por presentar la decisión final como el "resultado" de unas decisiones antecedentes (que funcionarían como premisas).¹⁶

Cuando las premisas son aceptadas por las partes y por el juez, sería suficiente la justificación interna.¹⁷ Pero, por lo común, las discrepancias que enfrentan a los ciudadanos casi siempre se refieren a si la norma aplicable es una u otra, bien porque disienten sobre cuál es la disposición aplicable o cuál es su significado, o si el hecho imputado ha sido probado o no, o si la pena ha de ser de tal o cual clase o duración. Entonces, las discrepancias se producen respecto a las premisas, por lo que la motivación se ha de encargar de justificar las premisas que han llevado a la decisión, lo que implica la necesidad de que se realice una justificación externa.

14 WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Ibidem*, página 52.

15 MALEM, Jorge. *Error judicial y la formación de los jueces*. Editorial Gedisa, Madrid, 2008, página 32.

16 IGARTUA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra Editores, Lima, 2009, página 25.

17 *Ibidem*.

3. La justificación externa

La justificación externa se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está justificada cuando sus premisas pueden ser calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes llevan a cabo la calificación. Es evidente que la decisión jurídica podría estar justificada internamente, sin por ello tener justificación externa.¹⁸

Para que una decisión jurisdiccional esté externamente justificada, lo han de estar tanto sus premisas normativas como las fácticas, de forma conjunta. Mas establecer los criterios para la justificación de dichas premisas no es tarea fácil, ni ha resultado pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia.¹⁹

Como se ha sostenido al desarrollar el punto anterior, el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas utilizadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de muy distintos tipos. Se puede distinguir: 1) reglas de Derecho positivo; 2) enunciados empíricos; y 3) premisas que no constituyen enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo.²⁰

Estos distintos tipos de premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder, que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso. Finalmente, para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo, sirve lo que puede designarse como "argumentación jurídica".²¹

4. Las funciones de la motivación

Las funciones o fines que cumple la motivación han dado lugar a diversas y respetables posturas. Hay quienes sostienen que la motivación tiene una doble

18 WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*. Editorial Distribuciones Fontamara, México D.F., 2003, página 52.

19 MALEM, Jorge. *Error judicial y la formación de los jueces*. Editorial Gedisa, Madrid, 2008, página 33.

20 ALEXI, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, página 222.

21 ALEXI, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, página 222.

finalidad: de una parte, una función exhortativo-pedagógica y, de otra, una función justificativa de la bondad de la sentencia. Para otros, la motivación se configura históricamente como una garantía contra las decisiones arbitrarias del juez; por lo tanto, es un instrumento para el control y la crítica de la decisión del magistrado. Amodio señala que la motivación es un instrumento para controlar la responsabilidad política del magistrado frente al pueblo. Se dice también que la motivación es una garantía para los justiciables y para el juez. Climent Durán postula que la justificación de la decisión tiende, en primer término, a hacer ver al litigante perdedor que su postura carece de fundamento; en segundo término, a convencer al público, esto es a cualquier lector de la sentencia, de que la decisión ha sido acertada por haberse apoyado precisamente en los argumentos que se exponen; y, en tercer término, a ilustrar al tribunal que conozca de un posible recurso contra la sentencia.²²

Según Igartua Salaverría, la obligación de motivar desempeña dos funciones: la burocrática (o técnico-jurídica, para favorecer el control de instancias superiores) y la democrática (o social, para permitir el control de la opinión pública). Pues bien, ambas funciones determinan necesariamente la hechura de la motivación.²³

Para Nieto, la motivación cumple las funciones siguientes: 1) prestar racionalidad a la decisión; 2) facilitar los recursos; 3) legitimar la posición institucional del juez, ya que la justificación de la decisión sirve para acreditar que la sentencia es "la única correcta o, al menos, la más correcta entre las posibles"; 4) posibilitar un control generalizado y difuso de las decisiones judiciales; y, 5) servir en ocasiones de instrumento para precisar el contenido enunciativo del fallo.²⁴

Tan variadas funciones asignadas a la motivación bien pueden ser agrupadas porque están referidas al papel que cumple la motivación dentro del proceso concreto (función endoprocésal), o porque están referidas a su relación con la sociedad (función extraprocésal).

La dimensión endoprocésal engloba la totalidad de las funciones que desarrolla la motivación de las resoluciones dentro de la estructura y el funcionamiento del proceso. De ahí que esta perspectiva endoprocésal sea de suma importancia en el modelo de juez-funcionario asumido por los ordenamientos continentales, por cuanto la obligación de la motivación permite un control político-burocrático sobre el producto de la actividad jurisdiccional, es decir sobre la decisión. Por lo tanto, la dimensión endoprocésal está encaminada a permitir un control técnico jurídico

22 Cfr. COLOMER, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, páginas 118-119.

23 IGARTUA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra Editores, Lima, 2009, página 22.

24 NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel, Barcelona, 2000, páginas 163-164.

de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional).²⁵

Por el contrario, la dimensión extraprocesal engloba el conjunto de funciones que cumple la motivación fuera del ámbito del proceso; es decir, hace referencia a las consecuencias e impactos que el dictado de una resolución jurisdiccional tiene en el ámbito social. Y es que evidentemente dichas consecuencias existen desde el momento en que el modelo de jurisdicción instaurado por nuestra Constitución (art. 138º) reconoce que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y es ejercida por el Poder Judicial a través de sus órganos jurisdiccionales, lo que significa que la sociedad en general está interesada en el funcionamiento de la administración de justicia, como titular originario de la potestad de resolver conflictos.

En consecuencia, no hay duda de que “la obligación de motivar es una manifestación del principio de participación popular en la administración de justicia, y de que tiene naturaleza de garantía, directamente conectada con los principios de independencia y de sujeción del juez a la ley, y con el derecho de defensa”.²⁶

Entre las funciones integradas en la dimensión endoprocesal de la motivación, y atendiendo a los destinatarios de la misma, se pueden clasificar en:

A) Funciones relativas a las partes:

1. Actuar como garantía de la impugnación;
2. función interpretativa; y
3. función pedagógica.

B) Funciones relativas al órgano jurisdiccional que decide la controversia:

1. Función de autocontrol de la decisión.

C) Funciones relativas a los órganos jurisdiccionales superiores:

1. Función de control sobre la actividad del juez a quo;
2. función interpretativa.

25 COLOMER, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 124.

26 *Ibidem*, páginas 124-125.

En su dimensión extraprocesal, la motivación cumple las funciones siguientes:

1. Control difuso sobre la administración de justicia; y
2. función pedagógica.

El Tribunal Constitucional ha conferido a la motivación las siguientes funciones:

- a. *Ser garantía de un ejercicio legítimo de la función jurisdiccional.*
- b. *Ser expresión del principio de legalidad en sentido amplio, sumisión del juez a la Constitución y la ley.*
- c. *Ser una forma de manifestación de la racionalidad en el ejercicio del poder.*
- d. *Ser expresión de los fines que justifican la restricción de un derecho fundamental.*
- e. *Facilitar el control de las decisiones judiciales por parte de los litigantes: ejercicio del derecho de defensa y control mediante los recursos.*
- f. *Hacer posible el control de las decisiones judiciales por los órganos jurisdiccionales superiores.*

5. Los requisitos de la motivación

Los requisitos de la motivación actúan como límites de la actividad decisoria del juzgador, no pudiendo tomar éste una decisión que no cuente con el efectivo respaldo de una motivación que reúna todos los requisitos esenciales exigibles: racionalidad, coherencia y, en su caso, razonabilidad. Todo ello además de los requisitos de concreción, suficiencia, claridad y congruencia.

5.1 La racionalidad

La noción de racionalidad que se predica para la motivación es aquella que se caracteriza por lo siguiente: 1) Intersubjetividad, entendiéndose por ello la posibilidad de comunicación de enunciados o proposiciones entre individuos que forman parte de un determinado círculo. 2) La existencia de un método para la

adopción de la decisión judicial. 3) La obtención de unos resultados más o menos predecibles.²⁷

Para que una motivación sea racional, no bastará con que haga posible el control externo del fundamento racional de la decisión sino que, para ello, deberá utilizar argumentos de justificación racionales. En definitiva, el deber de motivar racionalmente cubre no solo la obligación formal de justificación (indicación de una fundamentación, cualquiera que ésta sea), sino también el contenido material de dicha justificación (que sea una fundamentación jurídicamente válida).²⁸

El juzgador debe acreditar la racionalidad de los elementos de hecho y de Derecho usados en la justificación, además de la racionalidad de las reglas de inferencia empleadas para haber llegado a la decisión.²⁹

5.2 La coherencia

La coherencia constituye una exigencia esencial de la motivación, y en cierto sentido es un presupuesto de la racionalidad de la justificación de la decisión, ya que no es imaginable un discurso justificativo calificado de racional que no sea, al mismo tiempo, coherente. Nuestro Tribunal Constitucional exige que la motivación cumpla con el requisito de la coherencia, al señalar que la falta de coherencia narrativa se presenta cuando existe un discurso confuso, incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión, produciéndose así una manifiesta incoherencia narrativa, cuya consecuencia lógica puede ser la inversión o alteración de la realidad de los hechos, lo que la tornaría incongruente e inconstitucional.³⁰

Toda motivación debe tener una coherencia interna y una coherencia externa. La coherencia interna de la motivación despliega su eficacia dentro del propio discurso de justificación de la sentencia y se traduce en poner de manifiesto la exigencia de que no exista contradicción entre los argumentos y las premisas del discurso justificativo. La manifiesta ilogicidad en la motivación, prevista como causal de casación en el art. 429º, es un caso de falta de coherencia interna.

En la motivación, el juez está obligado a ser coherente, tanto en el uso del lenguaje como en la argumentación. La coherencia lingüística exige que el juez evite las contradicciones semánticas, gramaticales y sintácticas al redactar la justificación de su decisión. La coherencia argumentativa requiere que el juez cuide que en su discurso no existan vicios lógicos tales como: a) contradicciones internas entre

27 SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Tecnos, Madrid, 1998, páginas 21-23.

28 *Ibidem*, página 175.

29 *Ibidem*, página 180.

30 Sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de octubre de 2008, Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, caso Giulliana Llamoya Hilares.

los hechos probados de una sentencia; b) contradicciones internas entre los fundamentos jurídicos de una sentencia; y c) contradicciones internas entre los hechos probados y los fundamentos jurídicos de una sentencia.

En cuanto a la coherencia externa, la motivación realizada por el juez debe resultar coherente, no solo internamente sino también en relación con las otras partes de la sentencia, especialmente con el fallo (coherencia intra sentencia); así como respecto a previas resoluciones jurisdiccionales que existan sobre la materia en cuestión (coherencia extra sentencia).

La coherencia *intra* sentencia exige, como efecto del principio de completitud de la motivación, que el juez justifique la totalidad de la decisión adoptada. Por esta razón, no serán admisibles los casos en los que se incluya en la motivación alguna indicación no comprendida en el ámbito fijado por la decisión, ni tampoco la hipótesis de falta de justificación de un aspecto o elemento del fallo adoptado. La relación entre motivación y fallo condiciona cuantitativamente el poder del juez para justificar su decisión. La falta de coherencia entre justificación y fallo provoca un simple defecto de motivación, que de acuerdo a su intensidad será corregido por vía del recurso o podrá dar lugar a un eventual proceso constitucional en los casos en que la falta de sintonía entre motivación y fallo revista tal grado de intensidad que haga que la decisión adoptada carezca de la más mínima justificación.³¹

Desde el punto de vista de la coherencia extra sentencia, la libertad que tiene el juez para motivar sus decisiones se encuentra condicionada por la existencia de previas resoluciones del propio juez sobre controversias similares a las que se somete su conocimiento; y ello es así porque se presume que, al decidir y justificar su resolución, el juez ha optado siempre por aplicar la solución y justificación más correcta, la cual resulta universalizable a todos los casos iguales (autoprecedente) como garantía de que la argumentación realizada ha sido racional y no una mera justificación ad hoc para encubrir la arbitrariedad.³²

5.3 La razonabilidad

En principio, cabe distinguir la racionalidad de la razonabilidad. Mientras que la racionalidad hace referencia a la condición que adquiere la decisión cuando viene adoptada y justificada con sumisión a las normas y principios de un ordenamiento; la razonabilidad de la decisión judicial hace referencia a la aceptabilidad de la misma por el común de las personas.

31 COLOMER, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 301.

32 Cfr. GASCÓN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Editorial Tecnos, Madrid, 1993, página 96.

La razonabilidad es un complemento que debe acompañar a la racionalidad de la decisión jurisdiccional y, por ende, también a su correspondiente motivación. Toda motivación de una decisión debe justificar que la misma es racional y razonable.

La motivación de la resolución judicial no solo debe justificar la racionalidad de la decisión, sino también la razonabilidad de la misma. Sin embargo, la justificación de la razonabilidad variará sustancialmente según se trate de la motivación de las decisiones no discrecionales o de la motivación de las decisiones discrecionales.

En el primer caso, la justificación contenida en la motivación no es diferente de la fundamentación lógica formal de la racionalidad de la decisión adoptada. Esto quiere decir que el carácter razonable de la decisión viene acreditado con la simple justificación de la racionalidad de la decisión adoptada. La decisión será razonable si es tomada en un proceso judicial en el que se respeten todas las normas legales y procedimentales que disciplinan el juicio de hecho y de Derecho.

En lo que respecta a la justificación de la razonabilidad de las decisiones discrecionales, la motivación tendrá un contenido superior al de una decisión normal y corriente, pues tiene que acreditar la razonabilidad de la decisión adoptada entre todas las legítimamente posibles. No basta con que la motivación justifique la racionalidad de la decisión tomada, sino que además debe fundamentar las razones que hacen a dicha solución más razonable que todas las demás. En consecuencia, el juez debe justificar que la solución que elige entre todas las jurídicamente posibles es la más razonable, atendidas las circunstancias concretas de la causa.³³

5.4 La concreción

La concreción es un requisito de toda motivación de las resoluciones judiciales, conforme a la cual la motivación deberá contemplar de manera específica y particularizada los elementos que integren las cuestiones problemáticas sometidas a la consideración judicial y que sean relevantes para la decisión, tanto en el plano fáctico como en el plano jurídico.³⁴

5.5 La completitud

La motivación ha de ser completa; es decir, han de justificarse todas las opciones que directa o indirectamente, y total o parcialmente, puedan inclinar el fiel de la balanza de la decisión final hacia uno u otro lado.

33 COLOMER, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 319.

34 ANDRÉS, Perfecto. "La sentencia penal." En: *Justicia Penal, Derechos y Garantías*. Palestra Editores, Lima, 2007, página 194.

5.6 La suficiencia

A diferencia de la completitud —que responde a un criterio cuantitativo—, la suficiencia es de sentido cualitativo y material, no meramente formal. Consiste en dar cuenta de las auténticas razones de la decisión, y de todas las que hayan sido relevantes para llegar a la misma. Dicho de otro modo: las opciones han de estar justificadas suficientemente, lo que en modo alguno implica que se responda a todos los argumentos de las partes; basta con que se ponga de manifiesto la suficiencia contextual.³⁵

Como sostuvo Foschini: "...el contenido de la motivación debe ser tal que cubra toda la materia del juicio". A esto cabría añadir que debe ser comprensible para los destinatarios de la misma.³⁶ No se trata en todo caso de cantidad sino de calidad del esfuerzo justificatorio. En la práctica nos encontramos algunas veces con motivaciones sobrecargadas de resúmenes de actuaciones, conceptos y jurisprudencia, paradójicamente inmotivadas, en las que ni siquiera se puede apreciar cuál es la *ratio decidendi*.

Por otro lado, la suficiencia de la motivación exige que ésta incorpore los datos necesarios para que también resulte comprensible para quienes no hayan seguido el desarrollo del proceso.

5.7 La claridad

Como ya veremos en el capítulo correspondiente al estilo y lenguaje de la sentencia penal, se exige claridad en la motivación con el objeto de que ésta sea accesible al mayor número de los potenciales lectores.

Se trata de una exigencia que se proyecta especialmente en el plano de la *quaestio facti*, en el tratamiento de la prueba y en la redacción de los hechos. Una materia que, por lo general, no está afectada por el tecnicismo jurídico, que de este modo no puede disculpar ninguna oscuridad con ese pretendido fundamento. Aquí se tratará de dar cuenta, sintética pero fielmente, de lo acontecido en el juicio, identificando los datos probatorios y dejando constancia del porqué del tratamiento dado a los mismos. Para, seguidamente, plasmar la convicción alcanzada en un relato directo, ordenado y fluido, que recoja con la mayor plasticidad y rigor descriptivo posibles la secuencia de los acontecimientos que integran el caso, tal como el tribunal entiende que el mismo se ha producido.³⁷ La

35 IGARTUA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Página 26.

36 Cfr. ANDRÉS, Perfecto. "La sentencia penal." En: *Justicia penal, derechos y garantías*. Palestra Editores, Lima, 2007, página 194.

37 ANDRÉS, Perfecto. "La sentencia penal." En: *Justicia penal, derechos y garantías*. Palestra Editores, Lima, 2007, página 196.

exigencia de claridad será mucho más difícil de cumplir cuando se desarrolle la motivación de la cuestión jurídica, debido al uso de lenguaje técnico, por lo que el juez deberá esforzarse por plasmar el aparato conceptual del Derecho Penal en un lenguaje lo más comprensible posible.

5.8 La congruencia

Por un lado, este requisito debe comprenderse como la congruencia con las peticiones de las partes y, por el otro, la necesidad de que la motivación sea congruente con la decisión que intenta justificar, y que, además, sean recíprocamente compatibles todos los argumentos que la componen.

6. Patologías de la motivación

6.1 La omisión de motivación

La omisión formal de la motivación, o ausencia de motivación, se produce cuando la sentencia consta solo de una parte dispositiva, sin que en ella se haya realizado una justificación de la decisión. No es frecuente esta patología de la motivación, al punto que en la doctrina se ha dicho que en la actualidad no existe ninguna sentencia que carezca de alguna motivación, aunque ésta pueda ser aparente, insuficiente o incongruente. El art. 429° del Código Procesal Penal contempla la falta de motivación como una causal del recurso de casación.

En cambio, son más frecuentes los casos de omisión sustancial de la motivación. La misma se presenta bajo tres supuestos: i) motivación parcial; ii) motivación implícita; y ii) motivación *per relationem*.

i) *Motivación parcial*: es la que se presenta cuando no se satisface el requisito o principio de "completitud"; es decir, cuando no se justifica alguna decisión que forma parte de la resolución final. Por ejemplo, el fallo en una sentencia penal no solo comprende la declaración de culpabilidad, sino la imposición de una pena y la reparación civil. En tal sentido, constituirá un caso de motivación parcial (omisión) no justificar la determinación de la pena o no exponer las razones por las cuales se ha estimado la indemnización que forma parte de la reparación civil.

ii) *Motivación implícita*: consiste en suponer que, cuando no se enuncian las razones en las que se funda una decisión, éstas se infieren de alguna otra decisión tomada

por el juez. Empero, con frecuencia se alega motivación implícita cuando en realidad se trata pura y simplemente de una omisión de motivación. Ello se produce cuando el argumento que justifica una opción no faculta a derivar en contrario las razones que fundamentarían la exclusión de otra opción alternativa.

No es admisible considerar que, si el juez acepta los argumentos o pruebas de la acusación, entonces debe inferirse que implícitamente está rechazando los argumentos o pruebas que tienden hacia una resolución absolutoria. El juez está obligado a expresar las razones por las que no acoge los argumentos o pruebas orientados a una resolución absolutoria.

iii) *Motivación per relationem*: nos encontramos frente a una motivación *per relationem* (por remisión) cuando el juez, al tomar una decisión respecto de algún punto controvertido, no elabora una justificación autónoma para el caso concreto, sino que se remite a las razones contenidas en otra sentencia³⁸ o dictamen fiscal.

La motivación por remisión a la sentencia de primer grado o al dictamen fiscal (remisión interna) ha sido proscrita por disposición del art. 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aun cuando el Tribunal Constitucional continúa aceptándola como una forma de motivación. No ocurre lo mismo con la remisión a otra sentencia recaída en otro proceso (remisión externa) o genéricamente a la jurisprudencia en la materia, en cuyo caso la remisión será admisible siempre y cuando el órgano jurisdiccional realice un juicio o examen de la justificación reenviada (juicio de idoneidad): i) la sentencia remitente debe aceptar y valorar las argumentaciones contenidas en el instrumento al que dirige la remisión; ii) el instrumento o documento que contenga la justificación a la que se remita el juzgador debe poder ser conocido por las partes; y iii) el instrumento o documento al que se remite la motivación debe contener expresa indicación de los hechos y circunstancias que justifican la decisión.

6.2 La motivación aparente

En este caso, los motivos reposan en hechos que no ocurrieron o en pruebas que no se aportaron, o bien en fórmulas vacías de contenido que no se condicen con la realidad del proceso y, finalmente, que nada significan por su ambigüedad o vacuidad. El Tribunal Constitucional señala que la motivación es aparente —en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso— porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

38 TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, página 365.

Ejemplos de motivación aparente son los siguientes: “la pena debe imponerse teniendo en cuenta la forma y circunstancias en que se perpetraron los hechos y las condiciones personales del acusado”, o “la reparación civil debe fijarse prudencialmente teniendo en consideración el daño irrogado y las condiciones económicas del obligado a su resarcimiento”, o “existen suficientes elementos probatorios que permiten estimar el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria por parte del inculpado”.

6.3 La motivación insuficiente

Para la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, la motivación es la que vulnera el principio lógico de razón suficiente. Motivación suficiente es la que aporta las razones necesarias para ofrecer una justificación apropiada. El juez incurre en motivación insuficiente cuando no expresa las premisas de sus argumentaciones, cuando no justifica las premisas que no son aceptadas por las partes, cuando no indica los criterios de inferencia que ha manejado, cuando no explicita los criterios de valoración adoptados (art. 158°), cuando al elegir una alternativa en lugar de otra, no explica por qué considera que ésta es preferible a aquélla.

Como bien lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas; la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

6.4 La motivación incongruente

El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer —por lo tanto— desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir el hecho de dejar incontestadas las pretensiones o de desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, al partir de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas. Por tal razón el principio de congruencia procesal exige precisamente que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

El Deber de Motivación de la Sentencia Penal

1. El deber de motivación en la historia

El deber de motivación de las sentencias en la historia del Derecho es un fenómeno moderno; no hace sino dos siglos que se consagró de manera general en los ordenamientos jurídicos.

En España, hasta el siglo XVIII los tribunales no motivaban sus sentencias, con excepción del de Mallorca, y solo es en 1768 que a la Audiencia de Mallorca y sus juzgados se les impone la prohibición de motivar.

Nieto señala que desde el siglo XII existía una línea conforme a la cual se podía motivar; no estaba prohibido motivar, pero se desaconsejaba motivar. Inocencio III afirmaba que los jueces no debían motivar porque el fundamento del fallo proviene de la autoridad del juez y no de unos razonamientos.³⁹

En el siglo XIII se generaliza en la doctrina el hecho de desaconsejar la motivación: *“Juez cauto no motive sus sentencias”, “hay que ser prudente, no decir las razones de nada”*.

Aunque se encuentren huellas de la motivación en las jurisdicciones estatutarias, en la eclesiástica de la Santa Inquisición, y antes aún en la de los magistrados romanos, el principio de la obligación de motivar las decisiones judiciales —y específicamente de las sentencias— es rigurosamente moderno. La obligación de la motivación fue

39 NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel, Barcelona, 2000, página 171.

sancionada por primera vez en la Pragmática de Fernando IV del 27 de septiembre de 1774; después por el art. 3º de la *Ordonnance criminelle* de Luis XVI del 1 de mayo de 1788. Posteriormente, a causa de las leyes revolucionarias del 24 de agosto y 27 de noviembre de 1790, y por el art. 208º de la Constitución francesa de 1795, finalmente es recibida a través de la codificación napoleónica por casi todos los códigos decimonónicos europeos.⁴⁰

En los sistemas anglosajones, la obligación de motivar las sentencias encontró mayores resistencias a causa de la discutible idea de la incompatibilidad entre motivación técnica y veredicto de los jurados.⁴¹

Para Nieto, lo relevante históricamente es que la exigencia de motivar se conectó con la exigencia de legalidad. Se empezó a pensar que el juez no solo tenía que dictar una sentencia justa, sino que tenía que dictar una sentencia ajustada a Derecho, a Ley.

En el Perú, la Constitución de 1828 introdujo la obligación de motivar las sentencias tanto en las causas civiles (artículo 122º) como en las causas criminales (artículo 123º). Por su parte, la Constitución de 1834 también precisaba la obligación de motivar las sentencias “expresando la ley y, en su defecto, los fundamentos en que se apoyan”. Idéntico texto presenta el artículo 125º de la Constitución de 1839 y similar disposición exhibe la Constitución de 1856 en su artículo 128º. La Constitución de 1860 reproduce en su artículo 127º, con variantes irrelevantes, el texto de su precedente. Lo propio sucede con el artículo 125º de la Constitución de 1867. La Constitución de 1920 —primera del siglo XX— en su art. 154º mantiene la normatividad de sus predecesoras. Lo propio sucede con la Constitución de 1933. La Constitución de 1979 precisa que la motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustenta, es una garantía de la administración de justicia.⁴²

2. La motivación en el ordenamiento jurídico peruano

Constitución Política del Perú.

Artículo 139º, inciso 5): Constituye un principio de la función jurisdiccional la

40 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 2006, página 622.

41 *Ibidem*, página 623.

42 SANTA CRUZ, Julio César. Sobre la motivación de las decisiones judiciales. Especial referencia a las decisiones en el Derecho Penal.

“motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 12°.- Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida no constituye motivación suficiente.

Código Procesal Penal del 2004.

Artículo 429°.- Causales.

Son causales para interponer recurso de casación:

(...)

4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

3. La motivación como imperativo constitucional

Desde el año 2001, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la motivación escrita de todas las resoluciones judiciales, con excepción de los decretos de mero trámite, exige que en todo proceso judicial—independientemente de la materia que se trate y del sentido favorable o desfavorable que éste pueda tener—los jueces tengan que expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir la controversia que se sometió a su conocimiento. Tal derecho, que a la vez es un principio de la actuación jurisdiccional del Poder Judicial, cumple en el Estado Constitucional de Derecho al menos dos funciones.

Por una parte, se trata de un factor de racionalidad en el desempeño del ejercicio de las funciones jurisdiccionales, pues garantiza que la solución brindada a la controversia sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no el fruto de la arbitrariedad en el ejercicio de la administración de justicia. Y, de otra, facilita un adecuado ejercicio del derecho de defensa de quienes tienen la condición de partes en el proceso, a la vez que constituye un control riguroso por parte de

las instancias judiciales superiores, cuando se emplean los recursos que son considerados procedentes.⁴³

Sin embargo, es con la sentencia Exp. N°1230-2002-HC/TC, caso: César Humberto Tineo Cabrera, que el Tribunal Constitucional delimita el contenido constitucionalmente protegido del derecho, principio y garantía de la debida motivación de las resoluciones judiciales. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene que uno de los contenidos del derecho al debido proceso⁴⁴ es el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos.

En la misma sentencia, nuestro juez de la constitucionalidad se decanta por una concepción psicológica de la motivación, al señalar “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 el proceso mental 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.”

Respecto a la extensión de la motivación, el Tribunal Constitucional señala que 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.⁴⁵ Cabe destacar que la fórmula de la motivación por remisión ha sido abandonada en el Perú al publicarse la Ley N° 28490, que modificó el art. 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo que la motivación por remisión sea considerada motivación insuficiente.

43 Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de septiembre de 2001, Exp. N° 458-2001-HC/TC, caso: Leoncio Silva Quispe.

44 El Tribunal Constitucional, en su sentencia Exp. N° 2192-2004-AA/TC, caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y otra, amplía el imperativo constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales al ámbito administrativo: “La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso”.

45 Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de junio de 2002, Exp. N°1230-2002-HC/TC, caso: César Humberto Tineo Cabrera.

La Constitución tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el Derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de éstas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver.

A juicio del Tribunal Constitucional, la exigencia constitucional de motivar las resoluciones judiciales implica que debe quedar plenamente establecida a través de sus fundamentos o considerandos, la *ratio decidendi* por la que se llega a tal o cual conclusión. Una resolución en la que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni que tampoco exponga razón alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera, no respeta dicha garantía.

El hecho de que la debida motivación deba estar presente en toda resolución que se emita en un proceso, implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de Derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en capacidad de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es considerado por el supremo intérprete de la Constitución como un presupuesto para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.⁴⁶

Desde una perspectiva constitucional, la motivación de las resoluciones judiciales se considera como principio y garantía de la administración de justicia, en donde lo garantizado por el Derecho es que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, de las pruebas aportadas y de su valoración jurídica. Además, en la sentencia recaída en los Expedientes N.º 0791-2002-HC/TC y N.º 1091-2002-HC/TC, se afirmó —entre otras cosas— que la motivación debe ser tanto suficiente (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada (debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de esta medida cautelar).

46 Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2006, Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, caso Magali Medina Vela y otro.

En el caso de resoluciones judiciales que decidan sobre la prisión preventiva, el Tribunal Constitucional ha estimado la necesidad de que el juez realice una motivación especial o reforzada, “tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación debe ser más estricta, pues solo 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 debe observar 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”.⁴⁷

En la sentencia Exp. N° 1091-2002-HC/TC, caso Vicente Silva Checa, el Tribunal Constitucional precisó por qué consideraba a la motivación de las resoluciones judiciales como un principio y a la vez como un derecho: “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 (art. 138° de la Constitución); y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.”

En su sentencia recaída en el Exp. N° 01480-2006-AA/TC, el Tribunal Constitucional modificó su concepción psicológica de la motivación expresada en la sentencia Exp. N° 1230-2002-HC/TC, caso César Humberto Tineo Cabrera, por una concepción objetiva: “El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada 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 decididas por los jueces ordinarios”.

47 Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de junio de 2002, Exp. N° 791-2002-HC/TC, caso: Grace Mary Riggs Brousseau.

En suma, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial, y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o en los que se deriven del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente una violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

4. El control de la motivación

El control de la motivación de las resoluciones judiciales en materia penal se realiza a través de los recursos ordinarios y extraordinarios que prevé el nuevo Código Procesal Penal. En sede constitucional, corresponde a los jueces constitucionales de la jurisdicción ordinaria y al Tribunal Constitucional, mediante los procesos constitucionales de amparo y *habeas corpus*.

En un Estado Constitucional de Derecho, es consustancial al contenido constitucionalmente protegido del deber de motivación de las resoluciones judiciales la posibilidad de su control, tanto en lo que concierne la justificación interna como la justificación externa.

4.1 El control en el proceso penal

Al regular el recurso de apelación, el nuevo Código Procesal Penal no contempla de manera expresa la nulidad de la sentencia por ausencia o insuficiencia en la motivación, ni prescribe ningún parámetro o canon para controlar la corrección de la justificación de las resoluciones judiciales.

Sin embargo, en el art. 425°.3.a) faculta a la Sala Penal Superior a declarar la nulidad —en todo o en parte— de la sentencia apelada. Por lo que, teniendo en cuenta que el art. 150°.d) contempla como causal de nulidad absoluta la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, no cabe duda que el control se realizará a través de dicho mecanismo procesal.

En cambio, tratándose del recurso extraordinario de casación, el art. 429° contempla expresamente una causal relacionada con el control de la motivación de las resoluciones judiciales. Se trata de la causal prevista en el inciso 1), en cuanto señala que “Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor...”

Esta causal comprende dos supuestos de infracción al imperativo constitucional de la motivación de las resoluciones: i) la falta de motivación; y, ii) la manifiesta ilogicidad de la motivación.

Por falta de motivación no solo debe entenderse la ausencia absoluta de motivación, sino también la ausencia sustancial; es decir, la omisión de pasajes decisivos en el razonamiento argumentativo del juez.⁴⁸ Por manifiesta ilogicidad de la motivación, debe entenderse los supuestos claros de contradicción y otras infracciones a la corrección del razonamiento (lógico). Iacovello sostiene que, al imponer el código que se trata de una manifiesta ilogicidad, se constituye como un límite al juez en el control de la motivación.

Cabe entender que el control de la motivación se produce sobre lo comunicable, sobre lo externo del auto o sentencia; es decir, sobre lo que se ha escrito. Por ello el Código señala que “el vicio debe resultar de su propio tenor”.

4.2 El control en sede constitucional

El control de la motivación en sede constitucional viene autorizado por el art. 4° del Código Procesal Constitucional, en cuanto señala que procede el amparo respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio de la tutela procesal efectiva, que comprende el debido proceso; y procede el hábeas corpus cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Como ya lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en su sentencia Exp. N° 1230-2002-HC/TC, caso César Humberto Tineo Cabrera, la motivación de las resoluciones judiciales es un componente esencial del debido proceso previsto en el art. 139°.3 de la Constitución, y por lo tanto se encuentra comprendido dentro de los alcances del dictado dispositivo del Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha puntualizado que el control de la motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo tal que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso solo puedan ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución,

48 IACOVELLO, Mauro Francesco. “El control de la casación sobre la motivación.” En: *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, páginas 49-106.

a efectos de verificar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad.⁴⁹

El derecho a la debida motivación no exige una frondosa fundamentación que considere todos los argumentos esgrimidos por las partes, sino tan solo que exista un razonamiento congruente y proporcionado por parte del juzgador, que dé a conocer claramente los medios de prueba actuados y sobre los cuales ha tomado convicción del asunto materia del proceso.⁵⁰

Para el Tribunal Constitucional, el derecho a una sentencia debidamente justificada no se agota en la mera enunciación de la norma aplicable a un caso, sino que importa de manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma en que éstos han sido introducidos en el proceso, a efectos de crear convicción en determinado sentido en el juzgador. De este modo, el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho no garantiza que la valoración de los medios de prueba realizados por el juez coincida necesariamente con el realizado por una de las partes, pues tal valoración está también presidida por la regla de la imparcialidad judicial.⁵¹

A los efectos de realizar un control efectivo sobre la motivación de las resoluciones, el Tribunal Constitucional ha establecido un canon interpretativo compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia.⁵²

- a. *Examen de razonabilidad:* Sobre la base del examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.
- b. *Examen de coherencia:* El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo en el caso concreto se vincula directamente con el proceso o con la decisión judicial que se impugna. De lo contrario, no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal lleve a cabo una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.

49 Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 2006, Exp. N° 01480-2006-AA/TC caso: Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador.

50 Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 2007, Exp. N° 2333-2007-PHC/TC, caso: Raúl Rosas Cuellar Lorenzo.

51 Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de febrero de 2005, Exp. N° 4226-2004-AA/TC, caso: Jesús Enrique Luque Vásquez Vásquez.

52 Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de febrero de 2005, Exp. N° 3179-2004-AA/TC caso Apolonia Ccollcca Ponce.

- c. *Examen de suficiencia*: Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

A partir de dicho canon—y sobre la base de los criterios de corrección lógica y coherencia narrativa—, el Tribunal Constitucional ha realizado el control de la motivación de las resoluciones judiciales.

El máximo órgano de control de la constitucionalidad ha establecido que la falta de corrección lógica de la motivación de una sentencia no pasa el *test* de razonabilidad, no responde a las pautas propias de un silogismo jurídico atendible, sino a criterios de voluntad. Toda apariencia de lógica conduce a resultados absurdos e injustos; por lo tanto, la decisión deviene en irrazonable y arbitraria.⁵³ Sin duda, uno de los requisitos indispensable de toda buena y correcta motivación, es la consistencia lógica de las premisas (justificación interna).

Por otro lado, la falta de coherencia narrativa se presenta cuando existe un discurso confuso, incapaz de transmitir de modo coherente las razones en las que se apoya la decisión, produciéndose así una manifiesta incoherencia narrativa, cuya consecuencia lógica puede ser la inversión o alteración de la realidad de los hechos, lo que la convierte en incongruente e inconstitucional.⁵⁴

En su faceta de control de la motivación judicial de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha estimado que se vulnera el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación en los casos siguientes:

- a. *Inexistencia de motivación o motivación aparente*. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo se intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- b. *Falta de motivación interna del razonamiento*. La falta de motivación interna del razonamiento (defectos internos de la motivación) se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y,

53 Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 2008, Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, caso Giulliana Llamoya Hilaes.

54 Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 2008, Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, caso Giulliana Llamoya Hilaes.

por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso e incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o de su coherencia narrativa.

- c. *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto a su validez fáctica o jurídica. Esto, por lo general, ocurre en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin; es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o tribunal en sus decisiones.

Si al fundamentar su decisión, un juez, 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X"; en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez (constitucional), debido a una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el *hábeas corpus* no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales, bien para respaldar el valor probatorio que se confiere a determinados hechos, bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del Derecho aplicable al caso.

Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

- d. *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible, atendiendo a las razones de hecho o de Derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e. *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

Tipología de las Sentencias en el Nuevo Código Procesal Penal y su Motivación

1. La sentencia en el proceso común

El nuevo Código Procesal Penal ha instituido un proceso penal común cuyas reglas son aplicadas a todos los procesos que no se encuentran comprendidos bajo las reglas de los procesos especiales [proceso inmediato (art. 446°), proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal (art. 459°), proceso de terminación anticipada (art. 468°) y proceso por colaboración eficaz (art. 472°)], y rigen también para las llamadas especialidades procedimentales [proceso por razón de la función pública (art. 449°) y proceso de seguridad (art. 457°)].

En tal sentido, las reglas que sobre la estructura y redacción de la sentencia se prescriben para el proceso penal común son de aplicación a las sentencias previstas para las especialidades procedimentales y para los procesos penales especiales; en este último caso, teniendo en cuenta sus especificidades propias.

A diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, el nuevo Código Procesal Penal es prolífico en reglas relativas a la estructura de la sentencia, a su forma de redacción y a los requisitos que deben cumplir las sentencias condenatorias así como las absolutorias. Entendemos que la razón del cambio no es otra que introducir criterios de racionalidad y homogeneidad en la producción de las sentencias. Toda exigencia legal sobre la sentencia apunta a dotar a la misma de una claridad y coherencia frente al procedimiento de justificación de la misma.

La estructura de la sentencia es definida por el art. 394°: i) encabezado; ii) los antecedentes procesales; iii) la motivación de los hechos; iv) los fundamentos de Derecho; y v) la parte resolutive.

El encabezado debe contener la mención del órgano jurisdiccional que expide la sentencia, lugar y fecha en los cuales se ha dictado, consignar expresamente el nombre de los jueces y de las partes, así como los datos personales del acusado.

Los antecedentes procesales deben contener la enunciación de los hechos y circunstancias objetos de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado. Aún cuando no lo mencione expresamente el Código, en esta parte de la sentencia se debe consignar, entre otros aspectos procesales, los siguientes: i) modificación o aclaración de los nombres de las partes; ii) las medidas provisionales o limitativas de Derecho acordadas en el curso del proceso y su vigencia; iii) las resoluciones de sobreseimiento y similares; iv) las acumulaciones, desacumulaciones o separación de imputaciones; v) la extradición y sus ámbitos de decisión; vi) las cuestiones de competencia resueltas.

La motivación de los hechos deberá contener: i) una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probados; ii) la motivación del razonamiento probatorio, esto es la justificación externa de la valoración (individual y de conjunto) de las pruebas disponibles que confirman o acreditan cada una de las afirmaciones que se han formulado sobre los hechos en el debate.

Los fundamentos de Derecho deberán contener con precisión las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, así como para fundar la decisión.

La parte resolutive está constituida por la mención expresa, concreta y clara, de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido, y los demás aspectos que establece el nuevo Código para el caso de la sentencia absolutoria en el art. 398⁵⁵ y para la sentencia condenatoria en el art. 399⁵⁶. En la parte resolutive se deberá consignar, además,

55 Artículo 398°.- Sentencia absolutoria.

1. "La motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente la existencia o no del hecho imputado, las razones por las cuales el hecho no constituye delito, así como, de ser el caso, la declaración de que el acusado no ha intervenido en su perpetración, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal.

2. La sentencia absolutoria ordenará la libertad del acusado, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de los objetos afectados al proceso que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias, la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que generó el caso, y fijará las costas.

3. La libertad del imputado y el alzamiento de las demás medidas de coerción procesal se dispondrán aún cuando la sentencia absolutoria no esté firme. De igual modo, se suspenderán inmediatamente las órdenes de captura impartidas en su contra."

56 Artículo 399°.- Sentencia condenatoria.

1. "La sentencia condenatoria fijará, con precisión, las penas o medidas de seguridad que correspondan y, en su caso, la alternativa a la pena privativa de libertad y las obligaciones que deberá cumplir el condenado. Si se impone pena privativa de libertad efectiva, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido, así como de la privación de libertad sufrida en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición instaurado para someterlo a proceso en el país.

según el caso, el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción e instrumentos o efectos del delito.

2. La sentencia de apelación

La sentencia de apelación o de segunda instancia, en principio deberá seguir la estructura de la sentencia del proceso penal común, siempre que se trate de una sentencia absolutoria o de una sentencia condenatoria, teniéndose en cuenta las especificidades señaladas en el art. 425°. Si la sentencia no es condenatoria o absolutoria, sino una de nulidad o que ampara algún medio de defensa técnico, la sentencia adoptará la estructura que procesalmente corresponda.

A diferencia de una sentencia de primera instancia o de primer grado, la decisión en una sentencia de apelación no solo puede ser de fondo (condena, absolución o cualquier forma de sobreseimiento) sino también de forma, bien sea por contener defectos absolutos o relativos, según la terminología del nuevo Código, que determinan la nulidad del fallo.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que en materia de apelación rige el principio *tantum appellatum, quantum devolutum*, que se encuentra recogido expresamente en el art. 409°, cuando señala que la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

Una sentencia de apelación sobre el fondo puede confirmar o revocar, total o parcialmente, el fallo de primera instancia. Ello implica lo siguiente: i) puede confirmar la condena, absolución o sobreseimiento; ii) puede revocar la condena y absolver o sobreseer el proceso definitivamente por alguna causa de extinción de la acción penal; iii) puede confirmar la condena y reformar la pena, reparación civil, consecuencias accesorias, etc.; iv) puede modificar una sentencia condenatoria

2. En las penas o medidas de seguridad se fijará provisionalmente la fecha en que la condena finaliza, descontando los periodos de detención o prisión preventiva cumplidos por el condenado. Se fijará, asimismo, el plazo dentro del cual se deberá pagar la multa."

3. En tanto haya sido materia de debate, se unificarán las condenas o penas cuando corresponda. En caso contrario, se revocará el beneficio penitenciario concedido al condenado en ejecución de sentencia anterior, supuesto en el que debe cumplir las penas sucesivamente.

4. La sentencia condenatoria decidirá también sobre la reparación civil, ordenando —cuando corresponda— la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda, las consecuencias accesorias del delito, las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos.

5. Leído el fallo condenatorio, si el acusado está en libertad, el juez podrá disponer la prisión preventiva cuando haya bases para estimar razonablemente que no se someterá a la ejecución una vez firme la sentencia.

y convertirla en una reserva del fallo o una exención de pena; v) puede condenar en un extremo de la acusación y absolver en otro; vi) puede revocar la sentencia absolutoria y expedir sentencia condenatoria.

Cuando se trate de una sentencia de apelación con decisión sobre el fondo, la misma deberá contener —con arreglo al art. 393°— las siguientes cuestiones: i) las relativas a toda cuestión incidental que se haya diferido para este momento; ii) las relativas a la existencia del hecho y sus circunstancias; iii) las relativas a la responsabilidad del acusado, las circunstancias modificatorias de la misma y su grado de participación en el hecho; iv) la calificación legal del hecho cometido; v) la individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella; vi) la reparación civil y consecuencias accesorias; y, vii) cuando corresponda, lo relativo a las costas.

En el ámbito de la motivación sobre los hechos, por disposición expresa del art. 425°, la Sala Penal Superior solo podrá justificar una valoración independiente de la prueba actuada en la audiencia de apelación, así como las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. Le está prohibido a la Sala Penal Superior justificar o motivar una decisión que implique otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal actuada ante el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

Con arreglo al art. 425°.3.A) la sentencia de segunda instancia puede declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar. La motivación de la decisión nulificante debe contener con precisión el defecto procesal que motiva la declaración de nulidad, que se trate de un defecto absoluto o sancionado expresamente con nulidad, que dicho defecto sea trascendente y genere un perjuicio, o que tratándose de un defecto que solo acarrea la nulidad relativa, no haya sido convalidado. En la parte resolutive deberá consignarse de manera expresa, clara y concreta, los alcances de la declaración de nulidad.

3. La sentencia de casación

La sentencia de casación se encuentra regulada en los artículos 432° a 436° del nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, su estructura no se encuentra explicitada, por lo que asumirá la estructura general de la sentencia, con los matices propios de este recurso extraordinario.

Así, toda sentencia de casación debe contener: i) encabezado; ii) antecedentes procesales o de hecho; iii) fundamentos de derecho; y iv) parte resolutive.

La parte correspondiente a los antecedentes procesales o de hecho debe contener una síntesis del itinerario del proceso en primera instancia, el trámite del recurso en segunda instancia y el trámite del recurso de casación.

En la sentencia de casación no hay motivación acerca de los hechos, pues el art. 432°.2) establece que la Sala Penal de la Corte Suprema está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos. Por ello, el pronunciamiento de la Sala solo se ejerce sobre los errores jurídicos relevantes que contenga la resolución recurrida, los mismos que deben estar referidos específicamente a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.

La parte referida a los fundamentos de Derecho debe contener las argumentaciones o razonamientos que justifican la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema respecto de cada una de las causales invocadas. La sala de casación no es libre para pronunciarse sobre la sentencia recurrida; su competencia se encuentra claramente delimitada por el art. 432°.1) y circunscrita a las causales previstas en el art. 429°, así como a las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso [cuestión previa y excepciones (art. 7°.3), corte de secuela por minoría de edad (art. 74°.1), nulidad absoluta (art. 150°)].

En cuanto a la parte resolutive, la sentencia de casación puede declarar infundado el recurso respecto de todas las causales o motivos; lo puede declarar infundado en parte y fundado en otro extremo; o puede declarar fundado el recurso respecto de todas las causales.

En caso de estimarse o declarar fundado el recurso de casación por alguna de las causales, la sentencia que se expida se denomina sentencia casatoria, la misma que puede tener diversos efectos procesales.

Además de declarar la nulidad de la sentencia o auto recurridos, la sentencia casatoria podrá decidir por sí el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate, u ordenar el reenvío del proceso.

Cuando se opte por la anulación sin reenvío, en la misma sentencia se pronunciará sobre el fondo dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido.

En el caso de que la sentencia disponga la anulación con reenvío, deberá indicar el juez o Sala Penal Superior competente, así como el acto procesal que deba renovarse.

La anulación del auto o sentencia recurridos puede ser total o parcial. Si no se anulan todas las disposiciones de la sentencia impugnada, ésta tendrá valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo causal con la parte anulada. Cuando ello

sea necesario, la Sala Penal de la Corte Suprema declarará en la parte resolutive de la sentencia casatoria, qué partes de la sentencia impugnada adquieren ejecutoria.

4. La sentencia anticipada

El proceso penal de terminación anticipada se caracteriza por una supresión de las fases intermedia y de juzgamiento, y consecuentemente en la fase de investigación preparatoria da por terminado el proceso cuando el fiscal y el imputado se ponen de acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible, de la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias a imponer (art. 468°.5).

Si se produce el acuerdo entre el fiscal y el imputado en los términos establecidos por el art. 468°.5, el juez deberá dictar sentencia anticipada dentro de las cuarenta y ocho horas de realizada la audiencia privada y especial a que se refiere el art. 468°.4.

La sentencia anticipada se caracteriza por lo siguiente: i) es fruto del consenso entre el fiscal y el imputado; ii) el juez dicta la sentencia anticipada siempre que apruebe el acuerdo; iii) es necesario que obren elementos de convicción suficientes; y iv) el juez está vinculado a la pena, reparación civil y las consecuencias accesorias materia del acuerdo, siendo relativa la vinculación en cuanto a la calificación jurídica.

Si bien en líneas generales la estructura de la sentencia anticipada es similar a una sentencia condenatoria del proceso penal común, no pasa lo mismo con la motivación. Así, en la fundamentación jurídica, al estar vinculado el juez al acuerdo sobre la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias, no será necesaria una motivación respecto a la individualización de la pena (salvo en caso de confesión sincera u otra atenuante no contemplada en el acuerdo), el tipo y magnitud del daño irrogado y las consecuencias accesorias. El juez se limitará a consignar en la sentencia la pena acordada, la reparación civil negociada y las consecuencias accesorias establecidas por las partes; es evidente que el juez deberá respetar el principio de legalidad de las penas y la forma de su ejecución.

En suma, la sentencia anticipada debe contener:

- a. Encabezado.
- b. Antecedentes de hecho.
- c. Fundamentos de hecho: presentación de los cargos, control de la legalidad del acuerdo acerca del hecho punible y sus circunstancias, la aceptación de los cargos y la corroboración de dicha aceptación por elementos de convicción.

- d. Fundamentos de Derecho: declaración de que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad con lo acordado, son razonables (aprobación del acuerdo). La enunciación de la pena, reparación civil y consecuencias accesorias acordadas, la fundamentación acerca de la concurrencia de circunstancias atenuantes específicas, confesión sincera y de la reducción adicional acumulable prevista en el art. 471°.
- e. Decisión: la parte dispositiva deberá contener todos los extremos a que se refiere el art. 399°.

5. La sentencia de conformidad

La conformidad es una admisión de los hechos que deja a los mismos sin necesidad de acreditación en tanto manifestación de voluntad propia del principio de oportunidad, sin que, por ello, el órgano judicial haya de entrar en consideración acerca de la veracidad de la voluntad manifestada. El efecto más importante que produce la conformidad es el de dictarse una sentencia sin necesidad de practicar prueba alguna. El órgano judicial, pues, queda vinculado a lo deseado por las partes.⁵⁷

Para Gómez Colomer,⁵⁸ la llamada conformidad del acusado en el proceso penal es una institución de naturaleza compleja, en virtud de la cual la parte pasiva, es decir tanto el acusado como su defensor técnico aceptan con ciertos límites la pena solicitada por la acusación —o la más grave de las solicitadas si hubiera varios acusadores—, procediéndose a dictar sentencia inmediatamente, al hacerse innecesaria la vista. Es un instituto propio, muy antiguo, que en otros ordenamientos —y naturalmente salvadas todas las distancias posibles— sería llamado, por ejemplo, *plea bargaining* (negociación sobre la declaración), *guilty plea* (declaración de culpabilidad), *absprache* (acuerdos), *patteggiamenti* (convenios), etc.

La conformidad es una fórmula o instrumento consensual o negocial que permite poner fin de forma anticipada el juicio sobre la base de una aceptación por parte del acusado de los cargos enumerados en el escrito de acusación. Se le conoce también como conclusión anticipada del juicio o sentencia anticipada. Cabe destacar que la conformidad no es lo mismo que las llamadas alegaciones preacordadas del sistema norteamericano, y que ahora han sido recogidas por el Código de Procedimiento Penal colombiano de 2004 (artículo 348°).

57 ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 252.

58 MONTERO AROCA, Juan y GÓMEZ COLOMER Juan-Luis. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 266.

La conformidad no es una institución nueva en nuestro ordenamiento jurídico, pues con la denominación de conclusión anticipada del juicio fue introducida por el artículo 5° de la Ley N° 28122. Se trata de un mecanismo de simplificación procesal que suprime el debate por voluntad del propio acusado. Si bien inicialmente los jueces consideraban que la conclusión anticipada del juicio solo se aplicaba a los procesos por delitos enumerados en el artículo 1° de la Ley N° 28122, posteriormente —mediante una Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de fecha 21 de septiembre de 2004— se estableció como precedente vinculante su aplicación para cualquier tipo de delito, lo que ha permitido una más frecuente utilización de este mecanismo de agilización de los procesos, con el consiguiente beneficio de la disminución de la sobrecarga procesal.

La conformidad ha sido tratada con mayor coherencia por el artículo 372° del nuevo Código Procesal Penal. En primer lugar, se establece como requisito indispensable que el juez haya instruido de sus derechos al acusado, y en especial del significado y consecuencias de la conformidad. En segundo lugar, debe preguntar de manera expresa y clara al procesado si admite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil. En tercer lugar, el acusado debe consultar con su abogado antes de dar su respuesta, incluso puede solicitar por sí o a través de su defensor conferenciar previamente con el fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena, en cuyo caso la audiencia se suspende por breve término. En cuarto lugar, si el acusado acepta los cargos sin cuestionar la pena solicitada o acordada o la reparación civil, el juez procede a dictar sentencia en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de 48 horas.

La sentencia que se dicte con motivo de una conformidad alcanza la totalidad de los efectos propios de la cosa juzgada, sin que quepa aceptar la posibilidad de ser recurrida por el fiscal si la sentencia condenara a los acusados a penas inferiores a las acordadas o los absolviera.

La estructura y motivación de la sentencia de conformidad a que se refiere el art. 372° es distinta a la de una sentencia condenatoria del proceso penal común, incluso a una sentencia anticipada. En efecto, la sentencia de conformidad no contiene una parte dedicada a la justificación del razonamiento probatorio, ni siquiera una relativa a los hechos declarados probados. Se distingue de la sentencia anticipada en la medida que no exige que los hechos aceptados vengán corroborados por elementos de convicción (cfr. art. 468°).

La sentencia de conformidad deberá contener:

- a. Encabezado.
- b. Antecedentes procesales.

- c. Trámite de la conformidad.
- d. Control de la calificación jurídica del hecho aceptado o materia del acuerdo sobre la pena. Si el juez, a partir de la descripción del hecho aceptado, estima que no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exima o atenúe la responsabilidad penal, dictará sentencia en los términos que corresponda. Esto es, puede absolver, eximir de responsabilidad o de pena, o atenuar la pena.
- e. Corresponderá una fundamentación o motivación de la determinación de la pena en los casos en que no exista acuerdo sobre dicho extremo, o existiendo éste concurra un factor de atenuación no previsto en el mismo.
- f. La motivación de la reparación civil será necesaria en el supuesto de discusión sobre el tipo de daño o su magnitud, o respecto a quién debe repararlo. Es del caso justificar en la sentencia el pronunciamiento sobre el incremento de la reparación civil solicitada por el actor civil.

La motivación sobre los hechos

1. Consideraciones generales

Una de las insuficiencias más notables de las teorías de la argumentación jurídica que se han elaborado en las últimas décadas, es la escasa o nula atención que prestan a la argumentación en materia de hechos. Esta carencia es particularmente grave en lo que atañe al Derecho Penal, cuya aplicación plantea más a menudo cuestiones relativas a la prueba de los hechos que problemas de interpretación normativa. Argumentar en Derecho Penal es, más que otra cosa, llevar a cabo una argumentación sobre los hechos, aunque ciertamente se trate de hechos cualificados por normas.⁵⁹

La argumentación debe ser presentada conforme al principio de plenitud de la motivación, en función del cual la justificación contenida en la misma tiene que cubrir todas las opciones del juez. Dicho principio tiene dos implicaciones que atañen, especialmente, al problema de la prueba y al juicio sobre los hechos. La primera implicación es que una motivación completa debe incluir tanto la llamada justificación interna —relativa a la conexión lógica entre la premisa de Derecho y la premisa de hecho (llamada subsunción del hecho en la norma) en que funda la decisión final— como la llamada justificación externa —es decir, la justificación de la elección de las premisas de las que se deriva la decisión final. La justificación externa de la premisa de hecho de la decisión se refiere a las razones por las que el juez ha reconstruido y fijado de un cierto modo los hechos de la causa: estas razones se refieren, básicamente, a las pruebas que el juez utilizó para decidir acerca de la verdad o la falsedad de los hechos. Por lo tanto, la justificación externa de la fijación de los hechos implica que el juez tiene que proporcionar argumentos racionales

59 ATIENZA, Manuel. "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez". En *Revista Jueces para la democracia*, núm. 22, 1994.

relativos a cómo valoró las pruebas y acerca de las inferencias lógicas por medio de las cuales llegó a determinadas conclusiones sobre los hechos de la causa. Dicho de otra forma: la determinación de los hechos estará o no justificada según las pruebas sobre las que la misma se funda y la racionalidad de los argumentos que vinculan el resultado de las pruebas al juicio sobre los hechos.⁶⁰

La segunda implicación del principio de plenitud de la motivación con referencia a las pruebas es doble y puede formularse así: por un lado, es preciso que la justificación cubra también la valoración de las pruebas, porque es evidente que, por ejemplo, establecer si un testigo es o no es creíble representa un punto central de la fijación probatoria de los hechos. Es por ello que el juez tiene que explicar por qué motivo consideró a aquel testigo creíble o no creíble. Asimismo, el juez tiene que explicar según qué inferencias entendió que cierto indicio llevaba a una determinada conclusión relativa a un hecho de la causa.

Por otro lado, contrariamente a lo que ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, es necesario que el juez desarrolle su motivación no solo con referencia a las pruebas que él mismo valoró positivamente y de las que —por lo tanto— se valió para fundamentar la decisión, sino también —y especialmente— en referencia a las que consideró no fiables, sobre todo si eran contrarias a la reconstrucción de los hechos que llevó a cabo. Una motivación incorrecta es aquella en la que el juez, queriendo confirmar su valoración, selecciona la información disponible escogiendo tan solo la favorable y descartando *a priori* la contraria, introduciendo de esta forma una distorsión sistemática en su propio razonamiento. De todos modos, la valoración negativa de las pruebas contrarias es indispensable para justificar el fundamento de la decisión: precisamente porque la prueba contraria es el instrumento de control de la validez racional y del fundamento probatorio de toda reconstrucción de los hechos.

Motivar los hechos implica justificar el proceso de valoración de las pruebas, operación que es analítica y compleja. Para poder dictar un relato de hechos probados, el juez debe previamente realizar diversas operaciones (valorar la fiabilidad probatoria del medio de prueba concreto, interpretar la prueba practicada, etc.), las cuales le suministran los elementos necesarios para la valoración final de la prueba. En lo que respecta al carácter complejo de la actividad de valoración, no se debe olvidar que en la valoración de las pruebas el juez maneja un conjunto de elementos de diversa naturaleza que le permitirán llegar a deducir un relato global de los hechos probados.⁶¹

60 TARUFFO, Michele. "Consideraciones sobre prueba y motivación". En: *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009, páginas 17-46.

61 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 199.

Debido a esa complejidad es que encontramos prácticas judiciales deficientes en lo que concierne la motivación sobre la valoración de la prueba, como considerar en tanto fundamentos de hecho a los resúmenes de las pruebas actuadas en el juicio y, lo que es más grave aún, resúmenes de las diligencias practicadas en la etapa preliminar, o estimar que se cumple con el deber de motivación describiendo únicamente lo que dijo el testigo o perito, sin exponer el criterio de valoración adoptado.

2. Las reglas para la motivación de los hechos

El deber de motivación de las resoluciones judiciales en cuanto a los hechos tiene raigambre constitucional, pues se halla contemplado en el art. 139º.5 de nuestra Ley Fundamental. Los llamados fundamentos de hecho constituyen uno de los contenidos constitucionalmente protegidos, estatuyéndose como garantía de todo proceso judicial el hecho de que el juez justifique su decisión acerca de los enunciados fácticos.

Como ya se ha sostenido en el primer capítulo, motivar equivale a justificar que lo decidido es conforme a Derecho. Motivar sobre lo fáctico es justificar que la declaración de hechos probados se funda en la prueba disponible y valorada conforme a las reglas jurídicas y extrajurídicas que regulan el proceso de valoración.

A continuación mencionaremos las reglas de carácter general que sobre la motivación del juicio histórico contiene el nuevo Código Procesal:

Primera regla: el juez está en la obligación de enunciar en la sentencia los hechos y circunstancias objeto de la acusación (art. 394º.2). Esto es, los enunciados fácticos de la parte acusadora, los mismos que deben ser detallados tomando en cuenta la pluralidad tanto de hechos punibles como de acusados, si fuere el caso.

Segunda regla: la motivación correcta de una sentencia debe contener la enunciación de las hipótesis alternativas a la hipótesis acusatoria; es decir, la explicación o versión acerca de los hechos que formulan las otras partes. Puede tratarse tanto de una alegación defensiva como de una causa de justificación o una causa de inculpabilidad, o simplemente de una versión distinta de la presentada por la acusación. Si bien el nuevo código no hace una mención expresa a una hipótesis alternativa, la misma se desprende del art. 394º.2 al referirse el código a la enunciación de la pretensión de la defensa del acusado, que como se sabe engloba tanto lo fáctico como lo jurídico.

Tercera regla: el juez solo podrá justificar la motivación fáctica en las pruebas legítimamente incorporadas en el juicio (art. 393º.1). Dicho de otro modo, la hipótesis

o versión acerca de los hechos elegida por el juez debe sustentarse en pruebas practicadas u oralizadas en el debate.

Cuarta regla: la motivación sobre el juicio histórico o fáctico debe contener los resultados del examen individual de las pruebas y del examen conjunto de las pruebas (arts. 158º.1 y 393º.2). En el primer caso, deberán explicitarse las fases de fiabilidad probatoria, interpretación, verosimilitud y comparación de los resultados probatorios con los enunciados fácticos alegados. En el segundo caso, se deberá determinar cuál de las hipótesis se encuentra mejor explicada o sustentada con el conjunto de la prueba.

Quinta regla: la motivación sobre los hechos debe explicitar los criterios adoptados en la valoración de la prueba. esto es, las pautas que se han seguido para la valoración, que bien han podido ser criterios científicos, técnicos o de sentido común, así como aquéllos que se encuentran previstos específicamente en la ley (art. 158º) o han sido establecidos por la doctrina jurisprudencial. Así lo exige el art. 158º.1.

Sexta regla: la sentencia debe contener la motivación acerca del razonamiento probatorio (art. 394º.3), lo que significa explicitar la inferencia probatoria, una de cuyas premisas esenciales está dada por la regla o máxima de la experiencia (art. 393º.2). Es decir, no basta con enunciar lo que dijo tal o cual testigo o perito (condición necesaria), sino que es indispensable que se enuncie la regla de experiencia conforme a la cual se le otorga o no credibilidad (condición suficiente).

Sétima regla: la motivación del juicio histórico debe ser clara (art. 394º.2); esto es, debe expresarse en un lenguaje comprensible para cualquier ciudadano. No solo se trata de observar las reglas de lenguaje y estilo, sino también de mostrar una coherencia narrativa y de que se encuentren comprendidos todos los elementos del *thema probandum*.

Octava regla: la motivación fáctica ha de ser lógica (art. 394º.3); esto es, libre de contradicciones o de vacíos o saltos lógicos (falta de alguna de las premisas del razonamiento probatorio). Además, la argumentación debe respetar las leyes del razonamiento correcto y encontrarse carente de falacias.

Novena regla: la motivación sobre los hechos debe ser completa (art. 394º.3), no solo que en ésta exista un pronunciamiento respecto a cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probados, sino también a los que se declaran improbados. Esta regla es consecuencia del llamado principio de completitud.

Décima regla: en la motivación de la sentencia han de considerarse todas las pruebas practicadas (arts. 393º.2 y 394º.3), no solo las que sustentan la hipótesis elegida. Se debe apreciar también las pruebas presentadas para refutarlas y las pruebas que respaldaban las hipótesis rechazadas.

3. La valoración individual de las pruebas y su motivación

Como ya se ha anotado, no solo constituye un imperativo constitucional el deber de motivar los hechos, sino que además, el nuevo Código Procesal Penal estatuye el deber de presentar una motivación completa, lo que implica que debe estar justificado todo el proceso de valoración de la prueba, única forma de sustentar la decisión sobre el *factum*.

El proceso de valoración es complejo, en la medida que comprende dos grandes fases o momentos: un primero, que el Código ha denominado examen individual de las pruebas, y un segundo, denominado examen conjunto de las pruebas (art. 393º.2) o examen global de los resultados probatorios.

Además de estar contemplado ambos exámenes de la prueba en el nuevo Código, metodológicamente el examen individual de las pruebas se realiza antes que el examen global o de conjunto.

Para que el juez motive acerca del examen individual de las pruebas, debe tener en cuenta que dicho examen se dirige a descubrir y valorar el significado de cada una de las pruebas practicadas en la causa. Tal examen está integrado por un conjunto de actividades racionales tales como: juicio de fiabilidad, interpretación, juicio de verosimilitud, comparación de los hechos alegados con los resultados probatorios, las mismas que deben ser explicitadas en los fundamentos de hecho de la sentencia.

3.1 El juicio de fiabilidad probatoria

El juicio de fiabilidad de la prueba atiende principalmente a las características que debe reunir un medio de prueba para cumplir su función, y a la posibilidad de que el mismo medio suministre una representación del hecho que sea atendible, sin errores y sin vicios. Así, por ejemplo, la fiabilidad de una prueba documental exigirá un control de su autenticidad, mientras la de una prueba testifical exigirá comprobar que la misma cumpla todos los requisitos previstos en la ley.

Para Climent Durán,⁶² en el juicio de fiabilidad o confianza interesa determinar ante el juzgador —antes que nada— si el testigo o el perito reúnen, al menos externa o aparentemente, las suficientes condiciones de normalidad como para poder fiarse de lo que dicen (con independencia de que luego se crea o no se crea el

62 CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo I. 2ª edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, páginas 87-88.

contenido de sus manifestaciones). De igual manera, ha de determinar el juzgador si los documentos aportados presentan externamente los requisitos exigibles para poder desplegar la eficacia probatoria que en principio les viene otorgada.

En el examen individual de las pruebas, el primer paso que debe realizar el juez es comprobar que las mismas hayan sido incorporadas al juicio cumpliendo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción (art. 393°), además de los requisitos específicos que la ley procesal establece.

Tratándose de prueba preconstituida, es indispensable que las fuentes de prueba hayan sido obtenidas con las garantías procesales que correspondan a su naturaleza específica (interceptaciones telefónicas, allanamiento de domicilio, intervenciones corporales, etc.). Dicho de otro modo: el juez debe verificar que las fuentes de prueba hayan sido obtenidas de manera legítima y lícita.

La motivación acerca de la fiabilidad probatoria debe dejar constancia del cumplimiento de las garantías procesales en la obtención de la fuente de prueba. Así, tratándose de una diligencia de registro domiciliario, el juez dejará establecido que la misma se llevó a cabo con el consentimiento del titular del domicilio, de la existencia de un mandato judicial o de tratarse de una situación de flagrancia o de inminente realización de un hecho punible, así como la participación del representante del Ministerio Público, el imputado y su abogado. Estos requisitos son indispensables para dotar de normalidad a la diligencia policial, en caso de no haber podido ser examinado el efectivo policial en la audiencia.

Cuando el juez advierta la falta de algún requisito o criterio para la práctica de diligencias o actuaciones procesales, este hecho deberá ser consignado. Empero, ello no significa que automáticamente se torne en inválida la actuación o se excluya del acervo probatorio; lo que va a ocurrir es que su credibilidad o fundabilidad se verá afectada, por lo que para mantener su eficacia probatoria será necesario que existan otros elementos de convicción. Es el caso muy común de las diligencias de reconocimiento físico, que muchas veces presentan defectos en cuanto a la previa descripción en la misma acta, o el hecho de que no resulta suficiente el número de participantes de la fila o rueda, o que no se han reproducido las mismas condiciones del momento del hecho punible o las características que presentaba el autor del ilícito.

La verificación de la concurrencia de los requisitos de cada uno de los medios de prueba introducidos en la causa constituye una de las premisas básicas del análisis probatorio, que influirá posteriormente en el convencimiento del juez. Y, por ello, cuando exista cualquier circunstancia —por ejemplo, la falta de alguno de los requisitos formales o materiales de la prueba— que provoque dudas sobre la credibilidad o fiabilidad de un medio de prueba concreto, la motivación deberá incluir una explicación o justificación expresa de la decisión del juez de no tomar en

cuenta el eventual contenido de la prueba a causa de la falta de fiabilidad del medio probatorio en que se articule.

En la fase del juicio de fiabilidad, el juez efectuará un análisis sobre la legitimidad del medio de prueba, así como de la forma en que se ha incorporado. Si el medio de prueba se ha incorporado al juicio en forma ilegítima, no podrá ser utilizado para la valoración (arts. VIII° T.P. y 393°.1). Dicho de otra forma: el juez debe realizar una motivación acerca de la legitimidad de la prueba; si considera que se trata de una fuente de prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, la consecuencia es su exclusión del acervo probatorio. Esa regla tiene sus excepciones: no obstante haber sido obtenida la fuente de prueba con afectación de un derecho fundamental, la misma puede ser aprovechada, si no se afecta el contenido esencial del Derecho, o se trata de un caso de fuente independiente, descubrimiento inevitable o se aplican criterios de proporcionalidad.

El análisis de fiabilidad debe comprender la verificación de la concurrencia de los requisitos, tanto para la práctica de cada prueba en concreto como de las condiciones para su valoración. Así, todo testigo presta juramento o promesa de honor de decir la verdad (art. 170°.1), pero al testigo de referencia se le exigirá, además, que proporcione la identidad de la persona fuente de su conocimiento; en caso contrario, no podrá ser utilizado su testimonio (art. 166°.2).

Si luego del examen de fiabilidad se verifica que la prueba es ilegítima o adolece de absoluta fiabilidad al no cumplir con un requisito esencial, el medio de prueba no podrá ser utilizado para estimar como probado o no un hecho.

3.2 La interpretación del medio de prueba

Después de haber verificado la fiabilidad del medio de prueba, se hace necesario proceder a la interpretación de la prueba practicada. Con esta labor, el juez ha de tratar de determinar y fijar el contenido que ha querido transmitir la parte que lo propuso mediante el empleo de ese medio de prueba. Se trata de una fase crucial que debe ser adecuadamente justificada en la sentencia. En modo alguno sería comprensible una sentencia en la que no se fijara con claridad qué es lo que dijo un testigo o cuál fue la opinión de un perito, o lo que representa un documento porque, en fin de cuentas, constituye el punto de partida para el juicio de verosimilitud o credibilidad.

Como apunta Climent Durán,⁶³ se trata de determinar qué es lo que exactamente ha expresado y qué es lo que se ha querido decir mediante la persona o el documento

63 CLIMENT DURÁN, Carlos. Op. cit. página 92.

que comunica algo al juzgador, como paso ineludiblemente previo a la valoración de tal manifestación. Se habla así de interpretación de las pruebas como operación previa a su valoración, todo lo cual queda englobado en la genérica apreciación de las pruebas. La determinación del significado de los hechos aportados por cada medio probatorio se efectúa mediante los correspondientes razonamientos deductivos o silogísticos, cuya premisa mayor está integrada por las denominadas *máximas de la experiencia sobre el uso del lenguaje*, bien se trate del lenguaje general, bien de lenguajes correspondientes a ambientes más específicos, bien de giros correspondientes a dialectos o idiomas.

Mediante esta actividad se busca extraer la información relevante, el elemento de prueba, lo que el testigo proporcionó como información acerca de algún hecho, lo que el documento representa o las opiniones o conclusiones del perito. No se trata de obtener un resumen de lo vertido por el testigo, sino de seleccionar información con base en los enunciados fácticos de las hipótesis de acusación o defensa.

Determinar o seleccionar el contenido fáctico a extraer de una testimonial, si bien no está regido por normas jurídicas y existiendo un margen de discrecionalidad, no significa que no sea racional. El juez obtiene el contenido de los medios de prueba asegurándose de que los mismos guarden relación o pertinencia con los enunciados fácticos formulados por las partes, y que además sean lo suficientemente precisos y a la vez exhaustivos.

Así, por ejemplo, de la declaración de un testigo en un caso de homicidio, el juez extrae como información o contenido relevante el dicho del testigo según el cual vio al acusado ingresar a las once de la noche a la casa del agraviado, y que lo pudo ver desde una distancia de cien metros. Aquí se puede notar que, por un lado, el juez recoge la versión del testigo: lo que percibió según sus sentidos; pero, además, las condiciones en que lo percibió.

No es propio de la motivación o fundamentación de los hechos ni de la fase de interpretación hacer un resumen de las testificales y demás actuaciones probatorias, sino describir el significado o contenido relevante del medio de prueba, de acuerdo a las necesidades argumentativas de apoyo o refutación de un enunciado fáctico. Tampoco es recomendable hacer primero un resumen de la declaración de un testigo y luego justificar con una interpretación adecuada algún aspecto que es relevante en la testifical; se trata de un trabajo innecesario y que además incrementa el número de páginas de la sentencia, pero no su calidad.

Así, si en un caso de homicidio se trata de determinar el enunciado fáctico de la acusación relativo al hecho de que el acusado estuvo presente en la vivienda de la víctima en momento cercano a la realización del homicidio, no nos interesa todo lo que dijo un testigo presencial (resumen) sino la parte de su testimonio que

es pertinente en relación con el enunciado fáctico señalado (el testigo vio que el acusado ingresó diez minutos antes de que se escuchara la detonación de un arma de fuego). Se trata de argumentar, no de resumir.

3.3 El juicio de verosimilitud

Una vez determinado el significado de los hechos aportados por cada uno de los medios probatorios hechos valer por las partes, el juzgador ha de entrar en el examen de esos mismos hechos. A este fin, tras haber determinado el juzgador el significado de lo expuesto por el correspondiente medio probatorio, deberá llevar a cabo un examen sobre la verosimilitud de los hechos relatados por el testigo o por el documento en cuestión, para lo cual deberá efectuar cuantos razonamientos deductivos o silogismos precise, valiéndose para ello de la máxima de experiencia que considere más acertada para cada caso concreto.⁶⁴

La apreciación de la verosimilitud de un resultado probatorio permite al juez comprobar la posibilidad y aceptabilidad del contenido obtenido de una prueba mediante su correspondiente interpretación. El órgano jurisdiccional verifica la aceptabilidad y la posibilidad abstracta de que el hecho obtenido de la interpretación del medio de prueba pueda responder a la realidad, de manera que el juzgador no deberá utilizar aquellos resultados probatorios que sean contrarios a las reglas comunes de la experiencia.⁶⁵

En lo que respecta la motivación de este juicio de verosimilitud, no hay duda de que una adecuada y completa justificación del juicio de hecho debería incluir una expresa mención al resultado de dicho examen, así como una explícita indicación del criterio de análisis empleado (máxima de la experiencia), pues ambos son elementos fundamentales del razonamiento valorativo del juzgador.

A tal efecto, la versión de un testigo deberá ser contrastada con la lógica y las máximas de la experiencia. Así, si un testigo relata que pudo identificar al acusado a las once de la noche y a una distancia de ciento cincuenta metros, la verosimilitud de dicha versión será contrastada con una regla de experiencia científica y una regla de experiencia común. En el primer caso, la regla de experiencia científica se funda en las posibilidades del campo visual en horas de la noche y la distancia (problemas de percepción), mientras que la regla de experiencia común podría estar referida a

64 CLIMENT DURÁN, Carlos. *Op. cit.*, página 92.

65 La verosimilitud requiere que el contenido de la prueba respete absolutamente las reglas de la física y de la naturaleza. Esto significa que no será verosímil un resultado probatorio que se oponga a las leyes naturales. Así, por ejemplo, por mucho que de la interpretación de una prueba testifical se obtenga como resultado el hecho de que tirado un libro desde dos metros de altura éste no cae sino que flota, no hay duda en este caso de que el resultado probatorio no puede superar el juicio de verosimilitud por contradecir la ley de la gravedad, lo que motiva que el mismo no sea posible ni aceptable en la realidad.

que a ciento cincuenta metros se podría reconocer a una persona de algún modo, sin necesidad de ver su rostro, siempre que la misma tenga una característica que se pueda notar a dicha distancia, como sería el hecho de usar muletas, vestir una ropa muy singular, portar un objeto visible a esa distancia y que nadie más podría estar portando, etc. En caso contrario, la versión es inverosímil.

3.4 La comparación entre los resultados probatorios y los hechos alegados

Después de haber determinado qué hechos reputa verosímiles o creíbles de entre los expuestos a través de los medios probatorios —desechando todo aquello que se le aparezca como increíble o inverosímil—, el juez se encuentra frente a dos clases de hechos: de un lado, los hechos inicialmente alegados por las partes (teoría del caso o alegatos preliminares) y, de otro, los hechos considerados verosímiles que han sido aportados a través de los diversos medios de prueba practicados. Además, en ese momento el juez ha de confrontar ambas clases de hechos para determinar si los hechos alegados por las partes resultan o no confirmados por los contenidos de los resultados probatorios. De esta manera, el propio juez examina los límites de su cognición, toda vez que los hechos probados que no coincidan con los hechos alegados por las partes no podrán ser tenidos en cuenta por el juzgador por no formar parte del *thema decidendi*. Esta es una clara manifestación de la importancia que reviste el principio de aportación de parte sobre la racionalidad del juicio de hecho, hasta el punto de ser el criterio fundamental que preside la selección judicial de los hechos probados.

La labor que el juez debe hacer en esta fase radica en comparar los hechos alegados con los hechos considerados verosímiles, y comprobar si éstos reafirman o consolidan aquellas originarias afirmaciones o si, por el contrario, las desacreditan, las debilitan o las ponen en duda. Se trata de establecer qué resultados probatorios respaldan qué hipótesis o si la explican mejor.

Por ello, Climent Durán⁶⁶ sostiene que la valoración es, ante todo, una labor de comparación entre los hechos sostenidos por las partes y las afirmaciones instrumentales que, aportadas por los diversos medios probatorios, se reputan como ciertas o como realmente sucedidas. Pero, además de comparar las afirmaciones básicas con las afirmaciones instrumentales, la valoración también consiste en una labor de inducción de un hecho a partir de uno u otros hechos previamente afirmados como probados, tras la referida labor inicial de comparación. Y, en el caso de que alguna de las afirmaciones básicas no se repute probada, así habrá de ser

66 CLIMENT DURÁN, Carlos. *Op. cit.*, página 94.

declarado, determinándose las consecuencias perjudiciales derivadas de esa falta de probanza en función de la aplicación del principio de la carga de la prueba.

4. La valoración en conjunto de las pruebas y su motivación

El segundo momento en el proceso de valoración de las pruebas viene constituido por el examen global de todos los resultados probatorios obtenidos en la causa. Tras el análisis de cada una de las pruebas practicadas, el juez procede a realizar una comparación entre los diversos resultados probatorios de los distintos medios de prueba con la finalidad de establecer un *iter fáctico*, que se plasmará en el relato de hechos probados. La necesidad de organizar de un modo coherente los hechos que resulten acreditados por las diversas pruebas, sin contradicciones y de conformidad con la base fáctica empleada para alcanzar el efecto jurídico pretendido por la parte, son las finalidades que se persiguen con dicho examen global.

El examen global —es decir la confrontación entre todos los resultados probatorios— es sometido al principio de completitud de la valoración de la prueba. Este es un principio de orden racional —incluso antes que jurídico— que exige que la acreditación de los hechos objeto del proceso se consiga sobre la base de todas las pruebas que hayan sido incorporadas a la causa y que se hayan revelado esenciales y útiles para establecer los hechos de la causa. Este principio de valoración completa, o de completitud, presenta una doble dimensión. De un lado, aquella ya enunciada conforme a la cual el juez determinará el valor probatorio de cada prueba que tenga por objeto el mismo hecho, y después procederá, por confrontación, combinación o exclusión, a considerar las diversas posibles versiones sobre ese mismo hecho, para terminar escogiendo aquélla que aparezca confirmada por un mayor grado de atendibilidad. De otro lado, encontramos la dimensión global del principio de completitud, según la cual previamente a la redacción del relato de los hechos probados se debe tener en cuenta todos los resultados probatorios obtenidos por el juez en la aplicación de la dimensión individual de este principio.

La valoración completa de todas las pruebas practicadas constituye un presupuesto necesario para lograr una valoración de las pruebas que tenga en cuenta todos los elementos precisos para una adecuada redacción del relato de los hechos probados. En este sentido, no se debe perder de vista que la completitud en la valoración evita que el juzgador pueda incurrir en un vicio tan pernicioso como la valoración unilateral de las pruebas. Este defecto de la actividad judicial se produce cuando el juez justifica su propio convencimiento sobre la *quaestio facti*, utilizando

para ello solamente los elementos de prueba que sostengan su decisión, sin hacer la más mínima mención a las pruebas que la contradigan. También se da cuando el juzgador, en lugar de obtener la decisión del juicio de hecho de todos los resultados probatorios disponibles en la causa, elige *a priori* una versión de los hechos para posteriormente seleccionar los resultados probatorios que la confirman, dejando de lado a los demás. Por lo tanto, la importancia de una valoración completa radica en que a través de ella se garantiza que el órgano jurisdiccional examine y tenga en cuenta todos los posibles resultados probatorios, aunque posteriormente no sean utilizados en la justificación de la decisión del *thema decidendi*.

5. La prueba indiciaria y su motivación

En cualquier caso penal, el acervo probatorio puede estar constituido por pruebas directas o pruebas indirectas; las primeras revelan la manera en que ha sucedido un hecho imputado, mientras que las segundas permiten inferir esto a partir de hechos probados, no constitutivos del delito o de la intervención de una persona en el mismo.

El hecho de que una prueba sea indirecta, no la priva de ser en rigor una prueba, en la medida que es una fuente de conocimiento de un hecho, y se orienta a confirmar o no enunciados fácticos mediante la utilización de una inferencia. Lo relevante es la posibilidad de racionalidad, justificación y control de dicha inferencia.

El nuevo Código Procesal Penal no define la prueba por indicios o prueba indiciaria; se limita a fijar sus elementos estructurales —como que el indicio esté probado y que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia—, así como los requisitos para valorar la concurrencia de indicios contingentes: su pluralidad, concordancia y convergencia, así como que no se presenten conraindicios consistentes (art. 158°.2).

La prueba indiciaria es una prueba de contenido complejo constituida por tres elementos fundamentales: el indicio o hecho base de la presunción, el hecho presumido o conclusión y, por último, el nexo o relación causal que une el indicio o hecho base con su correspondiente conclusión. Mediante la prueba indiciaria lo que se obtiene es un razonamiento fundado que, una vez probada la existencia de los mismos, proporciona un convencimiento respecto del hecho consecuencia que se puede plasmar en la sentencia, de modo que sea racionalmente comprendido y compartido por todas las personas.⁶⁷

67 FUENTES SORIANO, Olga. "Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales." En: *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2000, página 169.

5.1 La estructura de la prueba indiciaria

a. El indicio

Es una exigencia legalmente establecida en el artículo 158°.3.a) para la valoración de la prueba por indicios. El indicio debe estar probado. San Martín⁶⁸ señala que indicio es todo hecho cierto y probado (hecho indicador), con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado (hecho indicado). Para Cafferata,⁶⁹ el indicio es un hecho (o circunstancia) del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro.

Indicio es aquel dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible, y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum*.

Por indicios o hechos base podría entenderse aquellos elementos que, considerados en sí mismos, no forman parte del delito que se pretende probar pero que, sin embargo, guardan con el mismo una relación indirecta, de modo tal que aunque por sí solos no den prueba de su comisión, unidos a otros indicios sí pueden ser base suficiente para sostener un fallo condenatorio.

El indicio debe estar debidamente fijado como hecho probado y destacarse en la motivación la prueba que lo sustenta. Un indicio se forma sobre la base de un medio de prueba o varios medios de prueba y las inferencias correspondientes. Así, el indicio de presencia en el lugar de los hechos, en unos casos se puede acreditar solo con una huella digital; en otros casos se puede acreditar con varias pruebas: una testifical, una huella del zapato y una prenda de vestir del imputado encontrada en el lugar del crimen; en este caso un elemento de convicción corrobora al otro, debiendo motivarse adecuadamente la credibilidad de la testifical: la comparación pericial de las huellas del calzado y el reconocimiento de la prenda de vestir. Las reglas de experiencia de sentido común dependerán del contexto respectivo. Así, la huella del calzado puede deberse a que el imputado trabajaba en dicho lugar o pasaba siempre por el mismo, o revelar su presencia deliberada para la perpetración del hecho. Un elemento a tener en cuenta es la versión del imputado; si niega su presencia, el hallazgo de la huella del calzado será relevante y sobre la base de la regla de experiencia se podrá afirmar que estuvo en el lugar o escena del delito.

68 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Editorial Grijley, Lima, 2003, página 856.

69 CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Quinta edición. Editorial Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires, 2003, página 190.

b. La inferencia

El artículo 158°.3.b) exige que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia (común). La inferencia consiste en la deducción que se hace, basada en las reglas de la experiencia o en el conocimiento de determinadas cuestiones técnicas o científicas, del hecho conocido para inferir la existencia o inexistencia de otro, que es su consecuencia. Es —como observa Dellepiane⁷⁰— un silogismo en el cual la premisa mayor está constituida por las reglas de la experiencia que, aplicadas al hecho indicador (indicio) como premisa menor, conducen al hecho indicado o conclusión.

La inferencia es el razonamiento efectuado observando las reglas lógicas pertinentes. Son muchas las inferencias; entre ellas, el silogismo categórico, la inferencia condicional, la inferencia transductiva, la inductiva, por coligación, reconstructiva, por concordancia y discordancia,⁷¹ etc. La inferencia es válida si se efectúa aplicando correctamente las reglas lógicas pertinentes.

Ejemplo de inferencia:

- *Premisa mayor (regla de experiencia)*: todos los empresarios aceiteros conocen el carácter venenoso (mortal) de la anilina.
- *Premisa menor (hecho probado)*: el acusado ejercía la profesión de empresario aceitero en el momento de los hechos.
- *Conclusión*: el acusado conocía el carácter venenoso (mortal) de la anilina en el momento de los hechos.

Probados los indicios, es característica de este medio probatorio que mediante una inferencia lógica quede demostrada la existencia del que se ha denominado hecho presumido o conclusión; esto es, del delito. Pero los indicios no solo han de concluir en la existencia del hecho delictivo sino que pueden concluir también en la participación en el mismo de la persona acusada.

Por último, el paso del indicio a su conclusión viene facilitado por la existencia de un nexo causal entre ambos. Este nexo o relación causal se constituye por el razonamiento que une al indicio con su consecuencia. A efectos probatorios y de valoración, se trata del elemento esencial de la prueba indiciaria por cuanto, como se ha dicho, los indicios por sí solos nada prueban en relación con el delito.

70 DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*. Novena Edición. Editorial Temis, Bogotá, 1993, página 57.

71 MIXÁN MASS, Florencio. *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*. Ediciones BLG, Trujillo, 1995, página 41 y ss.

El razonamiento judicial que permite pasar de los indicios a la afirmación sobre la comisión del hecho delictivo se fundamentará en máximas de experiencia; es decir, en reglas del pensar —y no en normas jurídicas— que cualquier persona podría reputar válidas a la vista de los indicios probados y las consecuencias que de ellos se afirman. Y la clave que permite reconocer una correcta valoración de la prueba por parte del órgano enjuiciador, reside en que éste haga constar en la sentencia la existencia no solo de unos determinados indicios y los medios a través de los cuales éstos han sido declarados probados, sino también —y, principalmente— del razonamiento lógico que le lleva a imputar —o no— la comisión del hecho delictivo al acusado. Solo la expresión de este razonamiento permite afirmar que, efectivamente, hubo prueba de cargo —aunque indiciaria— suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia, lejana por lo tanto a un simple conjunto de variadas sospechas o conjeturas.

c. *El hecho indicado*⁷²

El hecho indicado o desconocido —que se pretende conocer—, surge como consecuencia del hecho conocido o indicador. Es la existencia o inexistencia del hecho al cual apunta o del que se deduce como lógica secuela el hecho indicador.

La Corte Suprema ha establecido que la prueba por indicios requiere de un hecho indicador, un razonamiento correcto en aplicación de las reglas de la ciencia, la técnica y la experiencia; de una pluralidad, concordancia y convergencia de indicios contingentes; así como de la ausencia de contraindicios consistentes.

Un dato real e indubitable solo puede tener la categoría de indicio si tiene aptitud para conducir hacia el conocimiento de otro dato. Ese otro dato a descubrir es la incógnita del problema. El descubrimiento del dato indicado debe concretarse siguiendo el nexo lógico entre el indicio y éste. Para seguir ese nexo lógico es indispensable aplicar, como ya se ha anotado, también una inferencia correcta en el procedimiento cognoscitivo para descubrir el significado de la prueba indiciaria.

Si el significado del otro dato descubierto es pertinente y útil con respecto al *thema probandum*; entonces, se obtiene un argumento probatorio de naturaleza indiciaria.

72 El término "indicado" es el que en la doctrina procesal mayoritariamente se utiliza para señalar al hecho que se pretende probar, que se quiere descubrir; hecho al cual se llega mediante el empleo de una inferencia sobre un indicio. A este último se le conoce como "hecho indicador".

5.2 Requisitos para la eficacia probatoria de los indicios contingentes

Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el caso Giuliana Llamoja, la prueba indiciaria requiere una motivación especial o reforzada, de ahí que en la misma se deban explicitar determinados requisitos en caso de tratarse de indicios contingentes.

En ese sentido, el artículo 158°.3.c) establece que cuando se trate de indicios contingentes, éstos deben ser plurales, concordantes y convergentes, y no presentar contraindicios consistentes.

La *pluralidad* hace referencia a que los indicios sean varios, cuando menos dos.

La *concordancia*, implica que todos los indicios se entrelacen, se corroboren o confirmen recíprocamente. Concordantes son los indicios que no contrastan entre ellos, ni con otros datos o elementos ciertos.

La *convergencia* se refiere a que todas las inferencias indiciarias reunidas no puedan conducir a conclusiones diversas. Con mayor razón, puede afirmarse que todas las inferencias deben conducir a establecer el mismo hecho.

Ejemplo: el hecho de que una persona desaparezca de su habitual lugar de trabajo, se hallen huellas de sangre en su ropa y sea su arma la que se encuentre en el lugar donde aparece muerta la otra, que era su enemiga, son indicios que encajan o tienen relación entre sí y confluyen, haciendo que se la considere autora del crimen.

Finalmente, los contraindicios están constituidos por la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria. El contraindicio es toda prueba que se opone o quita eficacia al indicio.

Es factible que a una persona se le atribuya la comisión de un homicidio con fundamento en un conjunto de indicios, como ocurre cuando es la depositaria de la confianza de otra y la única que tenía acceso a ella y a los lugares donde se encontraba el dinero, y que desaparece luego del homicidio; sin embargo, esa inferencia se desvirtúa con la confesión de quien en época anterior también fue objeto de su confianza.

5.3 La prueba por indicios en la jurisprudencia nacional

La Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Acuerdo Plenario N° 1-2006-ESV-22, del 13 de octubre de 2006 [R.N. N° 1912-2005-Piura de 6 de septiembre de

2005], ha establecido en el fundamento 4) las pautas o criterios para la valoración de la prueba por indicios:

- Respecto al indicio, se exige: a) que éste —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 deben ser concomitantes con el 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 de que éstos estén imbricados entre sí—.
- No todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función de la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos —ello depende del nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar— pueden clasificarse en débiles y fuertes, donde los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y por sí solos no tienen la 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.

En lo relativo 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.

Motivación de los Fundamentos de Derecho

1. La dogmática penal como sustento de la motivación jurídica

Como bien sostiene Igartua, la motivación de la sentencia penal comprende la justificación de un conjunto de decisiones: 1) decisión de validez (relativa a si la disposición aplicable al caso es o no jurídicamente válida); 2) decisión de interpretación (que gira en torno al significado de la disposición que se estima aplicable); 3) decisión de evidencia (que se refiere a los hechos declarados como probados); 4) decisión de subsunción (relativa a si los hechos probados entran o no en el supuesto de hecho que la norma aplicable contempla); y 5) decisión de consecuencias (las cuales han de seguir a los hechos probados y calificados jurídicamente).⁷³

En el anterior capítulo se desarrolló todo lo correspondiente a la motivación sobre la decisión de evidencia; en el presente capítulo expondremos lo relativo a las decisiones de validez, interpretación y subsunción, dejando para el capítulo siguiente la justificación de la decisión de consecuencias.

Antes de pasar a desarrollar la justificación de tales decisiones, es menester realizar algunas referencias a la dogmática penal como elemento esencial de la argumentación jurídico penal, en la medida que su sistema provee los elementos necesarios para la labor de interpretación de las leyes penales, reduciendo la arbitrariedad y generando mayor seguridad jurídica.

La dogmática penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y el desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal. La dogmática de la teoría general del delito

73 IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra Editores, Lima, 2009, página 34.

es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la parte general del Derecho Penal.⁷⁴ A decir de Cerezo, tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos y de desenvolver su contenido de modo sistemático. Puede decirse que la tarea de la dogmática del Derecho Penal es la interpretación del Derecho Penal positivo, si el término de interpretación es utilizado en su acepción más amplia, que incluye la elaboración del sistema.⁷⁵

La dogmática penal tiene por objeto determinar lo que rige conforme al ordenamiento penal positivo: su misión es, pues, averiguar y determinar el contenido del Derecho Penal. Por esa razón permite conocer y aplicar lo dispuesto en el Derecho Penal vigente de modo riguroso y sistemático, favoreciendo la seguridad jurídica en este campo, función a la que algunos añaden la de sistematizar, estabilizar y operativizar los fines y objetivos del Derecho Penal o la de reducir la complejidad de los problemas.⁷⁶

La imputación objetiva, relación de causalidad, prohibición de regreso, dolo eventual, etc., no se hallan regulados por el Código Penal peruano; sin embargo, son categorías elaboradas por la dogmática penal, que por su capacidad de rendimiento para resolver los casos penales, son aceptadas y aplicadas en las sentencias.

La dogmática jurídico-penal se desarrolla a partir del método dogmático que implica: 1) interpretación; 2) elaboración de categorías o conceptos generales; 3) sistematización; y 4) subsunción de hechos y concreción de la ley.

Para considerar una conducta como punible, la dogmática penal moderna se asienta en cuatro conceptos básicos: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por lo tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que resultan sencillamente indomables para la voluntad humana.⁷⁷

Esa acción ha de ser típica; o sea, ha de coincidir con una de las descripciones de delitos, de las que las más importantes están reunidas en la parte especial del Código Penal. La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*. Por consiguiente, no es posible derivar acciones punibles

74 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008, página 192.

75 CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2008, página 60.

76 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general I*. Editorial Universitas S.A., Madrid, 2007, página 93.

77 ROXIN, Claus. *Op. cit.*, página 194.

de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles.⁷⁸

La acción típica ha de ser antijurídica, es decir prohibida. Por regla general, lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador solo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación. Tales causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico.⁷⁹

Por último, la acción típica y antijurídica ha de ser culpable; es decir, ha de poderse hacer responsable de ella al autor, y se le ha de poder reprochar. Para ello es imprescindible la imputabilidad, o capacidad de culpabilidad, y la ausencia de causas de exculpación.⁸⁰

Una acción típica, antijurídica y culpable es por lo general punible. Pero excepcionalmente, es decir en algunos preceptos penales concretos, han de añadirse aún otros presupuestos de punibilidad para desencadenar la punibilidad. Tales presupuestos son las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, así como la ausencia de causas de exclusión de la punibilidad.

Así, pues, la motivación del juicio jurídico debe —necesariamente— fundamentarse en los conceptos y categorías de la dogmática jurídico-penal en el momento de justificar las decisiones de validez de la ley penal, de interpretación de la ley penal y de subsunción. De otro modo se incurriría en arbitrariedad. En ese sentido, la dogmática penal reduce las posibles o variadas interpretaciones que puedan ofrecer los operadores sobre una disposición legal, afirmando la que tenga mayor solidez y base científica.

2. La calificación jurídica y el deber de correlación

La motivación del juicio jurídico comienza por tener en cuenta la calificación propuesta por el Ministerio Público en su acusación, así como las propuestas por las demás partes, introducidas en el debate. Si además de la calificación propuesta por el fiscal, la defensa plantea otra calificación o una interpretación distinta, el tribunal está en la obligación de fundamentar las razones por las que escoge una u otra calificación, o una u otra interpretación, y por qué razones rechaza la otra.

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, página 195.

⁸⁰ *Ibidem.*

Por regla general, existe un deber de correlación no solo en lo relativo a los hechos, sino también en lo que concierne la calificación jurídica objeto de la acusación. Así lo establece el art. 397°.2: *En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el Juez Penal haya dado cumplimiento al numeral 1) del artículo 374°.*

La calificación jurídica, que en principio vincula al tribunal, es la planteada en la acusación oral; así lo ha establecido el Acuerdo Plenario N° 04-2007/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema. Esto quiere decir que la calificación jurídica planteada en la acusación escrita o en su ampliatoria, solamente tiene el carácter de provisional.

El tribunal puede desvincularse del deber de correlación entre la acusación y la sentencia, en lo que concierne a la calificación jurídica, para lo cual es indispensable que antes de la culminación de la actividad probatoria, cuando considere la posibilidad de una modificación de la calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, advierta al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad (art. 374°.1). A esta figura se la denomina “planteamiento de la tesis”.

Cuando el juez o tribunal introduce la tesis de la modificación de la calificación jurídica, debe instar a las partes a que se pronuncien y otorgarles la posibilidad de ofrecer prueba e incluso solicitar que se suspenda la audiencia por un plazo de hasta cinco días para preparar su nueva defensa (art. 374°.1).

No será necesario introducir o plantear la tesis cuando es el fiscal o la defensa del imputado la que introduce al debate una modificación de la calificación jurídica. Lo relevante es que cualquier modificación de la calificación jurídica no sea sorpresiva, así sea más benigna para el imputado; sino que se conceda al acusado la posibilidad de ejercer de manera efectiva su defensa frente a la nueva calificación, y particularmente de tener la oportunidad de aportar nuevos elementos de convicción si fuera el caso.

Todas estas circunstancias deberán ser expuestas de manera razonada en la motivación jurídica.

3. Las cuestiones jurídicas planteadas o en discusión

La motivación jurídica tiene que ser ordenada y puntual, orientada por un lado a lo que podríamos denominar fundamentación jurídica indispensable, esto

es al análisis del tipo objetivo y subjetivo, relación de causalidad e imputación objetiva, circunstancias del hecho punible, concurso de leyes o de delitos, grado de realización del hecho punible y nivel de intervención delictiva. De otro lado, a dilucidar las cuestiones jurídicas planteadas o en discusión, entre las cuales podrían estar las llamadas alegaciones defensivas como: causas de justificación, causas de exculpación, causas de exención de pena, falta o ausencia de acción, imputación objetiva, tipicidad, no exigibilidad, error de tipo, error de prohibición, etc.

Esquema de la fundamentación jurídica básica:

- Tipos legales materia de la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Público.
- Análisis de la validez de la ley penal [espacial, temporal y personal] y concurso aparente de leyes penales. Análisis de la ley penal en blanco.
- Interpretación de la ley penal.
- Subsunción: análisis del tipo objetivo, causalidad e imputación objetiva; tipo subjetivo, grado de consumación, intervención delictiva, etc.

Esquema de las cuestiones jurídicas planteadas por las partes:

- Alegaciones de atipicidad.
- Causas de justificación.
- Causas de exculpación.
- Exclusión del dolo: error de tipo.
- El error de prohibición.
- Causas de exención.
- Inexigibilidad.
- Excusas legales absolutorias.

Tanto el esquema básico como las cuestiones jurídicas planteadas por las partes deben ser materia de una debida justificación en la motivación jurídica. La identificación de la problemática penal y sus diversas aristas exigen de los operadores, y muy especialmente del juez, un conocimiento adecuado del Derecho Penal, tanto en su parte general como especial, única forma de asegurar la vigencia del principio de legalidad y de la seguridad jurídica, evitando de esta manera decisiones arbitrarias y argumentaciones débiles.

4. La justificación de la decisión de validez

La ley penal, y por lo general toda ley, debe gozar de validez para ser aplicada. En la teoría general del Derecho se habla de validez formal y validez material; la primera, relacionada con el modo de producción de las leyes, y la segunda, sobre la base de su conformidad con la Constitución y los valores superiores del ordenamiento jurídico.

El juez peruano está obligado a examinar la validez de toda norma que será materia de aplicación para resolver el caso en discusión; así lo establece el art. 51° de la Constitución al señalar que nuestra Ley Fundamental prevalece sobre toda norma legal, y el art. 138° cuando estatuye que en todo proceso —de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal— los jueces deben preferir la primera.

En tal sentido, si advierte que una ley penal colisiona con la Constitución, el juez debe ejercitar su facultad de control difuso e inaplicar la norma legal. De igual forma debe proceder cuando, por ejemplo, la ley penal haya sido promulgada mediante decreto legislativo en materia no comprendida por la ley autoritativa del Congreso. En tales supuestos, la motivación debe comprender los argumentos constitucionales conforme a los cuales se inaplica la ley penal.

Por otro lado, la aplicación de la ley penal también se verifica en relación con su ámbito espacial, temporal y personal.

4.1 La ley penal en el tiempo

En la aplicación temporal de la ley penal rige el principio *tempus regis actum*. 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 (*favor rei*), en caso de conflicto en el tiempo entre leyes penales (art. 6° CP).

El principio de *favor rei* opera incluso en la ejecución de la sanción penal, en el caso que se dicte una ley más favorable al condenado; en tal supuesto, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley (art. 6° CP).

La retroactividad benigna es recogida por el art. 7° del CP cuando, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno Derecho.

El momento de la comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca (art. 9° CP).

Por otro lado, el Código Penal regula también las leyes temporales; es decir, las leyes destinadas a regir solo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieran en vigor (ultractividad), salvo disposición en contrario (art. 8° CP).

4.2 La ley penal en el espacio

En la aplicación espacial de la ley penal, rige de manera general el principio de territorialidad, conforme al cual la ley penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional (art. 1° CP). Este principio rige también en: 1) las naves o aeronaves nacionales públicas, se encuentren donde se encuentren; y 2) las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía (principio del pabellón).

Los principios de extraterritorialidad, real o de defensa y de personalidad activa y pasiva, se encuentran contemplados en el art. 2° del CP; mientras que las excepciones al principio de extraterritorialidad se hallan previstas en el art. 4° del CP.

Conforme al art. 5° del CP, el lugar de comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos (principio de ubicuidad).

4.3 La aplicación personal de la ley penal

En la aplicación personal de la ley penal rige el principio de igualdad, sin perjuicio de las prerrogativas que por razón de la función o del cargo se reconocen a ciertas personas, en los casos que taxativamente contemplen las leyes o tratados internacionales (art. 10° CP).

4.4 El concurso de leyes o concurso aparente de leyes

En el concurso de leyes, la conducta del autor se encuentra abarcada por la formulación de varios tipos penales, pero solamente uno de ellos resulta suficiente para determinar el delito. En cuanto a su diferencia con el concurso de delitos, Jakobs señala que en el concurso de leyes existe un único delito pluralmente formulado, mientras que en los concursos de delitos existe propiamente una pluralidad de delitos.

Para precisar cuál de los tipos penales resulta el preferente frente al resto de los que reclaman su aplicación en el concurso de leyes, la doctrina penal ha desarrollado distintos principios jurídicos.

Principio de especialidad. El principio de especialidad establece que debe aplicarse el tipo penal que regula más específicamente la integridad del hecho delictivo cometido. Esta mayor intensidad descriptiva se presenta en los siguientes casos:

- El tipo penal privilegiado excluye la aplicación del tipo penal sobre el cual ha operado el privilegio.
- Los tipos penales agravados y los compuestos excluyen la aplicación del tipo penal básico o de los tipos penales simples respectivamente.
- Una aplicación preferente tienen los tipos penales que sancionan supuestos graves recurriendo a la comisión de un delito como agravación.

Principio de subsidiariedad. La subsidiariedad se presenta cuando el recurso a un tipo penal (tipo de recogida) solamente procede si el hecho no se encuentra abarcado por otros tipos penales, que por lo general tienen una pena mayor.

Principio de consunción. El principio de consunción permite considerar dentro de la pena prevista para un delito determinado también la pena que le correspondería a los hechos previos (delito previo), concomitantes (delito acompañante) o posteriores (delito posterior) a la realización del tipo penal correspondiente. No obstante, si el hecho previo, acompañante o posterior desborda lo necesario para cometer el delito o asegurar el fin delictivo, entonces podrá surgir una situación de concurso de delitos. Hay que tener presente que la consunción no resuelve el concurso de leyes basándose en la mayor penalidad del delito más grave, sino mediante el criterio de inclusión de un delito en otro. Si el delito que consume a otro prescribe una pena menor, estaremos igualmente ante un supuesto de consunción que se asemeja a las circunstancias atenuantes del principio de especialidad.

Principio de alternatividad. Se aplica este principio para evitar impunidades, cuando ambas disposiciones penales, por parecidas, podrían aplicarse al mismo hecho. En este caso se aplicará el precepto que implique mayor pena, con lo que se excluyen los preceptos benevolentes.

4.5 El concurso de delitos

Concurso ideal. Regido por el art. 48° CP, se da cuando una sola acción realiza varios tipos penales. El concurso ideal es homogéneo o heterogéneo, dependiendo de la forma en que la acción vulnere varios tipos. En el concurso ideal, lo determinante será la unidad de acción aunque los propósitos o finalidades sean varios, pues de lo contrario se confundirá el concurso ideal con el real. La ley peruana resuelve el concurso ideal de delitos con la aplicación de la penalidad correspondiente al delito más grave, pudiendo incrementarse hasta en una cuarta parte, sin exceder los 35 años.

Concurso real. En este caso estamos ante varios hechos o acciones, cada uno de los cuales constituye un delito particular e independiente, aunque puedan merecer un solo procedimiento penal. El concurso real puede ser homogéneo, cuando el autor comete en varias oportunidades el mismo delito. O puede ser heterogéneo, cuando el autor ha realizado diversos tipos penales en distintas oportunidades. El Código Penal peruano regula el concurso real en el art. 50° CP:

“Cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de la libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de los delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.”

Es del caso precisar que el art. 51° del CP contempla el llamado concurso real retrospectivo, norma que alude a quien, ya condenado, se le descubre un delito anterior a la condena. La solución opta por procesar este delito sumando la pena que fije el juez para este ilícito a la anterior; por un máximo del doble de la pena del delito más grave, hasta un máximo de 35 años o cadena perpetua, según el caso en que uno de estos delitos haya merecido cadena perpetua.

4.6 El delito continuado

En el delito continuado se dan dos o más comportamientos homogéneos típicos, sucesivos en el tiempo, infractores de la misma norma jurídica. Se trata de un proceso continuado unitario, o de una “unidad jurídica de acción” o “nexo de continuidad”.

Es requisito del delito continuado la unidad del sujeto pasivo, con lo que se le distingue del delito masa que reclama una pluralidad de sujetos pasivos, en cuyo caso se aumentará la pena hasta en un tercio de la máxima para el delito más grave (art. 49° CP).

Los requisitos del delito continuado son:

- i. Los actos individuales deben dirigirse contra el mismo bien jurídico.
- ii. Que los diversos actos particulares lesionen el mismo precepto penal o uno semejante.
- iii. Identidad específica del comportamiento delictivo así como nexo témporo-espacial de los actos individuales.

5. La justificación de la decisión de interpretación

La subsunción implica que previamente se hubiera determinado o precisado la premisa mayor del silogismo judicial. La premisa mayor del silogismo judicial está dada por la norma penal (que contiene el supuesto de hecho) y no por el texto o disposición legal. Dicho de otro modo: la premisa mayor está constituida por el texto legal debidamente interpretado.

Por interpretación debe entenderse la atribución de sentido o significado a un texto legal, de manera tal que se lo convierta en una norma.

La interpretación de la ley penal se justifica mediante la argumentación jurídica. Argumentar es dar razones que justifiquen una decisión (elección). Los argumentos de interpretación se sustentan en los llamados criterios de interpretación, los mismos que deben ser explicitados en la motivación jurídica, única forma de poder controlar cuáles fueron las razones que llevaron al juzgador a atribuir un determinado sentido o significado a la ley penal.

Los criterios o métodos de interpretación de acuerdo a su resultado

- a. *Interpretación declarativa o literal.* Consiste en atribuir a una disposición su significado "literal"; o sea, el más inmediato, tal y como se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas.
- b. *Interpretación correctora.* Consiste en atribuir a una disposición un significado distinto de su significado común. Este significado distinto puede ser más amplio o más restringido del literal. Cabe distinguir así entre:
 - b.1. *Interpretación restrictiva:* consiste en atribuir a una disposición un significado más restringido que el atribuido por el uso común, de manera que excluye supuestos que, en el uso común, quedarían comprendidos.
 - b.2. *Interpretación extensiva:* consiste en atribuir a una disposición un significado más amplio que su significado común, de manera que cubra supuestos que, según la interpretación literal, quedarían afuera.

Los métodos de interpretación según los contextos interpretativos

- a. *Interpretación gramatical.* Con este método se averigua el significado o los significados de las palabras de la norma en su sentido lingüístico y conforme a la significación gramatical en que son empleados los vocablos dentro de la frase correspondiente. Normalmente se trata de conocer el sentido de las palabras en el lenguaje usual (por ejemplo: "sustraer" en el delito de hurto art. 185° CP),

pero a veces hay que conocer el significado jurídico de un término, distinto al del lenguaje ordinario (por ejemplo: “derechos de propiedad industrial” en el delito contra la propiedad industrial art. 222° CP), o el significado técnico o científico de un término (por ejemplo: “residuos o desechos tóxicos” del art. 307° CP).

- b. *Interpretación sistemática.* Se basa en que los Códigos suelen constituir un todo orgánico y sistemático, siendo además sus preceptos supletorios respecto de las leyes penales especiales, de tal forma que las palabras y disposiciones legales están normalmente coordinadas entre sí e integradas en un sentido general. De ello se deduce que puede y debe atribuirse un significado lógico a la utilización de un mismo concepto con un determinado sentido en otros preceptos, tanto más si se trata de preceptos próximos o integrados en una misma división (sección, título o capítulo) dentro de la ley, o a la situación de un precepto en el sistema general de una ley. Ahora bien, la confrontación o comparación sistemática de los términos de un precepto con los de otros idénticos o similares puede conducir a dos tipos de resultados opuestos: a una interpretación en el mismo sentido de los otros preceptos o bien a una interpretación *sensu contrario*, y sobre ello generalmente no decide la propia lógica formal, sino más bien algunas consideraciones teleológicas y valorativas de fondo.
- c. *La interpretación teleológica y valorativa.* El criterio teleológico atiende a la finalidad de la norma, a su voluntad “objetiva” en su configuración actual y a las valoraciones implícitas o explícitas de la misma. En el caso de las leyes penales, atiende a los objetivos de política criminal que el sistema penal ha plasmado en un precepto o grupo de preceptos a través de un determinado tenor literal, con valoraciones y fines que no solo se desprenden de la redacción de los hechos típicos y de la mayor o menor gravedad de su sanción, sino también de su puesta en relación con los principios y límites del ius puniendi y con la orientación del conjunto de las restantes normas penales (necesidad de combinar el método teleológico-valorativo con el sistemático). Por lo demás, dentro del mismo desempeña un papel fundamental el criterio del bien jurídico protegido, el cual —a su vez— es un concepto teleológico (esto es que se identifica con el fin legislativamente protegido) y para cuya averiguación frecuentemente puede servir de indicio la propia rúbrica o la configuración de los títulos, capítulos o secciones en los que se encuadra un determinado precepto.
- d. *La interpretación histórica.* Este método consiste en atender a los antecedentes y a la génesis histórica de la norma actual, a la regulación anterior —si la había— y a su comparación con la vigente, a la situación de

la sociedad que pretendió regular la norma, a los anteproyectos, proyectos, enmiendas y trabajos legislativos, así como a la exposición de motivos de la propia ley.

6. La justificación de la decisión de subsunción

Una vez interpretada, la ley debe ser aplicada a un caso. Aplicar la ley a un caso significa establecer que el hecho, la conducta de una persona, es la que está mencionada en el texto legal y que, por lo tanto, la consecuencia jurídica que la ley prevé debe tener lugar. Este proceso de aplicación requiere una determinada fundamentación lógica, que se conoce como la “subsunción”. Más propiamente, Larenz⁸¹ señala que a la obtención de la premisa menor⁸², es decir, del enunciado: H es un caso de S, se denomina comúnmente proceso de “subsunción”, cuyo núcleo se considera también un silogismo. El esquema de este silogismo se representa de la manera siguiente:

S está plenamente caracterizado por las notas distintivas N¹, N², N³.

H presenta las notas distintivas N¹, N², N³.

Luego H es un caso de S.

Para Bacigalupo, la subsunción es una operación mental que consiste en vincular un hecho con un pensamiento y comprobar que los elementos del pensamiento se reproducen en el hecho.⁸³

Este proceso mental caracteriza el famoso silogismo de la determinación de la consecuencia jurídica⁸⁴, en el que mediante la técnica de la deducción lógica se puede demostrar que el suceso que se juzga pertenece a la clase de aquéllos a los que la ley conecta con la consecuencia jurídica. La conexión de ambas premisas es precisamente el problema básico de la motivación de la sentencia⁸⁵

81 LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1980, página 267.

82 JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, afirman que la verdadera contribución del pensamiento jurídico no reside en la aportación del silogismo, sino en la obtención de la premisa menor [*Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Quinta edición, editorial Comares, Granada, 2002, página 163].

83 BACIGALUPO, Enrique. *Técnica de resolución de casos penales*. 2ª edición ampliada, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002, página 109.

84 LARENZ, Karl. *Op. cit.*, página 266.

85 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, página 145.

La operación silogística, dentro de la cual tiene lugar la subsunción, solo puede ser llevada a cabo mediante el empleo de conceptos o definiciones (ejemplo: el concepto de documento público).

La motivación de la subsunción en la sentencia penal requiere el empleo de definiciones y que tales definiciones sean un fundamento suficiente de la motivación que requiere el art. 139°.5 de la Constitución, así como que el razonamiento de la motivación dependa de la estructura de los conceptos utilizados.

La cuestión de si un arma de fuego descargada es un arma en el sentido del artículo 189° CP, dependerá de cómo se defina el concepto de arma. Si se sostiene que arma es todo instrumento que aumenta la capacidad agresiva del autor por los elevados efectos intimidantes que ejerce sobre la víctima, habrá que admitir que un arma de fuego descargada es un arma de fuego, pues el sujeto pasivo resultará intimidado de una manera más intensa que en otros supuestos. Si, por el contrario, se sostiene que el arma, en el sentido de la mencionada disposición, es todo instrumento que aumenta considerablemente el peligro del ataque del autor sobre la víctima, el arma de fuego descargada no debería ser considerada suficiente para subsumir el hecho bajo el tipo de robo agravado con porte de arma, dado que no aumenta considerablemente el peligro corrido por la víctima.

La determinación de cuál de las dos definiciones es la correcta, dependerá de su mayor o menor adecuación con la finalidad de la ley; es decir, otra vez de la interpretación, y, por lo tanto, de una fase anterior a la subsunción. La subsunción puede ser correcta, aunque los conceptos —es decir, las definiciones utilizadas— no sean los más adecuados.

En la aplicación del Derecho Penal no solo se puede operar con definiciones. La aplicación del tipo legal a un hecho concreto es un proceso complejo que puede encerrar en sí mismo tres formas diversas de actividad espiritual: comprobación descriptiva, juicio cognitivo y valoración normativa. Ello surge de la estructura de los tipos penales que se componen de elementos descriptivos y normativos. Los unos limitan al juez a comprobaciones fácticas o a un juicio referente al ámbito de lo fáctico; los otros exigen de él un juicio jurídico de valor general o específico.⁸⁶

En la dogmática penal se distingue entre conceptos fijos y conceptos abiertos. Los conceptos fijos se presentan en aquellos casos en los que contamos con una definición que reconduce a determinados elementos individuales, que se pueden

86 BACIGALUPO, Enrique. *Op.cit.*, página 147.

captar mediante un acto de subsunción objetivamente comprobable y con ayuda del cual es posible solucionar todo caso particular mediante un procedimiento deductivo, sin más. Por el contrario, los conceptos abiertos se caracterizan porque, en lugar de una exacta definición o un concepto indeterminado, se basan en una descripción de la situación típica, agregando un principio regulativo mediante el cual se señala un límite a los espacios abiertos que deja la diversidad real de los hechos a la ponderación judicial. Este principio regulativo señala la dirección de la decisión judicial, de tal manera que en los supuestos en los que el legislador no puede reducir —por las distintas configuraciones que pueden adquirir los hechos—, ciertos elementos del tipo penal a una definición fija, determina, al menos, la dirección con la que se debe tomar la decisión. Ejemplos de estos conceptos abiertos son el “dominio del hecho” —mediante el que se distinguen los autores de otros partícipes—, y el de “posición de garante” —que permite sobre todo determinar quién es el responsable de un ilícito omisivo—. ⁸⁷

En un gran número de supuestos, los jueces disponen de *conceptos fijos* (acción, arma, causalidad, muerte, lesión, cosa, engaño, etc.). En tales casos, la fundamentación de la aplicación de tales conceptos requiere la comprobación de cada uno de los elementos de la definición en la situación fáctica que se juzga. El fundamento jurídicamente adecuado de la afirmación según la cual el autor engañó a la víctima es, precisamente, la comprobación de que en su acción se reproducen los elementos de la definición del engaño, que, como se dijo, es producto de la interpretación. Lo mismo ocurre con la afirmación según la cual el autor causó la muerte de la víctima: es necesario que se puedan comprobar en el hecho todos los elementos que definen la muerte y todos los que definen la causalidad.

Por lo tanto, en la aplicación de conceptos fijos la estructura de la motivación será siempre la misma:

- Establecimiento de la *definición* de cada elemento concreto del tipo.
- Verificación de cada uno de los elementos de la definición en las circunstancias del caso.

La estructura de la fundamentación es más compleja cuando se trata de la subsunción de una determinada situación de hecho bajo un concepto abierto. En este supuesto, el concepto tiene —como ya se dijo— una descripción y un elemento regulativo. Por lo tanto, no solo habrá que demostrar que el suceso al que se aplica el concepto reproduce los elementos de la parte descriptiva, sino también que la

87 *Ibidem*, página 149.

decisión se orienta en el sentido del elemento regulativo. Por ejemplo: el concepto de “exigibilidad” cumple una función regulativa en varios ámbitos jurídicos, pero en especial en la determinación de la culpabilidad jurídico-penal. Consecuentemente, establecidas en forma descriptiva una serie de circunstancias que son relevantes para la culpabilidad, o su ausencia, es preciso decidir si el comportamiento es o no exigible a partir del criterio valorativo de la exigibilidad. Este criterio debe permitir establecer los límites dentro de los cuales el incumplimiento del deber es reprochable mediante una reflexión que tiene un criterio valorativo determinado, que es necesario trasladar argumentalmente al caso concreto.⁸⁸

Dicho de otra manera: es preciso explicar por qué se valoran unas circunstancias determinadas de una determinada manera. Esta argumentación no se puede reducir a formas rígidas, precisamente por las mismas razones que impiden configurar un concepto cerrado de “autoría”, de “comienzo de ejecución” o de “exigibilidad”.

En todo caso, para una correcta motivación de la sentencia no basta con afirmar que el partícipe tenía el codominio del hecho, sino que es preciso explicar por qué, en las circunstancias del caso, es posible afirmar que su contribución al hecho le permitía codominar la ejecución del delito.

La subsunción típica no solo requiere la comprobación de elementos descriptivos. Los tipos penales contienen también, como es sabido, *elementos normativos*. En lo que atañe a estos elementos, no siempre es posible hablar de subsunción bajo una definición. Por lo tanto, en lo que se refiere a los elementos normativos, la motivación de la sentencia debe adoptar ciertas particularidades que son consecuencia de la estructura conceptual de los mismos. Los elementos normativos no requieren “una comprobación de hechos, sino un juicio judicial de valor”.

Para la comprobación de elementos normativos, el Juez tiene que valorar y expresar su valoración. Empero, no todos los elementos normativos implican una idéntica valoración. En la teoría se ha distinguido con razón entre los elementos que contienen una valoración y los que requieren (del juez) una valoración. Ambas especies de elementos normativos tienen en común una característica negativa: no tienen carácter empírico (no son elementos del hecho que el autor o el juez puedan conocer mediante sus sentidos). Sin embargo, esta característica solo es, en principio, relevante a los efectos del error del autor, dado que desde este punto de vista se plantea la cuestión de cuándo es posible aceptar que ha obrado con un error sobre un elemento cuyo conocimiento no solo requiere una perspectiva sensorial.

88 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, página 153.

Por el contrario, desde la perspectiva de la motivación de la sentencia, solamente ofrecen una problemática diferenciada de los elementos normativos que requieren una valoración judicial, pues aquéllos que ya contienen una valoración jurídica (por ej.: “ajena” referido a la cosa en el hurto, no son conceptos empíricos, pero, por regla general, se determinan mediante una aplicación de normas en forma silogística).

Hassemer, señala que cuando el legislador emplea elementos normativos, como por ej. “buenas costumbres”, “no ha querido librar al juez de la vinculación a la ley” (...). “La cuestión del alcance (del significado) de los conceptos que requieren una valoración judicial (por lo tanto) no se dirige a la voluntad del juez penal”.

Por lo tanto, el juez, aplicando estos criterios, debería motivar su valoración mediante una expresa referencia a normas sociales (no jurídicas), a criterios éticos —tanto sociales como estándares— de comportamiento, reconocidos socialmente.

La motivación de la comprobación de los elementos normativos no es en todos los casos semejante. Cuando el Tribunal deba verificar la existencia de un elemento normativo que contiene una valoración jurídica (por ej. “cosa ajena”, “documento”, “tributo”, etc.), el razonamiento silogístico en nada diferirá de los ya expuestos en relación a los elementos descriptivos. A la inversa, cuando el Tribunal deba motivar la existencia de un elemento normativo que requiere una valoración judicial, la argumentación será más compleja. Comenzará con una justificación de la elección de la norma ético-social, del estándar o del criterio en el que se basa la valoración judicial (por ej. deberá explicar [si lo hace] por qué aplica una norma ético-social que establece que una mujer que se presenta en una playa en topless realiza una exhibición obscena, dándole preferencia sobre otras normas de la misma especie que establecen lo contrario). A partir de ese momento, el razonamiento de la motivación no difiere de los restantes casos. En suma: la diferencia radica en que cuando se valora sobre la base de normas jurídicas vigentes, el Tribunal o el juez no necesitan justificar la existencia de la misma, mientras que cuando la valoración se apoya en una norma extra-jurídica, realizar la justificación de ésta resulta imprescindible. Dicho de otra manera: en los llamados “elementos normativos de valoración cultural”, la premisa mayor del silogismo (la Ley aplicable) se debe integrar con la norma legal y la norma ético-social que la complementa.⁸⁹

La motivación de la subsunción bajo el tipo subjetivo no tiene características distintas de la referente al tipo objetivo. En sentido estricto —afirma Hassemer—, conceptos tales como intención, dolo, voluntario, creíble, no son supuestos de

89 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, página 157.

ambigüedad significativa, sino de complicación en el momento de su comprobación en el proceso. Estas complicaciones radican en la simple circunstancia de que los objetos mencionados por tales conceptos se esconden detrás de un muro por regla, detrás de la frente de una persona.

Es decir: la determinación de si el autor obró con dolo dependerá de la comprobación de si el autor obró según lo que establezca una definición (dogmáticamente plausible) del dolo; lo complicado será establecer si en el caso concreto el autor obró, por ej., habiendo realmente conocido y querido. Pero lo cierto es que la subsunción del elemento subjetivo del tipo (dolo, especiales elementos subjetivos del tipo) requiere una operación similar a la de los elementos descriptivos objetivos.

Para llevarla a cabo es claro que serán necesarias, por lo tanto, definiciones del dolo, del ánimo de lucro, etc. En la práctica es frecuente que se opere con conceptos no explícitos relativos a algunos elementos subjetivos, sobre todo en el caso del ánimo de lucro, como si fuera obvio lo que se debe entender por tal.

En resumen, la motivación de la subsunción típica tiene una estructura silogística. El razonamiento debe comenzar, por lo tanto, con la determinación de la disposición legal aplicable al caso. Esta disposición legal requiere, en todo caso, ser interpretada, no solo para determinar su contenido escrito, sino también —y esto es con frecuencia lo más importante— su contenido no escrito (por ej.: posición de garante en los delitos impropios de omisión, criterios determinantes de la causalidad y de la imputación objetiva, etc.). El resultado final de la interpretación debe permitir un *análisis* de los *conceptos y valoraciones* que caracterizan al tipo penal concreto. Los primeros se expresan en definiciones dogmáticas que pueden ser más o menos abiertas y que según el grado de precisión que les es propio determinan distintas formas de razonar la subsunción. En estos supuestos, la sentencia estará correctamente motivada si la decisión judicial se apoya en una definición dogmáticamente plausible.⁹⁰

Por el contrario, cuando el tipo penal incluya elementos que requieren una *valoración judicial de contenido cultural* (basado en normas extra-jurídicas), el razonamiento debe *justificar* la elección de la norma o el criterio que fundamenta la valoración. Esta estructura del razonamiento rige también para el tipo subjetivo (dolo y elementos especiales subjetivos de autoría).

90 BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, página 159.

Motivación de la Determinación Judicial de la Pena

1. El deber de motivación de la determinación judicial de la pena

En una sentencia penal, el órgano jurisdiccional emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al imputado ("juicio de subsunción"). Luego, a la luz de la evidencia existente, decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste ("declaración de certeza"). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida ("individualización de la sanción"). [Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, F.J. 6].

La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un juez penal. En la doctrina también recibe otras denominaciones, como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena.

La función de la determinación judicial de la pena radica en identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito. Se trata, por lo tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales.⁹¹

Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico. Esto es, el legislador solo

91 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal. Editorial Idemsa, Lima, 2009, página 115.

señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Esto se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales [Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 F.J. 7].

Para determinar la pena aplicable al autor de un delito de autoaborto del artículo 114° del Código Penal, el juez deberá examinar y decidir sobre varios aspectos:⁹²

- a. Primeramente, si aplica una pena privativa de libertad o una pena de prestación de servicios a la comunidad.
- b. En segundo término, la extensión que tendrá la sanción elegida, sea como tiempo de servicios comunitarios a cumplir.
- c. Finalmente, deberá concretar si la pena privativa de libertad se cumplirá de modo efectivo o, si cabe, la suspensión condicional de su ejecución. En su defecto, señalar el lugar y la modalidad del cumplimiento de los servicios comunitarios que fuesen asignados.

El deber de motivar las resoluciones judiciales constituye un imperativo constitucional expresamente previsto en el artículo 139°.5 de la Constitución Política del Perú. En el caso de las sentencias penales condenatorias, el deber de motivación es especialmente relevante, tanto por exigencias del principio de legalidad penal, como porque están en juego derechos y libertades fundamentales de las personas. No hay duda de que dicha obligación se extiende a los casos en que la ley remite a la discrecionalidad judicial la decisión sobre el marco concreto de la pena aplicable en función del grado de ejecución del delito y de la concurrencia de especiales circunstancias modificativas de la responsabilidad, casos en los que resulta exigible que el juez exprese las razones de su decisión en la sentencia.⁹³ La motivación es fundamental para que la discrecionalidad judicial no se convierta en arbitrariedad.

Dicho de otro modo, la ley reconoce al juez un margen de discrecionalidad o arbitrio, pero ello no es óbice para la necesidad de motivación sino que, por el contrario, para que la decisión judicial no aparezca como fruto de la arbitrariedad

92 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. Op. cit., página 116.

93 ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000,

—constitucionalmente proscrita—, el juez o tribunal debe explicar las razones de su opción por una determinada pena.⁹⁴

2. La determinación de la pena básica

Desde el punto de vista operativo y práctico, la determinación judicial de la pena tiene lugar mediante etapas. Por lo general, se alude a dos etapas secuenciales: 1) la determinación de la pena básica; y 2) la determinación de la pena concreta.

La determinación judicial de la pena básica consiste en verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito. Aquí es importante advertir que existen delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal. Por ejemplo, en el artículo 108° se reprime el delito de asesinato consignando solo el extremo mínimo de la pena que se señala en quince años. Para conocer el máximo se deberá recurrir al artículo 29°, que contempla como límite genérico de las penas privativas de libertad temporales treinta y cinco años.

3. La determinación de la pena concreta

Es la segunda etapa, la de la determinación judicial de la pena, en la cual el juzgador debe individualizar la pena concreta —entre el mínimo y el máximo de la pena básica—, evaluando para ello diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos 46°, 46°A, 46°B y 46° C del Código Penal, y que estén presentes en el caso penal.

A decir de Prado, se trata de un quehacer exploratorio y valorativo que se realiza en función de la presencia de circunstancias legalmente relevantes que estén presentes en el caso. La pena concreta será la que realice el ius puniendi del Estado en el infractor, mediante una sentencia condenatoria que deberá cumplir el autor o partícipe culpable del delito.⁹⁵

94 RAMOSTAPIA, Ma. Inmaculada. "El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena". En: Cuadernos de Política Criminal N° 69, Editorial Edersa, Madrid, 1999, páginas 613-633.

95 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. Op. cit., página 118.

4. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuricidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de pena aplicable al hecho punible cometido.

En ese contexto, se considera como circunstancias comunes o genéricas a aquéllas que pueden operar con cualquier delito; por ejemplo, las circunstancias previstas en el artículo 46° del Código Penal. Son reguladas en la Parte General del Código Penal. Esta clase de circunstancias solo permiten graduar la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por la pena básica.

En cambio, las circunstancias especiales o específicas se regulan en la Parte Especial y solo en conexión funcional con determinados delitos. Ese es el caso de las circunstancias previstas en los incisos del artículo 186° del Código Penal, que operan exclusivamente con el delito de hurto (artículo 185°); o de aquéllas que enumera el artículo 297°, que son consideradas para el delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 296° CP).⁹⁶

Por otro lado, si bien las circunstancias cualificadas pueden operar también con cualquier delito —como es el caso del artículo 46°A del Código Penal—, disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena, que será el límite fijado para dicho tipo de agravante por la ley (“...un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido...”). La pena básica tendrá hasta este nuevo máximo legal, y dentro de este margen el juez deberá determinar la pena concreta.

Mientras que, cuando concurre en el caso una circunstancia privilegiada, lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original, que será sustituido por uno nuevo e inferior. Encontramos un ejemplo de esta clase de circunstancia en el artículo 22° del Código Penal, que valorando la edad del agente al momento de la comisión del delito, permite al juez imponer una pena concreta cuya expresión cuantitativa estará siempre por debajo del mínimo legal conminado para el hecho punible realizado.

En razón de su efectividad, las circunstancias pueden ser atenuantes, agravantes o mixtas. Son atenuantes aquéllas que por señalar un menor desvalor de la conducta

96 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. Op. cit., página 120.

ilícita realizada, o un menor reproche de culpabilidad sobre el agente de la misma, producen como efecto la consideración o aplicación de una pena menor.⁹⁷ Como ejemplo de una circunstancia atenuante podemos señalar la comisión de delitos contra el estado civil por un móvil de honor, conforme lo establece el artículo 146° del Código Penal.

Las circunstancias agravantes son las que tienen un mayor desvalor de la conducta o un mayor reproche de culpabilidad sobre su autor, y que por lo tanto producen un incremento en la conminación o imposición de una pena. Por ejemplo, es una circunstancia agravante que el agente en la comisión de un delito informático ponga en peligro la seguridad nacional (artículo 207° C del Código Penal).

Son circunstancias mixtas aquéllas que pueden constituir un efecto agravante o atenuante. Por ejemplo, la circunstancia del parentesco.

Un aspecto importante en la relación de las circunstancias y la determinación judicial de la pena, es el que corresponde a la concurrencia de circunstancias en un caso penal. Esto es, que en la causa pueden estar presentes varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes o, simultáneamente, circunstancias agravantes y atenuantes⁹⁸. Al respecto, la teoría penal más representativa precisa que al producirse una concurrencia de circunstancias, el Juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada una de las circunstancias concurrentes. Es decir, toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta.

Por lo tanto, a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor. Por el contrario, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido. Por último, frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores

97 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. Op. cit., página 120.

98 El Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 ha establecido como doctrina legal: "Las circunstancias agravantes deben ser evaluada, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. 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 (ne bis in idem). El juez deberá verificar que cada circunstancia concurrente esté referida siempre a un factor o indicador diferente. Si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el juez resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional deberá valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta. 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".

"Cuando hay concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel, la circunstancia de mayor grado absorberá la potencial eficacia agravante de las de grado inferior. Por tanto, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer".

de aumento y disminución de la sanción, pudiendo situarse la pena concreta en el ámbito de la pena básica.⁹⁹

Sin embargo, es pertinente destacar que la concurrencia simultánea o sucesiva de varias circunstancias solo tiene efectividad en la determinación de la pena concreta, cuando todas las circunstancias concurrentes son compatibles entre sí. Esto es, siempre que cada circunstancia concurrente se refiera a un factor o indicador diferente. Lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de la persona que fue detenida cuando pretendía ingresar a un centro penal una bolsita de polietileno conteniendo cincuenta gramos de pasta básica de cocaína. Efectivamente, en este supuesto las circunstancias concurrentes son compatibles, pues aluden a dos factores distintos: lugar de comisión del delito (art. 297º, inciso 4, del Código Penal) y escaso volumen del objeto de acción del delito (artículo 298º del Código Penal).

5. Las circunstancias genéricas del artículo 46º del Código Penal

a. La naturaleza de la acción

Esta circunstancia puede atenuar o agravar la pena, en la medida que permite dimensionar la magnitud del injusto realizado. El juez tendrá que tener en cuenta la modalidad del delito perpetrado, es decir la forma en que se ha manifestado el hecho.

b. Los medios empleados

Esta circunstancia se refiere también a la magnitud del injusto. La realización del hecho punible se ve favorecida con el empleo de medios idóneos. Un ejemplo de la relevancia de los medios empleados, lo encontramos en la consideración de dicha agravante específica para configurar un homicidio calificado, cuando el agente mata a la víctima empleando "...fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas" (art. 108º.4 CP).

c. La importancia de los deberes infringidos

Es una circunstancia relacionada con la magnitud del injusto, pero que toma en

⁹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, José. Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, Universidad de Valencia, Valencia, 1988, página 222.

cuenta también la condición personal y social del agente. Resulta, por lo demás, coherente que la realización del delito con infracción de deberes especiales propicie un efecto agravante, en la medida que el desvalor del injusto es mayor, pues trasciende la mera afectación o puesta en peligro del bien jurídico. Esto es, el agente compromete, también, obligaciones especiales de orden funcional, profesional o familiar que tiene que observar.¹⁰⁰

d. *La extensión del daño o de los peligros causados*

Esta circunstancia indica la cuantía del injusto en lo que atañe a su proyección material sobre el bien jurídico tutelado. Aunque autores como Prado Saldarriaga señalen que resulta más adecuada su inclusión como circunstancia agravante específica —tal como se le considera para el delito de robo en el inciso 4 del artículo 189°, párrafo segundo, CP: “Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica”.

e. *Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión*

Estas circunstancias tienen que ver con las facilidades o dificultades que se han presentado al agente para la realización del hecho punible. No es lo mismo matar a una persona en su casa que en la calle, pues en este último caso las condiciones son más difíciles para el agente, en la medida que su acto puede ser impedido o producirse una desviación en el golpe. En algunos casos la nocturnidad facilita la realización del delito, por ejemplo una violación; en otros dificulta la identificación de la víctima, por ejemplo en un asesinato por lucro.

f. *Los móviles y fines*

La motivación y los fines que determinan, inducen o guían la acción delictiva del agente, influyen de modo determinante en la mayor o menor intensidad de su culpabilidad. Esto es, tales circunstancias coadyuvan a medir el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su naturaleza subjetiva es preeminente y se expresa en lo útil, altruista o egoísta del móvil o finalidad.¹⁰¹

g. *La unidad o pluralidad de agentes*

La pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima. Tal concurrencia de agentes expresa necesariamente un acuerdo de voluntades que se integran para lo ilícito. Según Prado, la pluralidad de agentes expresa siempre una coautoría funcional, esto es un codominio del hecho. No se puede incluir en esta noción de “pluralidad” a los partícipes, sean

100 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit., página 126.

101 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. Op. cit., página 127.

éstos instigadores o cómplices. El Código Penal vigente califica con frecuencia a tal pluralidad como circunstancia agravante específica.¹⁰²

h. La edad, educación, situación económica y medio social

Se trata de circunstancias vinculadas a la capacidad penal del imputado y a su mayor o menor posibilidad de internalizar el mandato normativo, así como de motivarse en éste y en sus exigencias sociales. Estas circunstancias operan, pues, sobre el grado de culpabilidad del agente y sobre la intensidad del reproche que cabría hacerle.

i. La reparación espontánea que hubiera hecho del daño

Se trata de una circunstancia posdelictiva, en la medida que toma en cuenta la conducta posterior al delito que exteriorizó el agente. Se considera que la reparación del daño ocasionado por el delincuente revela una actitud positiva que debe apreciarse favorablemente con un efecto atenuante.

j. La confesión sincera antes de haber sido descubierto

En esta circunstancia se valora un acto de arrepentimiento posterior al delito. Con ello se expresa la voluntad del agente de hacerse responsable por el ilícito cometido y de asumir plenamente las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. Esta actitud se destaca a favor del agente, pues con ella se rechaza la frecuente conducta posterior al hecho punible, que se suele orientar hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor. Ahora bien, en la actualidad nuestro sistema penal también considera a la confesión sincera, en sede judicial, como una atenuante privilegiada en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales. No obstante, la circunstancia del artículo 46° del Código Penal que aquí se analiza, se diferencia de aquélla en tanto equivale a la denominada autodenuncia. De allí que su menor eficacia procesal y probatoria determine que solo se le conceda la condición de circunstancia genérica.¹⁰³

k. Las condiciones personales y las circunstancias que llevan al conocimiento del agente

El carácter enunciativo del artículo 46° se complementa con la amplitud circunstancial que la ley concede al juez. Efectivamente, él tiene, además, una opción innominada y abierta para interpretar y apreciar otras circunstancias, distintas de las expresamente identificadas por cada inciso procedente de dicho artículo. Para evitar contradicciones al principio de legalidad y riesgos

102 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. Op. cit., página 128.

103 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. Op. cit., página 129.

de arbitrariedad, el juez deberá especificar la circunstancia que invoca y su equivalencia con las reguladas legalmente. Sobre todo debe fundamentar razonablemente cómo es que tal circunstancia resulta idónea para definir un perfil que permite conocer mejor la personalidad del agente.

6. La reincidencia y la habitualidad en la determinación de la pena

En el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República han establecido determinados criterios de interpretación acerca de la reincidencia y su aplicación en la determinación judicial de la pena:

- 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, que fue la razón 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 en los casos en los cuales, 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 solo 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 aplicará esta sanción excluyéndose las demás).

- d. *Sobre los elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46°B y 46°C.* Se debe asumir que la reincidencia opera solo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de la 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 1924. 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 ya cumplida total o parcialmente.

En cuanto a la habitualidad, ésta se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre ninguno 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 cualificadas 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 de delitos graves en prisión) 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 los límites contemplados por el artículo 46°A del Código Penal (de treinta 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 años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua solo se aplicará 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 28730, del trece de mayo de dos mil seis; esto es, cuatro días después de que la Ley 28726 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 cancelados”*. De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley 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”)—, operará definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por esa condena.

7. La prohibición de doble valoración

Según el artículo 46° del Código Penal, *“...para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad...”* De tal manera que recoge el llamado principio de prohibición de doble valoración, conforme al cual cuando las circunstancias concurrentes aluden a un mismo factor, devienen en incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia específica excluye a la genérica.

A decir de Maurach, la función de la prohibición de la doble valoración atañe principalmente a la relación entre el marco punitivo y el marco de culpabilidad.¹⁰⁴

El fundamento de la prohibición de la doble valoración se deduce, a partir de la colaboración basada en la división del trabajo y en la división de la responsabilidad, entre la pena prevista por el legislador y la aplicada por el juez. Aquella parte de la determinación de la pena que el legislador ha solucionado de manera general, en cuanto a la tipificación de factores de ilicitud y culpabilidad, no puede ser reclamada

104 MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, página 741.

para sí por el juez al concretar la determinación de la pena.¹⁰⁵ Por lo tanto, se prohíbe considerar adicionalmente con efecto agravante (o atenuante) la configuración de un elemento típico en la medición judicial de la pena.

Así, por ejemplo, el empleo del fuego o de explosivos como medios para la comisión del asesinato, no pueden ser valorados como la circunstancia agravante genérica “los medios empleados” del artículo 46°.2 del Código Penal, en razón de que el empleo del “fuego” o de “explosivos” son medios típicos del delito de asesinato previstos en el artículo 108°.4 del Código Penal. Si lo hiciera así, el juez estaría realizando una doble valoración.

8. Modelo de motivación de la determinación de la pena

Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, Exp. N° A.V. 33-2003 [Fundamentación de la determinación judicial de la pena]:

1. Determinación judicial de la pena

76°. Como ya lo ha ratificado esta Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República en sus sentencias de fecha siete de abril último, recaída en la causa número AV-19-2001, y de fecha veinte de julio del año en curso, correspondiente al proceso número AV-23-2001, la función esencial que cumple el procedimiento de determinación judicial de la pena en un fallo de condena es identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un delito. Se trata, por lo tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales que debe hacerse en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad — artículos II°, IV°, V°, VII° y VIII° del Título Preliminar del Código Penal— y bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

77°. La determinación judicial de la pena se estructura y desarrolla en dos etapas secuenciales. En la primera etapa se deben definir los límites de la

105 MAURACH, Reinhart. *Op. Cit.*, páginas 741-742.

pena o penas aplicables, lo cual se cumple con la identificación de la pena básica o espacio punitivo que comprende un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final. En la segunda etapa, el órgano jurisdiccional, atendiendo a la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes reguladas legalmente y que están presentes en el caso, individualiza la pena concreta aplicable al autor o partícipe culpable del delito, pero sin exceder los límites prefijados por la pena básica.

78°. En el presente caso, según se ha determinado, el acusado es autor culpable de tres delitos independientes y de naturaleza distinta: peculado doloso, cohecho activo genérico e interferencia o escucha telefónica. Por ende, se configura un concurso real heterogéneo de delitos. El citado concurso delictivo tiene un régimen de determinación judicial de la pena específico, con reglas propias que están legalmente diseñadas en el artículo 50° del Código Penal, cuyo texto legal original resulta ser el aplicable por haber estado vigente al momento de la comisión de los delitos imputados, y por resultar más favorable que el incorporado posteriormente con la Ley número 28730, del trece de mayo de dos mil seis.

Conforme a dicha disposición, el procedimiento a seguir comprende dos fases: 1. Como pena básica se elige la pena más grave de las conminadas para los delitos integrantes del concurso. 2. Los otros delitos de menor gravedad deben ser considerados como circunstancias agravantes para graduar la pena concreta y alcanzar la más severa represión.

79°. Ahora bien, a efectos de determinar la pena o penas del delito más grave, es necesario destacar que los delitos de peculado doloso, cohecho activo genérico e interferencia o escucha telefónica,—según se ha señalado— se cometieron con un explícito abuso del poder funcional que ejercía el encausado Fujimori Fujimori. En tal virtud, resultaría pertinente invocar, en el delito de cohecho activo genérico —no así en los delitos de peculado e interferencia o escucha telefónica, en tanto y en cuanto en estos ilícitos esta condición de funcionario público constituye un elemento constitutivo del tipo legal o una circunstancia específica de agravación de la penalidad—, la circunstancia cualificada prevista en el artículo 46° del Código Penal, incorporada por el artículo 2° de la Ley número 26758, del catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete. En tal sentido, el Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho,

en su fundamento jurídico octavo, ha explicado que solo las circunstancias cualificadas permiten la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena, el cual será el límite fijado para dicho tipo de agravante por la ley, esto es, *“...un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido”*.

Ello significaría que el nuevo extremo del máximo legal de la pena básica para el delito de cohecho activo genérico, y dentro de la cual el juez debe determinar la pena concreta y evaluar toda posibilidad de prescripción de la acción penal [Sentencia del Tribunal Constitucional número 1065-2006-PHC/TC, del veintidós de enero de dos mil siete], sería una pena privativa de libertad de seis años y ocho meses para el caso tipificado en el primer párrafo del artículo 399° del Código Penal, y de cinco años y cuatro meses para el supuesto regulado en el segundo párrafo de dicha norma —esta conclusión se justifica porque el texto original de ambos párrafos del artículo 399° establecían pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; y no menor de dos ni mayor de cuatro años, respectivamente—, conjuntamente con las penas de inhabilitación no mayor de tres años —esta última prevista en el artículo 426° del citado Código sustantivo.

De ser así, entonces, el delito más grave de los tres en concurso real sería el de peculado doloso, para el cual la pena es privativa de libertad no mayor de ocho años e inhabilitación no mayor de tres conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal.

En suma, pues, la regla concreta que ha de seguirse para la correcta aplicación del artículo 50° del Código Penal será tomar como penalidad más grave la prevista para el delito de peculado, sin que en modo alguno su cuantía pueda ser excedida por el órgano jurisdiccional.

80°. Por consiguiente, al ser el acusado Fujimori Fujimori culpable de tres hechos punibles, resulta ser autor de un concurso real heterogéneo de delitos. Siendo así, la pena básica para el caso sub judice, como se ha mencionado, es la conminada para el delito de peculado, por ser la más grave. Esta penalidad, como también se ha precisado, está compuesta por dos penas principales conjuntas: pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de ocho e inhabilitación no menor de uno ni mayor de tres años, conforme a las incapacidades señaladas por los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal. Esta última pena principal se integra por expreso mandato legal del artículo 426° del citado cuerpo de leyes. No puede aceptarse, entonces, la inhabilitación prevista en el inciso 4) del artículo 36° del Código Penal —incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de

tercero, profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia—, pedida por el Ministerio Público, porque no está contemplada para el delito de peculado, que rige la pena básica con arreglo al artículo 50° originario del mismo cuerpo de leyes. La inhabilitación en cuestión solo está prevista para el delito de interferencia o escucha telefónica del artículo 162° del Código acotado.

81°. Para la individualización de la pena concreta se aprecian las siguientes circunstancias agravantes, que están reguladas en el artículo 46° del Código Penal:

A. La naturaleza de las acciones ilícitas realizadas de modo premeditado y planificado, dirigidas a lesionar el deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio de la Nación para promover el bienestar general así como el deliberado propósito de afectar los derechos a la intimidad y secreto de las comunicaciones de los ciudadanos.

B. El empleo de medios fraudulentos y clandestinos, que además abusaron de los sistemas y servicios operativos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional para asegurar su efectividad.

C. La intervención, concertada y coordinada, en la ejecución de los hechos delictivos, de una pluralidad de personas que actuaron bajo la orientación de las disposiciones dadas por el acusado desde su posición de poder como Presidente de la República.

D. La extensión del daño ocasionado al erario público, así como a la pluralidad de personas perjudicadas.

82°. Por otro lado, este Tribunal debe evaluar también, primero, si resulta de aplicación un efecto atenuante por el allanamiento-confesión del acusado; y, segundo, los efectos premiales de la conformidad, sobre la base del Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, fundamento jurídico 23°. En cuanto al allanamiento-confesión del acusado, según las bases establecidas en el Acuerdo Plenario antes invocado, desde sus fundamentos político criminales, requiere del cumplimiento de requisitos externos e internos a la vez que su *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos, que sea relevante para efectos de la investigación de los mismos, a la par que evidencie una voluntad de colaboración, esto es de coadyuvar a los fines del proceso. Solo de esta manera se concilian y reducen agravios y se aminora la tensión social que el delito ocasiona. De no ser así, no se presentará un comportamiento posdelictivo parcialmente compensador

de la culpabilidad en que se incurrió, y no se manifestará un comportamiento con un sentido constructivo de negación en parte del hecho punible cometido, a la vez que una actitud del autor a favor de la ratificación de la vigencia de la norma vulnerada.

En el presente caso, el reconocimiento de ser autor de los hechos punibles imputados, que realizó el acusado en su primera intervención durante el juicio oral, contribuyó a la facilitación del esclarecimiento y la definición consiguiente de los delitos objeto del proceso. Cabe, por lo tanto, aplicar prudencialmente un efecto atenuante a dicho allanamiento-confesión.

83°. En lo referente al beneficio premial por sometimiento a la conformidad procesal, la consecuencia jurídica es otra, distinta de la apreciada en el caso del allanamiento-confesión. El Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, ha declarado en vía de integración jurídica —analogía— que toda conformidad procesal, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto jurídico favorecedor el beneficio de reducción de la pena. La reducción de la pena que conlleva la conformidad procesal siempre será menor de la sexta parte fijada en el vigente artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal referido al proceso especial de terminación anticipada —fundamento jurídico 23°, primer párrafo, del Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116—, y solo atiende a razones de simplificación y economía procesales.

Ahora bien, en atención a lo expuesto, es evidente que en el caso materia del proceso se detecta una concurrencia compatible de circunstancias agravantes —curso real de delitos, modo de ejecución— y atenuantes (por allanamiento-confesión y conformidad), por lo que el órgano jurisdiccional deberá de compensar en la definición de la pena a imponer al acusado los efectos punitivos de unas y otras. Esto es, la extensión de la pena concreta tiene que reflejar la efectividad y valoración de todas las circunstancias concurrentes.

En tal sentido, partiendo de una pena concreta, pero parcial, de ocho años de pena privativa de libertad y de tres años de inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal, la que en justicia corresponde a la pluralidad y modalidad ejecutiva de los delitos cometidos, cabe atenuar su dimensión cuantitativa sobre la base del allanamiento-confesión y de la conformidad manifestada por el acusado en la audiencia y que la ley reconoce, lo que determina una reducción prudencial de la pena que la Sala Penal Especial estima equivalente a un tercio de la aludida pena concreta parcial.

En consecuencia, pues, la pena concreta a imponer será de seis años de pena privativa de libertad y de dos años de inhabilitación conforme a las incapacidades definidas en los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal.

84°. Conforme al artículo 47° del Código Penal, son abonables para el cómputo de la pena privativa de libertad impuesta, el tiempo de detención que haya sufrido el acusado a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

En el caso de autos, no solo debe computarse la detención sufrida por el imputado desde que llegó al país procedente de Chile (veintidós de septiembre de dos mil siete), pues, como consecuencia de la solicitud nacional en los marcos del procedimiento auxiliar de extradición, se le sometió a privación de libertad cautelar en ese país.

Las informaciones periodísticas, en tanto consolidan un hecho público y notorio, dieron cuenta de que el imputado Fujimori no estuvo privado de su libertad en un centro oficial de detención todo el tiempo que duró el procedimiento de extradición. Desde el dieciocho de junio de dos mil seis hasta el siete de junio de dos mil siete gozó de libertad bajo fianza, y desde el ocho de junio de dos mil siete hasta veintidós de septiembre de dos mil siete se dictó en su contra arresto domiciliario. Todo este período no es de abono a la pena de privación de libertad ahora impuesta, en especial el de arresto domiciliario en concordancia con la interpretación sancionada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia número 0019- 2005-PI/TC, del veintiuno de julio de dos mil cinco.

Motivación de la Reparación Civil

1. Notas preliminares y naturaleza de la acción reparatoria

No es práctica de nuestros tribunales fundamentar adecuadamente en las sentencias penales lo relativo a la responsabilidad civil; es decir, la parte dispositiva que contiene por lo general un monto en nuevos soles que se fija como reparación civil no es consecuencia de una actividad racional y tampoco se encuentra justificada. La reparación civil con frecuencia es mera expresión de voluntarismo o de criterios tan poco justificados como “la prudencia” o “las condiciones económicas del obligado” o “la gravedad del delito cometido”.

El imperativo constitucional exige una motivación adecuada y completa, que no solo justifique la decisión penal, sino también la decisión sobre la responsabilidad civil, pues como se verá más adelante en el proceso penal peruano la acción reparatoria se encuentra acumulada a la acción penal.

La motivación, desde una perspectiva general, ha de abarcar todos los extremos de la sentencia que tienen incidencia sobre la decisión y, sin duda, la reparación civil es un extremo imprescindible del razonamiento judicial. El Código Penal peruano no tiene una norma como la del art. 115º del Código Penal español, que señala que los jueces “... al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones, las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución...”, pero es obvio que en la sentencia se debe establecer

razonadamente las bases en las que se fundamentan la cuantía de los daños e indemnizaciones.¹⁰⁶

La lectura literal del art. 92° del Código Penal: *La reparación civil se determina conjuntamente con la pena*, ha llevado a que la jurisprudencia nacional sostenga erróneamente que toda condena penal necesariamente implica fijar una reparación civil, convirtiendo a ésta en una derivación del delito, cuando en realidad lo que viene a señalar tal norma es que no es necesario recurrir a la vía extrapenal para ejercitar la acción reparatoria, sino que ésta puede exigirse en sede penal.

Como señala Asencio Mellado, la confusión más generalizada es aquélla que tiene como origen el entender que la responsabilidad civil que se exige en el proceso penal deriva de la comisión de un hecho delictivo, y precisamente por ser éste delito o falta. Y esta confusión ha llevado a un entendimiento complejo e inapropiado de ciertos principios, como la accesoriedad de la acción civil respecto de la penal que llegan a consagrar un doble régimen de responsabilidades civiles según éstas se ejerciten en el ámbito del proceso penal o en el civil. Así comprendida la cuestión, y olvidando que el enjuiciamiento conjunto no es otra cosa que una simple acumulación de pretensiones, se llega a conclusiones complejas que otorgan a la responsabilidad civil un carácter penal, casi sancionador o de responsabilidad objetiva, lo que sin duda alguna carece de justificación normativa y dogmática.¹⁰⁷

No hay dos tipos de responsabilidad civil por el hecho de que una de ellas sea producto de un ilícito civil sin repercusión penal, y otra lo sea de un hecho que a la vez puede ser considerado como delito. La responsabilidad civil nunca tiene su origen o causa en la comisión de un hecho delictivo, y es ajena a esta calificación. Su origen siempre está en una conducta que origina un daño civil y que, como tal, está prevista en las leyes civiles, aunque los textos penales limiten posteriormente las acciones ejercitables en el proceso penal. Por tal razón, la respuesta judicial a la acción civil nunca lo es de carácter penal, sino civil, consistiendo —porque así lo establece el Código Penal— en una restitución, en una reparación o en una indemnización.¹⁰⁸

En consecuencia, la acción civil es independiente de la penal y esa independencia tan evidente se opone a cualquier consideración que vincule a ambas más allá de su tramitación conjunta cuando la ley lo autoriza. Es sabido que la inexistencia de delito, por cualquier causa, no entraña necesariamente la extinción de la acción civil. Que un hecho no sea delictivo carece de trascendencia a los efectos de resolver

106 San Martín Castro, César. "Algunos aspectos procesales de la reparación civil." En: Juan Espinoza Espinoza, Responsabilidad Civil II. Editorial Rhodas, Lima, 2006, página 37.

107 Asencio Mellado, José María. "Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil en el marco del proceso penal." En: Rigor doctrinal y práctica forense. Ed. Atelier, Barcelona, 2009, página 160.

108 Asencio Mellado, José María. Op. cit., página 160.

sobre la responsabilidad civil. La responsabilidad civil no depende de la calificación del delito, sino de la efectiva producción de un daño reparable en sentido amplio. Por último, respecto a la pretensión civil rige el principio dispositivo que permite concluirla mediante fórmulas de consenso que agotan la pretensión y que dejan la acción sin contenido e inexistente, y al actor sin legitimación.¹⁰⁹

Cuando se ejercita en el proceso penal, la acción civil derivada del delito no constituye otra cosa que una simple acumulación de pretensiones cuyo fundamento radica en la economía procesal, y la resolución en un solo procedimiento de pretensiones.¹¹⁰

2. El daño como fundamento de la reparación civil

El Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 ha establecido 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, que obviamente no puede identificarse con “ofensa penal” —lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente—; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos [F.J. 7].

Desde esta perspectiva, el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que se derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar tanto consecuencias patrimoniales como no patrimoniales. Una conducta concreta 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 del 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 bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno— [F.J. 8].

Asencio Mellado ha sostenido que el hecho de que sea absolutamente necesaria la producción de un daño de estas características, es lo que impide que la acción civil derivada del delito pueda ejercitarse en los casos de delitos de peligro abstracto o

109 Asencio Mellado, José María. Op. cit., páginas 161-162.

110 Asencio Mellado, José María. Op. cit., página 162.

de realización imperfecta, en los de contenido inmaterial o en los de resultado, si éste no se ha llegado a producir. Es la ausencia de daño lo que permite afirmar que en este tipo de delitos no cabe exigir responsabilidad civil en el proceso penal, pues el daño nunca puede ser entendido como una sanción derivada de un riesgo civil. El riesgo que no se traduce en un daño efectivo nunca puede amparar una acción civil de responsabilidad.¹¹¹

Discrepo con quienes niegan la posibilidad de establecer responsabilidad civil en los delitos de peligro o de realización imperfecta, así como con el pensamiento de nuestra jurisprudencia decimonónica, que sin acreditarse daño alguno impone reparaciones civiles —incluso por montos elevados—, como ocurre en los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego.

El Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 señala que los delitos de peligro pueden definirse como aquéllos 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 desea evitar. A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos pueden ocasionar daños civiles y, por lo 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, aun cuando es distinto el objeto sobre el que 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 una responsabilidad civil,¹¹² pues aunque en el terreno fáctico es difícil imaginar supuestos de delitos de peligro que produzcan daños o perjuicios, no por ello podemos cancelar tal posibilidad.

Al respecto, Silva Sánchez ha puntualizado que el hecho de que una determinada conducta se tipifique como delito de peligro no significa que la misma no produzca un daño, sino sencillamente que el legislador pretende adelantar el momento de la consumación del delito, relegando el eventual resultado lesivo a la condición

111 Asencio Mellado, José María. La acción civil en el proceso penal. *El salvataje financiero*. Ara Editores, Lima, 2010, página 28.

112 Roig Torres, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 125.

de circunstancia posconsumativa. En consecuencia, la condena por un delito de peligro no obsta a la condena, asimismo a la reparación del daño producido, si cabe establecer el correspondiente nexo de imputación objetiva y subjetiva entre el mismo y la conducta penalmente típica. Esto es válido, en realidad, no solo para los delitos de peligro, sino también para *delitos de mera actividad de lesión* o incluso para *delitos de resultado de lesión*, cuyo resultado típico no comprende el daño a cuya reparación se condena. La propia *tentativa* de cualquier delito puede dar lugar a la producción de daños.¹¹³

3. La reparación civil en el Código Penal

El art. 92° del Código Penal establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. En consecuencia, no cabría determinar la reparación civil si es que no se impone una pena al autor del delito cometido.¹¹⁴ Sin embargo, nuestro ordenamiento prevé supuestos en los que existiendo declaración de culpabilidad no hay pena, pero sí la imposición de una reparación: son los casos de reserva del fallo condenatorio (art. 64°.4 del Código Penal) y concurso real retrospectivo del art. 51° del Código Penal.

San Martín acota que, por regla general, el Tribunal solo deberá dar respuesta a la pretensión civil cuando se declara la responsabilidad penal del imputado; pero excepcionalmente es posible que excluida la responsabilidad penal pueda declararse la responsabilidad civil (art. 12°.3 del NCPP). Ello ocurrirá, como apunta Moreno Catena, cuando se dicte una sentencia absolutoria o el sobreseimiento por un hecho antijurídico penalmente y se aprecie una circunstancia que exima a su autor de responsabilidad penal,¹¹⁵ salvo los supuestos contemplados en el art. 1971° del Código Civil. En tales casos, la pretensión civil deducida deberá ser objeto de pronunciamiento por el juez o tribunal penal.

La determinación conjunta de la pena y la reparación civil no debe llevar a la interpretación errónea de que los criterios de determinación de ambas consecuencias jurídicas se identifican. La responsabilidad civil sigue vinculada a los criterios de determinación jurídico-civil, tal como lo pone de manifiesto la cláusula de remisión del artículo 101° del Código Penal.¹¹⁶

113 Silva Sánchez, Jesús María. ¿"Ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal. Revista Indret, Julio 2001.

114 García Caveró, Percy. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte general. Grijley, Lima, 2008. Página 783.

115 San Martín Castro, César. "Algunos aspectos procesales de la reparación civil" En: Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Responsabilidad Civil II*. Editorial Rodhas, Lima, 2006, página 34.

116 García Caveró, Percy. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte general. Grijley, Lima, 2008, página 785.

Según el art. 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. Se trata, pues, de asumir el criterio según el cual la responsabilidad civil por el delito debe ser integral.

La restitución del bien opera para delitos que han implicado un despojo o apropiación de bienes. El artículo 94° del Código Penal señala que la restitución se hace con el mismo bien, aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos de reclamar su valor contra quien corresponda. García Caveró sostiene que esta disposición no debe interpretarse de forma absoluta, pues llevaría a graves incoherencias con el régimen civil.¹¹⁷ En el caso de los bienes registrables, rige el principio de la buena fe registral; esto es, que solo será despojado el adquirente que conocía la exactitud del registro. En tanto que, tratándose de bienes muebles, rige lo establecido en el artículo 948° del Código Civil: la buena fe no opera cuando se trata de bienes muebles obtenidos con infracción de la ley penal.

La indemnización de los daños y perjuicios es un concepto que intenta abarcar todo el daño producido por el autor del delito. El artículo 1984° del Código Civil establece que la indemnización comprende las consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño —incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral—, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

En el ámbito de ciertos delitos, existen determinadas normas para precisar el contenido de la indemnización:

Así, la Decisión 486 de la Comunidad Andina en su artículo 243° establece un conjunto de criterios para calcular la indemnización de los daños y perjuicios: a) el daño emergente y el lucro cesante sufridos por el titular del derecho como consecuencia de la infracción; b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o, c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido. El artículo 178° del Código Penal señala que en los casos comprendidos en este capítulo, el agente será sentenciado, además, a prestar alimentos a la prole que resulte, aplicándose las normas del Código Civil.

Mientras, el artículo 191° del Código Tributario prescribe que no habrá lugar a reparación civil en los delitos tributarios cuando la Administración Tributaria haya hecho efectivo el cobro de la deuda tributaria correspondiente, puesto que para

117 García Caveró, Percy. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte general. Grijley, Lima, 2008, página 786.

el artículo 189° del Código Tributario la deuda tributaria comprende el tributo, los intereses y las multas. Sobre las multas cabe precisar que las mismas no pueden constituir indemnización, pues no se fundamentan en el daño civil sino en la infracción administrativa, por lo que carecen de naturaleza reparatoria y, por el contrario, tienen naturaleza sancionatoria. Por lo tanto, deben ser exigidas por la Administración Tributaria mediante el mecanismo de la cobranza coactiva.

En cuanto a los obligados al pago de la reparación civil, el artículo 95° del Código Penal establece que la responsabilidad es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 96° del Código Penal la obligación de la reparación civil establecida en la sentencia se transmite a los herederos del responsable hasta donde alcancen los bienes de la herencia. Si la sentencia dictada en la jurisdicción penal no alcanza a terceros responsables, la reparación civil puede ser reclamada en sede civil (art. 99°).

Los titulares de la reparación civil no son otros que el agraviado y sus herederos al momento de su fallecimiento. Este último supuesto se halla regulado en el artículo 96° del Código Penal: *El derecho a exigir la reparación civil se transfiere a los herederos del agraviado.*

Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros (art. 97° del Código Penal). La nulidad de transferencias a que se refiere la disposición precedente se encuentra regulada por el artículo 15° del nuevo Código Procesal Penal.

En caso de que el condenado no tenga bienes realizables, el Juez señalará hasta un tercio de su remuneración para el pago de la reparación civil (art. 98° del Código Penal).

La acción civil derivada del hecho punible no se sujeta a las reglas de prescripción del Código Civil, sino a la prevista en el artículo 100° del Código Penal, en cuanto establece que dicha acción no se extingue mientras subsista la acción penal. En todo lo demás, la reparación civil se rige por las disposiciones pertinentes del Código Civil (art. 101° del Código Penal).

El ejercicio de la acción civil en el proceso penal es optativo para el perjudicado por el delito.

4. Aspectos procesales de la reparación civil

Si bien el nuevo Código Procesal Penal reproduce el criterio de acumulación de la acción civil a la penal —esto es, que no ha optado por su reclamación exclusiva en sede extrapenal—, modifica el criterio de que solo la decisión de condena penal es la generadora de responsabilidad civil. Antes bien, se decanta por el pronunciamiento sobre la acción civil aun en los casos de sentencia absolutoria o sobreseimiento (art. 12°.3 NCPP), siempre que se haya acreditado el daño.

El ámbito de la acción civil ha sido delimitado por el nuevo Código Procesal Penal a las acciones establecidas en el artículo 93° del Código Penal, tales como la restitución del bien y la indemnización de los daños y perjuicios irrogados, e incluye —para garantizar la restitución del bien y, siempre que sea posible— la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, con citación de los afectados (art. 11°.2 NCPP).

En los supuestos de que no sea posible proseguir la persecución penal, bien por la reserva del proceso o porque se suspenda por alguna consideración legal —como es el caso de la cuestión previa— la acción civil derivada del hecho punible podrá ser ejercida ante el orden jurisdiccional civil (art. 12°.2 NCPP).

La acción civil derivada del hecho punible podrá ser objeto de transacción. Una vez que la transacción se formalice ante el Juez de la Investigación Preparatoria —respecto de la cual no se permite oposición del Ministerio Público— el fiscal se abstendrá de solicitar reparación civil en su acusación (art. 14° NCPP). La validez de la transacción queda supeditada a los requisitos previstos en el Código Civil; y no será necesario que el perjudicado por el delito se hubiera constituido en actor civil, basta que se encuentre debidamente legitimado para serlo.

Los legitimados para el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible son el Ministerio Público y el perjudicado por el delito. La intervención del Ministerio Público es subsidiaria, pues si el perjudicado por el delito se constituye en actor civil, cesa la legitimación del fiscal para intervenir en el objeto civil del proceso (art. 11°.1 NCPP).

El perjudicado por el delito puede ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el orden jurisdiccional civil; pero una vez que se opta por una de estas formas, no podrá deducirla en la otra vía jurisdiccional (arts. 12°.1 y 106° NCPP), salvo en el supuesto de desistimiento antes del inicio de la etapa intermedia del proceso penal, lo que no

perjudica su derecho de ejercerlo en la vía del proceso civil (arts. 13°.1 y 106° NCPP), pero genera la obligación del pago de costas (art. 13°.2 NCPP).

El concepto de perjudicado por el delito es más amplio que el de agraviado o sujeto pasivo de la acción. Perjudicado es quien, según la Ley civil, está legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito (art. 98° NCPP). Para ejercer válidamente la acción civil en el proceso penal, se requiere haberse constituido como actor civil hasta antes de la culminación de la investigación preparatoria (art. 101° NCPP).

Cuando varias personas concurren a ejercer la acción reparatoria en el proceso penal, tal concurrencia se resolverá siguiendo el orden sucesorio previsto en el Código Civil. Tratándose de herederos que se encuentren en el mismo orden sucesorio, deberán designar apoderado común y, de no existir acuerdo explícito al respecto, el Juez procederá a hacerlo (art. 99° NCPP).

A diferencia del Código de Procedimientos Penales, el nuevo Código Procesal Penal ha establecido una serie de requisitos para la constitución en actor civil (art. 100° NCPP). La solicitud de constitución en actor civil debe presentarse por escrito ante el juez de la Investigación Preparatoria, y deberá contener, bajo sanción de inadmisibilidad: a) las generales de ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de ley de su representante legal; b) la indicación del nombre del imputado y; en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder; c) el relato circunstanciado del delito en su agravio y la exposición de las razones que justifican su pretensión; y, d) la prueba documental que acredita su derecho, conforme al artículo 98° del NCPP.

El actor civil está facultado para deducir la nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la Ley prevé, intervenir —cuando corresponda— en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos, y formular solicitudes en salvaguarda de su derecho (art. 104° NCPP). También comprende la colaboración en el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe, así como la acreditación de la reparación civil que pretende, sin que pueda pedir sanción.

5. La prueba del daño extrapatrimonial

En la doctrina sobre responsabilidad civil se sostiene que daño extrapatrimonial es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual,

psicológico, inmaterial. Dentro de éste se encuentra el daño moral, definido — tradicionalmente— como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.”, padecidos por la víctima, que tienen el carácter de efímeros y no duraderos.¹¹⁸

En el ámbito del daño extrapatrimonial se comprende también al denominado por nuestro Código Civil “daño a la persona”, que en opinión de Espinoza es aquél que lesiona los derechos o legítimos intereses existenciales, vale decir de naturaleza no patrimonial, tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas.¹¹⁹

En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de un daño extramatrimonial no tiene naturaleza punitiva sino resarcitoria, de modo tal que se hace necesaria la probanza del daño y de su magnitud. No basta alegar que se ha producido el hecho punible; es necesario acreditar que el mismo ha causado un daño o perjuicio.

Por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba, el daño moral debe ser probado por quien reclama su reparación.

En materia de daño moral, no siempre es posible producir una prueba directa respecto al perjuicio padecido. La índole espiritual y subjetiva del menoscabo suele ser, asimismo, no susceptible de esa forma de acreditación.

Para Bustamante Alsina, probar el daño moral en su existencia y entidad no requiere necesariamente el aporte de la prueba directa, sino que el juez pueda apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral sufrido en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo.¹²⁰

La prueba indirecta del daño moral encuentra en los indicios y en las presunciones *hominis* su modo natural de realización. La prueba por indicios esta constituida por el hecho indicador, la inferencia y el hecho indicado.

Es menester que el hecho indicador a partir del cual se formula el indicio, esté debidamente acreditado por cualquiera de los medios de prueba directos que la ley admite; debe probarse de tal modo la existencia y entidad del menoscabo físico, o la muerte de la víctima, el vínculo de parentesco invocado a los fines de la legitimación activa, etcétera. Ello presupone siempre que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido introducidas y diligenciadas regularmente en el proceso.

Es conveniente realizar una actividad probatoria dirigida a demostrar —en cada caso particular— que el daño moral causado a la víctima es superior o inferior al que

118 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Derecho de la responsabilidad civil”. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, página 158.

119 Ibídem, página 159.

120 Citado por PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, página 626.

razonablemente podría haberse configurado, conforme al curso normal y ordinario de las cosas.

De esta manera, se trata de brindar indicios adicionales al magistrado, que tengan valor suficiente para persuadirlo respecto a la mayor o menor envergadura del daño.

6. Criterios generales para la valuación de los daños

Existe también una obligación de fundamentar o motivar la cuantificación del daño, que consiste en que el juez suministre a los justiciables pautas concretas sobre por qué en el caso concreto la víctima debe recibir una suma de dinero como resarcimiento y no otra, máxime cuando en nuestro ordenamiento no existen baremos (tablas) para fijar la reparación civil en caso de daños personales, por ejemplo.

El juez debe distinguir primero si está frente a un daño patrimonial o a un daño extrapatrimonial. En el primer caso, trabajará con criterios relativos, esencialmente, al daño emergente y al lucro cesante; mientras que en el segundo lo hará con los criterios referidos al daño moral y al daño a la persona, sin perjuicio de que en este segundo supuesto concurra el daño emergente o el lucro cesante.

Tratándose del daño emergente, su reparación será igual o equivalente a la pérdida o disminución experimentada por la víctima en virtud del delito. Si, por ejemplo, el daño consiste en la destrucción o el deterioro de un bien, la víctima tendrá derecho a una indemnización igual al valor de ese bien o al costo de su reparación, según los casos.¹²¹

En cuanto a la valuación del lucro cesante —que comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino—, puede ser muy difícil distinguir a veces entre una mera esperanza de ganancia y un daño cierto por dejar de percibir una ganancia futura; por esta razón, tal valuación ofrece dificultad mayor que la del daño emergente. Evidentemente, en la valuación del lucro cesante el juzgador deberá considerar criterios objetivos, para determinar económicamente las ganancias dejadas de percibir, relacionándolas con lo que la víctima ganaba.¹²²

121 MANZANARES CAMPOS, Mercedes. *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Grijley, Lima, 2008, página 41.

122 *Ibidem*, página 49.

Debe tenerse en cuenta al momento de dictar sentencia que el lucro cesante no se refiere meramente al ingreso bruto dejado de percibir, sino la ganancia frustrada.

Por otro lado, el daño biológico derivado de una lesión al cuerpo debe ser valuado por el juez independientemente de las consecuencias que este daño pueda ocasionar en la existencia ordinaria o cotidiana de la persona,¹²³ pero teniendo en cuenta el significado o valor que específica y objetivamente tiene la afectación biológica para cada persona. Se debe tener en consideración el peritaje médico sobre el daño biológico y sus secuelas para el afectado, así como para su vida de relación familiar, social y laboral.

En cuanto al daño al proyecto de vida, que trunca el destino de la persona, debe considerarse que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro.¹²⁴

En líneas generales, la jurisprudencia peruana—tanto civil como penal— señala que la indemnización del daño moral debe ser fijada prudencialmente, teniendo en consideración la situación personal de la víctima y los efectos que el daño ha causado en la misma, asumiendo que el dinero es una forma de repararlo, sin perjuicio de la aplicación del principio de reparación integral.¹²⁵

La reparación civil del daño moral no tiene carácter punitivo sino resarcitorio; por lo tanto, no se impone por la infracción a un determinado bien jurídico ni para evitar que se vuelvan a cometer daños similares en el futuro. Se impone debido al daño causado a la persona o a sus bienes.

Citando una antigua jurisprudencia, San Martín Castro, apunta que el juez, al cuantificar la reparación civil, ha de tomar en consideración la prueba practicada. La Corte Suprema ha establecido que la reparación civil no puede ser mayor que la entidad del daño efectivamente probado (Ej.: Suprema del 02 de octubre de 1931), y que debe guardar proporción con éste (Ej.: Suprema del 14 de enero de 1938). Además, ha de cuantificar tanto el daño material como el daño moral, y en aquél tanto el daño emergente como el lucro cesante.¹²⁶

123 *Ibidem*, página 54-55.

124 *Ibidem*, página 65.

125 Conforme a este principio, la reparación civil debe comprender todos los aspectos afectados por el delito, e implica que a la víctima se le reponga en la situación más próxima posible a aquella en la que se encontraría si no se hubiera producido el daño.

126 San Martín Castro, César. "Algunos aspectos procesales de la reparación civil". En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Responsabilidad civil II*. Editorial Rhodas, Lima, 2006, página 37.

Motivación de las Consecuencias Accesorias

1. Concepto y naturaleza de las consecuencias accesorias

En nuestra práctica judicial existe una evidente orfandad en lo que atañe la fundamentación de las consecuencias accesorias; es más, en muchas de las veces el juez ni siquiera se pronuncia respecto a ellas, de tal manera que los instrumentos y efectos del delito permanecen en situación cautelar luego de la sentencia. Así, son escasas las sentencias que ordenan el comiso definitivo de las armas incautadas y, por lo tanto, la DISCAMEC no puede disponer sobre éstas. Lo mismo ocurre en lo relativo a los bienes muebles e inmuebles incautados y a cargo de distintas instituciones, que finalmente no son anotadas debidamente en la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales.

La falta o insuficiente motivación en cuanto a las consecuencias accesorias se produce debido a un desconocimiento de las disposiciones que regulan tanto el Código Penal como las leyes procesales, así como las especiales sobre el comiso y las medidas aplicables a las personas jurídicas. También se debe a la falta de una jurisprudencia que desarrolle interpretativamente las citadas disposiciones.

En la doctrina nacional se ha sostenido que la denominación “consecuencias accesorias” tiene una fundamentación y una naturaleza compleja que no puede ser reconducida a un solo criterio sistemático superior. En este sentido, se afirma —por ejemplo— que el comiso de ganancias se fundamenta en el principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto o de una situación patrimonial ilícita, y que las medidas contra las personas jurídicas se basan en una suerte de peligrosidad

objetiva a la que puede ser sometido el ente colectivo a causa de la conducta de individuos o personas naturales que, por lo general, son titulares de la empresa.¹²⁷

Las consecuencias accesorias no son penas, tampoco se trata de consecuencias que respondan a un mismo fundamento o a una sola naturaleza; por lo demás, su aplicación es contingente y depende del cumplimiento de su propio fundamento y presupuestos.

El hecho de que nuestro Código Penal le haya asignado la denominación de “consecuencias accesorias”, en modo alguno significa atribuirle la condición de accesoria de la pena, pues su aplicación no depende de una pena sino de la comisión de un ilícito penal. No son, pues, “penas accesorias”.

Las consecuencias accesorias previstas en nuestro Código Penal son el comiso y las medidas aplicables a las personas jurídicas, reguladas en los artículos 102° a 105°.

2. El comiso de los objetos, instrumentos y efectos del delito

Art. 102° C.P.- El juez resolverá el decomiso o pérdida de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado así como los efectos, sean éstos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción, salvo que exista un proceso autónomo para ello.

El juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación, debiendo además proceder conforme a lo previsto en otras normas especiales.

Art. 103° C.P.- Cuando los efectos o instrumentos referidos en el artículo 102, no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el juez no decretar el decomiso o, cuando sea posible, decretarlo solo parcialmente.

Art. 104° C.P.- El juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o

127 CASTILLO ALVA, José Luis. *Consecuencias accesorias del delito*. Editorial Idemsa, Lima, 200, páginas 169-170.

dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueran insuficientes.

Se entiende por comiso o decomiso la afectación de los instrumentos (*instrumenta sceleris*), efectos y ganancias del delito (*producta sceleris*), con la consecuente declaración de titularidad a favor del Estado, hecha por decisión jurisdiccional, con la que a la vez se priva al agente del delito o a eventuales terceros de cualquier facultad o prerrogativa de hecho que pudiesen ostentar sobre los mismos. Esta afectación se realiza independientemente de que se trate de un delito doloso o culposo, o de un delito grave o menos grave, pudiéndose afectar igualmente bienes de terceros especialmente vinculados a la comisión del delito.¹²⁸

Nuestro Código Penal ha previsto la pérdida de los objetos de la infracción penal, de los instrumentos y efectos del delito.¹²⁹ Sobre este último concepto se advierte una imprecisión, tanto en la legislación penal especial como en la procesal penal; en algunos casos se separa efectos de ganancias, y en otros éstas forman parte de los efectos.

Por objeto del delito u objeto de la infracción penal se entiende todo bien, derecho o interés sobre el cual recae la conducta delictiva (por ejemplo, un bien mueble en el delito de daños). Los objetos del delito pueden ser afectados mediante un ataque al interés protegido respecto al mismo bien, sin afectar su esencia o naturaleza. Hay objetos que no pueden ser objeto de comiso, como es el caso de la cosa hurtada o robada cuando pertenece a la víctima o a un tercero.

Por instrumento del delito debe entenderse los medios u objetos con los cuales se ha cometido o intentó cometer el delito (Ejemplo: un arma de fuego).

Por efectos del delito debe entenderse los productos provenientes del delito (*producta scaeleris*); éstos pueden ser tanto bienes como dinero o ganancias. Son efectos producidos por el delito: la moneda falsa, el producto adulterado, etc.

Por ganancias del delito se entiende todos los bienes o derechos que constituyen efectos mediatos del delito; esto es, que sin provenir directamente del delito tienen como su fuente al mismo. Tal es el caso de los intereses de cuentas bancarias abiertas con el dinero del delito, o de los frutos o rentas que los bienes objeto de la infracción pudieran reportar al agente.

128 GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y GUERRERO LÓPEZ, Susana Ivonne. *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Jurista Editores, Lima, 2009, página 53.

129 AGUADO CORREA, Teresa. *En El comiso*. Editorial Edersa, Madrid, 2000, página 40, señala que "El comiso puede revestir múltiples formas y recaer sobre múltiples objetos y bienes".

El fundamento del comiso se encuentra en la peligrosidad objetiva de algunas cosas respecto a la posibilidad de lesión para bienes jurídicos de terceros o para la colectividad en general. Es decir, la posibilidad de que puedan ser utilizados en el futuro por el mismo agente o por terceros, para cometer nuevos delitos.¹³⁰ El medio o instrumento puede pertenecer al propio agente del delito o a tercero, pues en ambos casos estará presente la peligrosidad.

El legislador ha creído conveniente que no todo bien sea susceptible de comiso. Así, cuando los efectos o instrumentos del delito no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el juez no decretar el decomiso o, cuando sea posible, decretarlo solo parcialmente.

En un delito de contrabando no procedería el comiso del bus en el que se transportaba los productos materia del delito. Por otro lado, sería desproporcionado disponer el comiso del inmueble —vivienda del agente y su familia— donde estuvo retenida por horas la víctima de un “secuestro al paso”.

Procede el comiso de las ganancias o beneficios obtenidos, tanto por las personas naturales como jurídicas, como consecuencia de la infracción penal. Una empresa no puede beneficiarse o enriquecerse con el producto de un ilícito penal perpetrado por sus directivos, funcionarios o dependientes; sus beneficios solo pueden derivar de una actividad lícita o permitida por el ordenamiento jurídico. Por lo demás, el art. 102° del Código Penal permite el comiso de bienes de terceros.

La privación de los beneficios o ganancias obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes —prevista en el art. 104° del Código Penal— no es un supuesto de comiso, en la medida que no tiene por fundamento evitar un enriquecimiento ilícito de las empresas, sino cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si los bienes de éstos fueran insuficientes. Se trata de una norma que regula más bien la responsabilidad del tercero civil por el daño irrogado antes que una consecuencia de la infracción penal misma.

¹³⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, página 447.

3. Las medidas aplicables a las personas jurídicas

Artículo 105° C.P.- 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 período de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.

Las medidas contra las personas jurídicas tienen una naturaleza propia de las sanciones administrativas que se imponen en un proceso penal y que se basan en la peligrosidad objetiva de la cosa, aun cuando no dejen de desempeñar finalidades preventivas. Por lo tanto, no se consideran ni como una pena, ni como una medida de seguridad, ni como una sanción civil.¹³¹

Encontramos el fundamento para la imposición de las consecuencias accesorias — medidas contra las personas jurídicas — en la peligrosidad objetiva que implica la

131 CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, página 274.

propia organización colectiva, cuya estructura puede utilizarse como instrumento para la comisión de un delito, o como medio para facilitarlo o para procurar la impunidad del mismo.¹³²

La imposición de las medidas contra las personas jurídicas dejó de ser facultativa para el juez por virtud del Decreto Legislativo 982. Actualmente, tal imposición debe darse siempre que se cumpla con determinados presupuestos:

- i. *Que se haya cometido un hecho punible, siendo suficiente para ello que se trate de un injusto penal, aunque no concurra la culpabilidad. En tal sentido, no depende de la imposición de la pena.*
- ii. *Que el hecho punible se haya cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica. La persona jurídica debe estar vinculada a las acciones ilícitas de sus representantes, es decir, éstos deberán haber actuado en nombre e interés de ésta.*
- iii. *Que se haya utilizado a la organización de la persona jurídica para favorecer o encubrir el hecho punible.*

Aun cuando concurrieran todos los presupuestos arriba mencionados, el juez no está obligado a imponer todas las consecuencias accesorias o medidas, sino que puede optar por imponer solo alguna o algunas de ellas. Específicamente, las medidas previstas por el artículo 105° del Código Penal, son:

- a. *Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no será superior a los cinco años. Esta medida se aplica cuando el local o el establecimiento sea el ámbito utilizado para cometer, facilitar u ocultar el delito. En este caso, solo se afecta al local, mas no a las actividades de la persona jurídica en general.¹³³*
- b. *Disolución o liquidación de la persona jurídica. Es la consecuencia más grave para una persona jurídica; por ello solo debe ser aplicada como última ratio, en casos extremadamente graves, de afectación masiva, o reiterativos.*
- c. *Suspensión de las actividades de la persona jurídica, por un plazo no mayor de dos años. Esta medida se aplica cuando la gravedad del delito o la entidad del daño irrogado sean de magnitud. La suspensión debe acordarse, por lo general, cuando la actividad de la empresa sea parcialmente conforme al ordenamiento jurídico.*

¹³² GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Op. cit.*, página 166.

¹³³ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Op. cit.*, página 171.

- d. *Prohibición de carácter temporal o definitivo para realizar en el futuro actividades de la clase con la que se cometió el delito. La de carácter temporal no podrá exceder de los cinco años.*

La norma dispone que en el caso de aplicación de alguna de dichas medidas, el juez ordene a la autoridad correspondiente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos, tanto de los trabajadores como de los acreedores.

Por último, la modificación introducida por el Decreto Legislativo 982 estatuye que las medidas contra las personas jurídicas se aplicarán aún cuando hayan cambiado de razón social o personería, o hubieran sido sometidas a reorganización societaria, cualquiera sea su forma.

El nuevo Código Procesal Penal prevé un conjunto de medidas preventivas que pueden adoptarse contra las personas jurídicas, siempre que haya pedido de parte legitimada, suficientes elementos probatorios, peligro de reiteración delictiva, riesgo procesal y la ordene el juez, que conforme al art. 313° son las siguientes:

- a. *La clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos.*
- b. *La suspensión temporal de todas o de algunas de sus actividades.*
- c. *El nombramiento de un administrador judicial.*
- d. *El sometimiento a vigilancia judicial.*
- e. *La anotación o inscripción registral del procesamiento penal.*

Tales medidas no durarán más de la mitad del tiempo previsto para las medidas establecidas en el artículo 105° del Código Penal. En los delitos ecológicos, la suspensión o la clausura durarán hasta que se subsanen las afectaciones al ambiente que determinaron la intervención judicial.

Para que, tanto las medidas preventivas del art. 313° del NCPP como las consecuencias accesorias del art. 105° del Código Penal produzcan un efecto sobre las personas jurídicas, es indispensable que éstas sean emplazadas e incorporadas al proceso penal, a instancia del fiscal en los términos establecidos por los artículos 90° y 91° del NCPP.

Una vez incorporada la persona jurídica al proceso, se le requerirá que designe apoderado judicial, encargo que no podrá recaer en el imputado; si no se designa al apoderado en el plazo de cinco días, lo hará el juez.

La persona jurídica incorporada en el proceso penal, en lo que concierne la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y garantías que el Código Procesal Penal concede a los imputados. Su rebeldía o falta de apersonamiento —luego de haber sido formalmente incorporada en el proceso— no obstaculiza el trámite de la causa, quedando sujeta a las medidas que en su oportunidad pueda señalar la sentencia.

Motivación de la Sentencia de Apelación

1. Ámbito del recurso de apelación

Por lo general, la apelación es el recurso ordinario por antonomasia, porque puede interponerse contra todas las resoluciones definitivas dictadas por el tribunal de la primera instancia, y porque no responde a unos motivos concretos previstos en la ley, sino que solicita revisar cualquier infracción o error cometido por el órgano inferior.

La apelación es una impugnación que se plantea contra una resolución perjudicial para el apelante, y que es solventada por un órgano superior que resuelve de nuevo en una segunda decisión. Puede declarar la nulidad o la invalidez de la primera —por haber apreciado un vicio procesal— o bien puede modificar el juicio del órgano inferior por considerarlo erróneo, aun cuando la decisión se haya adoptado válidamente. En consecuencia, la apelación sirve tanto para denunciar los defectos de la actividad procesal (medio de impugnación), como para evidenciar y corregir los errores o desviaciones en el juicio lógico (medio de gravamen).¹³⁴

Por lo tanto, su carácter ordinario y devolutivo (devuelve la jurisdicción al superior en aquello que se ha impugnado —*tantum appellatum quantum devolutum*—) implica que el órgano de la apelación tiene la misma competencia que el de la primera instancia para conocer del litigio en los términos en que el recurso se ha planteado; su decisión tiene como presupuesto el gravamen de quien recurre y como límites los términos en que el apelante formula su impugnación.¹³⁵

¹³⁴ MORENO CATENA, Víctor. "El recurso de apelación y la doble instancia penal". En: *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2008, páginas 13-72.

¹³⁵ *Ibidem*, página 16.

El recurso de apelación abre también la segunda instancia, es decir la posibilidad de que el tribunal de apelación (tribunal *ad quem*) se pronuncie sobre la totalidad de las cuestiones que fueron objeto de debate en la primera instancia ante el tribunal inferior. Esto supone que, sin motivos tasados, se puedan revisar tanto el cumplimiento de las normas procesales en las actuaciones de la instancia como la totalidad de la sentencia, comprendiendo no solo la aplicación del Derecho sino también las cuestiones de hecho, con la posibilidad de practicar nuevas pruebas.

Por esta razón, resulta necesario que lo que se impugne sea una resolución definitiva, que decida y cierre la primera instancia; en tal virtud, no hay segunda instancia cuando se impugnan —aunque sea a través del recurso de apelación— resoluciones interlocutorias o incidentales que no pongan término al proceso, porque entonces la competencia del órgano de apelación no podrá alcanzar el pleno conocimiento del asunto.

La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del Derecho (art. 419°.1). El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias, podrá dictar sentencia condenatoria (art. 419°.2). El nuevo Código Procesal Penal configura así su modelo de apelación, que no puede ser considerada una apelación limitada pura ni una apelación plena pura, antes bien es una apelación limitada con algunos matices de la plena, pues se admite la actuación probatoria en segunda instancia, aunque ciertamente restringida a determinados supuestos, y no se admite la introducción de hechos nuevos.

Conforme al art. 409° del Código Procesal Penal, la impugnación confiere al tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante. Los errores de Derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutive no la anularán, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.

Congruente con los poderes atribuidos al tribunal *ad quem*, el nuevo Código Procesal Penal prescribe que para la admisión del recurso se requiere que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos —con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta (art. 405°.1.c).

La materia de la apelación se encuentra limitada en principio a los agravios que haya formulado el impugnante. Se recoge así el criterio *tantum appellatum quantum devolutum*. Sin embargo, también el tribunal *ad quem* podrá pronunciarse en segunda instancia sobre las causales de nulidad absoluta que contempla el art. 150° del nuevo Código Procesal Penal, aunque no hubiera sido recurrido por el impugnante dicho extremo.

2. Sentencia con pronunciamiento anulatorio

El art. 425°.3.a) del Código Procesal Penal faculta al tribunal *ad quem* a declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y a disponer se remitan los autos al juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar.

El impugnante puede invocar como agravios, defectos relativos o absolutos de los actos procesales —en la medida que afecten el sentido de la decisión final— y de la sentencia.

Como lo ha establecido el art. 149° del Código Procesal Penal, la nulidad se rige por el principio de taxatividad, esto es, la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales solo es causal de nulidad en los casos previstos por la Ley.

En tal sentido, el impugnante solo podrá recurrir invocando el motivo de nulidad, cuando ésta se encuentre expresamente contemplada en la ley. Pero, además, si se trata de un defecto no absoluto, el sujeto procesal solo podrá impugnar por tal motivo si hubiera instado la nulidad dentro del quinto día de haber tomado conocimiento de la misma. Tampoco podrá ser motivo de impugnación cuando estando previsto un recurso contra el defecto procesal no se hubiera hecho uso del mismo en su oportunidad.

No se podrá impugnar por nulidad relativa cuando el impugnante sea quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada (art. 151°.4 NCPP).

Cuando se trate de defectos absolutos como los relativos: a) a la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; b) al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o salas; c) a la promoción de la acción penal, y a la participación

del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; y d) a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución; no será necesario que hayan sido invocados como motivo de apelación por el impugnante, pues la Sala Penal Superior puede emitir pronunciamiento de oficio.

No hay impedimento alguno para subsanar de oficio defectos procesales no absolutos en la sentencia de segunda instancia, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido (art. 153°.1 NCPP). Esta subsanación se hará siempre que el defecto no haya causado indefensión.

La sentencia de segunda instancia puede contener un pronunciamiento anulatorio total o parcial. En este último supuesto se requiere que el defecto sea susceptible de ser separado, es decir que no incida en la parte de la decisión sobre la que habrá pronunciamiento en el fondo. El supuesto de nulidad parcial está vinculado a casos donde hay pluralidad de hechos o de procesados.

En cuanto a los efectos de la sentencia de segunda instancia con pronunciamiento anulatorio, la nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependan de él. Producido el reenvío, corresponde al juez de primera instancia precisar los actos dependientes que son anulados (art. 154°.1 NCPP).

Luego del reenvío, los defectos deben ser subsanados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando su error o cumpliendo el acto omitido.

La declaración de nulidad conlleva la regresión del proceso al estado e instancia en el cual se ha cumplido el acto nulo (art. 154°.3 NCPP). En la sentencia de apelación debe precisarse hasta qué fase se retrae el proceso.

En el momento de emitir sentencia de segunda instancia sobre motivos de nulidad, se debe tener siempre presente el principio de conservación de los actos procesales. El principio de conservación de los actos procesales importa tener a éstos como válidos si han sido efectuados de un modo apto para el logro de la finalidad a que estaban destinados; por lo tanto, su nulidad es la excepción.

3. Sentencia de apelación condenatoria

Según el nuevo Código Procesal Penal, la decisión de la Sala Penal Superior en segunda instancia puede ser condenatoria, bien porque se confirme una sentencia condenatoria de primera instancia o porque se revoque una sentencia absolutoria.

Tratándose de una sentencia que ha impuesto una condena en primera instancia, la Sala Penal Superior puede confirmarla en todos sus extremos o revocarla en parte y reformarla. En el último supuesto, el tribunal ad quem puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad. También puede modificar la reparación civil.

En la sentencia de segunda instancia —condenatoria— se puede dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el juez de primera instancia (Art. 425°.3.b NCPP).

Cuando la sentencia de primera instancia es absolutoria, la Sala Penal Superior puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el juez (art. 425°.3.b NCPP).

Sin duda, la reforma de una sentencia absolutoria por una de condena en segunda instancia es un tema polémico, pues se ingresa a la problemática de la prueba en segunda instancia y al cuestionamiento sobre la inmediación.

Sobre la apreciación de la cuestión fáctica en sede de apelación, el nuevo Código Procesal Penal ha diseñado un sistema de actuación probatoria específico y unas reglas de valoración determinadas. No se trata de una reproducción o repetición de la actuación probatoria en primera instancia, ni de una aportación libérrima de medios de prueba, ni mucho menos de una valoración por el tribunal ad quem de lo actuado en primera instancia.

En efecto, en segunda instancia solo se admiten determinados medios de prueba:

- a. *Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia.*
- b. *Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que se hubiera formulado en su momento la oportuna reserva.*
- c. *Los admitidos que no fueron practicados por causa no imputable al impugnante.*

También serán citados aquellos testigos —incluidos los agraviados— que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala, por exigencias de inmediación y contradicción, considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta del juicio.

La actuación probatoria en segunda instancia también comprende el interrogatorio de los imputados, salvo que éstos decidan abstenerse de declarar (art. 424°.3 NCPP).

El Código autoriza en la audiencia la lectura de la apelación, aún de oficio, del informe pericial y del examen de perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como a la prueba anticipada y la prueba preconstituida (art. 424°.4 NCPP).

De la misma manera que existen reglas para la admisión y la práctica de la prueba en segunda instancia, el nuevo Código Procesal Penal también ha previsto reglas para la valoración de la prueba en apelación (art. 425°.2).

En efecto, la Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

Atendiendo al alcance exacto del principio de inmediación, el Código Procesal Penal determina los casos en que puede realizarse una revisión fáctica de la prueba, y ello solo es posible cuando la prueba susceptible de ser valorada nuevamente es la prueba documental o los informes periciales. En estos casos, cuando la discrepancia suscitada en apelación recae sobre la valoración de los hechos y afirmaciones consignados en un documento o en un informe pericial, no parece que ningún principio procesal impida una nueva valoración de los mismos en segunda instancia.¹³⁶

Distinto será el caso de las pruebas personales, la testifical —incluida la declaración del agraviado— o el examen del acusado, que sí requieren de la inmediación, puesto que no resulta procedente que la Sala de apelación reforme la decisión de la sentencia apelada, sin otro elemento de juicio que la lectura en que constaba la declaración de la testigo víctima, sin haberla visto ni oído; es decir, sin haber presenciado de manera directa sus manifestaciones.¹³⁷

De ahí que se haya establecido como regla que la Sala Penal no pueda otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación

¹³⁶ DOIG DÍAZ, Yolanda. "El recurso de apelación contra sentencias". En: *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2005, páginas 541- 564.

¹³⁷ *Ibidem*, páginas 541-564.

por el juez de primera instancia, salvo que se cuestione su valor con la prueba practicada en segunda instancia.

4. Sentencia de apelación absolutoria

La regla de no otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia, es sin duda una limitación al Tribunal *ad quem*, que le impide —por ejemplo— revocar la sentencia condenatoria de primera instancia y absolver al acusado invocando una apreciación errónea de la prueba.

Los supuestos en los cuales la Sala Penal Superior puede pronunciar sentencia absolutoria son:

- a. *Cuando se ha actuado prueba en segunda instancia que luego de su valoración lleve al juzgador a considerar que no se ha cometido el delito, que el acusado no es responsable del mismo, o que la prueba no es suficiente para determinar su culpabilidad o que haya una duda razonable sobre la misma.*
- b. Cuando no habiéndose practicado prueba en segunda instancia el Tribunal *ad quem*, luego de valorar la prueba documental o la pericial, o la prueba preconstituida o prueba anticipada actuadas en primera instancia, estime que no se ha cometido el delito, que el acusado no es responsable del mismo, o que la prueba no es suficiente para determinar su culpabilidad, o que haya una duda razonable sobre la misma. En este supuesto, no se trata de que dichas pruebas enerven a las pruebas personales, sino de que al otorgársele un valor diferente lleven a un pronunciamiento absolutorio.
- c. Cuando no habiéndose practicado prueba en segunda instancia ni actuado prueba distinta a la personal en primera instancia, el Tribunal *ad quem* aprecie una prohibición de prueba que lleve a una exclusión de la prueba personal, quedando sin base probatoria la hipótesis acusatoria, se debe absolver en aplicación de las reglas sobre presunción de inocencia previstas en el art. II del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal.

No es admisible que se dicte una sentencia absolutoria en segunda instancia, cuando solamente se tiene como elementos probatorios pruebas personales practicadas en primera instancia, amparándose en la aplicación del *in dubio pro reo*, pues en tal caso se trata de una valoración distinta encubierta que no autoriza el nuevo Código Procesal Penal.

Bibliografía

1. AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. Editorial Edersa, Madrid, 2000.
2. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
3. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal". En: *Revista Doxa*, N° 12, 1992.
4. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "La sentencia penal". En: *Justicia penal, derechos y garantías*. Palestra Editores, Lima, 2007.
5. ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
6. ASECIO MELLADO, José María. "Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil en el marco del proceso penal". En: *Rigor doctrinal y práctica forense*. Editorial Atelier, Madrid, 2009.
7. ASECIO MELLADO, José María. *La acción civil en el proceso penal. El salvataje financiero*. Ara Editores, Lima, 2010.
8. ASIS ROIG, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
9. ATIENZA, Manuel. "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez". En: *Revista Jueces para la democracia*, núm. 22, 1994.
10. BACIGALUPO, Enrique. *La técnica de resolución de casos penales*. 2ª edición ampliada, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

11. BACIGALUPO, Enrique. "La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal". En: *La sentencia penal*. CGPJ, Madrid, 1992.
12. CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Quinta edición. Editorial Lexis Nexis–Depalma, Buenos Aires, 2003.
13. CALDERÓN, M^a. Pía. *La prueba en el recurso de apelación*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
14. CASTILLO ALVA, José Luis. *Consecuencias jurídico-económicas del delito*. Editorial Idemsa, Lima, 2001.
15. CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial B. de F., Buenos Aires, 2008.
16. CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo I. Segunda edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
17. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
18. DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*. Novena edición. Editorial Temis, Bogotá, 1993.
19. DOIG DÍAZ, Yolanda. "El recurso de apelación contra sentencias". En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2005.
20. ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
21. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 2006.
22. FUENTES SORIANO, Olga. "Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales". En: *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Defensoría del Pueblo. Lima, 2000.
23. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Jurista Editores, Lima, 2009.
24. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley, Lima, 2008.
25. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA, Alfonso. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

26. GONZÁLEZ CUSSAC, José. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Universidad de Valencia, Valencia, 1988.
27. GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
28. IACOVELLO, Francesco Mauro. "El control de la casación sobre la motivación". En: *Nueva Doctrina Penal*. Número 2002/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, pp. 49-106.
29. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
30. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra Editores, Lima, 2009.
31. ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
32. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Quinta edición, editorial Comares, Granada, 2002.
33. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1980.
34. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general I*. Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2007.
35. MALEM SEÑA, Jorge. *El error judicial y la formación de los jueces*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2008.
36. MANZANARES CAMPOS, Mercedes. *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Grijley, Lima, 2008.
37. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 2, editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
38. MIXÁN MASS, Florencio. *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*. Ediciones BLG, Trujillo, 1995.
39. MONTERO AROCA, Juany GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

40. MORENO CATENA, Víctor. "El recurso de apelación y la doble instancia penal". En: *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
41. NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel, Barcelona, 2000.
42. PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
43. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal*. Editorial Idemsa, Lima, 2009.
44. RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. "El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 69, Editorial Edersa, Madrid, 1999.
45. ROIG TORRES, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
46. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito*. Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008.
47. SAN MARTÍN, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Editorial Grijley, Lima, 2003.
48. SAN MARTÍN, César. "Algunos aspectos procesales de la reparación civil". En: Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Responsabilidad Civil II*. Editorial Rhodas, Lima, 2006.
49. SANTA CRUZ, Julio César. *Sobre la motivación de las decisiones judiciales. Especial referencia a las decisiones en el Derecho Penal*. En: http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev_derecho/REVISTA03/art15.PDF.
50. SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Editorial Tecnos, Madrid, 1998.
51. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Ex delicto? Aspectos de la llamada 'responsabilidad civil' en el proceso penal". En: *Revista Indret*, julio 2001.
52. TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Academia de la Magistratura, Lima, 2009.
53. TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo*. Palestra Editores, Lima, 2005.

54. TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006.
55. TARUFFO, Michele. "Consideraciones sobre prueba y motivación". En: *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
56. WESTON, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
57. WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*. Editorial Distribuciones Fontamara, México D.F., 2003.

LA SENTENCIA PENAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL **Su Estructura y Motivación.**

Derechos Reservados. Prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier medio, sin permiso expreso por escrito de los editores.

El autor es responsable de la selección y presentación de los hechos contenidos en este Libro, así como de las opiniones expresadas.

Elaboración de contenidos:

Pablo Talavera Elguera

Corrección y Estilo:

Annie Ordóñez

Supervisión y Revisión:

Horst Schönbohm – AP GTZ – RPP F2

William Ramírez – AP AMBERO – RPP F3

Responsable de la contribución de GTZ:

Hartmut Paulsen – Director del Programa Gobernabilidad e Inclusión

Tiraje :

3,000 ejemplares – Primera Edición, Diciembre 2010

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú:

Nº 2011 - 00130

Impreso por:

Neva Studio S.A.C.

Av. Arequipa 4558 - Miraflores, Lima – Perú

RUC Nº 20507741712

Edición y revisión de contenidos:

© Cooperación Alemana al Desarrollo – GTZ

por encargo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo – BMZ

Programa “Gobernabilidad e Inclusión”

Proyecto “Apoyo a la Consolidación de la Reforma Procesal Penal y de la Administración de la Justicia en el Perú” – RPP F3

Pasaje Bernardo Alcedo Nº 150 - Piso 5 - El Olivar, San Isidro – Lima 027

Teléfono: + 51 (1) 421-1333 Fax: + 51 (1) 421-4540

Web: www.gtz-gobernabilidad.org.pe

giz



Proyecto
Apoyo a la Consolidación de la Reforma del Sistema Procesal Penal
y de la Administración de la Justicia en el Perú - Fase 2