VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA

LA DOSIMETRÍA DEL CASTIGO PENAL

MODELOS, REGLAS Y PROCEDIMIENTOS

ideas
Solución Editorial

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA
Catedrático de Derecho Penal
Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República

LA DOSIMETRÍA DEL CASTIGO PENAL

MODELOS, REGLAS Y PROCEDIMIENTOS

ideas
Solución Editorial

La Dosimetría del Castigo Penal

© Víctor Roberto Prado Saldarriaga

© Ideas Solución Editorial S.A.C.
Jr. Azángaro 1075 of. 403
Teléfono: (01) 457-2150 / Cel.: 949050813
RUC: 20550760143
E-mail: ideas.solucion.editorial@gmail.com
www.editorialideas.com

1ª edición: diciembre 2018
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2018-17906
ISBN Nº 978-612-47721-4-6
Proyecto Editorial Nº 31501011800643

Diseño de portada: Melissa Stefany Chirinos Paucar
Diagramación de interiores: Enrique M. Tello Paravecino

Impreso en:
Agencia Brand Peru S.A.C.
Cal. Toribio Rodriguez de Mendoza N°. 239 Urb. Isla Verde Lima - Lima - Pueblo Libre
R.U.C.: 20601221412

Diciembre 2018

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú / Printed in Peru

A la Mamá TUTU,

Que me enseñó siempre a creer en el poder de la oración
Y que me inculcó también el grato deber de recordar y honrar a quienes
nos dieron tanto y ya no están con nosotros
Con afecto filial y gratitud

"La graduación de la pena es un ejemplo especialmente atrayente en las reflexiones de la filosofía del derecho, la lógica o la teoría de las decisiones, donde se estudian los criterios a partir de los cuales los jueces toman ciertas resoluciones jurídicas trascendentes y como fundan válida o inválidamente su razonamiento. Además, entendida por algunos como un conflicto de exactitud, más que un juicio de valor, también ha dado lugar a soluciones desarrolladas mediante modelos matemáticos y cálculos auxiliados directamente por la informática que, a decir verdad, nunca tuvieron una verdadera trascendencia en la cuestión" (Diego Zysman Quirós. Sociología del Castigo. Genealogía de la determinación de la pena. Ediciones Didot. Buenos Aires. 2012, p. 29).

"El Poder Judicial de un Estado dicta miles de sentencias en su jurisdicción penal a lo largo de un año. Además, mientras que algunas de ellas se enfrentan a casos relativamente sencillos y de una trascendencia menor; muchas otras enjuician delitos muy graves y que, por tanto, suponen o pueden suponer para los acusados privaciones de libertad por un plazo muy dilatado de tiempo. Pero socialmente todo ello es visto como algo normal o habitual, y en contextos no jurídicos poca gente se para a pensar en por qué el Estado reacciona así frente a determinadas conductas, o si dicha actuación estatal puede ser considerada como justificada. La pena y su aceptación son realidades que parecen estar fuera de discusión". (Daniel Rodríguez Horcajo. Comportamiento Humano y Pena Estatal: Disuasión, Cooperación y Equidad. Marcial Pons. Madrid. 2016, p. 25).

Índice

Prólogo 5

Capítulo primero
LA UTILIDAD Y MODALIDADES ACTUALES DEL CASTIGO PENAL

1. Mitos y realidades del castigo en las teorías de la pena 15
   1.1. Las teorías absolutas 17
   1.2. Las teorías relativas 18
   1.3. Las teorías mixtas 24
   1.4. Las teorías expresivas 27
2. Sobre la función contemporánea del castigo penal 29
3. Función del castigo penal en el Perú del bicentenario 39
4. Tipologías del castigo penal en la legislación peruana 51
   4.1. El castigo capital o pena de muerte 54
   4.2 Los castigos penales de privación de la libertad 61
   4.3. Los castigos penales no privativos de la libertad 70
   4.4. Las penas limitativas de derechos 70
      4.4.1. La pena de inhabilitación 72
      4.4.2. Las otras penas limitativas de derechos 92

4.5. Las penas restrictivas de la libertad 116
4.6. La pena de multa 121
4.7. La pena de vigilancia electrónica personal 133

Capítulo segundo

LA DOSIMETRÍA DEL CASTIGO PENAL

1. La función comunicativa del castigo penal 145
2. Modelos actuales de dosimetría del castigo penal 149
2.1. El modelo alemán: culpabilidad y amplio arbitrio judicial.. 152
2.2. El modelo español: escalas, grados y limitado arbitrio judicial 157
2.3. El modelo colombiano: cuartos y reglado arbitrio judicial.. 161
3. El modelo peruano de dosimetría del castigo penal 166
3.1. Antecedentes y marco legal vigente 166
3.2. La persistencia de distorsiones teóricas y prácticas 178
3.3. Sobre conceptos, reglas y procedimientos operativos 188
3.3.1. La determinación judicial de la pena y sus etapas operativas 188
3.3.2. Las circunstancias, sus clases y efectos 193
3.3.3. La concurrencia de circunstancias 236
3.3.4. Las causales de disminución o incremento de la punibilidad 243
3.3.5. Las reglas de reducción por bonificación procesal 249

Capítulo tercero

CRITERIOS PRÁCTICOS PARA LA DOSIMETRÍA DEL CASTIGO PENAL

1. Esquemas operativos de dosimetría del castigo penal 255
1.1. Concepto y utilidad 255
1.2. Modalidades 256

1.3. Determinación judicial de la pena con circunstancias genéricas 257
1.4. Determinación judicial de la pena con circunstancias específicas 259
1.5. Determinación judicial de la pena con circunstancias agravantes cualificadas 261
1.6. Determinación judicial de penas conjuntas 264
1.7. Determinación judicial de la pena en caso de tipos penales derivados calificados o privilegiados 265
1.8. Determinación judicial de la pena en casos de delitos con sólo una circunstancia atenuante o agravante específica..... 266
1.9. Aplicación de la pena con causales de disminución o incremento de punibilidad 267
1.10. Aplicación de la pena con reglas de reducción por bonificación procesal 270
1.11. Aplicación de la pena en casos de penas conminadas de cadena perpetua y concurrencia de causales de disminución de punibilidad o de reglas de bonificación procesal. 270
1.12. Aplicación de la pena en casos con causales de disminución de punibilidad, reglas de reducción por bonificación procesal y circunstancias agravantes específicas 271
1.13. Aplicación de la pena en casos con causales de disminución de punibilidad, reglas de reducción por bonificación procesal y circunstancias agravantes cualificadas..... 276
1.14. Aplicación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas y causales de incremento de punibilidad..... 278
2. Sobre la aplicación de medidas de régimen de prueba 280
2.1. Aspectos generales 280
2.2. Las medidas de régimen de prueba en el derecho penal peruano 294
2.3. Pronóstico favorable de conducta futura y estándares de prueba 296

Anexos

LEGISLACIÓN

Ley Nº 30838 313
Decreto Legislativo Nº 1243 317
Decreto Legislativo Nº 1367 328
Ley Nº 30710 341
Decreto Legislativo Nº 1191 343
Decreto Legislativo Nº 1322 356
Decreto Supremo Nº 004-2017-JUS 368
Resolución Ministerial Nº 0163-2016-JUS 382
Decreto Legislativo Nº 1382 417

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario Nº 1-2008/CJ-116 423
Acuerdo Plenario Nº 4-2009/CJ-116 436
Acuerdo Plenario Nº 5-2009/CJ-116 450
Acuerdo Plenario Nº 5-2008/CJ-116 461
Acuerdo Plenario Nº 2-2008/CJ-116 485
Acuerdo Plenario Nº 7-2009/CJ-116 498
Ejecutoria Vinculante: R.N. N° 3864-2013-Junín 512
Ejecutoria Vinculante: R.N. N° 2116-2014-Lima 517
Ejecutoria Vinculante: R.N. N° 2479-2016-Áncash 526
Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116 540
Recurso Nulidad N° 761-2018-Apurímac 552
Recurso Casación N° 1459-2017/Lambayeque 557

Bibliografía 565

PRÓLOGO

La dosimetría del castigo penal o determinación judicial de la pena, constituye en la actualidad uno de los problemas más importantes de la dogmática penal. Sobre todo, por la utilidad comunicativa que ha adquirido el castigo penal en la sociedad posmoderna. Es por ello que dentro del abanico de las teorías expresivas y neoretribucionistas, que discuten contemporáneamente el proceder y los modos de producción cualitativo y cuantitativo del castigo penal que aplican los tribunales, se ha afianzado el interés de los juristas y sociólogos por dejar de lado los raciocinios tradicionalmente estereotipados y abstractos, para asumir, en cambio, evaluaciones críticas fundadas, sobre todo, en cuestiones y contrastaciones de naturaleza y validez empírica.

En un marco de predominio de las funciones punitivas dirigidas a la mitigación de la indignación social frente al crimen, la dosimetría de los castigos penales ha adquirido un significado psicosocial relevante, en tanto a través de ella se proyecta sobre la ciudadanía un mensaje político y objetivable de la actitud real que adopta el Estado ante las demandas urgentes de la colectividad por la aplicación de acciones concretas contra la inseguridad, la violencia, el crimen organizado y la corrupción al interior de las instituciones públicas.

Como hemos sostenido, en anteriores ocasiones, una característica fundamental y recurrente del proceso de formulación, adopción e implementación de políticas públicas en Latinoamérica, ha sido y es su inseparable vinculación con el control del delito. Este extendido fenómeno contemporáneo que responde a un modelo de gobernanza al que atinadamente se le

identificó como "*gobernar a través del delito*" (*Cfr.* Jonathan Simón. *Gobernar a través del delito*. Gedisa Editorial. México. 2011, pp. 31 y ss.), también ha dejado sentir su influencia en las formas y oportunidades de producir derecho penal en el Perú. En efecto, este efecto se visualiza en las características y manifestaciones recientes de la política criminal nacional. Por ejemplo, entre los años 2016 y 2018, ha sido frecuente el requerimiento de facultades legislativas extraordinarias formulado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, con la finalidad reiterada de viabilizar la aplicación de estrategias de reactivación económica y financiera. Sin embargo, lo relevante de ello es que todos estos pedidos estuvieron siempre acompañados de un variado bloque o "paquete" de medidas normativas contra la criminalidad organizada, la inseguridad ciudadana o la corrupción sistémica. Por ejemplo, las recientes reformas ocurridas con el Decreto Legislativo 1367 del 27 de julio de 2018, que afectaron las normas relacionadas con la pena de inhabilitación y delitos como el tráfico ilícito de drogas, el lavado de activos y la financiación del terrorismo tuvieron igual origen y función político criminal, lo cual fue destacado en uno de sus considerandos en los términos siguientes: "Que, mediante Ley Nº 30823, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de integridad y lucha contra la corrupción, por el término de sesenta (60) días calendario".

Además, ha sido también una constante del proceder legislativo estatal la implementación de estrategias comunicativas de naturaleza alarmista y populista dirigidas a orientar o comprometer socialmente las decisiones parlamentarias sobre tales "problemas y necesidades". Según distintos analistas tales prácticas de *"populismo punitivo"* son también una modalidad innovadora, subrepticia y subliminal de alineamiento político a los fines propios de las teorías expresivas de la pena y que recién comienzan a ser destacados y auscultados con detalle y seriedad por la literatura contemporánea (*Cfr.* Tatjana Hörnle. *Teorías de la pena*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015, pp. 37 y ss.)

Todo indica, pues, como se ha sostenido acertadamente, que el Perú del bicentenario "no ha sido ajeno al populismo punitivo". (Wilson Hernández Breña. *Inseguridad Ciudadana*. Estado de Inteligencia. Diario El Comercio. Edición del 18 de diciembre de 2015, p. A 32). Pero, además, que este tipo de respuestas coyunturales, dispersas, emotivas y cortoplacistas contra la delincuencia, provocan por su reiterada y previsible ineficacia, efec-

tos perversos y disfuncionales que acentúan el debilitamiento de la confianza ciudadana en el control penal formal. Y, también, promueven y fortalecen entre los colectivos sociales una validación de mecanismos vindicativos de autodefensa así como de resquebrajamiento y flexibilización negativa de las garantías personales frente al *ius puniendi.*

En un contexto, pues, de tales características, ese desborde popular se expresa irracionalmente con un amplificado mensaje que exige siempre más cárcel y más mano dura contra los delincuentes. Generándose con ello una paradójica simetría de reacción-exclusión que va extendiéndose de manera constante a otros escenarios sociales como advirtiera Wacquant: Esto es, se procura, de esa manera, enlazar una aparente reacción dinámica y oportunista contra la victimización ciudadana, con un "diligente" estilo de gobierno que, sin embargo, realmente pretende aprovechar o encubrir otras contingencias propias de la conflictividad social de nuestro tiempo como son el paro globalizado o la protesta contra el daño medioambiental o la reducción generalizada de los principales subsidios sociales como estrategia de ajuste financiero. En definitiva, pues, se va consolidando a través de ese estilo de política criminal, el paulatino empoderamiento de un modelo económico supraneoliberal que busca consolidarse magnificando lo criminal y ensayando continuas reformas penales como dique de contención frente a las carencias y reclamos de los sectores subalternos y vulnerables (*Cfr.* Loïc Wacquant. *Forjando o Estado Neoliberal: Trabalho Social, Regime Prisional e Inseguranca Social.* En Loïc Wacquant e a Questao Penal no Capitalismo Neoliberal. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2012, pp. 11 y ss.).

Para sociedades como la peruana, que todavía transitan por una etapa de consolidación de los valores democráticos que consagra la Constitución, tales características del paradigma de "gobernar a través del delito" son doblemente frustrantes, ya que "a corto plazo no sólo deja sin satisfacer sus objetivos pragmáticos declarados, sino que produce efectos devastadores en la estructura de racionalidad del derecho penal" (*Cfr.* José Luis Díez Ripollés. *La política criminal en la encrucijada.* Editorial B de F. Buenos Aires. 2007, p. 192). Especialmente, porque transforman al acto político extremo y subsidiario de las decisiones de criminalización o sobrecriminalización, en un medio ordinarizado y simbólico de proyectar mensajes abiertos o encubiertos de aseguramiento social que se nutre reiteradamente de la misma agresividad y connotación belicista que practican cotidianamente los medios

de comunicación al difundir o referirse a los riesgos de victimización. En ese mismo sentido, como explica Van Swaaningen, "La mayoría de los políticos actuales adopta la postura populista de que «*el ciudadano siempre tiene la razón*», presupone que el público, quiere penas más duras e ignora cualquier cuestionamiento a esta conjetura... Peor aún, este giro punitivo cuenta con escasos contrapesos" (*Cfr.* René Van Swaaningen. *Revirtiendo el giro punitivo*. Revista Derecho Penal. Año I. Nº 1. 2012, p. 270).

Ahora bien, la falta de destreza y de justificación en las decisiones y prácticas de la judicatura peruana, relacionadas con la dosimetría del castigo, abonan también a favor de la reproducción de todas esas ideologías y modalidades populistas de formular y gestionar las políticas públicas contra la criminalidad. En efecto, las propias estadísticas oficiales sobre una operativa judicial penal eficiente resultan, en sus diferentes dimensiones, deficitarias. Es así que los datos oficiales del Poder Judicial tienden a demostrar que el desempeño efectivo de los jueces penales expresan, en una gran mayoría de casos concretos, notorias deficiencias al momento de condenar y sancionar debidamente a la criminalidad violenta, organizada o afín a la corrupción. Además, esta constatación empírica disfuncional motiva también múltiples consecuencias negativas para la institución judicial. Sobre todo que la expectativa social y la clase política se sientan reiteradamente frustradas. Lo cual ha adquirido particular sensibilidad a partir de la difusión mediática de audios y videos que motivan serias dudas sobre las buenas prácticas de los funcionarios del sistema de justicia para la evaluación y decisión de los castigos penales Es decir, que conmocionan al receptor y lo inclinan a asimilar la percepción de *que los jueces no hacen lo que deben hacer en favor de un control efectivo de la criminalidad.* O, lo que es institucionalmente más dañino aún, que se generalice e internalice también entre los diferentes sectores de la población, así como entre los medios de comunicación social y entre los representantes de los otros poderes públicos, un mismo discurso que suele atribuir a los órganos judiciales incompetencia o corrupción. Por ejemplo, se ha hecho común la formulación de diversas y agudas críticas sobre la idoneidad de los jueces penales para aplicar "condenas y penas justas". Entre ellas destacan por su frecuencia y constancia las siguientes:

1. Predominio de condenas a penas privativas de libertad de eficacia suspendida (suspensión de la ejecución de la pena).

2. Aplicación benevolente y al margen de la ley de penas leves por desconocimiento o corrupción.
3. Ausencia de aplicación de penas restaurativas o reparadoras como la prestación de servicios a la comunidad.
4. Prevalencia de una ideología de exceso garantista a favor del delincuente y en perjuicio de los intereses de las víctimas.
5. Altos registros de absoluciones o sobreseimientos por delitos graves con ausencia de motivación o con motivación aparente.
6. Frecuentes excarcelamientos inesperados y no justificados de personas detenidas por la Policía y el Ministerio Público en flagrancia o con la calidad de habituales o reincidentes.
7. Aplicación indebida de mandatos de comparecencia o de variación a comparecencia restringida.
8. Dilación escandalosa de procesos seguidos a organizaciones criminales y que luego generan la libertad de los procesados por cumplirse el plazo legal o un plazo razonable de prisión preventiva.
9. Menosprecio valorativo de la prueba indiciaria en delitos de criminalidad organizada.
10. Aplicación escasa o sesgada de las normas y procedimientos regulados en el nuevo código procesal penal para juzgar a la criminalidad organizada y aquellas vinculadas a la actividad ilícita de personas expuestas políticamente (PEPs).
11. Concesión irregular de beneficios penitenciarios.
12. Ausencia de procesamiento y aplicación de sanciones penales a personas jurídicas involucradas con el crimen organizado.

De todas ellas hay cuando menos dos, que se relacionan directamente con los objetivos de esta nueva publicación que dedicamos al estudio y difusión de las normas nacionales sobre dosimetría de los castigos penales o determinación judicial de la pena. Se trata, en lo esencial, de aquellos cuestionamientos que aluden a una alta tasa de penas privativas de libertad que se imponen con ejecución suspendida y a la constante aplicación de penas leves o benignas no justificadas.

Efectivamente, este nuevo libro, que sigue la ruta temática de otras publicaciones precedentes (*Cfr.* Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal.* IDEMSA. Lima. 2016), tiene una doble dimensión de contenidos que le dan una condición innovadora y diferente. En primer lugar, se busca actualizar y sincerar el significado funcional que ha adquirido el castigo penal en la realidad contemporánea, así como en la reciente experiencia normativa y político criminal de nuestro país. Y, en segundo lugar, explorar e identificar los nuevos problemas y las malas prácticas que la aplicación judicial de las reglas y procedimientos que sirven para la determinación de la pena ha evidenciado en los últimos años.

Y para la exposición analítica de todos esos aspectos, el libro ha sido construido sistemáticamente en tres capítulos. El primero, dedicado a la discusión contemporánea sobre la utilidad y modalidades del castigo penal, incidiendo, sobre todo, en su orientación expresiva y comunicativa. Asimismo, en la necesidad de reevaluar empíricamente los rezagos de las ideas de resocialización bienestarista que derivan de la Constitución de 1993. Tambien son objeto de análisis en esta primera parte la evolución reciente del catálogo de los castigos penales regulado en el Código Penal de 1991. Luego, en un segundo capítulo, se caracterizan y diferencian a los principales modelos de regulación que coexisten en el derecho comparado para la dosimetría penal; asimismo, se exponen las particularidades del modelo peruano desarrollando sus principales conceptos, procedimientos y reglas. Paralelamente, se evidencian y revisan los problemas y distorsiones más recurrentes que en torno a la aplicación de la pena todavía se detectan en la doctrina y en jurisprudencia nacionales sobre la materia. Finalmente, el capítulo tercero de la obra comprende una presentación renovada de protocolos y criterios de actuación que sirven para una utilización ordenada y consistente del marco legal especializado vigente.

Como es característico de nuestra línea publicista el presente libro incluye también una nutrida compilación de anexos legislativos y jurisprudenciales afines a su temática central.

Para terminar este prólogo nos corresponde ahora agradecer a quienes nos han apoyado en las tareas de producción y edición. Va, pues, nuestro reconocimiento a mis colaboradores y amigos Juan Carlos Collantes Camacho

y Daniel Almonacid De la Cruz, que generosamente han confeccionado los cuadros, anexos y bibliografía. También debo agradecimiento a mi hija, la Magíster Bertha Prado Manrique, quien pese a encontrarse fuera del país se ha tomado el tiempo de revisar nuestros borradores y de suministrarnos en más de una ocasión, útil bibliografía extranjera para enriquecer y dar mayor solidez a nuestras tesis y argumentos. Por último, mi reiterada gratitud a IDEAS en la persona de Renato Gálvez Barbieri por la renovada confianza y paciencia brindada por tan caracterizado sello editorial.

Lima, agosto de 2018

Prof. Dr. Dr. hc. mult. Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Catedrático de Derecho Penal
Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República

CAPÍTULO PRIMERO

LA UTILIDAD Y MODALIDADES ACTUALES DEL CASTIGO PENAL

1. MITOS Y REALIDADES DEL CASTIGO EN LAS TEORÍAS DE LA PENA

La situación criminológica y político criminal del presente, caracterizada, sobre todo, por la inseguridad ciudadana, el terrorismo fundamentalista, la recuperación de la cárcel y el predominio de los modelos y discursos punitivistas, torna en "mitológicos" a los estructurados razonamientos dogmáticos que evolutivamente, desde el siglo XVIII, se han venido integrando con esforzada coherencia por la doctrina *ius penalista* para explicar el significado y las funciones del castigo penal, bajo la consolidada calificación de **teorías de la pena.** A ellas incluso se les ha atribuido también la condición **de teorías de la legitimidad** del Derecho penal (Miguel Polaino Navarrete-Miguel Polaino Orts. *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas.* Grijley. Lima. 2004, p. 113).

La clave de estas teorías giró siempre en torno a funciones u objetivos de justa retribución y/o prevención que debería producir el castigo penal. Sin embargo, el panorama social y político de esta generación posmoderna es definitivamente otro. Como resumen Böhn y Gutiérrez: "Hoy en día todo parece reducirse a una dialéctica entre miedo y peligro, y a la consecuente necesidad de seguridad que aquella dialéctica genera...Como forma de contrarrestar esos temores y miedos, es necesario proveer seguridad... Una absolutización de la seguridad como paradigma explicativo, justificador y meca de las políticas de la actualidad (aunque suene cacofónico) y de las políticas criminales. Seguridad a cualquier precio..." (María Laura Böhm-Mariano H. Gutiérrez. Compiladores. *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo.* Editores del Puerto. Buenos Aires. 2007, p. XVII).

Por lo general, las teorías de la pena fueron construidas por juristas alemanes. En Iberoamérica, sin embargo, la influencia y el reconocimiento de las mismas fueron asimiladas con marcado entusiasmo y muy escaso interés crítico.

La difusión y desarrollo en el último siglo, de estas teorías, se ha consolidado a través de la reproducción continua, y con muy ligeras variantes, de un esquema tripartito que ha respondido, las más de las veces, a un refinado alineamiento con enfoques filosóficos manipulados y unidimensionales, que han carecido siempre de un sustento y validación empírico-sociológico. En efecto, como observa Rivera Beiras, estas teorías de la pena han mostrado a lo largo de su predominio y discusión evolutiva, una "pobreza" de argumentos que ha posibilitado que en el presente todas ellas hayan sido plenamente desmitificadas, "por visiones y herramientas interdisciplinarias que ya no podrán ser desechadas en un estudio serio, global y comprensivo del problema de la punición" (Iñaki Rivera Beiras. *Recorridos y posibles formas de la penalidad.* ANTHROPOS. Barcelona. 2005, p. 105). Es más, en el presente ellas son analizadas, penetradas o cuestionadas desde enfoques novedosos e inéditos para la literatura filosófica y jurídica tradicional, como lo son aquellos basados en las investigaciones y hallazgos de la **Neurociencia** (*Cfr.* Mercedes Pérez Manzano. *Fundamento y Fines del Derecho Penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia.* Estudios de política criminal y Derecho Penal. Tendencias actuales. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. 2015, p. 20-52).

En este contexto, pues, se ha reconocido la existencia o sucesión de tres grandes formulaciones teóricas dirigidas a explicar la función o los fines de la pena: las teorías absolutas, las teorías relativas y las teorías mixtas o de la unión. De manera breve y puntual describiremos a continuación los criterios y tesis esenciales que desarrollaron cada una de ellas. Pero, también, haremos una sucinta referencia a las denominadas **teorías expresivas de la pena** que constituyen el aporte anglosajón a esta temática y que recién comienzan a ser apreciadas y debatidas en el derecho penal de raíz eurocontinental (*Cfr.* Gabriel Pérez Barberá. *Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena.* In Dret 4/2014. Barcelona, octubre 2014, pp. 16-35).

1.1. Las teorías absolutas

Como precisa Rodríguez Horcajo, su nomenclatura responde a la necesidad de "expresar claramente la carencia de cualquier finalidad ajena a la propia existencia e imposición de la sanción penal misma, separándose de criterios de utilidad para aferrarse a una exigencia categórica de justicia. No asignan ninguna función que trascienda al castigo merecido por haber cometido un delito, y, por tanto, la función de la pena consiste en infligir un mal a quien ha infringido un mal" (Daniel Rodríguez Horcajo. *Comportamiento humano y pena estatal: Disuasión, cooperación y equidad.* Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2017. Madrid-España, p. 30).

En sus distintos orígenes y enfoques estas teorías se relacionaron, pues, con una concepción de justicia retributiva y absoluta. Su desarrollo filosófico se suele vincular al idealismo alemán y sobre todo a los planteamientos de Kant (ley penal como imperativo categórico) y de Hegel (el delito como negación del Derecho y la pena como negación de la negación). También contribuyeron a su consolidación los dogmas y doctrinas eclesiales referentes a la realización de la justicia divina. Al respecto explicaba con detalle Roxin que "la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de un fin socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuya, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido... Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del talión: ojo por ojo, diente por diente" (Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, 1997, pp. 81 y 82). Sin embargo, con sentido crítico, Hörnle ha sostenido que en realidad "el concepto teoría absoluta de la pena es ambiguo y, a fin de cuentas, puede renunciarse a él. La idea de que no hay que fundamentar las condenas de los tribunales penales o de que se trata de un acontecer que carece de fin se debe rechazar sin más. Tampoco bastan, en nuestro contexto jurídico-constitucional contemporáneo, los fines que solamente se pueden justificar con argumentos de religión" (Tatjana Hörnle. *Teorías de la pena.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015, p. 52). Pero, al margen de esos cuestionamientos, no es posible negar su relevante aporte dogmático y político criminal a través de la enunciación y contenido esencial de dos pilares históricos del derecho penal moderno, como son los principios de culpabilidad y proporcionalidad, aún en sus comprensiones postmodernas (*Cfr.* Claus Roxin. *La teoría del delito en la discusión actual.* Grijley. Tomo II.

Lima. 2016, p. 10-15; Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro. *Una teoría principalista de la pena.* Marcial Pons. Madrid. 2016, pp. 41-y ss.; Gloria Patricia Lopera Mesa. *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para una modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2006, p. 263 y ss.).

En el presente, las bases ideológicas de las teorías absolutas o de la retribución, son objeto de interesantes planteamientos revisionistas e innovadores desarrollados tanto en la doctrina alemana como anglosajona (*Cfr.* Alexandre Serra Vila. *Actualidad de las Teorías de la Retribución en el Derecho Penal.* Trabajo de Fin de Grado. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona. 2015, p. 23 y ss.). Una de estas relecturas es la que ha expuesto Pawlick. Este autor, partiendo de una coherente revisión de los planteamientos hegelianos y kantianos, desarrolla nuevos conceptos operativos que aluden a un Estado de libertades y une la infracción de deberes ciudadanos de cooperación, como las bases para una reformulación de la justificación del castigo con orientación preventivo integradora. Según él, "al autor –de un delito– le concierne una corresponsabilidad jurídica por la continuidad del estado de libertades (*freiheitlich*) en el cual vive. En la pena se le sujeta a esta corresponsabilidad, confirmando a su costa la reciprocidad entre cumplimiento del deber de cooperación y disfrute de la libertad. El Derecho penal legítimo es, por definición, Derecho penal del ciudadano, no hay otro" (Michael Pawlik. *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.* Atelier. Barcelona. 2016, p. 58).

1.2. Las teorías relativas

Son aquellas que interpretan que la pena está siempre dirigida a un objetivo o fin. La pena entonces es "un medio para alcanzar un fin ajeno a la misma. Así, lo que justifica la pena es su necesidad para la consecución del fin que se asigne al Derecho penal, identificado de manera mediata con la prevención de futuros delitos" (Daniel Rodríguez Horcajo. *Comportamiento Humano y Pena Estatal: Disuasión, Cooperación y Equidad.* Ob. Cit., p. 44). Para muchos sus orígenes se remontan a los grandes pensadores de la antigüedad. Al respecto, se alude a Platón como uno de sus precursores por hacer decir a Protágoras lo siguiente: "El que intenta castigar con razón no se venga a causa del crimen cometido –pues no se lograría hacer que lo hecho

no haya acontecido–, sino con vistas al futuro, para que no obren mal de nuevo ni este mismo ni otros, al ver que este sufre el castigo" (ídem., p. 45).

En sus distintas variantes estas construcciones teóricas sobre la pena, tienen en común el atribuir al castigo una utilidad que trasciende efectos exclusivamente retribucioncitas. De allí que se les considere también como teorías utilitarias o consecuencialistas. Evolutivamente, sus tesis más representativas se diseñaron asignando a la pena fines preventivos de eficacia colectiva o individual. Y, según la preeminencia en sus argumentos de tales opciones finalistas, se dieron a conocer dos posiciones: la prevención general y la prevención especial.

La primera de ellas, estima que la pena persigue internalizar en la comunidad un mensaje de intimidación disuasiva que determine a sus integrantes a abstenerse de cometer delitos. La pena, así, cumple un fin de *prevención general innominada*. Estima Roxin que el fin de la pena en esta concepción se expresa "en la influencia sobre la comunidad, que mediante amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe sin embargo actuar no expresamente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de prevención general" (Claus Roxin. Ob Cit., p. 89). Se suele señalar a von Feuerbach como el principal exponente de esta modalidad preventiva, al haber hecho conocer en el siglo XIX su famosa *"teoría de la coacción psicológica"*, cuyo planteamiento esencial atribuía a la pena el sentido de una *contra motivación negativa* que se amparaba en el mal que podría acarrear para el delincuente la comisión de un delito.

Ahora bien, en el marco de la teorías de la prevención general se han desarrollado desde la segunda mitad del siglo XX nuevos planteamientos que, alejándose de las concepciones estrictamente intimidatorias, estiman que el fin de la pena es, más bien, funcional. Ella expresa un mensaje social que confirma en la conciencia ciudadana la vigencia y validez del orden jurídico, como soporte formal y modelo de organización e interacción de las personas en la sociedad. A este enfoque se le conoce también como *Teoría de la prevención general positiva o integradora*. Su más caracterizado promotor ha sido JAKOBS, quien sintetiza su posición respecto a la pena en los siguientes tér-

minos: "Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse a tal efecto, vigencia y reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar en la consciencia de que la norma es infringida; la expectativa (también la del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. Resumiendo: Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma" (Günther Jakobs. *Derecho Penal. Parte General.* Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid, 1995, pp. 13 y 14).

Sin embargo, en los albores del siglo XXI la eficacia intimidante y disuasiva del castigo penal ha sido objeto de sólidos cuestionamientos empíricos, sobre todo desde la experiencia anglosajona donde su utilización y arraigo han trascendido a nuestro tiempo. En efecto, diferentes estudios criminológicos han demostrado la inconsistencia individual y colectiva de la disuasión punitiva sobre la producción real de la delincuencia y los delitos. De allí que se postulen nuevas alternativas estratégicas y operativas de disuasión. Por ejemplo, Kennedy, luego de explorar de modo detallado los diferentes factores que desde la propia dinámica social contemporánea del control penal anulan o restringen la disuasión o prevención general, señala una posibilidad de configurar efectos disuasivos activando modos de intervención diferentes que verdaderamente puedan incidir en los intereses individuales o colectivos de la delincuencia más allá de la mera formalización, rigor o comunicación del castigo. Conforme al autor citado, "deberíamos esforzarnos para imponer las sanciones que les importan a los delincuentes. Incluso dentro del rango de las sanciones formales, no hay ninguna razón para pensar que nuestra jerarquización de la gravedad se corresponde con la de los delincuentes. Una semana de toque de queda impuesta hoy mismo puede ser más significativa que una condena a cadena perpetua impuesta el próximo año. Una condena a diez años en prisión puede no ser más significativa que una condena a un año. Esta jerarquización muy probablemente sea diferente para diferentes

clases de delincuentes y en diferentes clases de escenarios. Estas cosas no sólo son ciertas, sino que son totalmente susceptibles de ser investigadas "(David M. Kennedy. *Disuasión y Prevención del Delito. Reconsiderando la expectativa de pena*. Marcial Pons. Madrid. 2016, p. 285).

La segunda posición en las denominadas teorías relativas de la pena, afirma que la sanción punitiva procura incidir positivamente en el delincuente de manera que éste desista en el futuro de incurrir en nuevos hechos punibles. Admite, pues, un fin preventivo que se proyecta de modo individualizado y principalmente a través de la ejecución de la pena, buscando una resocialización o reinserción positiva de quien cometió un delito. Se trata, de una utilidad *preventivo especial e individualizada*. El principal impulsor de esta concepción fue von Liszt con su "teoría de la idea de fin" (*Zweckgedanke*). Ahora bien, sobre la operatividad del castigo como influencia o prevención especial sobre el delincuente, se han formulado "dos tipos o modalidades, *la prevención especial positiva*, mediante la cual se pretende que el autor del delito no delinca más en el futuro, logrando la resocialización del mismo a través de la pena; y la *prevención especial negativa* que pretende evitar la peligrosidad del autor en la sociedad mediante la inocuización del mismo" (Eduardo Demetrio Crespo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Ediciones Universitarias de Salamanca. Salamanca. 1999, p. 64).

Cabe recordar que el momento de mayor apogeo de las teorías preventivo especiales estuvo ligado al desarrollo intervencionista del *Welfare State*. Como lo destacó Garland: "Dado que los problemas más urgentes de los que se solían llamar «pobres merecedores de ayuda» habían sido atendidos (o al menos así se pensaba) con el desarrollo del Estado del bienestar, ahora se hacía posible centrar más la atención en los pobres «no merecedores de ayuda», de mala reputación, en las poblaciones problemáticas, tales como los delincuentes juveniles, los delincuentes adultos y los presos" (David Garland. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa Editorial. Barcelona. 2005, p. 102). En ese contexto, pues, la ideología del tratamiento y de los fines resocializadores del castigo marcaron las coordenadas de todo proceso de criminalización secundaria, sobre todo en el escenario de la ejecución penal.

Sin embargo, hacia las dos últimas décadas del siglo XX, las distintas variantes de esta forma de teoría relativa de la pena, fueron objeto de arteras y sólidas críticas que rechazaron sus argumentos y expectativas benéficas. Sobre todo, se les imputó el ser una doctrina de instrumentalización de los individuos y de injerencia premeditada en sus decisiones o derechos a la diferencia, disidencia y pluralidad. En ese sentido, se les cuestionó, por ejemplo, que cosificaban al ser humano y que el castigo orientado a efectos de resocialización o reinserción social eran inviables en un régimen penitenciario cerrado con notable orientación autoritaria.

Además, los seguidores de la criminología crítica denunciaron que tras de las teorías preventivo especiales, se encubrían prácticas selectivas de manipulación de la conciencia colectiva o individual de las personas, capaces de segregar o reprimir toda opción de ideología o cultura alternativa o disidente. Por ejemplo, acertadamente se denunció que, "toda resocialización que tienda más allá encerraría el peligro de una adaptación coactiva a una determinada concepción de la vida social, lo que choca con los principios de una sociedad pluralista" (Enrique Bacigalupo. *Significación y perspectivas de la oposición del Derecho Penal – Política Criminal. Revue Internationale de Droit Pénal.* Nº 1, 1978, pp. 24 y 25). Asimismo, se destacó su rol legitimador de la cárcel: "La filosofía del tratamiento pasa por varias etapas, sin que ninguna de ellas permitiera cambiar las características estructuralmente deteriorantes de la prisión. «Resocialización» es una expresión que, fuera del marco sistémico carece de contenido semántico y su uso equívoco se confunde en una multiplicidad de ideologías «re» (re-adaptación; re-inserción; re-educación; re-personalización; etc.) que, en definitiva, pretenden que la prisión puede mejorar algo. Teniendo en cuenta que el encierro institucional, conforme a todas las investigaciones contemporáneas, es siempre deteriorante, especialmente si es prolongado, resulta claro que las ideologías «re» no son utopías, sino absurdas" (Eugenio Raúl Zaffaroni. *La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo*, en Cuadernos de la Cárcel. Edición Especial de "No Hay Derecho". Buenos Aires, 1981, p. 61).

Con toda esa avalancha de críticas y objeciones el impacto de las teorías preventivas especiales se fue diluyendo en el contexto de crisis financiera, de pragmatismo político y de inseguridad individual y colectiva que acompañó la caída del Estado del bienestar y el advenimiento de la sociedad tardomodernista. En la actualidad, pues, pensar en la pena como un medio de

mejoramiento del delincuente no es funcional ni rentable a la realidad sociopolítica y psicológica que internalizan hoy nuestros líderes, ciudadanos y sociedades, quienes ven en el delincuente al "otro negativo; al enemigo". Como grafica Cornelli, "para los individuos acorralados por la inseguridad del propio estatus social, por la incertidumbre del futuro, y por la sensación de no ser dueños de su propio presente, la tendencia dominante, también en la organización de los espacios de vida, es la de refugiarse en la idea de comunidad, como espacio purificado y separado de la sociedad....la casa asume cada vez más el aspecto de una fortaleza, protegida por sistemas de alarmas, de rejas, telecámaras y circuitos cerrados, inserta en contextos residenciales vigilados" (Roberto Cornelli. *Miedo, Criminalidad y Orden*. Ob. Cit., p. 169-170). Editorial B de f. 2012. Buenos Aires - Argentina. No hay pues espacio para resocializar a las "amenazas". Todo lo contrario la meta del presente parece ser el de aislarlas, neutralizarlas o destruirlas.

Sin embargo, pese a lo antes expuesto, todavía se encuentran alguna voces aisladas que sugieren que planteando una revisión de las nociones tradicionales de rehabilitación personal de los delincuentes a través del castigo, se pueda promover una nueva noción y modalidad de "castigo constructivo", no excluyente sino rehabilitador y que convoque la confianza de la comunidad. En ese sentido McNeill se pronuncia por la búsqueda de una especie de rehabilitación activa, restaurativa o reparatoria: "La reparación, quizá, se refiere a la insistencia de que las demandas de carácter moral deben ser satisfechas, y la comunicación moral debe ser asegurada, antes de que la rehabilitación moral pueda ser reconocida. En términos sencillos, un delincuente tiene que [hacer] *payback* o hacer el bien antes que él o ella pueda negociar una restauración de su posición social de ciudadano de «buen comportamiento». Como Bazemore ha sostenido, la redención debe ganarse y merecerse. Esto no es necesariamente una mala noticia para la rehabilitación... Pero, en todo caso, esto significa que las tareas y prácticas de la rehabilitación necesitan comprometerse de una forma mucho más explícita, como lo han hecho hasta ahora, con las preguntas en torno a la justicia y a la reparación" (Fergus McNeill. *Cuando el castigo es rehabilitación*. In Dret Número 3. 2015, p. 19).

En conclusión, pues, los fines y funciones de prevención del castigo han adquirido en el nuevo milenio una condición estrictamente securitaria, que pero que resulta compatible con un modelo de derecho penal deshumaniza-

do. El cual no tiene ni respeta límites o escrúpulos, para utilizar "formas más insidiosas y, no obstante, perniciosas, porque son presentadas en nombre de la realidad y de la protección social" Deshumanización del Derecho Penal. En Securitismo y Derecho Penal. Por un Derecho Penal Humanista. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha. Cuenca. (Mireille Delmas-Marty. *Deshumanización del Derecho Penal.* Ob. Cit., p. 17).

1.3. Las teorías mixtas

También conocidas como "teorías de la unión", ponen de manifiesto el fracaso teórico, político y filosófico de todos los intentos realizados, por algo más de dos siglos, por dar una explicación satisfactoria sobre el "fin de la pena".

En su expresión fundamental, estas teorías mixtas procuraron demostrar que la pena apuntaría hacia "varios fines"; los cuales, además, eran susceptibles de ser operativa y simétricamente alineables e integrables. Es decir, que las funciones o fines de retribución y prevención podían compatibilizarse y complementarse mutuamente, a través de una interrelación que se produciría secuencialmente y dentro de un proceso dialéctico de límite y utilidad. Surgía, así, desde estas perspectivas, una contradictoria opción vinculatoria entre retribución, prevención general y prevención especial. La cual, sin embargo, pese a su aparente comodidad expositiva, dejaba siempre insoluble el histórico problema científico e ideológico de "las antinomias de los fines de la pena". Al respecto, Abanto Vásquez ha destacado también como una notoria consecuencia disfuncional de todos estos intentos de alineamiento teleológico forzado, su falencia o incongruencia teórica y práctica, ya que "al faltar un fundamento teórico para hacer que se complementen y limiten mutuamente, se destruía la lógica propia de cada teoría, adicionando así sus defectos en el ámbito de aplicación de la pena" (Manuel A. Abanto Vásquez. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración de justicia.* Grijley. Lima. 2014, p. 108). Pero, además, ellos debieron soportar también la misma objeción que fue común a la crítica de todas las teorías de la pena: la falta e imposibilidad de una validación empírica sobre su eficacia.

Sin duda alguna fue Roxin, desde mediados de los años sesenta del siglo pasado, el principal artífice de una teoría mixta con mejor elaboración y sustento. Él la denominó "teoría unificadora dialéctica" en oposición crítica

a las que designó como "teorías unificadoras aditivas" (Claus Roxin. *Problemas Básicos del Derecho Penal.* REUS S.A. Madrid. 1976, pp. 33-35).

Como bien resume uno de los principales traductores del jurista alemán, la teoría unificadora dialéctica se caracterizó por exponer los siguientes enunciados y tesis:

1. Al momento de vincular una conducta determinada con una sanción penal, esta amenaza tendría, exclusivamente, una función preventivo general con el objetivo de tutelar bienes jurídicos.
2. En la fase de la imposición y medición de la pena, deberían considerarse por igual la prevención general y la prevención especial.
3. Por último, durante la ejecución de la pena, solamente se justificaría la prevención especial en el sentido de resocialización, pero enmarcada dentro del marco previo de protección de bienes jurídicos y del respeto al principio de culpabilidad (Manuel A. Abanto Vásquez. Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos contra la Administración de Justicia. Ob. Cit., p. 109-111).

Ahora bien, uno de los desmitificadores iberoamericanos de las teorías mixtas de la pena, tal vez el más agudo y representativo, fue Bacigalupo. Este jurista al estudiar las relaciones entre Derecho Penal y Política Criminal, examinó críticamente y con detalle los implicantes efectos de las teorías mixtas, señalando que "las consecuencias de las teorías de la unificación sobre el sistema del Derecho Penal se perciben en la disfuncionalidad que caracteriza las distintas partes que lo componen: presupuestos de la pena determinados por criterios propios de la teoría retributiva y ejecución penal dirigida a un tratamiento resocializador; límite de la pena en la culpabilidad del autor por un lado y exigencias del tratamiento por el otro; derecho penal material que proclama el fin de la resocialización y proceso penal dominado por la comprobación de la culpabilidad. Explicar esta disfuncionalidad por el modo y especie con que la ciencia penal tradicional ha buscado armonizar las partes del sistema, como lo hace Hassemer, *es en realidad no explicar nada*, pues el modo y la especie de la ciencia del derecho son en verdad también consecuencia del fundamento del sistema y no la causa del mismo, si es posible expresarlo de esta manera no es científica sino ideológica" (Enrique Bacigalupo. *Significación y perspectivas de la oposición derecho penal – política criminal.* Ob. Cit., p. 16- 17).

Lamentablemente, por mucho tiempo las concepciones unificadoras lograron ejercer un predominio y aceptación significativa entre los penalistas. Lo cual, por ejemplo, se reflejó en los continuos intentos de la doctrina especializada por lograr una descripción coherente y conciliadora del proceso de determinación judicial de la pena. Con esa actitud, sin embargo, se produjo lo que Feijóo Sanchez calificó como un desfavorable desplazamiento de la "discusión sobre el fin y sentido de la pena estatal al ámbito de la determinación de la pena" (Bernardo Feijóo Sánchez. *Las teorías clásicas de la pena*, en Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 11. 2002, p. 443). Lo cual, por ejemplo, ha sido y sigue siendo el talón de Aquiles de las construcciones dogmáticas alemanas al tratar de explicar la operatividad jurisdiccional del artículo 46 del Código Penal alemán (*Cfr.* Claus Roxin. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal.* REUS S.A. Madrid. 1981, pp. 93-145). Al respecto, los analistas han demostrado la notoria ambivalencia jurisprudencial, desarrollada a través de la denominada "teoría del espacio de juego" *(Spielraumtheorie)*, especialmente cuando "pretende, justamente, la consecución de una pena que se mueva dentro de un marco en el que, siendo proporcional a la culpabilidad, pueda satisfacer al mismo tiempo funciones preventivas" (Eduardo Demetrio Crespo. Prevención General e Individualización Judicial de la Pena. Ob. Cit., p. 66). Pero, tampoco en este dominio las teorías eclécticas se han mostrado consistentes, puesto que los resultados de métrica penal obtenidos no han logrado nunca ser explicados con solvencia, quedando todo el esfuerzo desplegado para ello en la mente del juez y en su voluntad punitiva. Es más, toda pretensión preventiva especial se ha quedado siempre más cercana a la administración penitenciaria que a la decisión jurisdiccional. Al respecto, Ziffer ha señalado lo siguiente:

> El problema de las antinomias que se pretende resolver con estas teorías, sin embargo, en cierta medida ha sido sobrevalorado. Ninguna de las teorías de la pena está en condiciones de expresar cuál es la pena «justa» más que aproximándose a ella en forma tentativa. El planteamiento de las «antinomias» desconoce esto, y la cuestión es presentada como si la prevención general pudiera señalar como la pena más adecuada cinco años de prisión, la prevención especial, diez, y la retribución, cuatro; al menos por el momento la cuestión no puede ser presentada en estos términos. Sin embargo, esto es afirmado como si estas transformaciones de diversos criterios en diversas cantidades fuera real. Ni siquiera puede hacerlo la prevención especial, la cual, en apariencia, sería la que estaría en mejores condiciones de fijar el monto de la pena –coincidente con el tiempo

> del tratamiento–. Pues esto sólo puede hacerse por medio de «pronósticos» con los problemas de prospección y de indefinición de los tiempos que ello implica. (Patricia S. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1996, p. 54).

1.4. Las teorías expresivas

Su origen y evolución han estado ligados, preponderantemente, a los estudios e interpretaciones sobre el castigo que se han desarrollado en la vertiente anglosajona del Derecho penal. Sin embargo, estas teorías también han cobrado un repentino interés entre los juristas eurocontinentales que las vienen asimilando y discutiendo desde finales del siglo pasado.

Sus antecedentes teóricos colocan a Feingen como el más logrado de sus promotores. Este autor, como parafrasea Rodríguez Horcajo, consideró que "la justificación de la pena se asienta en su capacidad para expresar actitudes de resentimiento e indignación, y los juicios de desaprobación y reproche de parte de la autoridad que castiga por sí misma y por aquellos en cuyo nombre se inflige el castigo. La pena, en resumen, tiene una significación simbólica de la que carecen en gran medida otro tipo de sanciones»" (Daniel Rodríguez Horcajo. *Comportamiento Humano y Pena Estatal: Disuasión, Cooperación y Equidad*. Ob. Cit., p. 42). Se trata, pues, en esencia, de construcciones teóricas que otorgan al castigo *una función comunicativa* donde las sentencias condenatorias que emiten los tribunales de justicia penal adoptan un rol instrumental de comunicación social; pero, también, aquellos a los que Ferrari denomina "sujetos intermedios" como los ciudadanos en general, la víctima y el propio delincuente (Vincenzo Ferrari. *Funciones del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2014, pp. 209-211).

En las teorías expresivas la pena cumple una función comunicativa de contenido deontológico que vincula al Estado, a la comunidad, a la víctima y al delincuente. El mensaje o el lenguaje formalizado que aquella representa y contiene, se vinculan con el procesamiento y tratamiento que se le da al delito como un hecho pasado, pero significativo y desaprobado para la sociedad, el cual merece una reacción que consiste en la irrogación de un mal. Pérez Barberá, sin embargo, luego de repasar los diferentes enfoques y planteamientos de las teorías expresivas denuncia como su principal carencia, la falta de un discurso práctico que justifique esa desaprobación e irrogación. Al

respecto concluye señalando "que la irrogación de un mal es en ocasiones el único y en ocasiones el mejor medio del que dispone el Estado para comunicar con autoridad al autor del delito, a la víctima y a la sociedad que es su voz –y no la del delincuente– la única que debe ser escuchada. Es precisamente el mal de la pena lo que permite al Estado trasmitir esa información sin tener que dar otras razones... La cuestión principal, con todo sigue siendo si es correcto, en términos de justicia, que el Estado obre de esa manera, que sin dudas es muy funcional a sus objetivos tácticos" (Gabriel Pérez Barberá. *Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena.* In Dret. Número 4. 2014. Octubre 2014, pp. 26-27).

La doctrina reconoce la existencia de diferentes tipos de planteamientos expresivos de la pena. Por ejemplo, Hörnle distingue dos tendencias: a) las teorías expresivas de la pena que están orientadas a las normas; y b) las teorías expresivas de la pena que están orientadas a las personas. Entre estas últimas, identifica, además, tres variantes según la prevalencia del destinatario de la comunicación penal: a) las de comunicación con el autor; b) las de mitigación de los sentimientos de indignación; y, c) las de comunicación con la víctima (*Cfr.* Tatjana Hörnle. *Teorías de la Pena.* Ob. Cit., p. 33-42). De todas ellas consideramos pertinente operativizar las segundas de las mencionadas, ya que resultan ser más compatibles con las características actuales que se evidencian en la formalización e imposición del castigo penal. Según la autora citada: "En la medida en que no se vea la función del reproche en la realización de la expiación del autor, queda la alternativa de tener en cuenta la indignación de todos aquellos individuos que han tenido conocimiento del delito concreto...La necesidad de superar el acontecimiento con un juicio estatal de desvalor se puede explicar diciendo que hay que mitigar los sentimientos de indignación... La fundamentación sociológica discute sobre contextos más amplios: así se puede señalar que hay que evitar las prácticas de justicia por propia mano, perjudiciales para una sociedad, o que la aceptación de un ordenamiento jurídico depende de que este tome en serio los sentimientos de indignación" (Tatjana Hörnle. *Teorías de la Pena.* Ob. Cit., p. 37-38).

Ahora bien, entre los expositores de las teorías expresivas de la pena, destaca en el presente el escocés Antony Duff. En una interesante entrevista este filósofo del castigo resume lo esencial de su pensamiento en los siguientes términos: "Con respecto al castigo estuve desarrollando una teoría de

la comunicación de acuerdo con la cual la finalidad principal del castigo es convertirse en un proceso bidireccional de comunicación entre la comunidad y el delincuente: una comunicación de censura y de entendimiento de la ilicitud del delito, de la comunidad hacia el delincuente; y, a cambio, una comunicación formal de disculpa y reparación del delincuente hacia la comunidad" (Entrevista a Antony Duff. Traducción de Antonella Di Marco. *Lecciones y Ensayos*. Número 92. 2014, p. 301-302).

2. SOBRE LA FUNCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL CASTIGO PENAL

Señala con acierto Rivera Beiras, luego de describir y analizar diez discursos sobre el castigo, que "la primera conclusión que puede sacarse de ello –como consecuencia evidente de la importante cantidad de discursos– es que el problema de la comprensión de la penalidad no es simple: constituye un fenómeno complejo, en ocasiones contradictorio, posee aristas diversas y filones interpretativos varios. Acercarse a comprender el sentido, los significados, las funciones, etc., del sistema penal, constituye así una tarea atractiva pero en absoluto sencilla" (Iñaki Rivera Beiras. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Ob. Cit., p. 105).

Efectivamente, el castigo ha sido interpretado, conceptualizado y explicado desde diferentes enfoques. Entre ellos han destacado siempre el filosófico, el sociológico, el ético, el económico y el político. En este último contexto, por ejemplo, la noción y justificación del castigo ha procurado siempre construirse y afinarse a partir de criterios representativos de necesidades de autoridad, poder y control, que requiere satisfacer el Estado para construir la convivencia, la organización, el consenso y el desarrollo de las sociedades. Los estudios en este dominio han analizado tres problemas esenciales. En primer lugar la noción de castigo; en segundo lugar las modalidades del castigo; y, finalmente, las formas de imponer y administrar los castigos. Entre los clásicos de esta materia destacan las publicaciones de Focault (*Vigilar y castigar. El Nacimiento de la Prisión*. Siglo xxi editores. México. 1989), de Garland (David Garland. *Castigo y Sociedad Moderna*. Un Estudio de Teoría Social. Siglo XXI editores. México D.F. 2010) y más recientemente de DUFF (Antony Duff. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Siglo XXI editores. Buenos Aires. 2015).

Lo que resulta una constante directa e indirecta en todos estos aportes e investigaciones es la demostración de que todo modelo político y social ha idealizado y difundido siempre una noción de castigo procurando que ella resulte afín o funcional a sus valores y estrategias de legitimación. En efecto, el *ius puniendi,* a lo largo de los tres últimos siglos se ha procurado edificar, justificar y comunicar aplicando tal metodología de compatibilidad. Por ejemplo, el Estado Absolutista relacionó el castigo con el ejercicio de una voluntad autoritaria, soberana y divina del monarca; el Estado Liberal, en cambio, configuró su noción de castigo a partir del ejercicio del libre albedrío individual o económico de las personas; y, el Estado Social, legitimó el castigo desde la idea de una intervención pública positiva, estructurada y resocializadora de los delincuentes, desviados o asociales. Sin embargo, el contraste empírico de todas estas justificaciones o alineaciones políticas del castigo, ha puesto en evidencia también una actitud poco interesada por la eficacia social de aquél de cara a efectos reales de merecimiento, disuasión general, rehabilitación, inocuización o restauración frente al delito y la delincuencia. Exploraciones importantes en estos dominios han sido trabajadas, sobre todo en el ámbito anglosajón. Al respecto, Robinson ha mostrado con solvencia empírica y detalle las falencias y debilidades materiales de todas aquellas "justificaciones de la pena", al pretender operar únicamente como validaciones teóricas o principios morales o políticos para la "distribución de la responsabilidad penal y de la pena" (*Cfr.* Paul H. Robinson. *Principios distributivos del Derecho Pena*l. A quién debe sancionarse y en qué medida. Marcial Pons. Madrid. 2012, p. 31 y ss.). Sin embargo, en el ámbito euro continental tales enfoques de constatación recién comienzan a ser esbozados como se observa, por ejemplo, en la variante psicosocial que sobre estos temas adopta Rodríguez Horcajo (Daniel Rodríguez Horcajo. *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad.* Marcial Pons. Madrid. 2016, pp. 87 y ss.).

Ahora bien, en las sociedades de la modernidad tardía y globalizada del siglo XXI, la explicación del castigo parece encontrarse en una compleja encrucijada que, en no pocos casos, parece retroceder a los orígenes históricos de la venganza colectiva y expresiva del sentido común de los ciudadanos, frente al sufrimiento real o potencial de las víctimas o a las valoraciones y representaciones psicosociales de la inseguridad.

A esa enmarañada tendencia, son también funcionales las exigencias de atención y satisfacción para las víctimas, especialmente de aquellos delitos de expresivo impacto emocional como la desaparición forzada de personas, la violación sexual de menores, el feminicidio o el terrorismo globalizado, las que también han adquirido en nuestro siglo una injerencia propia y socializada en la formulación y justificación del castigo. Sobre esto último Gil Gil ha observado lo siguiente:

> La pena puede tener indudables efectos beneficiosos para la víctima, el primero manifestar la injusticia sufrida y ofrecer cierta garantía de no repetición, calmando así su necesidad de justicia, devolviendo la confianza de la víctima en el ordenamiento y en la sociedad y favoreciendo su no desocialización. Pero no hay que olvidar que esos sentimientos responden al mecanismo de la reciprocidad que en última instancia sirve a la conservación del grupo y del individuo como ser social. En definitiva, aun cuando efectivamente la pena sirva para satisfacer las necesidades de reciprocidad tan inherentes a nuestro sistema de interrelacionarnos socialmente, este fin, a su vez (incluso de manera inconsciente) es instrumental a otro, y por ello no puede nunca ser extrapolado y colocado como fin en sí mismo o superior a los fines preventivos clásicos, de manera que «los derechos de las víctimas» eclipsen o sustituyan la función de Derecho penal de protección de bienes jurídicos (Alicia Gil Gil. *Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena*. In Dret Número 4. Octubre 2015, p. 31).

Las imágenes, pues, de un delincuente deliberativo, calculador, frío y ventajista se imponen hoy con mayor facilidad e intensidad en la conciencia de las personas que viven la criminalidad en tiempo real, a través de la frecuencia cotidiana de los medios de comunicación o del discurso oportunista y siempre alineado de los líderes de opinión. Además, todo ello es bien aprovechado, por el Estado para la formación generalmente coyuntural de sus políticas de castigo a la criminalidad. Al respecto, Cornelli, reflexionando sobre lo acontecido en Italia, señala:

> El temor a la violencia –después de un periodo de relativa latencia, en el cual los ideales de libertad e igualdad guiaban el accionar colectivo– caracteriza hoy, de manera explícita, al campo político: informa las mentalidades y sensibilidades colectivas e institucionales y, de esa manera, caracteriza los actos de decisión. Al mismo tiempo, constituye un recurso de legitimación de las mismas instituciones que, alrededor de la guerra contra el crimen encuentran un eje existencial y operativo. Con el objetivo manifiesto de tranquilizar a los ciudadanos y de tornar efectivo su derecho a no tener miedo, la política difunde una cultura del temor y del control que sostiene y legitima intervenciones punitivas, en la búsqueda de una **solución final** al problema criminal (Roberto Cornelli. *Miedo, criminalidad y orden*. Editorial B de F. Buenos Aires. 2012, p. 344).

La experiencia latinoamericana de las dos últimas décadas pone igualmente de relieve que en países pobres o emergentes la realidad reseñada es también una característica de esta visión contemporánea y social sobre la utilidad del castigo, como lo ha descrito Kessler al analizar el caso argentino. En ese sentido, sobre el caso argentino Kessler afirma: "Las *olas* de inseguridad, en general, y de determinados delitos de moda eran una forma de marcar la continuidad y omnipresencia del tema; la *inseguridad* se transformó entonces en un problema público central, una categoría descriptiva de la realidad, una sección mediática estable y una cuestión que afectaba al bien común y que requería soluciones" (*Cfr.* Gabriel Kessler. El Sentimiento de Inseguridad. Sociología del Temor al Delito. Siglo XXI editores. Buenos Aires. 2011, p. 103).

El castigo, entonces, en el tercer milenio se procura entender y socializar como un daño comunicador, merecido y necesario al que no debe ni puede renunciar el Estado, bajo el riesgo de acrecentar la desconfianza y el descrédito público en sus capacidades de gobernanza. Además, en ese escenario, la resistencia racional a los excesos de este tipo de visión y discurso sobre el rol contemporáneo del castigo, de notoria esencia neoretribucionista y rigorista, se hace cada vez menos perceptible y vehemente en las deliberaciones o decisiones de las políticas públicas contra el delito.

El uso estatal y comunicativo del castigo pasa, pues, fácilmente, a convertirse en *un estilo de gobierno* que ofrece múltiples ventajas coyunturales que exceden el tradicional marco de la política criminal, para constituir un funcional acompañamiento táctico y meditado de otros objetivos de gobernanza como la reformulación de políticas económicas, financieras o tributarias. Lo ocurrido en el Perú, en la última década, a través de un uso reiterado de decretos legislativos para reformar y renovar el sistema penal peruano con significativo consenso social, constituye un claro ejemplo de este innovador proceso de gobernar a través del delito y del castigo. Esto es, un buen referente de la manipulación política y contemporánea del significado y utilidad del castigo penal como lo hemos expuesto en otra publicación (*Cfr.* Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal.* IDEMSA. 2016, pp. 30 y ss.). Tendencia que, además, constituye la característica más representativa de la producción legislativa de aquél periodo, como lo ha verificado Prado Manrique:

> Se evidencia una tendencia a la politización y populismo penal como respuesta a las demandas de seguridad de la población. Las manifestaciones más claras de esta orientación serían la frecuente injerencia del Poder ejecutivo en la formulación de leyes penales, mediante delegación de facultades legislativas, así como las deficiencias en el procedimiento legislativo penal.... De ellas destacan especialmente la ausencia de un diagnóstico criminológico, así como la falta de opinión de expertos que brinden argumentos racionales para la modificación de la normativa penal (Bertha Verónica Prado Manrique. *La política criminal peruana: Una aproximación desde el modelo penal bienestarista.* Trabajo de Fin de Máster. Universidad de Málaga. Málaga. 2018, p. 78)

Es pertinente reconocer que un discurso analítico y prospectivo sobre todas estas características, compatibilidades y conexiones del castigo en la realidad presente, ya fue expuesto con detalle hace una década por Garland. Según este autor, todo apuntaba a identificar y consolidar en la actualidad un rol multifuncional e integrado donde "el castigo es un aparato para hacer frente a los delincuentes, una entidad administrativa circunscrita, discreta, legal. Sin embargo, también es la expresión del poder del Estado, la afirmación de la moralidad colectiva, un vehículo de la expresión emocional, una política social condicionada por motivos económicos, la representación de la sensibilidad vigente y un conjunto de símbolos que despliega un ethos cultural y ayuda a crear una identidad social" (David Garland. *Castigo y sociedad moderna. Un Estudio de Teoría Social.* Siglo Veintiuno Editores. Segunda Reimpresión. México. 2010, p. 333). Por lo demás, esta noción omnicomprensiva y sintética sobre el castigo ha generado también resonancia e interés en otros investigadores y estudios, los cuales no sólo han avalado la necesidad en nuestro tiempo de replantear las indagaciones y lecturas tradicionales sobre el castigo, su naturaleza y su función; sino que apuestan, también, por encontrar o promover alternativas menos dramáticas y costosas para la vida democrática de las sociedades y sus ciudadanos. En ese espacio se ubican, por ejemplo, la propuesta *republicana* de Braithwaite y Pettit, quienes la caracterizan como un retribucionismo superador y de orientación garantista, en los siguientes términos: "El segundo aspecto en que nos diferenciamos de los retribucionistas en relación con sus restricciones negativas es que no sólo ahondamos más en busca de los fundamentos para los castigos, sino que además abarcamos un terreno más amplio. En particular, argumentamos en favor del derecho del inocente a no ser castigado como uno de un conjunto de límites, como el límite a la invasión policial y la iniciativa de los fiscales, que deseamos que el sistema de justicia penal respete" (John Braithwaite y

Philip Pettit. *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Siglo XXI editores. Buenos Aires. 2015, p. 232).

También la discusión sobre las formas de materializar el castigo ha transitado por distintas etapas, conceptos y desarrollos históricos que han hecho evidente que no ha sido suficiente, indagar por qué se castiga o para qué se castiga; sino que también ha ocupado y ocupa un lugar especial en el debate las interrogantes sobre cómo se castiga y dónde se castiga. Sobre todo, estos discursos dialécticos han adquirido particular relevancia por evaluar el significado y la utilidad que actualmente corresponde a los castigos que se materializan como formas de privación de la libertad (*Cfr.* Dario Melossi - Massimo Pavarini. Cárcel y fábrica. *Los orígenes del sistema penitenciario*. Siglo XXI editores. México 1980, pp. 226-231). A los cuales, por lo demás, desde la modernidad hasta el predominio de los modelos políticos neoliberales del nuevo siglo, se les ha considerado siempre como la expresión "más civilizada" del castigo. A este nivel se ha detectado un notorio agotamiento del interés social o político por los programas y efectos "resocializadores", lo cual ha legitimado la aparición de modalidades de privación de la libertad carentes de racionalidad, proporcionalidad y temporalidad. Desde esos enfoques los castigos de privación de la libertad son configurados y aplicados con objetivos de inocuización selectiva, aislamiento y exclusión social. De allí que el prototipo de estas sanciones sean las distintas formas de prisión prolongada o perpetua; así como las medidas de seguridad de privación de libertad post condena para los delincuentes "peligrosos" o multireincidentes. Las cuales, además, suelen estar acompañadas de medidas estigmatizantes de alarma social como la denominada "notificación a la comunidad" o los "registros de excarcelados peligrosos o incorregibles". Como destaca DUFF todo ello constituye uno de los principales problemas del derecho penal de la actualidad: "Desde mi punto de vista, en la práctica creo que hay tres problemas principales. Uno es simplemente el castigo excesivo. Castigamos muy severamente y de manera muy frecuente. Utilizamos demasiado la cárcel y para encarcelar a muchas personas. Entonces, el problema es cómo castigamos y la dureza del castigo...Por lo tanto, uno de los problemas es cómo hacemos para que el impacto del castigo sea más moderado" (Entrevista a Antony Duff. Ob Cit., p. 303).

Estas opciones y prácticas, de manera incoherente, suelen ser avaladas o exigidas por una colectividad mayoritaria que se manifiesta cada vez más

temerosa e insegura frente al delincuente y el excarcelado. La asimilación de esta tendencia, inicialmente asumida en los países del ámbito anglosajón, se ha ido extendiendo en los últimos quince años a otras sociedades europeas y latinoamericanas. PRATT nos grafica ello del modo siguiente: "las bases para nuevas exploraciones en materia de castigo, empujan sus fronteras hacia horizontes cada vez más irreconocibles. Por ejemplo, la prisión perpetua debe significar eso exactamente: en Nueva Zelanda, el 67% coincide con esto, con sólo un 11% en favor de la posibilidad de libertad condicional. Otra encuesta en Inglaterra indicó que el 76% considera que el público debe tener derecho a ser notificado acerca de la liberación de criminales sexuales de la prisión, con el 58% de acuerdo en que deben ser nombrados y avergonzados" (John Pratt. *Castigo y Civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Gedisa Editorial. Barcelona. 2006, p. 254-255).

Además, corresponden a esa misma orientación punitivista la sistemática reducción o supresión de las posibilidades legales de flexibizar la duración de los castigos prolongados de privación de la libertad, o de alcanzar una excarcelación anticipada. Al respecto tampoco preocupa al Estado y a los grupos sociales que el efecto colateral de tales medidas y decisiones sea el hiperhacinamiento, la sobrepoblación o el descontrol de las cárceles. Es más, esto último ha logrado internalizarse en la conciencia ciudadana como un complemento necesario del "sufrimiento merecido" que debe asimilar el delincuente encarcelado. En la realidad peruana, como revela empíricamente Prado Manrique, hay un claro reflejo de esta tendencia. Es así que se detecta un incremento considerable de la aplicación de castigos consistentes en "penas largas de prisión comprendidas entre 15 años y cadena perpetua". Por ejemplo, en el periodo 2012-2016, las condenas entre 20 y 25 años de privación de libertad alcanzaron anualmente un porcentaje superior al 40% del total. Y, en el caso de sentencias condenatorias entre 25 y 30 años, estas tuvieron una media anual superior al 30%. Lo cual, según la autora citada, "evidencia la priorización del componente aflictivo de la pena privativa de la libertad, así como un notable giro hacia la inocuización y control intramuros de los delincuentes" (Bertha Verónica Prado Manrique. *La política criminal peruana: Una aproximación desde el modelo penal bienestarista*. Ob. Cit., p. 66).

Por último, se ha ido generalizando en los sistemas jurídicos penales del tercer milenio, un retorno a modalidades de *doppio binario* consistentes en medidas de seguridad privativas de libertad postpenitenciarias. Se trata de las distintas formas de "custodia en seguridad". Con ellas se pretende mantener encarcelados a los condenados que cumplieron su castigo pero que han evidenciado síntomas de "extrema peligrosidad" (reincidentes, habituales, terroristas, agresores sexuales, inmigrantes extranjeros irregulares o sospechosos, etc.). De esa manera se va posponiendo su retorno a una comunidad que les teme, que no los quiere recibir y que los califica como riesgos sociales. Sobre la contradictoria naturaleza de estos nuevos castigos y sobre los excesos de la "automatización" de su aplicación, son pertinentes las siguientes reflexiones y advertencias formuladas por Delmas-Marty: "Esta automatización de las medidas de seguridad que autoriza su aplicación inmediata va a permitir al legislador abandonar la política penal tradicional(culpabilidad/punición) en favor de una política abiertamente aseguradora(peligrosidad/neutralización) prefigurando un sistema dualista que recuerda los peores momentos de la política penal" (Mireille Delmas-Marty. *Deshumanización del Derecho Penal. En Securitismo y Derecho Penal. Por un Derecho Penal Humanista.* Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2014, p. 27). Cabe señalar que en lo que concierne al Derecho Penal peruano, esta clase de medidas privativas de libertad pospenitenciarias ya vienen insinuándose en los Proyectos de Reforma del Código Penal 2016-2017. En efecto, en el Proyecto Oficial de mayo 2016, entre los artículos 104° a 106°, se incluyen dos modalidades de medidas de custodia de seguridad: a) la custodia penal postpenal; y b) la medida de vigilancia. A continuación transcribimos el articulado propuesto para regular estas inéditas medidas de seguridad en la legislación peruana:

TEXTO SUSTITUTORIO

LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL (mayo de 2016)

TÍTULO V

CUSTODIA ESPECIAL POSTPENAL Y MEDIDAS DE VIGILANCIA

Artículo 104. Ejecución de la custodia especial postpenal

La custodia especial postpenal se ejecuta después del cumplimiento de la pena privativa de libertad. El juez debe verificar si se mantienen las circunstancias que determinaron la imposición de la custodia especial postpenal cuando menos seis meses antes de dar inicio a su ejecución. Si estima que la ejecución de esta

medida de seguridad no es necesaria, ordena su suspensión e impone, según corresponda, una o varias de las medidas establecidas en el artículo 107.

Esta medida se ejecuta en secciones especiales de un establecimiento penitenciario acordes con el grado de peligrosidad del condenado, siguiendo un plan individualizado de tratamiento orientado a facilitar su readaptación y reinserción social.

Artículo 105. Control y revisión judicial de la custodia especial postpenal

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104, en cualquier momento de la ejecución de la custodia especial postpenal, pero antes del vencimiento de periodos de dos años contados a partir del inicio de la internación, el juez verifica si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición y adoptar alguna de las siguientes decisiones:

a. Mantener el plazo fijado en la sentencia.

b. Ordenar el cese de la medida cuando su finalidad haya sido conseguida y su ejecución ya no resulte necesaria.

c. Suspender la medida antes del cumplimiento del plazo fijado por el juez en la sentencia cuando cuente con un pronóstico razonable y fundado de que el condenado no cometerá nuevos delitos. En este caso, se impone una o varias de las medidas previstas en el artículo 107. En caso de incumplimiento de dichas medidas, el juez dispone su sustitución por la custodia especial postpenal, debiendo respetarse el plazo inicialmente fijado por el juez.

El juez, a pedido del Ministerio Público o del condenado, según sea el caso, puede fijar mediante resolución debidamente motivada y en atención al grado de desarrollo y evolución del tratamiento, un plazo de revisión menor o periodos de tiempo dentro del plazo de dos años señalado en el primer párrafo, en cuyo transcurso no se admitirán los pedidos de revisión judicial de los condenados a quienes se imponga esta medida de seguridad.

Artículo 106. Duración de la custodia especial postpenal

La custodia especial postpenal tiene una duración no menor de uno ni mayor de cinco años.

Artículo 107. Aplicación de las medidas de vigilancia

En el caso de los agentes a que hace referencia el literal a del artículo 103, cuando no proceda la imposición de la custodia especial postpenal, el juez puede imponer una o varias de las medidas de vigilancia siguientes:

a. La obligación de residir en un lugar determinado o fijarlo en un territorio determinado con la prohibición de abandonarlo sin previa autorización judicial.

b. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad designada por él.

c. La prohibición de residir en el lugar o territorio determinado por el juez. En este caso, el condenado queda obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que eventualmente se produzcan.

d. La prohibición de acudir a determinadas reuniones y espectáculos, así como establecimientos de juego u otros lugares donde se expendan bebidas alcohólicas.

e. La prohibición de efectuar visitas a internos condenados por delitos de terrorismo o establecer contacto de cualquier tipo con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, siempre que se trate de personas respecto de las que existan fundadas razones para advertir que pueden facilitar la comisión de nuevos delitos o incitarle a hacerlo. Asimismo, se puede fijar la prohibición de establecer relación, ofrecer empleo o servicios o albergar a cualquiera de las personas mencionadas.

f. La prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares u otras personas que determine el juez. Esta medida impide al condenado acercarse a dichas personas, con independencia del lugar donde se encuentren, a su domicilio, centro de trabajo y cualquier otro lugar que sea frecuentado por ellos según lo precise el juez. De ser el caso, queda suspendido respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y otros relativos a la patria potestad hasta el total cumplimiento de esta medida.

g. La prohibición de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez. Esta medida impide al condenado establecer con dichas personas contacto, por cualquier medio de comunicación, escrito, verbal o visual.

h. La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle al condenado la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

i. La prohibición de portar o tener a disposición armas, municiones, insumos o elementos para elaborar explosivos o construir o acondicionar artefactos explosivos, equipos de comunicación, planos, croquis, informaciones de instituciones públicas o privadas o de autoridades diplomáticas, listas de personajes o funcionarios públicos o privados, publicaciones o manifiestos relacionados con la actividad terrorista o con personas o grupos vinculados con estas o destinados a conseguir la liberación de internos por delito de terrorismo.

Para la imposición de estas medidas, el juez debe valorar de manera conjunta, el delito cometido, la personalidad y demás condiciones personales del condenado, la situación específica de la víctima, así como las circunstancias concretas del hecho.

Artículo 108. Ejecución de las medidas de vigilancia

Las medidas de vigilancia se ejecutan después del cumplimiento de la pena impuesta al condenado.

Si por cualquier razón las obligaciones o prohibiciones establecidas no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, se cumplen de forma sucesiva, sin perjuicio de que el juez proceda conforme a lo establecido en el artículo 109.

Artículo 109. Control judicial de las medidas de vigilancia

El juez debe evaluar y verificar si subsisten las razones que motivaron la imposición de las medidas de vigilancia, por lo menos anualmente a partir del inicio de su ejecución, pudiendo adoptar cualquiera de las siguientes medidas:

a. Mantener las medidas de seguridad.

b. Modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas, según resulte necesario para los fines de las medidas.

c. Reducir su duración o incluso disponer su cese en atención al pronóstico positivo de reinserción que torne innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

El juez verifica si se mantienen las razones que determinaron la imposición de las medidas de vigilancia cuando menos dos meses antes del inicio de la ejecución de estas medidas. Si el Juez resuelve que su ejecución es innecesaria al no existir un pronóstico fundado de futura comisión de nuevos delitos, las deja sin efecto. Asimismo, el juez, luego de valorar el pronóstico de comportamiento del condenado sobre la base de los exámenes periciales especializados que para tales efectos se hubieren realizado, puede modificar el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que resulten necesarias.

En caso de incumplimiento de las medidas de vigilancia **impuestas**, el juez puede disponer, considerando las circunstancias concretas del caso, el comportamiento y actitud del condenado así como su grado de peligrosidad, la amonestación del condenado o su sustitución por la de custodia especial postpenal, siempre que concurran las condiciones exigidas para tales efectos. En este caso, la custodia especial postpenal no puede exceder el plazo inicialmente fijado por el juez.

3. FUNCIÓN DEL CASTIGO PENAL EN EL PERÚ DEL BICENTENARIO

La influencia de las teorías de la unión se dejó sentir en el proceso de elaboración Código Penal de 1991. En efecto, en las disposiciones de su Título Preliminar se detecta una mixtura funcional preventiva y retributiva a la vez. Así en los artículos I y IX se alude a capacidades preventivo generales y preventivo especiales; mientras que en los artículos IV, VII y VIII se recogen criterios retribucionistas a través de referencias a culpabilidad, lesividad y proporcionalidad.

Por su parte, en los incisos 21 y 22 del artículo 139 de la Constitución de 1993, prevalecieron las ideas de resocialización y humanidad en el

tratamiento de los condenados a penas privativas de libertad, insertando así un signo propio de las teorías consecuencialistas de la prevención especial, propias del Estado del Bienestar y de la ideología del tratamiento.

Sin embargo, la realidad actual nos muestra que ninguna de esas normas ha logrado direccionar o controlar los objetivos, modalidades y formas de ejecución del castigo penal. Por el contrario la experiencia reciente de las dos últimas décadas han puesto en evidencia la exploración y consolidación paulatina de programas punitivos radicales que siguen, a su manera, las orientaciones funcionales que al castigo conceden las teorías expresivas de la pena. En ese contexto, pues, la pena es colocada como un instrumento de comunicación social dirigido a mitigar los sentimientos de indignación colectiva que producen la inseguridad ciudadana, la violencia sexual y de género, así como la corrupción generalizada de las personas expuestas políticamente. Para ello, el Estado introduce o ensaya discursos conocidos de seguridad y orden que se transmiten a la comunidad a través de la regulación y aplicación de castigos excesivos, que buscan el aislamiento, la inocuización o la exclusión de una delincuencia peligrosa e incorregible que la ciudadanía identifica, de manera cada vez más internalizada, como una amenaza activa o patente. Cabe señalar que este fenómeno no es exclusivo del Perú, el mismo acontece con similares características y efectos en las reformas españolas del último lustro. Al respecto, Sánchez Lázaro también se lamenta, por ejemplo, al analizar la inclusión en el Código Penal ibérico de la pena de prisión permanente revisable, que "el modelo propuesto supone una renuncia eventual al principio de «reeducación y reinserción social» recogido en el art. 23 de nuestra Constitución, en tanto permite en supuestos de reiteradas evaluaciones negativas, retrasar indefinidamente todo horizonte de libertad, prevaleciendo el otro fin confesado de «garantizar la seguridad de la sociedad» (Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro. *Una teoría principialista de la pena.* Ob. Cit., p. 18)

Hoy en día, pues, el proceso de formulación, adopción e implementación de políticas públicas para el control del delito se ha alejado definitivamente de todos esos principios rectores que buscaban armonizar la definición y aplicación de castigos penales con un modelo mínimo y garantista. En reemplazo de ellos el Estado peruano, como se mencionó anteriormente, ha adoptado un inédito modelo de gestión pública y de gobernanza conocido como *gobernar a través del delito*, donde el pretexto psicosocial de

la lucha contra la inseguridad ciudadana, la criminalidad organizada y la corrupción, son colocados tácticamente como necesidades que acompañan y avalan la adopción de otras políticas públicas de interés no criminal (*Cfr.* Jonathan Simón. *Gobernar a través del delito*. Gedisa Editorial. México. 2011, pp. 31 y ss.).

Por ejemplo, en coherencia con ese innovado estilo de gobierno, el artículo 1) de la Ley 30506 que delegó facultades legislativas al gobierno en octubre de 2016, llegó a precisar lo siguiente: "Delégase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el plazo de noventa (90) días calendario, en materia de reactivación económica y formalización, **seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción**, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., en los términos a que hace referencia el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y el artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República". Es más, por aquel entonces, un portavoz oficial del gobierno central llegó, incluso, a formular una explícita conminación pública, destacando que si no se concedían las facultades legislativas que demandaba el Poder Ejecutivo **"Aumentará la delincuencia"** (*Cfr.* Mariela Balbi. Entrevista a José Luis Pérez Guadalupe. Diario El Comercio. Edición del 14 de junio de 2015, p. A6). Cabe agregar que en los dos últimos años, otros requerimientos similares de facultades legislativas para viabilizar estrategias de reestructuración financiera y tributaria, formulados por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, también han estado acompañados de incoherentes "paquetes" de medidas punitivas contra la delincuencia. Lo cual pone en evidencia que la verdadera función que hoy cumple el castigo en la realidad peruana, no es otra que su utilización ventajosa como instrumento de **mitigación de los sentimientos de indignación,** que frente al incremento de la criminalidad e inseguridad ciudadana manifiesta la población en reiterados y publicitados sondeos de opinión.

Como bien lo ha destacado un analista político, el Perú, pues, "no ha sido ajeno al populismo punitivo. Lo observamos casi a diario en propuestas para aumentar las penas, instaurar la pena de muerte, entregar armas letales y no letales a serenazgos, entre otras cosas como declarar estados de emergencia. El populismo punitivo se instala fácil en el debate político, pero se va con dificultad. Genera empatía inmediata con buena parte de la pobla-

ción y oscurece propuestas más inteligentes y menos emocionales. (Wilson Hernández Breña. *Inseguridad Ciudadana. Estado de Inteligencia*. Diario El Comercio. Edición del 18 de diciembre de 2015, p. A 32). De allí que haya resultado coherente y funcional a esta tendencia la reciente reapertura del debate social sobre la pertinencia y legitimidad de aplicar la pena capital a los autores de delitos de violación de menores aunque una decisión extrema como esa le cueste al país desligarse del Pacto de San José y de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Fernando Alayo Orbegozo. *La pena de muerte sobre la mesa*. El Comercio. Edición del 12 de febrero de 2018, p. 8; Entre el Aplauso y la Venganza. Editorial del Diario El Comercio. Edición del 11 de febrero de 2018, p. 2; Diego Chirinos y Giovanna Castañeda. La pena de muerte divide las aguas políticas. El Comercio. Edición del 31 de octubre de 2017, p. 4). Así como someterlos a una "castración química como medida complementaria a la pena privativa de libertad" o un "registro de agresores sexuales de acceso público" (Maricarmen Chinchay. *Vuelve el Debate: ¿Castración Química para los Violadores?*. La República. Edición del 10 de febrero de 2018, p. 18; Fernando Alayo Orbegozo. *Violación: Crimen sin Castigo*. El Comercio. Edición del 11 de febrero de 2018, p. 11: Laura Balbuena. *Violencia Sexual e Impunidad*. El Comercio. Edición del 14 de febrero de 2018, p. 11). El cuadro siguiente muestra esa actitud de rechazo de los ciudadanos peruanos a tales problemas sociales y su identificación plena con la necesidad de aplicar castigos severos y medidas extremas.

APOYO SOCIAL A MEDIDAS PUNITIVAS SEVERAS CONTRA LA INSEGURIDAD CIUDADANA

		NIVEL SOCIOECONÓMICO		
		NSE A/B	NSE C	NSE D/E
Cadena perpetua para asesinos de policías y violadores	95%	95%	95%	94%
Mejora de las condiciones de las comisarías	95%	97%	97%	93%
Mayor trabajo preventivo contra la delincuencia	94%	98%	95%	93%
Penas más duras para los delincuentes, sin ningún beneficio penitenciario	94%	96%	95%	92%
30 años de cárcel como mínimo para los asaltantes con armas	93%	93%	92%	94%
Más policías en las calles	93%	96%	93%	92%
Que las fuerzas armadas salgan a las calles para ayudar a la policía	85%	77%	81%	89%
Eliminación del sistema 24 x 24 para la policía	61%	72%	64%	57%

Tomado y reelaborado de la encuesta nacional realizada por GfK sobre un total de 1267 personas a nivel urbano – rural. Resumen publicado en el diario La República. Edición del 20 de diciembre de 2015.

APOYO SOCIAL A LA PENA DE MUERTE POR DELITOS DE VIOLACIÓN DE MENORES

¿Estaría de acuerdo o en desacuerdo con que se aplique la pena de muerte para violadores de menores de edad que además causen la muerte de la víctima?		
87%: sí estaría de acuerdo	11%: No estaría de acuerdo	2%: No precisa
Cree que la pena de muerte reduciría los asesinatos o solo conseguiría que los criminales sean más cuidadosos para que no los atrapen?		
87%: sí estaría de acuerdo	11%: No estaría de acuerdo	2%: No precisa

Tomado y reelaborado de la encuesta nacional realizada por Ipsos Perú sobre un total de 1263 personas a nivel urbano - rural. Resumen publicado en el diario El Comercio. Edición del 12 de febrero de 2018.

Otros tres ejemplos de reformas legislativas recientes permiten reconocer también el predominio de este nuevo rol **de simbolismo comunicativo de seguridad** que ha adquirido el castigo penal en nuestro país. Esto es, de su uso expresivo y manipulado por el Estado. Sobre todo, porque su insurgencia, siempre repentina y carente de todo aval empírico que les augure una potencial eficacia o que explique su necesidad estratégica o táctica, representa, en realidad, una calculada respuesta estatal orientada a patrocinar intereses coyunturales de gobernanza que guardan escasa conexión con estrategias útiles para mejorar la sensación de seguridad ciudadana o iniciar una contención material de la criminalidad violenta u organizada que afecta al país.

En primer lugar, tenemos las modificaciones ocurridas en torno a la pena de inhabilitación para los autores de delitos de corrupción administrativa que introdujo el Decreto Legislativo 1243, incorporando la inhabilitación perpetua, luego extendida a otros delitos de criminalidad organizada por el Decreto Legislativo 1367 del 27 de julio de 2018. En segundo lugar, está la prohibición de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para los autores de los delitos de lesiones leves en contextos de violencia familiar o contra la mujer dispuesta por la Ley 30710. Y, en tercer lugar, la integración del artículo 88°-A en la Parte General del Código Penal a través de la Ley 30838 para regular supuestos de imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena.

La **primera** de estas reformas, como se ha mencionado, fue introducida en la legislación penal nacional con el **Decreto Legislativo 1243 del 21 de octubre de 2016**, promulgado luego de la delegación parlamentaria de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, otorgada por la Ley 30506.Sobre su finalidad y necesidad se alegó lo siguiente: "el Código Penal establece en su artículo 38 la duración de la inhabilitación principal la cual requiere una modificación a fin de restringir de manera más efectiva la posibilidad de acceder o de reincorporarse a la función o servicio público a quienes hubieren sido condenados por delitos contra la Administración Pública tipificados en la Sección II, III y IV del Capítulo II del Título VIII de dicha norma". Estas consideraciones eran importantes ya que permitían inferir que la razón esencial de los cambios que se aplicarían en el articulado sobre la pena de inhabilitación, perseguían únicamente una utilidad estrictamente pragmática, cuál era la de evitar que los condenados por delitos contra la administración pública pudieran retornar o ser nuevamente reclutados para el servicio del

Estado, al cual habían defraudado y lesionado cuando ejercieron funciones públicas. Esto es, las enmiendas propuestas no tuvieron un propósito técnico de afinar la estructura normativa de la pena de inhabilitación o de superar los problemas prácticos detectados en su aplicación punitiva sobre los delitos funcionariales de corrupción. Su propósito político criminal fue muy limitado y quedó enunciado por el artículo 1° del modo siguiente: "Modificar el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, a fin de establecer la pena de inhabilitación principal para los delitos contra la Administración Pública, así como ampliar el plazo de duración de la misma y crear el Registro Único de Condenados Inhabilitados".

De modo esquemático los cambios aportados por el que Decreto Legislativo 1243 fueron, entre otros, los siguientes:

- Incrementos en la extensión de las penas de inhabilitación principal que podían alcanzar una duración temporal máxima de hasta 20 años.
- *La introducción de una modalidad de inhabilitación perpetua.*
- Incorporación de penas conjuntas de inhabilitación en el articulado de la Parte Especial correspondiente a los más caracterizados delitos funcionariales.
- Modificación de los presupuestos de eficacia de la rehabilitación automática previstos por el artículo 69° del Código Penal, para ser observados en los casos de condenas a penas de inhabilitación perpetua.
- Regulación de un nuevo procedimiento de revisión de la duración indeterminada de la inhabilitación perpetua para viabilizar los efectos cancelatorios de la rehabilitación.
- La organización de un sistema de registro de cobertura nacional para inscribir en él a los condenados a penas de inhabilitación por delitos contra la administración pública y evitar su reingreso al servicio público.

A continuación sólo analizaremos las características esenciales y los alcances reales de la innovadora inhabilitación perpetua. Al respecto, cabe destacar que el Decreto Legislativo 1243 realizó dos cambios importantes en el artículo 38° del Código Penal, que regula lo concerniente a la pena de inhabilitación principal. En ambos casos se trató de decisiones de sobrecri-

minalización dirigidas contra los más caracterizados delitos funcionariales, tipificados en los artículos. 382°, 383°, 384°, 387°, 388°, 389° 393°, 394° 395°, 396°, 397°, 398°, 399°, 400° y 401°. Por un lado, se elevó entre cinco a veinte años la duración de la pena de inhabilitación principal aplicable. Y, por otro lado, se incluyó para ese mismo grupo de hechos punibles una renovada modalidad de *inhabilitación principal perpetua*, cuando su ejecución fue realizada por el integrante de una organización criminal o cuando la conducta punible cometida afectó "programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o desarrollo" por montos económicos superiores a "quince unidades impositivas tributarias".

Ahora bien, la primera observación crítica que cabe formular a estas modificaciones es de carácter técnico y sistemático. En efecto, las reformas introducidas constituyen en realidad la inclusión de circunstancias agravantes específicas, que incrementan la penalidad conminada de un largo listado de delitos regulados contra la administración pública. De esa manera se distorsiona el contenido y función del artículo 38° que no es otro que el de caracterizar de modo genérico a la pena de inhabilitación principal. Por tanto, lo pertinente hubiera sido señalar en dicho artículo solo las nuevas modalidades y extensión que tendría en adelante la pena de inhabilitación principal.

La segunda observación es de naturaleza político criminal y radica en cuestionar la intrascendencia material de la nueva *inhabilitación perpetua*. Sobre todo por su inconsecuente falseamiento simbólico. Efectivamente, la innovación aplicada no se refiere en realidad a una inhabilitación de carácter absoluto o que lleve a una pretendida "muerte civil". Pero, además, tampoco se trata de una sanción de *eficacia perpetua*, en el sentido atemporal de no tener un límite de duración o de que el cese de dicha pena tenga que cumplirse con la extinción de la propia vida del condenado. Lo que si se contemplaba en los Códigos Penales de 1863 (*Cfr.* Artículos. 79° y 83°) y de 1924 (Artículos 28°, 30° y 31°), que incluso incluían una pena accesoria de *interdicción civil*.

La nueva modalidad de inhabilitación perpetua del Decreto Legislativo 1243 es solamente una forma de inhabilitación de duración en principio indeterminada, pero que será revisable luego de 20 años de cumplimiento; algo muy similar a lo que se propuso en el artículo 43° del Proyecto de Código Penal de 2016. Además, su posibilidad aplicativa se circunscribe,

únicamente, para aquellos casos donde concurran sus elaboradas y restrictivas circunstancias agravantes específicas, lo cual desenmascara y debilita su estereofónico mensaje social de medida radical contra la alta corrupción de sistema. En ese sentido, hubiera sido más consecuente y útil con las actuales exigencias de la ciudadanía, el construir una fórmula general que comprenda todo delito funcionarial grave como los que se vienen imputando de manera transversal en Latinoamérica, a personas expuestas políticamente que han tenido la alta misión de dirigir los destinos de sus pueblos y a los cuales defraudaron con su avaricia y abuso de poder. Se trata, pues, de meditadas reformas de papel de calculada eficacia circular e inocuas frente a la alta criminalidad. Ellas, por lo demás, acaban gestando un estado de mayor indignación entre la población que observa impaciente que "mientras más cambio hay, más se sigue igual", lo cual conlleva como costo el desgaste del sistema penal y de la democracia constitucional. Cabe complementar lo antes expuesto señalando que, a través del Decreto Legislativo 1367 del 27 de julio de 2018, todas esas reformas fueron también ampliadas para comprender algunas modalidades de tráfico ilícito de drogas así como de los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo. Al respecto uno de los considerandos del citado dispositivo precisó lo siguiente: "Que, es necesario evitar el ingreso a la administración pública de los condenados por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y tráfico ilícito de drogas, impulsando que el Estado cuente con un potencial humano integro para el ejercicio de la función pública, que carezca de antecedentes por estos graves ilícitos, tal como fue planteado por la Comisión Presidencial de Integridad en su informe final y el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021".

Igual reflexión crítica merece también otra reciente decisión parlamentaria, cual es la de reformar el artículo 41° de la Constitución, para viabilizar una *imprescriptibilidad de delitos de corrupción* que, paradójicamente, aún el legislador no se ha atrevido a identificar, con lo que vuelve a mantener la aparente relevancia del cambio producido en un escenario real de incertidumbre y desinterés (*Cfr.* Artículo único de la Ley 30650 del 19 de agosto de 2017).

La *segunda* reforma que resulta pertinente examinar es la *Ley 30710*, la cual se inscribe dentro de una coyuntura de reacción estatal frente a la demanda social y mediática de políticas drásticas contra toda práctica de

violencia contra la mujer. En ese contexto se han realizado secuencialmente distintos cambios e innovaciones en el Código Penal, como la inclusión de una nueva modalidad de homicidio calificado: el feminicidio, cuyas posibilidades de sanción incluyen la cadena perpetua (Artículo 108°-B modificado por el Decreto Legislativo 1323). Asimismo se han regulado como delito las agresiones contra la mujer (Artículo 122°-B incorporado por el Decreto Legislativo 1323) y se agregaron nuevas circunstancias agravantes específicas en los delitos de lesiones dolosas graves y leves (Artículos 121°-B y 122° modificados por el Decreto Legislativo 1323). Para estos dos últimos casos se han elevado los estándares temporales de los castigos privativos de libertad (*Cfr.* Legislación que busca sancionar a los agresores. Suplemento Especial Día Internacional de la Mujer. El Comercio. Edición del 8 de marzo de 2018, p. 11). Además, tratándose de los delitos de feminicidio y lesiones dolosas graves contra mujeres, se ha legislado que no le son aplicables los beneficios penitenciarios de excarcelación anticipada de semilibertad y liberación condicional (Artículo 50° del Código de Ejecución Penal modificado por el Decreto Legislativo 1296).

Sin embargo, lo que visibiliza con mayor nitidez el sentido comunicativo de mitigación de la indignación colectiva que actualmente impone el Estado peruano como finalidad del castigo, radica en la sorpresiva decisión sobrecriminalizadora que se formalizó con la Ley 30710. Esta disposición legal fue promulgada por el propio Congreso de la República al vencerse el plazo constitucional que para tal efecto tiene el Poder Ejecutivo. En lo esencial sus efectos expresivos se comunicaron a través de la modificación del artículo 57° del Código Penal, que se refiere a la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad no superiores a cuatro años. La modificación introducida establece que *la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable* "para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122".

Cabe señalar que en diferentes pasajes de la Exposición de Motivos "se trasluce la finalidad expresiva del castigo que persigue la norma legal citada: "Los casos de violencia contra las mujeres que se enmarcan en los delitos de agresiones (122° b del Código Penal) y de lesiones leves (122° del Código Penal) reciben penas que se suspenden…" (Proyecto de Ley Nº 2009/ 2017-

CR presentado por la Congresista Indira Huilca Flores del Grupo Parlamentario Nuevo Perú del 16 de Octubre de 2017, p. 2). "Como puede apreciarse la mayor parte de formas de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar implican lesiones corporales de menos de 10 días de asistencia o descanso o lesiones psicológicas que causan afectaciones psicológicas y no daño psíquico, por ello se sancionan como delito de agresiones del artículo 122-B. **Si a este delito no se le prevé una pena efectiva entonces se refuerza una sensación de impunidad en la gran mayoría de los casos de violencia**" (Idem, p. 8). "Esto implica que **es necesario que se adopten todas las reformas legales para no perpetuar la impunidad** que banaliza la violencia contra las mujeres y refuerza el prejuicio social de que se trata de temas no graves" (Ídem, p. 8).

Es de mencionar, finalmente, que el citado artículo 57° ha sido objeto de hasta tres modificaciones consecutivas. Todas ellas estuvieron vinculadas con el mismo objetivo funcional de ir reduciendo la posibilidad de acceso a la suspensión de la ejecución de la pena, primero, para delincuentes considerados peligrosos como los reincidentes y habituales. Posteriormente, para excluir de sus efectos a los autores de delitos tradicionales contra el patrimonio del Estado como son la colusión y el peculado. Y, finalmente, para todos aquellos que fueran condenados como autores de los más caracterizados delitos de corrupción administrativa. Esa actitud del legislador también permite inferir un mensaje reactivo del Estado ante el rechazo de la ciudadanía por el uso indiscriminado de la suspensión de la ejecución de la pena, atribuida mediáticamente a una benignidad frente a la delincuencia o a la influencia de la corrupción en la práctica la judicatura nacional. El cuadro siguiente detalla un listado de malas prácticas que la población peruana atribuye a los órganos jurisdiccionales y entre las que ocupa el primer lugar el **"predominio de condenas a penas suspendidas".**

MALAS PRÁCTICAS JUDICIALES PARA CONTROLAR LA CRIMINALIDAD Y LA INSEGURIDAD CIUDADANA
DIFERENTES FUENTES COINCIDEN EN QUE PARA LA POBLACIÓN PERUANA SE CONSIDERAN CONTRARIAS A UN DESEMPEÑO EFICIENTE DE LOS JUECES CONTRA LA CRIMINALIDAD Y LA INSEGURIDAD CIUDADANA LAS SIGUIENTES PRÁCTICAS:
1. Predomínio de condenas a penas suspendidas.
2. Excesos garantistas a favor de la delincuencia.
3. Benevolente y deficiente aplicación de las penas por desconocimiento o corrupción.
4. Altos registros de absoluciones o archivos por delitos graves no motivados adecuadamente.
5. Ausencia de aplicación de sanciones a personas jurídicas involucradas con el crimen organizado.
6. Frecuentes excarcelamientos no justificados de personas detenidas por la policía.
7. Aplicación indebida de mandatos de comparecencia o variación a comparecencia.
8. Dilación de procesos contra organizaciones criminales y posterior libertad de los procesados por superar el plazo razonable de detención.
9. Escasa relevancia e indebida valoración de la prueba indiciaria.
10. Aplicación limitada o sesgada de las normas y procedimientos contra la concesión irregular de beneficios penitenciarios.

Tomado de la Conferencia "Seguridad ciudadana y reforma penal: La problemática judicial de la pena justa y su impacto social" que pronunciamos en el Congreso Nacional de Jueces Cañete 2016.

Como bien lo ha descrito Prado Manrique, "el componente judicial resulta ser el más visualizado por la población como estructura organizacional y operativa representativa del éxito o fracaso de las políticas de prevención y control de la criminalidad de tendencia rigorista. Hacia él, por lo demás, se suele dirigir la presión mediática de las campañas de paz y orden o de tolerancia cero contra la criminalidad. En ese sentido, la rigurosidad de las condenas que imponen los tribunales o de las medidas de prisión preventiva que disponen los jueces, suelen ser ensalzados como ejemplos de una justicia eficiente y eficaz. Por el contrario las absoluciones o la decisión de liberar a los detenidos para que afronten sus juicios en libertad son generalmente

rechazadas socialmente o denunciadas como manifestaciones de debilidad, temor o corrupción en el Poder Judicial" (Bertha Verónica Prado Manrique. *La política criminal peruana: Una aproximación desde el modelo penal bienestarista.* Ob. Cit., p. 65).

Finalmente, la tercera y más reciente reforma, de igual orientación expresiva y comunicativa que las antes mencionadas, fue la incorporación del artículo 88°-A a la parte General del Código Penal, mediante la Ley 30838 del 3 de agosto de 2018. Esta inédita disposición legal declara la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena para los delitos regulados en los artículos 153°, 153°-A, 153°-B y 153°-C, que tipifican y sancionan modalidades delictivas de trata de personas, explotación sexual y de formas de esclavitud y servidumbre, respectivamente. Además, también dicha norma dispone la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena de los delitos sexuales regulados en los capítulos IX, X, XI del Título IV, del Libro Segundo del Código Penal. Cabe, sin embargo, formular en torno a esta última reforma dos observaciones. La primera de orden sistemático y que estima que hubiera sido mejor construir ese listado de delitos imprescriptibles como párrafos finales en los artículos 80° y 86°. La segunda, en cambio, es de carácter político criminal, en tanto llama la atención que el legislador no haya cumplido aún con lo dispuesto en el reformado artículo 41° de la Constitución, que le manda también designar los delitos contra la administración pública que deben quedar igualmente en condición de imprescriptibles, algo que pudo hacerse aprovechando la oportunidad de la inserción de nuevo artículo 88°-A.

4. TIPOLOGÍAS DEL CASTIGO PENAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Coexisten diferentes criterios y sistemas de clasificación de los castigos penales. Por ejemplo, en la doctrina española Díez Ripollés toma en cuenta para ello criterios referidos al bien jurídico o a los derechos afectados; a su gravedad; a su autonomía; a su pluralidad y a su inmediatez (*Cfr.* José Luis Díez Ripollés. *Derecho Penal Español. Parte General* en Esquemas. 3ª Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011, p. 558-563). Por su parte, JESCHECK-WEIGEND prefieren no construir una clasificación de los castigos penales, limitándose sólo a describir sus modalidades y características propias en la legislación penal alemana (Hans Heinrich Jescheck- Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Volumen II. Instituto Pacífico. Lima. 2014, pp. 1128 y ss.).

Ahora bien, para exponer las tipologías reguladas en la legislación peruana consideramos pertinente comenzar señalando que el artículo 140° de la Constitución y los artículos 28° y 29° del Código Penal vigente, permiten identificar seis clases de castigos penales, los cuales por su precedencia histórica e importancia social podemos sistematizar del modo siguiente:

1. Pena de muerte
2. Penas privativas de libertad (temporal y de cadena perpetua),
3. Pena de multa
4. Penas limitativas de derechos (inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres).
5. Penas restrictivas de la libertad (expulsión de extranjeros).
6. Pena de vigilancia electrónica personal

En torno a ellos es posible estructurar una clasificación que responde a los siguientes indicadores:

1. En atención *a su naturaleza.* Esto es, por el tipo de bienes jurídicos que afectan o de las restricciones que producen en el condenado. Desde este indicador los castigos penales se clasifican en *pena de muerte, penas privativas de libertad, penas no privativas de libertad y penas pecuniarias.* Son prototipos de las segundas la pena privativa de libertad temporal y la cadena perpetua. Corresponden, en cambio, a la tercera categoría las penas de inhabilitación, de prestación de servicios a la comunidad, de limitación de días libres, así como la de expulsión de extranjeros. Y entre las últimas se encuentra la multa.

2. Por *su condición operativa*, la que se expresa en la autonomía o dependencia que tiene para ser aplicada como sanción al autor o partícipe de un hecho punible. Aquí encontramos tres modalidades: *penas principales, penas accesorias y penas sustitutivas o de reemplazo.* Entre las primeras están todas aquellas que aparecen asignadas para cada delito regulado en la Parte Especial del Código Penal o en leyes penales complementarias al Código Penal como el Decreto Legislativo 1106 sobre el delito de lavado de activos. Corresponden a las segundas, las penas cuya aplicación queda subordinada a la imposición de una pena principal a la cual complementan. En el caso de Código Penal peruano, la única pena que puede operar como pena accesoria cuando no ha sido considerada expresamente para reprimir un delito es la pena de inhabilitación en los casos autorizados por

el artículo 39°. Y son de la tercera modalidad las penas que sólo pueden imponerse a partir de un procedimiento de conversión que es regulado por la ley. Son sustitutivas porque van a reemplazar a penas privativas de libertad. En el derecho penal peruano tiene esa calidad la pena de vigilancia electrónica personal (*Cfr.* Artículos 29°-A y 52° del Código Penal).

3. En cuanto a *su mayor o menor gravedad.* La que se mide exclusivamente en cuanto a la extensión cuantitativa de las penas de igual naturaleza, delimitada por un mínimo o máximo que la ley establece como posibilidad de sanción de cada delito (punibilidad). Es pertinente destacar que en la legislación peruana no hay umbrales que identifiquen lo leve o grave de un castigo penal.

4. Tomando en cuenta la *composición de la penalidad abstracta conminada en cada delito.* Es decir apreciando la composición interna de la denominada pena tipo o pena legal. Al respecto es de reconocer la existencia de delitos con *penas únicas, conjuntas, alternativas y porcentuales.* En el primer supuesto la penalidad se compone sólo de una pena principal, tal como ocurre en el artículo 106° del Código Penal peruano. En el segundo caso, la ley integra en la penalidad del delito dos o más penas principales, situación que se verifica en los artículos 194°, 296° y 427° del Código Penal. En la tercera modalidad conminatoria la penalidad incorpora optativamente dos penas principales, lo cual ocurre en los artículos. 114° y 143° del Código Penal. Ahora bien, el efecto práctico de la presencia de penas conjuntas en la penalidad conminada de un delito determina que el Juez deberá imponer en la condena todas las penas principales integradas. En cambio, en el caso de penas alternativas el órgano jurisdiccional deberá elegir e imponer solo una de las penas posibles que le propone la ley. Finalmente, en una cuarta opción de penalidad conminada, el legislador utiliza una pena de referencia frente a la cual establece, luego, la pena conminada para el delito, señalando que esta última equivale a una mitad, un tercio o el doble de aquella. Son muy pocos los delitos donde se utiliza esta rara opción, la cual se aprecia en el caso de los artículos 349° y 350° del Código Penal.

5. La *oportunidad de su ejecución.* Lo común es que los castigos penales se cumplan luego de que las condenas adquieran la condición de cosa juzgada. Sin embargo, en la normatividad nacional se ha considerado también una *pena de ejecución diferida.* Nos referimos a la pena de ex-

pulsión de extranjeros, la cual debe cumplirse luego del vencimiento de otras penas principales impuestas conjuntamente como las privativas de libertad, multa e inhabilitación en casos de condena por delitos de tráfico ilícito de drogas (*Cfr.* Artículo 303 del Código Penal).

4.1. El castigo capital o pena de muerte

La historia y predominio de la pena de muerte estuvo siempre ligada a lo espectacular de su realización pública. Pratt describe el simbolismo de este rito mortícola refiriéndose a las ejecuciones públicas ocurridas en el Reino Unido en los siguientes términos: "En Londres, hasta 1783, la marcha previa a las ejecuciones, desde la prisión de Newgate al patíbulo de Tyburn duraba alrededor de dos horas, con el acompañamiento de campanas y toda la parafernalia de un espectáculo y de la participación de multitudes. Después las ejecuciones se realizaban en el exterior de la prisión, marcando el fin de la larga tradición de la marcha de los ejecutados" (John Pratt. *Castigo y Civilización.* Una Lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios. Ob. Cit., p. 34). Los dos siglos posteriores, en cambio, se caracterizaron por la pérdida paulatina de la publicidad de las ejecuciones que pasaron a cumplirse de manera discreta y con acceso restringido de terceros.

El artículo 140 de la Constitución de 1993 señala expresamente: "La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada". Sin embargo, el Código Penal por haber sido promulgado dos años antes no incluyó la pena de muerte como castigo penal ni en su catálogo general del artículo 28°, ni al tratar en el Capítulo I del Título XV de su Parte Especial lo concerniente al delito de traición a la patria. Tampoco el Decreto Ley 25475 que tipifica y sanciona el delito de terrorismo ha considerado dicha pena en su articulado. Es así que las últimas ejecuciones en cumplimiento de condenas a pena de muerte tuvieron lugar a mediados y fines de los años setenta del siglo pasado (Diego Chirinos Cané-Giovanna Castañeda. Los últimos tres condenados a muerte en el Perú. Edición del 31 de octubre de 2017, p. 4).

No obstante, en el listado de penas que contiene el artículo 11° del Código Penal Militar Policial se incluye la "Pena de muerte por traición a la patria en caso de conflicto armado internacional". Asimismo, en el artículo 58°, referido al delito de traición a la patria "durante conflicto armado inter-

nacional", se consigna inicialmente una pena privativa de libertad "de treinta años y hasta cadena perpetua"; pero, luego, en un párrafo final se precisa que "en caso de guerra exterior **podrá** aplicarse la pena de muerte acorde con nuestra legislación". Además, entre los artículos 470° a 476° se regula de modo pormenorizado todo el ritual de la ejecución de la pena de muerte, la que se cumplirá a través del fusilamiento del condenado. Llama la atención en estas normas la disposición contenida en el artículo 474° sobre el fusilamiento múltiple: "Cuando por el mismo delito se ejecute a más de un condenado, las ejecuciones serán simultáneas y habrá al efecto, un piquete para cada condenado. Sólo un oficial mandará el fuego para todas las ejecuciones". Cabe señalar que actualmente sólo seis países en Latinoamérica (Brasil, El Salvador, Perú, Chile, Guatemala y Cuba) contemplan la pena de muerte entre los castigos penales previstos por su legislación (*Cfr.* El Comercio. Edición del 31 de octubre de 2017). Asimismo, que la pena de muerte conserva una notoria popularidad social y política según sondeos de opinión practicados en sociedades desarrolladas como la norteamericana, inglesa, francesa o alemana (*Cfr.* Helmut Kury-Martin Brandenstein. *Una nueva punitividad. actitudes sancionadoras y política sancionadora.* Victimología Nº 12. 2012, pp. 147 y ss.).

En las tres últimas décadas la doctrina penal nacional se ha ocupado poco de la pena de muerte (*Cfr.* Ciro J. Cancho Espinal. *Más allá de la pena de muerte. El Quantum del Dolor de la Pena e Imputación Penal.* Editores del Centro. Lima. 2017, pp. 695-702; José Antonio Peláez Bardales. *La ineficacia e inutilidad de la Pena de Muerte. El Sistema Penal y su Aplicación.* Libro Homenaje a Eduardo Mímbrela de los Santos. Adrus Editores. Lima. 2013, pp. 1013-1026). Sin embargo, entre los años sesenta y setenta del siglo pasado, ella fue un tema de relativo interés para los juristas nacionales. Uno de los ensayos sobre esta materia, sin duda el mejor documentado, fue el elaborado por Hurtado Pozo con ocasión de la promulgación de la Constitución de 1979, reeditado recientemente. Luego de un sucinto pero integral recorrido histórico por las experiencias legislativas nacionales sobre la pena de muerte, el autor citado infiere como conclusión que nuestra población no repugna la pena de muerte (Pena de Muerte y Política Criminal en el Perú. En José Hurtado Pozo. *El Sistema de Control Penal.* Instituto Pacifico. Lima. 2016, p. 1032). Percepción psicosocial que en la actualidad resulta de fácil constatación a través de diferentes encuestas y sondeos de opinión social. Efectivamente, en una encuesta realizada en octubre de 2006 por la empresa Apoyo, entre la población de Lima, se detectó que el 79%

de los encuestados estaba de acuerdo con la pena de muerte para violadores y asesinos de menores, considerándola una sanción ejemplar y justa. Doce años después esa tendencia no sólo no ha cambiado sino que la misma se ha incrementado significativamente. Es así que en una reciente encuesta nacional de febrero de 2018, realizada por Ipsos Perú sobre una muestra de 1263 entrevistados, el 87% se manifestó de acuerdo en que la pena de muerte se aplique a los violadores de menores de edad que además causan la muerte de la víctima. Por lo demás, la historia republicana ha demostrado cíclicamente que lo sostenido por Maúrtua en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1924, para explicar la ausencia en dicho texto legal del castigo capital, fue siempre una equivocada percepción psicosocial. El distinguido legislador señaló al respecto: "La pena de muerte ha sido sustituida por la de internamiento de duración indeterminada con mínimum de veinticinco años en los casos de criminales que demuestren una peligrosidad excepcional. **El proyecto no innova prácticamente en esta materia; sanciona una situación de hecho que exterioriza suficientemente la repugnancia del país a la aplicación de esa pena"** (Código Penal Ley Nº 4868. Edición Oficial. Taller Gráfico de la Penitenciaría Central. Lima. 1948, p. 167).

No obstante, el debate social y político en torno a la pena de muerte ha sido un fenómeno de relativa frecuencia en dicho periodo (*Cfr.* Diego Chirinos Cané-Giovanna Castañeda. La pena de muerte divide las aguas políticas. El Comercio. Edición del 31 de octubre de 2017, p. 4; Santiago Roncagliolo. Crímenes Repugnantes. La Pena de Muerte en el Perú y la Mentalidad de los Psicópatas. El Comercio. Edición del 3 de noviembre de 2017, p. 29). Especialmente, en contextos pre electorales o ante el impacto colectivo producido por la comisión de delitos de relevante gravedad para la conciencia ciudadana como la violación de menores o los secuestros con muerte subsecuente de las víctimas (*Cfr.* José Ugaz. *La propuesta para imponer la pena a muerte a violadores de niños ¿Otra vez Andrés?* El Comercio. Edición del 6 de noviembre de 2017, p. 30). Es más, a inicios del presente año un suceso de tales características conmocionó nuevamente a la población peruana, con lo que el tema de la pena de muerte volvió a colocarse en la agenda política y en los medios de comunicación social (*Cfr.* Violación contra menores: Crimen y Castigo. El Comercio. Edición del 6 de febrero de 2018, p. 10). Como era previsible el efecto político de este acontecimiento se manifestó a través de una nueva propuesta legislativa para reformar el artículo 140° de la Constitución, ampliando la aplicación de la pena capital para tales delitos (*Cfr.*

Proyecto de Ley Nº 2584/ 2017-CR. Presentado el 16 de marzo de 2018 por el Grupo parlamentario de los "No Agrupados").

Ahora bien, en torno a las demandas dirigidas a ampliar el reducido catálogo de delitos que según la Constitución pueden dar lugar a la aplicación de la pena de muerte se ha planteado en lo fundamental una objeción jurídica que gira en torno a los compromisos asumidos por el Estado peruano en esta materia. Específicamente a través de los instrumentos y recomendaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos y de su órgano jurisdiccional. Al respecto, García Sayán ha destacado que "por razones jurídicas la mayoría abrumadora de países latinoamericanos tiene prohibido restablecer la pena de muerte en virtud de un tratado internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos. Para cambiar su ley penal interna se tendría que denunciar, primero, ese tratado y, luego de dos años, solo podrían modificar la legislación penal para los delitos que se produjeran a partir de allí" (Diego García Sayán. *La muerte de la pena de muerte*. El País Internacional. Edición del 9 de febrero de 2018).

Personalmente, en torno a la pena de muerte y a su aplicación judicial, realizamos hace algunos años una indagación empírica que tuvo como universo y muestra a jueces en lo penal. Esto es, magistrados con competencia para juzgar y sancionar delitos graves como la violación de menores o el secuestro con muerte de las víctimas y sobre los cuales se suele exigir coyunturalmente la imposición de un castigo capital. La encuesta se aplicó como consecuencia de un Proyecto del Poder Ejecutivo dirigido a ampliar la posibilidad constitucional de la pena de muerte

Los resultados obtenidos en aquella investigación marcaron con claridad la prevalencia de una actitud mayoritaria de rechazo a la pena de muerte entre los jueces del país. Es más, los magistrados encuestados declararon que no aplicarían la pena de muerte aún en el caso de que la legislación nacional la considerada para delitos graves con muerte de la víctima.

No obstante, los mismos magistrados encuestados mostraron su total disposición a imponer a los autores de tales delitos penas privativas de libertad de larga duración o la pena de cadena perpetua.

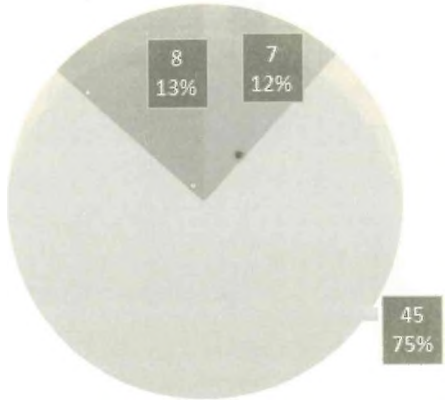
A continuación incorporamos los cuadros y gráficos que dan cuenta de los principales hallazgos que detectamos en aquel estudio realizado el año

2006. Los tres primeros corresponden a las opiniones expuestas por 60 Jueces Superiores en lo Penal de todo el país y los tres restantes a las respuestas suministradas por 15 Jueces Supremos en lo Penal.

PENA DE MUERTE Y POLÍTICA CRIMINAL (PROPUESTA DEL 2006)
"Como es de público conocimiento los casos de violencia infantil y especialmente los casos de violación seguida de muerte contra menores de edad vienen incrementándose aceleradamente en nuestra sociedad, causando una alarma generalizada de la población, lo cual exige del estado y de las instituciones que lo representan, la inmediata imposición de drásticas medidas que repriman este grave delito (sic).
Ante los hechos expuestos y la urgencia de proteger a los menores de edad víctimas del delito de violación sexual, resulta pertinente aplicar la imposición de la pena de muerte, siendo necesario para ello efectuar una reforma de carácter constitucional (sic).
Sin duda alguna, la propuesta de reforma constitucional que se plantea, y por ende, la imposición de la pena de muerte como sanción para aquellos que cometan el delito de violación sexual contra menores de edad seguida de muerte, recoge un reclamo permanente por parte de la sociedad que debe resguardarse de elementos que evidencien con dicha conducta una altísima peligrosidad"
(PROYECTO DE LEY Nº 281/2006-PE PRESENTADO POR EL GOBIERNO EL 19 DE SEPTIEMBRE DE 2008)

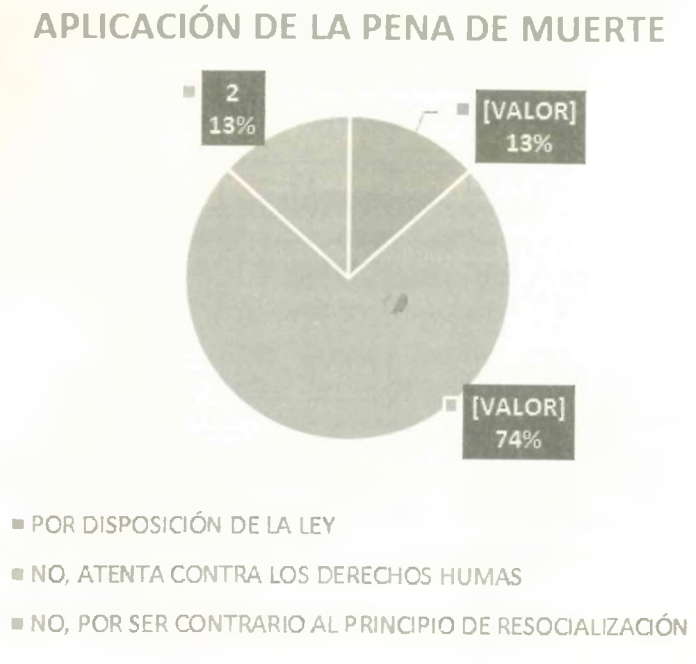


APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE



PENAS PARA CASOS ESPECÍFICOS				
SANCIÓN / DELITOS	PENA DE MUERTE	CADENA PERPETUA	35 AÑOS DE P.P.L.	MENOS DE 35 AÑOS DE P.P.L.
Violación de menores de 07 años	01 01%	34 57%	18 30%	07 12%
Secuestro seguido de muerte	01 01%	28 47%	27 45%	04 07%
Robo seguido muerte	01 01%	17 29%	33 55%	09 15%
Asesinato por recompensa (sicarios)	01 01%	27 45%	26 44%	06 10%
Multireincidentes	01 01%	17 29%	20 33%	22 37%
Habituales en el delito	01 01%	15 25%	16 27%	28 47%


APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE
PARA DELITOS MUY GRAVES
1
7%
14
93%
NO OPINA
DESACUERDO


APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE
2
13%
[VALOR]
13%
[VALOR]
74%
POR DISPOSICIÓN DE LA LEY
NO, ATENTA CONTRA LOS DERECHOS HUMAS
NO, POR SER CONTRARIO AL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

PENAS PARA CASOS ESPECÍFICOS				
SANCIÓN / DELITOS	PENA DE MUERTE	CADENA PERPETUA	35 AÑOS DE P.P.L.	MENOS DE 35 AÑOS DE P.P.L.
Violación de menores de 07 años	00 0%	10 67%	03 20%	02 13%
Secuestro seguido de muerte	00 0%	09 60%	05 33%	01 7%
Robo seguido de muerte	00 0%	06 40%	06 40%	03 20%
Asesinato por recompensa (sicarios)	00 0%	06 40%	08 53%	01 7%
Multireincidentes	00 0%	04 26%	04 26%	07 48%
Habituales en el delito	00 0%	04 26%	05 34%	06 40%

4.2 Los castigos penales de privación de la libertad

Como afirma Zaffaroni, el resultado "más espectacular del sistema penal es la prisionalización, pues desde el siglo XIX la privación de la libertad es en todo el mundo la columna vertebral del sistema de penas" (Eugenio Raúl Zaffaroni. *La Cuestión Criminal. Planeta.* Buenos Aires. 2012, p. 309). Pese a su origen paradójicamente revolucionario y humanista, su evolución fue transformando en un instrumento político criminal simbólicamente efectista, cada vez más deshumanizado en su ejecución y con discursos de justificación veladamente reaccionarios (*Cfr.* John Pratt. *Castigo y Civilización.* Una Lectura Crítica Sobre las Prisiones y los Regímenes Carcelarios. Ob Cit., p. 61 y ss.). En ese contexto, pues, resultan muy atinadas las referencias concretas que formula Van Der Maat sobre la caracterización presente de los castigos privativos de la libertad: "Nuestros sistemas modernos de justicia se fundamentan básicamente en la pena privativa de libertad para castigar crímenes. La privación de libertad tiene muchas y obvias ventajas frente a los castigos corporales (como la mutilación): es modular (desde un par de horas a cadena perpetua); no afecta (supuestamente) el cuerpo o la integri-

dad corporal del detenido; se supone que no deja un estigma físico, etc. Lo que queda menos claro es su utilidad. Hay un cierto límite de tiempo, más allá del cual una privación de libertad se vuelve intrínsecamente ineficiente y, consecuentemente, perversa. Penas privativas de libertad más largas no mejoran, más bien incrementan el daño al interno. Y penas más largas no parecen prevenir a alguien de cometer un crimen. La privación de libertad no parece conllevar a un beneficio automático para todos los involucrados. Encima de estos problemas, la privación de libertad es un negocio costoso, **porque de hecho se ha vuelto un negocio**" (Bruno Van Der Maat. *Prácticas antiguas para una justicia nueva*. Universidad Católica Santa María. Arequipa. 2016, p. 95).

Nuestro país no ha sido ajeno a tan fatal y contradictoria constatación evolutiva. Es más, los efectos perniciosos de la prisión en el Perú han convertido a la ejecución de las penas privativas de libertad en un inveterado indicador de las graves carencias sociales y políticas de nuestro Estado y sociedad, caracterizadas por el desinterés, el oportunismo y la improvisación coyuntural. Y, en ese proceso endémico y continuo, la problemática de las cárceles peruanas se ha destacado siempre por el deterioro e insuficiencia de su infraestructura y logística, así como por la carencia de un tratamiento especializado y por las altas cuotas de reincidencia entre su población. En un contexto de esas características, como lo plantea Almeyda Velasquez, es pertinente e impostergable desmitificar la imagen social de una **cárcel abstracta** que sólo priva de la libertad. En coherencia con esa necesidad, dicho autor con acierto señala: "Frente al diseño de una cárcel abstracta está la **cárcel real**; esta, además, de privar la libertad, priva otros derechos; estas privaciones no están contempladas como parte del castigo legalmente establecido. El castigo por el crimen es ser privado de la libertad y no adquirir enfermedades (tuberculosis o VIH), vivir hacinado, infraalimentado, involucionar como persona o todo junto" (Daniel Alonso Almeyda Velásquez. *Proyecto Alternativo de Título Preliminar para el Código Penal Peruano. Hacia el Fin de las mitologías preventivas*. Actualidad Penal Nº 43. Enero 2018, p. 335).

Otros hechos que grafican la crisis penitenciaria en nuestro país son la sobrepoblación y el hacinamiento que padecen los internos, entre los cuales se mezclan tasas significativas de "presos sin condena" o de personas condenadas a penas privativas de libertad de larga duración o de carácter indeterminado como la cadena perpetua.

En la actualidad, pues, pese a existir formalmente un sistema normativo de ejecución penal, inspirado en la ideología del tratamiento y del humanismo penitenciario, la pena privativa de libertad se ejecuta aún en locales y ambientes donde coexisten la anarquía, la promiscuidad, la explotación, la insalubridad y el hambre. Dantesca radiografía que ridiculiza todas las aspiraciones programáticas de reinserción social, proclamadas desde el artículo 140º, inciso 22 de la Constitución o desde el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal de 1991. Como lo hace notar Chambilla Quispe: "la cuestión de si la resocialización es –o no– una finalidad de la pena queda descartada totalmente al analizar la realidad peruana, resulta meramente una finalidad que nunca llegó y probablemente no llegará a concretizarse" (José Luis Chambilla Quispe. ¿"Resocialización como fin de la pena?. El Fin de la Pena en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 101. Noviembre 2017, p. 287).

Cabe señalar que los mismos conflictos y disfunciones son también compartidos como características representativas por otros sistemas penitenciarios de la Región como pone en evidencia Ebert, para quien, además, ellos "son algunos de los motivos por los que la última gran ilusión funcional de las cárceles, o sea los proyectos de resocialización, readaptación o rehabilitación social, cayeron en un descrédito enorme sobre el fin del siglo XX" (Carlos Ebert. *Crónica de un fracaso anunciado: Veinte años de inercia en las cárceles latinoamericanas*. En Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos Desafíos del Sistema Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. German Small Arana. Ideas. Lima. 2016, p. 366-367). Al respecto, son pertinentes y no exageradas las referencias formuladas por JULIANO y AVILA respecto sobre la actual realidad latinoamericana en este dominio:" Es fácil advertir que ninguna racionalización o justificación de la pena y del sentido o finalidad del sistema penitenciario logró hasta ahora avanzar hacia una construcción institucional que permita reducir las características más deletéreas del sistema vigente, donde conviven retazos de viejas justificaciones correccionalistas con esquemas efectivos de encierro más propios de depósitos inhumanos de personas"(Mario Juliano y Fernando Ávila. *Los fines de la pena y la modalidad de cumplimiento*. Ius Puniendi Nº 1 Marzo-Abril 2017, p. 469).

Los datos cualitativos y cuantitativos revelados por el Instituto Nacional Penitenciario-INPE, que reseñamos a continuación sobre la realidad carcela-

ria en el Perú, corresponden a octubre 2017 (tomados del Instituto Nacional Penitenciario. Informe Estadístico 2017.Lima.Octubre 2017). Ellos resultan útiles para graficar y entender mejor las dimensiones actuales de su crisis:

- La población penitenciaria se incrementó en un 6% subiendo de 97,651 internos a 103,317.
- 85,621 estaban internos en un establecimiento penal y 17,696 se encontraban en establecimientos de medio libre.
- Existen en el país 69 establecimientos penitenciarios en actividad y el 32% concentra una población carcelaria superior a 1,200 internos.
- La capacidad total de albergue es de 39,158 internos pero la población realmente albergada es de 85,621, por lo que el volumen de sobrepoblación asciende a 46,463 y se soporta una tasa de hacinamiento de 119%.
- 46 establecimientos penitenciarios a nivel nacional se encuentran hacinados. Sólo 23 establecimientos penitenciarios no están hacinados.
- Lurigancho en Lima tiene una capacidad de albergue de 3,204 internos, pero su población carcelaria es de 9,737. Por tanto, su sobrepoblación comprende 6,533 internos, generando una tasa de hacinamiento equivalente al 204 %.
- En los centros penales nacionales se encuentran recluidos 80,723 varones y 4,898 mujeres. 1639 internos son de nacionalidad extranjera. El 14.7 % del total nacional de la población recluida se encuentra entre los 18 a 24 años de edad, lo que representa un total de 12,551 internos.
- De la población total en cárcel 50,280 internos tienen la condición jurídica de sentenciados (994 de nacionalidad extranjera) y 35,361 están recluidos en calidad de procesados (645 de nacionalidad extranjera).
- Según el delito materia de la reclusión la población penitenciaria de mayor prevalencia corresponde a los internos por delito de robo con agravantes (23,008), seguidos por aquellos encarcelados por delito de violación de menores (8,030).
- Un total de 12,309 internos no tienen acceso a beneficios penitenciarios. De los internos condenados 925 lo están a penas entre 31 y 35

años de privación de libertad y 631 a pena privativa de libertad de cadena perpetua.

- 63,484 internos registran un solo ingreso en el sistema penitenciario; 13,498 tiene dos ingresos carcelarios; 1,942 cuatro ingresos carcelarios y 141 de diez a más ingresos.

Los castigos penales privativos de la libertad se encuentran regulados en el artículo 29º del Código Penal de 1991. Esta disposición fue reincorporada por el Decreto Legislativo 982 el año 2007, superándose así el efecto colateral que produjo su implícita e incorrecta derogatoria mediante el artículo 4º de la Ley 27569 de 2001 y que formalizó la expulsión del ordenamiento jurídico nacional del Decreto Legislativo 895, la cual ya había sido decretada ese mismo año por una sentencia del Tribunal Constitucional (STC. Exp. Nº 005-2001-AI/TC del 15 de noviembre de 2001).

Según el citado artículo coexisten dos modalidades de castigos privativos de la libertad: **pena privativa de libertad temporal y pena privativa de libertad de cadena perpetua**. Ambas sanciones afectan la libertad ambulatoria del condenado determinando su ingreso y permanencia en un centro penitenciario por el tiempo que fije su sentencia condenatoria.

Pena privativa de la libertad temporal es aquella que "priva de la libertad ambulatoria al penado, durante un determinado periodo de tiempo, de manera continua" (José Luis Díez Ripollés. Derecho Penal Español. Parte General en Esquemas. Ob. Cit., p. 576). En el caso peruano tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Cabe señalar que originalmente el artículo 29º sólo incluía esta clase de pena privativa de libertad temporal con un límite máximo de 25 años. Su actual límite máximo fue introducido en el año 1998 con el derogado Decreto Legislativo 895 y es conservado en el Proyecto de mayo de 2016 (*Cfr.* Artículo 33º.2).

Ahora bien, resulta criticable el mínimo de dos días establecido para la pena privativa de libertad temporal en el texto vigente, pues él resulta incoherente con la tendencia predominante en la actualidad de obstaculizar la conminación o imposición de penas privativas de libertad de corta duración. Pero, además, porque ni en la Parte Especial ni en el Libro de Faltas es posible detectar alguna infracción penal que tenga tan exigua penalidad. Cabe

señalar que en el Proyecto de mayo de 2016 el mínimo de la pena privativa de libertad temporal se ha elevado a un año.

Un problema hermenéutico está relacionado con el máximo legal de la pena privativa de libertad temporal. En efecto, sucesivas reformas en el Código Penal han incorporado un conjunto asimétrico de circunstancias agravantes cualificadas como la reincidencia, la habitualidad o la integración en una organización criminal (*Cfr.* Artículo 46°B y 46° C del Código Penal; y artículo 22°). Todas estas agravantes generan como efecto de su configuración un incremento sobre el máximo de la penalidad conminada para el tipo de delito cometido. Siendo así, su eficacia temporal en aquellos delitos cuya penalidad originaria es de 35 años conllevaría la superación de dicho límite hasta en un tercio o en una mitad sin que, en ningún caso, ello pueda generar una adición equivalente a más de otros 35 años. De modo que en tales casos la pena privativa de libertad podría alcanzar una extensión máxima total de 47 años y medio. Exceso notable y subrepticio del legislador peruano, pero que marcha muy a tono con las actuales corrientes punitivista de neutralización, aislamiento o exclusión prolongada de los denominados "delincuentes peligrosos e incorregibles"

Pena privativa de libertad de cadena perpetua. Esta es una pena de duración indeterminada pero revisable y extinguible luego de un periodo de cumplimiento mínimo de 35 años. La cadena perpetua fue incorporada en 1992 y se le concibió inicialmente como **una privación de libertad de por vida sin otra posibilidad de excarcelación que la muerte del condenado.** Cabe reconocer que un antecedente histórico de esta modalidad de castigo penal privativo de libertad fue la pena de internamiento que reguló el Código Penal de 1924: "La pena de internamiento será absolutamente indeterminada más allá de un mínimum de veinticinco años" (Artículo 11°); "También pueden ser puestos condicionalmente en libertad, los condenados a internamiento que hubiesen sufrido veinticinco años de su pena" (Artículo 58°, párrafo segundo).

En sus orígenes la cadena perpetua fue introducida como una opción punitiva excepcional y focalizada en la represión de formas graves de terrorismo. Sin embargo, poco a poco fue siendo considerada para sancionar supuestos agravados de otros delitos como el secuestro, el tráfico ilícito de drogas, el lavado de activos, la violación de menores y el robo.

Posteriormente, a inicios del presente siglo, como consecuencia de un proceso de inconstitucionalidad incoado contra las normas penales vinculadas al delito de terrorismo, el Tribunal Constitucional rechazó la duración indefinida de la pena privativa de libertad de cadena perpetua. En aquella ocasión se planteó la necesidad de constitucionalizar dicha sanción a través de la previsión legal de una revisión temporal que permitiera la excarcelación del condenado (STC. Exp. Nº 010-2002-AI/TC del 4 de enero de 2003). Desarrollando esa disposición del Tribunal Constitucional el artículo 4º del Decreto Legislativo 921, del 18 de enero de 2003, configuró en el Código de Ejecución Penal un procedimiento para que los condenados que hayan acumulado 35 años de cumplimiento de aquella pena privativa de libertad, puedan acceder a una audiencia que evaluando el grado de "resocialización alcanzado" les permita obtener su excarcelación definitiva. (*Cfr.* Artículo 59º A del Código de Ejecución Penal).

Al respecto, un sector de la doctrina nacional estima que aquella decisión del Tribunal Constitucional es ambigua y contradictoria, razón por la que se exige decisiones legales o jurisprudenciales más afines con los fines constitucionales del castigo penal. En ese sentido, por ejemplo, Meini Méndez demanda que "la única manera en la que la cadena perpetua deje de ser inconstitucional, según el propio discurso de la STC, sería que la cadena perpetua no sea perpetua, es decir; o bien se establece la obligación de que se concedan siempre y en todos los casos beneficios penitenciarios, o bien se le obliga al Juez no sólo a revisar la sentencia, sino también a excarcelar al condenado, o bien se declara inconstitucional a la cadena perpetua de una vez por todas y de manera clara y directa... Lo que no se puede hacer es declarar inconstitucional la cadena perpetua y para salvar la inconstitucionalidad articular una medida (posibilidad de concesión de beneficios penitenciarios y consecuente excarcelación, ya sea a través de una ley o de la revisión de la sentencia) que en el fondo no hace sino solventar parcialmente el problema" (Iván Meini. *Notas sobre la inconstitucionalidad de la cadena perpetua.* En Imputación y Responsabilidad Penal. ARA Editores. Lima. 2009, pp. 332 y 333).

Cabe señalar que en la actualidad, modalidades de penas privativas de libertad de similares características a las de la cadena perpetua se han asimilado plenamente en varios sistemas jurídicos europeos, aunque con diferente denominación y periodos mínimos de duración. Al respecto, Jaén Vallejo y

Perrino Pérez reconocen que su inserción ha suscitado siempre paradojas y debates sobre su legitimidad, pero que su incorporación al derecho penal español en el 2015, bajo la denominación de "Prisión Permanente Revisable", era una "opción político- criminal plenamente legítima, que es, además, la predominante en los países de nuestro entorno cultural y geográfico" (Manuel Jaén Vallejo-Ángel Luis Perrino Pérez. *La Reforma Penal de 2015.* Editorial Dykinson .Madrid. 2015, p. 33). En término similares, Del Rosal, aunque luego de una severa reflexión crítica sobre el soporte de "emotividad" vindicativa que sustenta a ese tipo de penas, concluye destacando su constitucionalidad, "porque los estándares internacionales sólo exigen, para que esta pena no sea inhumana o degradante, que no suprima el «derecho a la esperanza»; es decir, que en algún momento se valore si persisten motivos para mantener la prisión. Este requerimiento lo cumple nuestra Ley penal. Y si su ejecución se atiene a los criterios penitenciarios generales, ni es inhumana ni degradante. Al menos, no lo es más que otras penas de prisión de larga duración" (Bernardo Del Rosal. Publicado en Diario del Derecho. Editorial Justel. Edición del 8 de febrero de 2018, portada).

En el Proyecto de Código Penal de mayo de 2016 se modifica la denominación de la pena privativa de libertad de cadena perpetua, la que pasaría a llamarse "pena privativa de libertad indeterminada". Sin embargo, la citada propuesta legislativa mantiene el mínimo de 35 años de cumplimiento para que dicha sanción pueda ser revisada. Una innovación importante que también aporta dicho Proyecto es la que establece que "Cuando se trate de delitos reprimidos con pena privativa de libertad indeterminada, el juez puede aplicar una pena temporal no menor de veinticinco años en los supuestos previstos en los artículos **19, 20, 25 y 29, segundo párrafo**". De esta manera el legislador busca superar la incertidumbre existente en torno a la pena que corresponde aplicar en casos de tentativa de delitos sancionados con pena de cadena perpetua o que hayan sido cometidos por personas entre 18 y menos de 21 años de edad. En torno a esta problemática interpretativa la praxis judicial ya ha optado mayoritariamente por imponer en aquellos supuestos una pena privativa de libertad de 35 años. Esto es, adoptando un criterio de disminución punitiva similar al que se contemplaba para el caso de la pena de internamiento en el inciso 1 del artículo 148° del Código Penal de 1924 ("la pena de internamiento será reemplazada por la de penitenciaría no menor de 10 años).

En la legislación penal vigente encontramos ocho delitos cuya realización, mayormente con la concurrencia de circunstancias agravantes específicas, conllevan como castigo penal conminado la pena privativa de libertad de cadena perpetua. Además, una reciente modificación del Código Penal producida con la Ley 30838 del 3 de agosto de 2018, ha considerado esta forma de pena privativa de libertad indeterminada para toda forma de violación sexual de menores de catorce años de edad.

El cuadro siguiente identifica los hechos punibles actualmente reprimidos con cadena perpetua.

DELITOS CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE CADENA PERPETUA	
1	Feminicidio con agravantes (**Art. 108°-B**)
2	Sicariato con agravantes (**Art. 108-C**)
3	Secuestro con agravantes (**Art. 152°**)
4	Violación sexual de menores (**Art. 173°**)
5	Robo con agravantes (**Art. 189°**)
6	Extorsión con agravantes (**Art. 200°**)
7	Sustracción o arrebato de armas de fuego o municiones con agravantes (**Art. 279°-B**)
8	Terrorismo con agravantes (**Decreto Ley 25475 Art. 3°-A**)

CONDENAS A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD DE LARGA DURACIÓN 2012 -2018				
AÑO	**20 A 25 años**	**25 a 30 años**	**30 a 35 años**	**Cadena perpetua**
2012	1542	1015	324	217
2013	1583	1125	413	296
2014	1833	1402	526	367
2015	1961	1553	652	449
2016	2228	1816	809	552
Tomado de Bertha Verónica Prado Manrique. La Política Criminal Peruana. Una Aproximación desde el Modelo Penal Bienestarista. Ob. Cit., p. 66.				

Cabe concluir este apartado sobre los castigos privativos de la libertad en la legislación peruana, invocando, como lo hace RIVERA BEIRAS en relación a la situación española, que es impostergable el desarrollo de resistencias so-

ciales al interior y, sobre todo, desde el exterior de la cárcel, que apunten a exigir y mantener un mínimo de racionalidad que hagan aún compatible esta modalidad punitiva con el respeto irrenunciable a los derechos fundamentales de toda persona: "Frente al crecimiento desmesurado que la privación de libertad está adquiriendo, se impone, desde un horizonte de comprometido respeto en la lucha por los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, el diseño de estrategias de lucha y revaluación de semejantes derechos; en ello seguramente nos va el mantenimiento de un horizonte de **civilización** o la entrada en el escenario de la **barbarie**"(Iñaki Rivera Beiras. *Derechos Fundamentales, Movimientos Sociales y "Cultura de la Resistencia"*. Para un Programa de Reducción Carcelaria (En España). María Laura Böhn y Mariano H. Gutiérrez (comps). Editores del Puerto. Buenos Aires. 2007, p. 95).

4.3. Los castigos penales no privativos de la libertad

Todos los castigos penales limitan o suprimen el ejercicio de derechos. En tal sentido, los privativos de la libertad, como se ha explicado anteriormente, restringen la libertad ambulatoria del condenado de manera temporal o indeterminada. Sin embargo coexisten también en la legislación vigente castigos penales no privativos de libertad y que afectan otros derechos o bienes jurídicos del autor o participe culpable de un delito.

Esa es la condición de las denominadas penas limitativas de derechos, de las penas restrictivas de la libertad, así como de la pena de multa y de la pena sustitutiva de vigilancia electrónica personal. A esta clase de castigos penales dedicaremos los comentarios siguientes.

4.4. Las penas limitativas de derechos

Partiendo de lo anteriormente mencionado sobre la efectividad de los castigos penales resultaría en principio tautológico que el legislador nacional haya optado por denominar a determinada modalidad *penas limitativas de derechos.*

No obstante, ya ha quedado esclarecido que dicha nomenclatura procura designar y distinguir a un tipo de penas que afectan derechos diferentes a la libertad ambulatoria o el patrimonio de los condenados. Efectivamente, la eficacia de estas sanciones penales se proyecta sobre el ejercicio de fun-

ciones, atribuciones o capacidades especiales del delincuente; así como, a la disposición o utilización de su tiempo libre. Como pone de relieve Martínez Huamán, "la inclusión de estas penas estuvo encaminada a reducir los gastos de construcción y mantenimiento de los centros penitenciarios así como a desarrollar alternativas de castigo adecuadas para los delincuentes de escasa peligrosidad" (Raúl Ernesto Martínez Huamán. *Sistema de sanciones penales en el ordenamiento jurídico peruano*. Análisis comparativo con España. En Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos Desafíos del Sistema Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Dr. German Small Arana. Ob. Cit., pp. 644-665). Sin embargo su tímida y recatada utilización en la Parte Especial del Código Penal de 1991 las convirtió en las sanciones predilectas de las faltas o contravenciones alejando con ello todo impacto real sobre el predominio de los castigos privativos de libertad y su impacto en la realidad carcelaria del país.

Ahora bien, en nuestra legislación penal la modalidad más tradicional e histórica de estas penas limitativas de otros derechos, es la pena de inhabilitación. Por su parte, las de menor experiencia legislativa y práctica son las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres.

Las dos últimas de dicha trilogía, tuvieron como fuente legislativa extranjera al Código Penal brasileño de 1984 (*Cfr.* Artículo 32º). El legislador peruano las recepcionó inicialmente en el Proyecto de 1985 (*Cfr.* Artículo 56º) y las mantuvo, luego, en otros Proyectos posteriores como los de 1986 (*Cfr.* Artículo. 55º) y de 1989 (Artículo. 35º). Su cualidad más representativa era la de poder operar como penas sustitutivas de la imposición judicial de penas privativas de libertad de corta duración (actualmente hasta de cuatro años). Esto es, interactuar como penas de reemplazo a través de la aplicación de las medidas alternativas de sustitución y conversión de penas también innovadas por el Código Penal de 1991 (*Cfr.* Artículos 32° y 52°). Cabe señalar que recientemente también se ha concedido a estas penas la función de medidas de excarcelación anticipada, a través de la regulación de la conversión de penas en ejecución incorporada mediante el Decreto Legislativo 1300. En estos casos la operación de reemplazo puede alcanzar a penas privativas de libertad en cumplimiento de seis años (*Cfr.* Artículos 3° del Decreto Legislativo 1300 y Artículo 52° A del Código Penal).

Es pertinente reconocer que hasta el presente, la evolución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres no ha sido muy afortunada. Efectivamente, ni el legislador les otorgó una opción punitiva preferente o autónoma en la penalidad conminada de delitos leves; ni la judicatura les permitió exhibir con frecuencia relevante sus posibilidades sustitutivas. Lo único destacable en torno a ellas, luego de más de 25 años de vigencia del Código Penal fue la ya mencionada ampliación de sus capacidades de reemplazo que en la actualidad pueden alcanzar a penas privativas de libertad de hasta seis años.

4.4.1. La pena de inhabilitación

Como se señaló anteriormente, la *pena de inhabilitación* es la de más antigua existencia en nuestra legislación penal. Es así que sus antecedentes legislativos se remontan al Código Penal de 1863 (*Cfr.* Artículos 79° a 82°).

Mediante la pena de inhabilitación se priva o suspende al condenado del ejercicio de determinados derechos o facultades de los cuales abusó en la comisión del delito; o cuando el hecho punible realizado por aquél involucró la infracción de deberes especiales propios del cargo, profesión o función que desempeñaba. De allí que la pena de inhabilitación sea una modalidad punitiva considerada mayormente para sancionar delitos especiales o de infracción de deber.

Según Larrauri la "filosofía que inspira este tipo de pena es la incapacitadora, esto es, dificultar que la persona esté en situación de realizar el delito y por ello se deberían aplicar en relación al delito cometido. Últimamente se han añadido algunas medidas de inhabilitación en clave de protección de la víctima como, por ejemplo, la prohibición de acercamiento o de residir en un determinado lugar" (Elena Larrauri. *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 149). Justamente, las reformas producidas en torno a la pena de inhabilitación por la Ley 30076 se han alineado a dicha tendencia tutelar de la víctima. En cambio las promovidas a través del Decreto Legislativo 1243 se han dirigido a complementar el castigo de quienes abusan del ejercicio de funciones públicas.

Tradicionalmente la doctrina ha debatido sobre la naturaleza jurídica de este tipo de castigos penales, lo cual ha promovido la exposición de diferentes posiciones sobre la materia. Para un sector mayoritario, por ejemplo,

funcionalmente la inhabilitación siempre ha sido una pena. Sin embargo, para otro sector minoritario, su operatividad y eficacia contemporánea corresponden, más bien, a las de una medida de seguridad (*Cfr.* Hans Heinrich Jescheck-Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Volumen II. Ob. Cit, p. 1239 y ss.; José L. Manzanares Samaniego. *Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto de Código Penal.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981, pp. 41 y ss.).

En lo que respecta a nuestra legislación y doctrina especializada la inhabilitación históricamente siempre ha merecido la calificación de pena (Raúl Peña Cabrera. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Tercera Edición. Volumen I. Sagitario. Lima. 1987, p. 383 y ss.; Percy García Cavero. *Derecho Penal. Parte General.* Segunda Edición. Jurista Editores. Lima. 2012 p. 827-828). Especialmente, porque como señala YSHII MEZA, "el fundamento para su imposición como pena estriba en que el agente infraccionó un deber especial propio del cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o se prevalió de su posición de poder o dominio para cometer un determinado delito" (Luis Alejandro Yshií Meza. *La pena de inhabilitación en los delitos contra la administración pública.* En Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. IDEMSA. Lima.2013, p. 405).

No obstante, en el Proyecto de Código Penal 2008/2009 se incluyó una nueva medida de seguridad denominada **restricción de derechos y facultades,** que consistía también en la aplicación de limitaciones o prohibiciones que se aplicaban con fines de control y vigilancia, a los imputables o imputables relativos que lo requirieran (*Cfr.* Artículo 79°). El Proyecto de Código Penal 2014-2015 consideró también medidas similares con la denominación de **medidas de vigilancia** (*Cfr.* Artículo 98°); pero, luego, en los Proyectos de 2016 tales medidas de seguridad fueron suprimidas o adquirieron una función diferente.

Ahora bien, resulta evidente que en la sociedad contemporánea el privar a una persona del ejercicio de uno o más de sus derechos políticos, civiles o económicos; así como de las funciones, profesiones, artes u oficios que ha desempeñado expresa una esencia predominantemente punitiva y excluyente, aunque esta se manifieste de modo diferente y quizás menos sensible o intensa que en otros castigos penales como los privativos de libertad. Sobre todo porque como destacan los expertos, las inhabilitaciones "pueden resul-

tar penas muy eficaces, pues no es baladí prohibir el ejercicio de una profesión, privar del carné de conducir, prohibir contratar o recibir subvenciones y becas de la Administración pública, o impedir que una persona se presente a las elecciones" (Elena Larrauri. *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 149). Y, además, porque para la actual política criminal la oportunidad y necesidad controlista de determinadas formas de delincuencia, como las de "alta peligrosidad", la funcionarial o la de abuso de género, encuentran también en la inhabilitación múltiples opciones de eficacia preventiva, aseguradora, cautelar e incluso predelictual o pospenitenciaria. Ejemplos de estas tendencia lo encontramos en las medidas interdictivas que contempla el Código Procesal Penal de 2004 bajo la denominación de "Suspensión Preventiva de Derechos" (*Cfr.* Artículos 297° a 301°). Pero también, en el uso, cada vez más generalizado, en los Estados Unidos y en varios países europeos, de la imposición de medidas de privación de derechos políticos, civiles y sociales que van asociadas a la condena o que operan después de cumplida esta. Como explica Díez Ripollés, se trata, en definitiva, de "sanciones inocuizadoras, dirigidas a interponer todo tipo de obstáculos a la interacción de condenados y ex condenados con el resto de la sociedad" (José Luis Díez Ripollés. *Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y Países Nórdicos Europeos.* En Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos Desafíos del Sistema Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana. Ob. Cit., p. 313-314). Lo anteriormente mencionado también se advierte en las recientes propuestas legislativas dirigidas a reemplazar el Código Penal en el Perú. En efecto, un rol similar se observa en las denominadas medidas de vigilancia reguladas por el artículo 107° del Proyecto de mayo de 2016. Como advierte el autor antes citado: "Estas privaciones adicionales de derechos, o consecuencias colaterales de la condena en terminología anglosajona, hasta hace poco han pasado inadvertidas o han sido desatendidas por los operadores jurídicos, de ahí que algunos estudiosos hayan podido referirse a ellas como sanciones penales invisibles" (Ídem., p. 312).

El marco legal que corresponde a la pena de inhabilitación se concentra entre los artículos 36° al 40° del Código Penal. En estas disposiciones se identifican sus características, modalidades, duración y efectos. Cabe señalar que este articulado ha sido objeto de sucesivas modificaciones e innovacio-

nes. La más reciente de estas reformas tuvo lugar a través del Decreto Legislativo 1367, promulgado el 27 de julio de 2018.

Seguidamente haremos una puntual revisión de dicho articulado, evaluando críticamente los cambios y adiciones introducidos en su contenido normativo.

En el **artículo 36º** se detallan de modo taxativo las incapacidades, suspensiones o restricciones que pueden imponerse al condenado a través de la pena de inhabilitación. En su texto original de 1991 el dispositivo sólo incluía ocho modalidades de inhabilitación y que eran las siguientes:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia.
4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.
5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego
7. Suspensión, cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.
8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

Posteriormente, a través de las Leyes 29106, 29439 y 29988, se modificaron los alcances de las inhabilitaciones relacionadas con la posesión o uso de armas de fuego, así como con la conducción de vehículos. Además, se incorporó una novena modalidad de inhabilitación, consistente en la incapacidad de ejercer actividades docentes para quienes fueran condenados por delitos de terrorismo, contra la libertad sexual y tráfico ilícito de drogas. Las últimas reformas a este artículo ocurrieron con la Ley 30076 que elevó

a doce las incapacidades del artículo 36°. Y, luego, con la Ley 30407 sobre protección y bienestar animal que agregó a dicha norma su decimotercer inciso relativo a la "Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales". Actualmente el artículo 36° del Código Penal contiene la siguiente relación de incapacidades:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia.
4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.
5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas.
7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.
8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
9. Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el inciso 2 del artículo 316 del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos

descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación. Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal.

10. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
11. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez.
12. Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios.
13. Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.

Es de señalar que las últimas cuatro incapacidades incorporadas en el artículo 36°, siguen la misma orientación de las reformas penales producidas recientemente en otros códigos penales iberoamericanos que le han servido de fuente. Por ejemplo, el Código Penal Español, en la reforma parcial de 2003, que tuvo una incidencia predominante en el sistema de penas, se incorporaron también estas formas de inhabilitación. Al respecto, Ruiz De Erenchun Artete, comentado estas modalidades de restricciones, a las que identifica como **"prohibiciones para con la víctima y su entorno"**, ha señalado que su efecto fundamental es que con ellas se "impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o aquel en que reside la víctima o su familia, si son distintos. La prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o el Tribunal le impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, o a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se haya reconocido en sentencia civil hasta el cumplimiento de la pena. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez al Tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual" (Eduardo Ruiz de Erenchun Arteche. *El Sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código Penal de 2003*. 2º ed. Editorial Aranzadi. 2005, p. 44, ss.). Por su parte, la reforma penal española de 2015 ha ampliado el espacio de estas formas de inhabilitación especial al ámbito de la realización de

actividades educativas o de otra índole, rentadas o no, que pueda ejercer el agente de delitos sexuales en agravio de menores. Como destacan Jaén Vallejo y Perrino Pérez este tipo de penas de inhabilitación, destinadas a evitar el contacto habitual con menores de edad, se han incluido también en el derecho penal francés e italiano (*Cfr.* Manuel Jaén Vallejo y Ángel Luis Perrino Pérez. *La reforma penal de 2015*. Ob. Cit., pp. 34-35).

En la legislación colombiana, en cambio, las modalidades de incapacidad que hemos reseñado no fueron integradas en la pena de inhabilitación sino que ellas adquieren la condición de penas autónomas o *privativas de otros derechos*, según lo dispuesto en los artículos 43°. 7 y 50°. Es así que en esta última disposición legal la normatividad colombiana establece lo siguiente: "La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares, impide al penado volver al lugar en que haya cometido la infracción, o aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos". Según Velásquez Velásquez se aconseja prudencia judicial para la aplicación de estas incapacidades "para no cometer injusticias, máxime si se tiene en cuenta que ella puede implicar la imposibilidad de ejercer el derecho al trabajo y a visitar a los propios familiares y amigos, lo que les causa grave daño al penado y a los suyos, pues puede llegar a comprender –en casos graves– la prohibición de fijar la residencia del condenado en una determinada comarca o municipio, o visitarlos" (*Cfr.* Fernando Velásquez V. *Derecho Penal. Parte General.* Cuarta Edición. Bogotá. 2009, p. 1068-1069).

Resulta evidente el objetivo de seguridad y de control que evidencian estas innovadoras formas de incapacidad que comprende la pena de inhabilitación. Es más, ellas han sido requeridas, de modo reiterado, por activistas sociales y asociaciones de víctimas como una necesidad urgente; pero, también han sido sugeridas por corrientes contemporáneas de la victimología. Especialmente en lo que concierne a los delitos relacionados con actos de violencia familiar o de género, donde suele ser común la aplicación de un modus operandi que se expresa en actos de amenazas u otras formas de hostigamiento y acoso sobre las víctimas o sus familiares más cercanos (*Cfr.* María del Carmen Gómez Rivero. *El Derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio*. En María Isabel Martínez Gonzáles (Dirección). El Acoso: Tratamiento Penal y Procesal. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, p. 29 y ss.). Al respecto también debe tenerse en cuenta la plena concordancia de estas nuevas modalidades de inhabilitación, con las **"Medidas de Protección"**

que para el ámbito procesal regula el artículo 22° de la Ley 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Según dicha disposición legal cabe aplicar, entre otras, las siguientes medidas de tutela cautelar:

1. Retiro del agresor del domicilio.
2. Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a la distancia que la autoridad judicial determine.
3. Prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación.

Sin embargo, en nuestra realidad el riesgo latente de una infracción material de todas las incapacidades de aproximación que puedan ser decretadas por la autoridad judicial, es bastante alto, sobre todo por la falta de controles específicos y oportunos. Esta debilidad, sin embargo, también es común en otros países de la región. Por ejemplo, sobre la experiencia colombiana en este dominio se ha pronunciado críticamente Velásquez Velásquez: "Para la ejecución de esta sanción se ha dispuesto el control judicial, policial y del ministerio público (*Cfr.* C. de P.P. art. 462, num.1) lo que no asegura su cumplimiento real" (*Cfr.* Fernando Velásquez V. *Derecho Penal. Parte General.* Ob. Cit., p. 1068). En torno a ello, tal vez sea pertinente, en el futuro, para el caso peruano, acompañar estas formas de incapacidad con la aplicación de medidas de vigilancia electrónica personal.

Por otro lado; también en el listado de incapacidades no originales del artículo 36°, encontramos otras dos prohibiciones cuya regulación es poco frecuente en el derecho extranjero. Nos referimos, en primer lugar, a aquella incapacidad que limita el acceso o la visita del inhabilitado a centros carcelarios así como la comunicación de éste con personas recluidas en ellos (inciso 12 °). En relación con ella cabe reconocer que ha sido recurrente la casuística empírica, criminológica o criminalística, que demuestran la existencia y operatividad en el país, de organizaciones criminales dedicadas a la comisión de delitos violentos como el secuestro o la extorsión, las cuales coordinan, planifican o ejecutan su actividad delictiva desde el interior de centros penales o con conexiones en ellos. En efecto, a través de ingeniosas vías de comunicación e interacción estos grupos delictivos transmiten o dan a conocer sus

ilegales exigencias a sus víctimas o disponen la ejecución de agresiones contra ellas. En ese *modus operandi* delincuentes liberados, procesados e incluso familiares y abogados se ven constantemente involucrados (*Cfr.* Ministerio del Interior. *Mega operativos contra el crimen organizado.* JB Grafic EIRL. Lima. 2017, p. 44 y ss.). Por tanto, si bien la regulación legal de estas formas de inhabilitación está justificada, su imposición judicial y eficacia punitiva demandan también la aplicación de controles adicionales, capaces de detectar a tiempo e impedir que las incapacidades que decretan sean quebrantadas (sistemas de video vigilancia, sensores o bloqueadores electrónicos).

La segunda incapacidad se relaciona con los efectos penales derivados de la infracción de las normas de la Ley de Protección y Bienestar Animal (Ley 30407 del 7 de enero de 2016). Esta legislación especial no sólo ha incorporado al Código Penal un nuevo delito de **"Abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres"** (*Cfr.* Artículo 206-A) sino que, también, ha incluido como inédita forma de inhabilitación principal la **"Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales"** (Artículo 36°, inciso 13). En torno a él cabe destacar su conexión con la infracción de los deberes de las personas para con los animales que se dan a conocer en el artículo 5° de la citada normatividad tutelar. Particularmente con lo dispuesto en el inciso 5.1: "Toda persona tiene el deber de procurar la protección y el bienestar de los animales, cualquiera sea su especie, evitando causarles daño, sufrimiento innecesario, maltrato de tipo físico que altere su normal comportamiento, lesión o muerte". Y, también, con el incumplimiento de atender las necesidades fundamentales (ambiente adecuado, alimentación, protección sanitaria y atención veterinaria) de los animales domésticos que se detallan en el inciso 5.3 y que competen al **"propietario, encargado o responsable de un animal de compañía".**

Actualmente disposiciones similares se encuentran también previstas en el derecho penal español y en el derecho penal colombiano. La noble intención de tutelar la vulnerabilidad de otros seres vivos y sensibles, como los animales domésticos o silvestres, reprimiendo los maltratos y actos de crueldad contra ellos, hace válida la incorporación en nuestra legislación de tales normas y medidas penales.

Es de destacar, finalmente, que conforme al modelo legal adoptado por la legislación peruana para regular la pena de inhabilitación, le corresponde

al órgano jurisdiccional determinar y precisar en la sentencia condenatoria, las incapacidades concretas que resultan pertinentes y adecuadas a las características del delito cometido, así como a la condición o *modus operandi* de su autor. En ese sentido, cabe destacar lo dispuesto por el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema, N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008: "En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, **la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena**" (*Cfr.* 8° Fundamento Jurídico).

Según el **artículo 37°** la pena de inhabilitación tiene en nuestro sistema jurídico una doble posibilidad operativa. Esto es, ella puede ser aplicada como pena principal o como pena accesoria. En tal contexto, la pena de inhabilitación tiene la condición de **pena principal** siempre que esté regulada de modo específico o general como pena conminada para reprimir delitos tipificados en la Parte Especial o en Leyes Penales Complementarias o Accesorias al Código Penal. Así, por lo demás, lo ha destacado también el antes citado Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia, al procurar esclarecer algunos errores teóricos y técnicos del legislador nacional, quien reiteradamente en el pasado ha incluido penas de inhabilitación para determinados delitos bajo la equivocada calificación de "accesorias". Al respecto, la aludida jurisprudencia vinculante señalaba lo siguiente: "La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del Código Penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aun cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177°, 181°-B y 398° del Código Penal, **se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal**" (7° Fundamento Jurídico).

La pena de **inhabilitación accesoria** ha quedado reservada sólo para los casos en que no sea posible imponer una pena de inhabilitación principal. La legislación vigente regula dos supuestos. El del **artículo 39°** referido al delito cometido por el agente que constituye la infracción de un deber especial o el manifiesto abuso de una atribución o facultad propias del cargo, profesión o industria que aquel ejerce. Y el regulado por el **artículo 40°** vinculado a la realización de un delito culposo de tránsito. En este último supuesto la pena de inhabilitación accesoria consistirá en la "suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo" (*Cfr.* Artículo 36°, Inc. 7). Actualmente esta segunda posibilidad para imponer una pena de inhabilitación accesoria se ha reducido notablemente, ya que para los delitos de homicidio culposo o de lesiones culposas producidos por conducir vehículos bajo efectos del alcohol o drogas; o con inobservancia de reglas técnicas de tránsito, se contemplan penas principales de inhabilitación (*Cfr.* Artículos 111° y 124°).

Cabe destacar que la aplicación judicial de penas de inhabilitación accesoria ha sido mayormente adecuada y pertinente. Así, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema del 22 de enero de 1993, emitida en el expediente N° 1982-92-A procedente de Lima impuso pena de inhabilitación accesoria al padre que, infringiendo los deberes especiales derivados de esa condición familiar, atentó contra la libertad sexual de sus hijas. La justificación judicial de tal decisión fue la siguiente : "de la revisión de la sentencia recurrida se aprecia que el Colegiado no ha impuesto ninguna pena accesoria al encausado, no obstante que el artículo treinta y nueve del acotado señala expresamente que es procedente la imposición de la pena de inhabilitación como accesoria, cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye violación de un deber inherente a la patria potestad; que conforme a lo preceptuado por los artículos cuatrocientos dieciocho y cuatrocientos diecinueve del Código Civil, los padres tienen el deber de cuidar la persona y bienes de sus menores hijos y el ejercicio de la patria potestad les es conferido conjuntamente a ambos, los mismos que se constituyen en los representantes legales de los menores**; que, con la actitud tomada por el acusado Condori Paco, cuya culpabilidad ha quedado fehacientemente acreditada se ha vulnerado el referido deber y derecho de padre, por lo que se debe hacer acreedor a la pena accesoria de inhabilitación contemplada en el numeral anteriormente señalado...".**

También se resolvió correctamente en la Ejecutoria Superior de fecha 19 de noviembre de 1998, pronunciada en el expediente Nº 2571-97 por la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. En esta resolución se argumentó que al haberse verificado una conducta culposa de quien conducía un vehículo a motor obviando su deber objetivo de cuidado, correspondía aplicar una inhabilitación accesoria. Según sus propios fundamentos: "conforme a lo establecido en el artículo cuarenta del Código Penal, **la pena de inhabilitación puede imponerse como accesoria para la comisión de los delitos culposos de tránsito, por lo que no habiéndose aplicado al presente caso y en concordancia con el artículo treintiséis del mismo texto legal, cabe integrar la sentencia venida en grado y aplicar dicha pena accesoria".** En otros casos su aplicación se ha frustrado por la falta de requerimiento del Ministerio Público. Ello ocurrió, por ejemplo, en el proceso penal seguido a un ex Presidente de la República (*Cfr.* Fundamento 767 de la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, del 7 de abril de 2009, y recaída en la causa AV.19-2001). Y en algunas ocasiones se ha planteado su imposición complementaria aun cuando no medie requerimiento del Ministerio Público lo que puede significar una afectación al derecho de defensa del imputado. Esto último se observa con nitidez en la Ejecutoria Suprema del 16 de octubre de 2012, recaída sobre el Recurso de Nulidad 3544-2011, procedente de Ayacucho, donde se impuso al chofer condenado, la pena de "inhabilitación accesoria por el término de tres años". Es más, en esta resolución se fundamentó tal decisión del modo siguiente en numeral 7.2: "Habiéndose acreditado que el agente abusó de su oficio de chofer para perpetrar el delito, aunque no cabe inhabilitación principal, cabe la inhabilitación accesoria en aplicación del artículo 39° del Código Penal, al haberse acreditado que el encausado desempeñó el oficio del conductor del vehículo incautado." Igualmente el fallo judicial fijó como precedente vinculante este criterio: "En consecuencia en tanto el legislador amplíe los supuestos inhabilitadores contenidos en el artículo 297° del Código Penal, abarcando la incapacidad para conducir vehículos, se deberá proceder conforme a lo expuesto en el acápite 7.2 de la presente Ejecutoria Suprema" (*Cfr.* Fundamento Jurídico Séptimo, y II del Fallo).

La duración de la pena de inhabilitación principal la establece el **artículo 38º.** Conforme al texto original de esta disposición su extensión com-

prendía desde un mínimo de seis meses hasta un máximo de cinco años. No obstante, mediante las Leyes 29106 del 18 de julio de 2007, 29988 del 17 de enero de 2013 y 30407 del 8 de enero de 2016, se ha precisado que las incapacidades reguladas en el párrafo segundo del inciso 6, en inciso 9 y en el inciso 13 del artículo 36° del Código Penal son de **carácter definitivo**. También el año 2013, la Ley N° 30077 contra el crimen organizado, modificó el artículo 38° del Código Penal, fijando sus límites entre seis meses y 10 años, los cuales aún se conservan en el párrafo ab initio de dicha norma.

Cabe señalar que, de modo excepcional, algunos delitos de la Parte Especial del Código Penal han considerado límites legales superiores a los previstos por el artículo 38°. Por ejemplo, en el artículo 314° *ab initio*, modificado por la Ley 29263, del 2 de octubre de 2008, la pena de inhabilitación puede alcanzar una duración máxima de seis años. También en leyes penales complementarias se han consignado límites de extensión de la pena de inhabilitación diferentes de los regulados por el Código Penal. Ello ocurre, por ejemplo, en el Decreto Legislativo 813 sobre delitos tributarios donde el máximo de la pena de inhabilitación es de siete años (*Cfr.* Artículo 6°) y, también, con el Decreto Legislativo 1106 referente al delito de lavado de activos, el cual establece penas de inhabilitación hasta por seis años (*Cfr.* Artículo 5°).

Sin embargo el más importante cambio ocurrido en el artículo 38° tuvo lugar mediante el Decreto Legislativo 1243 y ha sido ampliado por el Decreto Legislativo 1367. Esta reforma incorporó dos modificaciones trascendentes. La primera consistió en elevar los umbrales de duración de la pena de inhabilitación, para un elenco significativo de 17 delitos funcionariales vinculados con prácticas de corrupción administrativa y tipificados en los artículos 382°, 383°, 384°, 387°, 388°, 389°, 393°, 393°-A 394°, 395°, 396°, 397°, 397°-A, 398°, 399°, 400° y 401°. Para estos casos el mínimo de la pena sería de cinco años y el máximo de veinte años. También ese mismo estándar de duración de la pena de inhabilitación se aplicará para los delitos de financiación del terrorismo (Artículo 4°-A del Decreto Ley 25475), de lavado de activos (Artículos 1°, 2° y 3° del decreto Legislativo 1106) y tráfico ilícito de drogas (Artículos 296°, 296°- A primero, segundo y cuarto párrafo; 296°-B y 297° del Código Penal).

La segunda modificación se materializó con la incorporación de una **pena de inhabilitación principal perpetua** que también afectaría a los autores y partícipes de los delitos antes mencionados, cuando en la realización de los mismos concurrieran, alternativamente, dos circunstancias agravantes específicas: 1) Cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal o como vinculado a ella o por encargo de la misma; y 2) Cuando el hecho punible recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucradas supere un monto equivalente a quince unidades impositivas tributarias. El Decreto Legislativo 1367 ha extendido estas mismas circunstancias agravantes específicas y sus efectos a los delitos de financiación del terrorismo, lavado de activos y tráfico ilícito de drogas antes mencionados. Sin embargo, tratándose de modalidades de lavado de activos el aludido Decreto Legislativo exige que el monto dinerario involucrado en la operación delictiva supere "quinientas unidades impositivas tributarias" o se trata de activos que "provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas". Es de recordar que sobre la naturaleza y defectos de esta innovadora modalidad de inhabilitación perpetua ya nos hemos pronunciado en un apartado anterior. En todo caso, cabe reiterar que su revisión operará luego de 20 años de cumplimiento y que previa audiencia judicial se puede decretar su extinción o la continuidad de su ejecución conforme al procedimiento establecido en el artículo 59° B del Código de Ejecución Penal (*Cfr.* Víctor Roberto Prado Saldarriaga. El Decreto legislativo N° 1243 y la Pena de Inhabilitación. Ius Puniendi N° 1. 2017, pp. 203-204; Alonso R. Peña Cabrera Freyre. La Inhabilitación Perpetua en los Delitos Funcionales. Actualidad Penal N° 36. Junio 2017, p. 46 y ss.).

Ahora bien, en lo concerniente a la extensión temporal máxima de las penas de inhabilitación accesoria, el artículo 39° planteó desde su redacción original un relevante debate dogmático y jurisprudencial. El origen de esta discusión se localizaba en el párrafo *in fine* del citado dispositivo, el cual consignaba que toda inhabilitación accesoria **"Se extiende por igual tiempo que la pena principal".** Esta ambigüedad del texto legal, generó que un sector interpretara que la duración de la inhabilitación como pena accesoria dependía de la duración de la pena privativa de libertad principal a la que aquella complementa. Sin embargo, para otro sector, esa opción hermenéu-

tica podía generar la incoherencia que una pena de inhabilitación accesoria, por ende de menor rango, llegara a tener una extensión mayor que la autorizada legalmente para las penas de inhabilitación principal. Nuevamente le correspondió al Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema, de julio de 2008, decidir una posición vinculante al respecto. El citado documento jurisprudencial acordó que, en todo caso, los límites de duración de la pena de inhabilitación accesoria serían los mismos que fijaba la ley para la pena de inhabilitación principal; esto es, inicialmente los cinco años de la redacción original del artículo 38° Sobre el particular se resolvió lo siguiente: "En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39° del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38° de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años (9º Fundamento Jurídico).

Es de precisar también que toda pena de inhabilitación principal o accesoria, que se impongan conjuntamente o complementando a una pena privativa de libertad efectiva, **se cumplirán, siempre, de modo simultáneo**. Por tanto, la ejecución de las penas de inhabilitación, en cualquiera de sus dos modalidades, tendrá lugar siempre en paralelo al cumplimiento de la pena privativa de libertad. No es, pues, legalmente admisible, la ejecución posterior de las penas de inhabilitación, lo cual, por lo demás ya ha sido esclarecido en la doctrina y en la jurisprudencia (*Cfr.* Luis Alejandro Yshií Meza. La Pena de inhabilitación en los Delitos contra la Administración Pública. Ob. Cit., p. 410-411).

Otro problema legislativo y práctico frecuente en el tratamiento de la pena de inhabilitación del Código Penal, ha sido la incoherente asignación u omisión de las incapacidades que debía abarcar este castigo penal. Una disfunción similar ha acontecido en torno a los límites conminados para dicha pena en la penalidad de los hechos punibles. Es así, que en muchos delitos de la Parte Especial no se han especificado ni el mínimo ni el máximo legal correspondiente. Y, en otras ocasiones se han incluido incapacidades totalmente ajenas a la modalidad delictiva regulada. Un ejemplo de todo ello se aprecia en el artículo 297° del Código Penal que trata de las circunstancias agravantes del delito de tráfico ilícito de drogas. Esta disposición legal incluyó la pena de inhabilitación sin especificar su duración; además, consideró

incapacidades poco coherentes o incompatibles con las características de los autores de esta clase de hecho punible o del *modus operandi* aplicado en su ejecución, como son las previstas en los incisos 5 y 8 del artículo 36°, que disponen la suspensión de derechos familiares ligados a la patria potestad, así como la pérdida de grados o distinciones militares u honoríficas. De esa manera el legislador nacional desconoce la naturaleza **especial y temporal** que tiene la pena de inhabilitación en el Código Penal vigente. Pero, además, como efectos negativos de estas desarmonías legales, han sido reiterados los casos donde los operadores de justicia han impuesto aquellas impertinentes incapacidades. Así, pues, se han aplicado tales restricciones a personas solteras, sin hijos, analfabetos o con niveles básicos de instrucción o que nunca ejercieron funciones policiales o militares. Lamentablemente, esta incorrecta praxis se ha mantenido en el tiempo, como lo demuestra una sentencia condenatoria del 14 de noviembre 2013, procedente de Ayacucho, que pudo ser corregida por la Ejecutoria Suprema del 14 de abril de 2015, recaída en el Recurso de Nulidad 992-2014, anulando la inconsistente imposición de tales incapacidades a los condenados.

En otras ocasiones han sido los Fiscales del Ministerio Público los que han obviado requerir la aplicación de penas conjuntas de inhabilitación en los delitos sancionados con más de una pena principal. Al respecto, las Salas Penales de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario de 2008, optaron por reconocer que la omisión de la solicitud de una pena de inhabilitación principal en la acusación fiscal, no impide su aplicación judicial en la sentencia condenatoria. Esto es debe primar ante estas omisiones el principio de legalidad de las penas; sin que ello resienta el derecho de defensa: "Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si ésta –en el presente caso la inhabilitación– está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un

tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí prevista" (*Cfr.* 12º Fundamento Jurídico. Literales C y D).

Finalmente, también fue una disfunción importante de la normatividad relativa a la pena de inhabilitación, lo concerniente a su modo de ejecución. En efecto, la escasa claridad legislativa en este dominio y lo asistemático de sus concordancias con otros sistemas normativos como la Constitución y el Código Civil, determinaron que por mucho tiempo los efectos de suspensión o restricción de derechos y facultades derivados de una condena a pena de inhabilitación fueran en la práctica intrascendentes. Esta mala praxis se hizo visible durante los procesos de elección y revocación de autoridades cuando se descubrió que algunos candidatos, de ser elegidos, se encontraban afectados por penas de inhabilitación que les impedían acceder a cargos públicos, pero que no se registraron debidamente. Todos estos problemas fueron abordados también en el Acuerdo Plenario Nº 2-2008/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, el cual aportó las importantes reglas ejecutivas que transcribimos a continuación:

> La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Este último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:
>
> A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368° del Código Penal).
>
> B. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030° y 2032° del Código Civil.
>
> C. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36°. 1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.

D. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36°. 1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.

E. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.

F. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

G. Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como –si correspondiere- a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

H. Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente –nacional, regional o municipal– y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión –claro está- de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente" (15º y 16º Fundamentos Jurídicos).

Ahora bien, los problemas prácticos y defectos legislativos descritos, han sido tomados en cuenta por los proyectos de reforma del Código Penal o se fueron superando con las modificaciones normativas realizadas en los últimos años. Así, por ejemplo, el Proyecto elaborado por el Poder Judicial y presentado al Congreso de la República en octubre de 2012, propuso incrementar el máximo de la pena de inhabilitación a 20 años. Al respecto, la

Exposición de Motivos en su parágrafo 17 precisó lo siguiente: "En cuanto al carácter temporal de la inhabilitación como pena principal se propone que ésta sea ampliada (modificación propuesta al artículo 38º del CP), de 6 meses hasta 20 años, dejando sin efecto la anterior regulación de 5 años como máximo, con la excepción del numeral 7 del artículo 36º del Código Penal, en el que se señala de manera expresa su duración perpetua. Dicha ampliación es acorde con los nuevos ámbitos de criminalidad presentes en nuestra sociedad, con lo cual se busca apoyar a la pena privativa de libertad dado al mayor grado de reproche en atención a las graves conductas que atentan contra la "Seguridad Ciudadana" (Corte Suprema de Justicia de la República Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Ejecución Penal y su Reglamento. Lima. Octubre 2012, p. 7). Por su parte, el Proyecto de Nuevo Código Penal 2014 – 2015, buscó formalizar varios de los aportes jurisprudenciales sugeridos por los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema que trataron de la pena de inhabilitación. Así este Proyecto consideró los siguientes cambios:

Primero: Ampliar a quince las incapacidades que pueden ser impuestas con una pena de inhabilitación. Entre ellas tres carecen de antecedentes en nuestra legislación y son las siguientes: (i) Prohibición de acudir a determinados espectáculos y actividades; (ii) Prohibición de contratar con el Estado o formar parte de una persona jurídica que contrata con el Estado; (iii) Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación.

Segundo: Declarar normativamente que la pena de inhabilitación tiene la condición de pena principal "cuando esté expresamente prevista con la parte especial de este Código o con leyes penales especiales". Y que, en cambio, ella opera como pena accesoria "en los casos que no esté prevista con la parte especial de este Código o con leyes penales especiales". Sin embargo, se detectaba un evidente error al conectar a esta forma de inhabilitación con los presupuestos del artículo 48° que estaba referido a la "extensión de la pena de multa". No cabe duda que esta última propuesta constituía un importante avance normativo, ya que ratificaba el principio rector de que toda

pena regulada en la parte especial como sanción de un determinado delito **es siempre de carácter principal y nunca accesorio.** La utilidad de este aporte impediría que se persista en graves errores de técnica legislativa o en inconsistencias y dogmáticas como la que actualmente se observa en fórmulas legales como la del párrafo segundo del artículo 431°-A del Código Penal que establece una pena conjunta de **inhabilitación accesoria.**

Tercero: Precisar legalmente que la duración de la pena de inhabilitación accesoria "se extiende por igual tiempo que la pena de inhabilitación principal" (*Cfr.* Artículo 45, inciso 2).

Cuarto: Incluir dos modalidades de pena de inhabilitación principal y que se diferencian por su duración. En efecto, la pena de **inhabilitación principal temporal** y que se extiende de uno a veinte años. Y la pena de **inhabilitación definitiva** que tiene duración indeterminada pero no menor de veinte años. El texto propuesto dispone además la revisión anual de esta inédita forma de inhabilitación al cumplirse 20 años de ejecución continua. Sin embargo, el Proyecto no esclarece bajo qué presupuestos la revisión puede generar efectos de reducción de la atemporalidad o de extinción de la pena (*Cfr.* Artículo 45º).No cabe duda, pues, que aquí se encuentra una de las fuentes legales de la actual inhabilitación perpetua.

Cabe señalar, finalmente, que el Proyecto de Código Penal de mayo de 2016 mantiene en su artículo 41°, las mismas incapacidades que actualmente consigna el artículo 36° del Código Penal. En todo caso, sus principales aportes se encuentran en los artículos 42° y 43° que se refieren a las clases de inhabilitación y a la duración de esta modalidad de castigo no privativo de la libertad. A continuación transcribimos el texto de ambas disposiciones:

> **Artículo 42. Clases de inhabilitación**
>
> 42.1. La pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria y, en ambos casos, se ejecutan simultáneamente con la pena privativa de libertad u otras penas impuestas conjuntamente con aquella.
>
> 42.2. La pena de inhabilitación se impone como principal cuando esté expresamente prevista en la parte especial de este código o en leyes penales especiales.
>
> 42.3. La pena de inhabilitación accesoria se impone en los casos no previstos en la parte especial de este código o en leyes penales especiales.
>
> 42.4. El juez fundamenta la determinación de la pena de inhabilitación, como principal o accesoria, atendiendo a la conexión entre el delito cometido y el derecho afectado con la inhabilitación.

Artículo 43. Duración de la inhabilitación principal

La inhabilitación principal es temporal o definitiva.

La inhabilitación principal temporal se extiende de dos a veinte años.

La inhabilitación principal definitiva es revisada anualmente a partir del vigésimo año.

Y a modo de resumen de todo lo expuesto, el cuadro siguiente destaca los diferentes problemas normativos y prácticos que se han identificado y que aún se registran en la regulación o aplicación judicial de la pena de inhabilitación en el Perú.

PRINCIPALES PROBLEMAS DETECTADOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE INHABILITACIÓN
- Confusión en la regulación de la pena de inhabilitación en la parte especial como pena accesoria.
- Falta de límites legales de las penas conminadas de inhabilitación.
- Señalamiento de incapacidades no compatibles con las características del delito o las condiciones personales del delincuente.
- Frecuente omisión de la aplicación de la pena de inhabilitación en delitos sancionados con penas conjuntas o de su extensión como pena concreta.
- Aplicación de penas de inhabilitación con ejecución suspendida o de ejecución posterior al de la pena privativa de la libertad en delitos reprimidos con penas conjuntas.
- Distorsión de los límites de duración de la pena de inhabilitación accesoria.
- Omisión de comunicación de las incapacidades impuestas como pena de inhabilitación a los organismos competentes.

4.4.2. Las otras penas limitativas de derechos

La prestación de servicios a la comunidad y la limitación de día libres son las otras penas limitativas de derechos que incluye el Código Penal vigente. Ambas carecen de antecedentes legislativos en el derecho penal nacional y su origen está ligado al Proceso de Reforma de la Parte General del Código Penal Brasileño 1983-1984 de donde fueron asimiladas por los Proyectos peruanos antecesores del Código de 1991.

A más de 26 años de estar formalmente reguladas, la experiencia registrada sobre su aplicación en el país es en lo fundamental frustrante. Sobre todo en lo que corresponde a su aplicación judicial. No obstante, las estadísticas penitenciarias muestran un incremento cuantitativo de condenados

que cumplen esta clase de castigos penales no privativos de libertad y que el Instituto Nacional Penitenciario - INPE registra como vinculados a la población *"extramuros"* que cumple su condena en Establecimientos de Medio Libre.

Ahora bien, hacia octubre de 2017 el número de personas en cumplimiento de penas limitativas de derechos a nivel nacional era de 10, 259. La mayor cuota de condenados se localizaba en Lima con un total de 6,340, de los cuales 6357 correspondían a penas de prestación de servicios a la comunidad y solamente 3 a penas de limitación de días libres. Se hacía evidente, pues, a partir de estas cifras, que sólo la pena de prestación de servicios a la comunidad tiene la prevalencia en el uso judicial de esta clase de sanciones limitativas de derechos.

Otro dato revelador de la tendencia aplicativa nacional de estos castigos penales es la limitada diferencia numérica que se observa entre el número de condenados por delitos que alcanzaron la cifra de 5,714, frente a los 4,545 que lo fueron por faltas (Instituto Nacional Penitenciario. *Informe Estadístico Penitenciario 2017*. Lima, octubre 2017, pp. 6-7).

Comenzaremos nuestro análisis dogmático de estas modalidades punitivas penas con la revisión de la *pena de prestación de servicios a la comunidad.* Al respecto, cabe recordar que esta pena limitativa de derechos fue diseñada para afectar la discrecionalidad en la disposición del tiempo libre del condenado. Esto es, en vez de que aquel pueda dedicarlo al descanso o al recreo y la distracción, le será ocupado y destinado a la realización de trabajos o servicios gratuitos en beneficio de la comunidad.

Históricamente a esta modalidad punitiva se le han atribuido siempre efectos positivos. Por un lado, se le ha asignado una alta potencialidad resocializadora y de prevención especial. Y, por otro lado, se ha elogiado su escaso efecto de estigmatización social e individual de los condenados. Al respecto, como lo explica Larrauri, "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad presenta varias ventajas: la persona no está privada de su libertad y puede conservar sus vínculos sociales; la Administración procura organizar esta pena de forma que el culpado conserve su trabajo si lo tiene, y si no tiene trabajo, quizás adquiera con los trabajos en beneficio de la comunidad unos hábitos de disciplina horaria y laboral; y simbólicamente la comunidad obtiene de la persona que ha delinquido algún modo de reparación" (Elena

Larrauri. *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 149).

No obstante, también se han formulado cuestionamientos a esta clase de pena no privativa de libertad. Por ejemplo, se le critica la limitada utilidad de los servicios o trabajos que prestan los condenados, por adolecer estos de falta de controles o estándares de calidad, con bajo rendimiento y productividad. Sobre todo, porque ellos son realizados por un personal improvisado, desmotivado e inexperto. De allí que en algunos sistemas jurídicos la ejecución de los servicios asignados conlleve una etapa previa de capacitación del condenado. También se ha denunciado que la asignación de estos servicios de contenido punitivo puede convertirse en una forma de competencia negativa para el acceso a empleos menores en coyunturas de incremento del paro laboral del ciudadano no delincuente (*Cfr.* Valdir Sznick. *A pena de trabalho e suas características. justitia* Nº *130.* 1985, p. 70).

El Código Penal de 1991 regula la pena de prestación de servicios a la comunidad en el artículo 34º. En su redacción original esta disposición precisaba que tal modalidad punitiva consistía en la asignación de trabajos gratuitos que debían prestarse obligatoriamente en entidades asistenciales como los hospitales, las escuelas, los orfanatos u otras instituciones de servicio social. Como aclara Díez Ripollés se encuentra regulada como una "*obligación de hacer*" a diferencia de la pena de inhabilitación que constituía una obligación de no hacer (José Luis Díez Ripollés. *Derecho Penal Español. Parte General* en Esquemas. Ob. Cit., p. 659). La legislación original también establecía que tales servicios podrían realizarse en obras públicas o de utilidad comunal. Además, el artículo antes citado demandaba que la adscripción a los condenados a estos servicios o trabajos comunitarios debería adecuarse, en lo posible, a sus aptitudes y capacidades personales. Con ello se pretendía asegurar un perfil mínimo de idoneidad para un rendimiento eficiente acorde al nivel técnico, la edad, el sexo, o las condiciones físicas del penado. En coherencia con ello, la doctrina aceptó que la naturaleza de las ofertas y prestaciones laborales debería ser variada incluyendo tareas manuales, intelectuales o incluso actividades artísticas.

En relación a su extensión y cumplimiento, la normatividad pertinente reguló que la pena de prestación de servicios a la comunidad sería aplicada en función de jornadas semanales. La legislación estableció un mínimo

de diez jornadas semanales y un máximo de ciento cincuentaiséis jornadas semanales. Cabe señalar que ambos umbrales punitivos se han mantenido inalterables hasta el presente. Cada jornada semanal se cumpliría, en principio, solo los días sábados y domingos con un total de diez horas por semana. No obstante, excepcionalmente, se ha autorizado también que el condenado pueda solicitar que el cumplimiento de la pena tenga lugar en días feriados o durante días laborables.

En cuanto a sus posibilidades conmutativas, las penas de prestación de servicios a la comunidad originalmente sólo podían reemplazar penas privativas de libertad efectivas de hasta tres años. Para estos casos, la equivalencia sustitutiva, inicialmente fijada, era de un día de pena privativa de libertad por una jornada semanal de prestación de servicios, lo cual llevaba a resultados desproporcionados e incompatibles con los fines propios de esta clase de sanción penal. Esta última desarmonía legal fue superada posteriormente por la Ley 27186 que realizó dos reformas importantes en los artículos 32° y 52° del Código Penal. Por un lado, extendió la capacidad sustitutiva de las penas de prestación de servicios a la comunidad para poder reemplazar penas privativas de libertad de hasta cuatro años. Y, por otro lado, modificó la ecuación de reemplazo estableciendo que este se haría a razón de siete días de pena privativa de libertad por una jornada semanal de prestación de servicios.

Ahora bien, a pesar de tener un diseño moderno en el Código Penal y de haberse configurado un adecuado marco legal para su ejecución penitenciaria (*Cfr.* Decreto Legislativo 1191), la utilidad de la pena de prestación de servicios a la comunidad y especialmente de sus facultades sustitutivas se fueron desgastando con el tiempo (*Cfr.* Víctor Prado Saldarriaga. Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia. Palestra Editores. Lima. 1999, p. 347 y ss.). Sobre todo por los limitados impulsos operativos que el Estado brindó para el desarrollo y afinamiento del cumplimiento de este tipo de penas en nuestra realidad. Como bien lo cuestionó Avalos Rodríguez, "el responsable de esta situación es nuestro Estado, que hasta el momento no ha adoptado una decisión comprometida con la efectiva utilización de las sanciones de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres como instrumentos para la lucha seria y eficiente contra la criminalidad" (Constante Carlos Avalos Rodríguez. *Determinación de la pena. Nuevos Criterios.* Gaceta Jurídica. Lima. 2015, p. 98).

Al respecto, resulta revelador de su decepcionante pasado y frustrante evolución, la evaluación crítica que el año 2007 realizaron los propios funcionarios del INPE, al denunciar que "la problemática en torno a la ejecución de las penas limitativas de derechos, consiste en que a pesar que estas tienen más de doce años de vigencia para su aplicación, observamos que no hay un impacto en la ciudadanía. Vemos en ciertos casos que algunos magistrados prefieren imponer penas privativas de libertad a imponer sentencias que señalan la prestación de servicios comunitarios, y evitar de esta manera el hacinamiento en los penales, que por sí ya es un problema social muy grande....Vemos también que algunas entidades receptoras son muy discriminativas en cuanto a las plazas que proveen para con los sentenciados, a pesar que el INPE tiene convenio con estas. Hay algunos sentenciados que son profesionales, médicos, abogados, contadores, etcétera, pero las plazas que se nos proveen normalmente son para mantenimiento, para limpieza de servicios públicos, limpieza de baños, mantenimiento de jardines, actividades a las cuales estas personas se sienten reacias de cumplir; por tal razón, nuestra labor es ardua en sensibilizar a las entidades receptoras, a fin de proveer plazas que permitan captar el potencial de estos profesionales. Por ejemplo, un médico podría trabajar en una posta médica haciendo campañas de salud, un profesor haciendo talleres en los colegios los días sábados o viernes" (Lily Norka Vásquez Dávila. *Ejecución y supervisión de las penas limitativas de derechos*, en Nuevos Criterios para la Determinación de la Pena. Centro de Investigaciones Judiciales. Lima, 2007, pp. 89 - 90).

Con igual sentido crítico, otra evaluación empírica, realizada por Riega Virú, ha dado a conocer otros hallazgos disfuncionales sobre la eficacia real de las normas legales y reglamentarias que rigen el cumplimiento de las penas de prestación de servicios a la comunidad. La aludida investigadora señala que en base al " estudio realizado tenemos que las entidades receptoras en un 77% de los casos analizados incumple con remitir las planillas de control laboral al INPE, en un 47% no designa labores específicas y mucho menos designa un responsable que controle y verifique el trabajo que realizan los sentenciados; pues, sólo en un 16% de los casos estudiados, se ha verificado la designación de personal que controle la labor del sentenciado; incumplimiento de acciones normadas que se encuentran asociadas al cumplimiento de la pena impuesta por el órgano jurisdiccional" (Yasmina Riega Virú. *Ejecución y cumplimiento de la pena de prestación de servicios a la comunidad.*

Boletín Mexicano de Derecho Comparado N.º145 Enero-Abril 2016. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 25.).

A todos estos datos y hallazgos cabe agregar la información que suministran las actuales estadísticas de la propia Autoridad Penitenciaria. Efectivamente ellas, por ejemplo, registran que para octubre de 2017, "del total de sentenciados a penas limitativas de derechos *el 59% no cumple la pena impuesta por diversas razones* y el INPE sólo ha trabajado en el mes de octubre con el 41% de dicha población. Debe puntualizarse que el INPE no es un ente represivo que obliga a los sentenciados a cumplir con la pena impuesta, motivo por el cual se trabaja con quienes voluntariamente se presentan a cumplir el trabajo recomendado; a quienes no se presenten desde el inicio o se presenten y luego abandonan el mecanismo de inserción, se les notifica indicando el apercibimiento, y si aun así no lo hacen, sólo resta comunicar a la autoridad judicial para que adopte alguna medida respecto al incumplimiento de lo dispuesto. Los datos que muestra este informe son evidencia tanto para el INPE como para el sistema judicial y otras entidades públicas y privadas, que las penas limitativas de derechos o las medidas alternativas son fácilmente vulnerables y difícilmente controlables, por lo que es necesario realizar un trabajo conjunto para encontrar el mecanismo que garantice un mejor control de estas personas" (Instituto Nacional Penitenciario. Informe Estadístico Penitenciario 2017. Lima. Octubre 2017, p. 71)

Por tales antecedentes y razones resultaba pertinente una reformulación del marco legal y de los procedimientos de asignación, cumplimiento y supervisión afines a la pena de prestación de servicios a la comunidad. Sin embargo, las modificaciones introducidas en estos dominios por el Decreto Legislativo 1191, del 22 de agosto de 2015, han sido técnicamente muy limitadas y se han proyectado más hacia aspectos administrativos o procesales en vez de los problemas operativos que hemos referido. Entre los cambios promovidos cabe destacar los siguientes:

1. Se amplía el espacio de la prestación de los servicios considerando también como unidades beneficiarias a instituciones privadas sin fines de lucro que brinden servicios asistenciales o sociales (*Cfr.* Artículo 4°).
2. Se dinamiza y extiende el rol de la autoridad judicial en el control y gestión procesal del régimen de cumplimiento de las penas de prestación de servicios a la comunidad (*Cfr.* Artículos 6° y 17°).

3. Se formaliza el diseño, función operativa y procedimientos de diseño, registro y verificación de la ejecución del Plan Individual de Actividades del condenado (*Cfr.* Artículos 12°y 14°).

4. Mejora los procedimientos de constatación del cumplimiento de la prestación de servicios impuesta y de la comunicación oportuna de las inasistencias, resistencias o abandono (*Cfr.* Artículos 15°, 16° y 18°).

Sin embargo, no es posible omitir el señalamiento de que las recientes modificaciones legales producen marcada extrañeza en torno a su oportunidad y función. Sobre todo, porque ellas han sido promovidas y aprobadas en el marco del ejercicio de facultades legislativas delegadas al Poder Ejecutivo, para promulgar decretos legislativos contra la inseguridad ciudadana y la criminalidad organizada. Esto es, como parte de un paquete político criminal caracterizado por la potenciación de las penas privativas de libertad y coherente con un modelo securista del castigo penal. Es más, esta aparente falta de sintonía se aprecia también en el contenido de los propios considerandos del Decreto Legislativo 1191 que transcribimos a continuación:

> Que, mediante Ley N° 30336, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, fortalecer la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, por el término de (90) días calendario;
>
> Que, en este sentido, el literal a) del artículo 2 del acotado dispositivo legal, establece la facultad de legislar para fortalecer la seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, en especial para combatir el sicariato, la extorsión, el tráfico ilícito de drogas e insumos químicos, la usurpación y tráfico de terrenos y la tala ilegal de madera;
>
> Que, las penas limitativas de derechos deben cumplir en la colectividad, una función social, es así que conforme al artículo 34 del Código Penal, aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 635, la pena de prestación de servicios a la comunidad está orientada a que el condenado preste servicios gratuitos en favor de la colectividad, retribuyendo el daño causado, utilizando su trabajo como medio rehabilitador en sí mismo.

Tal vez lo que puede ayudar a entender esta contradicción en la política criminal nacional, radique en la intención del legislador peruano de alinearse al nuevo rol que se le viene asignando a la pena de prestación de servicios a la comunidad en diferentes sistemas punitivos europeos y latinoamericanos, cual es el convertirla en una sanción comunicativa de naturaleza restaurati-

va y que se busca aplicar como una alternativa menos excluyente a ciertas formas de delincuencia juvenil violenta. Esto es, como una vía paralela y prevalente para el control o sanción de los jóvenes delincuentes, a los que se considera también como parte de la población vulnerable y discriminada que produce la sociedad postmoderna. De ser así cabe, entonces, reconocer que reformas legales como las promovidas por el Decreto Legislativo 1191 pueden resultar importantes para evitar o aminorar la sentida exclusión y aislamiento que actualmente producen la aplicación o cumplimiento de penas privativas de libertad indeterminadas o de prolongada duración, a un perfil de delincuente precoz que, con sanciones penales alternas como la prestación de servicios a la comunidad, tendría la oportunidad de reconciliarse con la sociedad y de aislarse de una carrera criminal que resultará inevitablemente consolidada con la subcultura de la prisión. Por lo demás, las estadísticas oficiales que grafican la realidad actual de la criminalidad y de la cárcel en nuestro país nos muestran un notable ascenso de la incursión frecuente en la comisión de delitos graves como el sicariato, el robo a mano armada y la extorsión, de adolescentes entre 14 y 17 años de edad, así como de jóvenes menores de 21 años a los cuales se suele aplicar castigos privativos de la libertad de prolongada duración.

Cabe señalar, además, que en nuestro país este enfoque y tendencia restaurativa en favor de la pena de prestación de servicios a la comunidad se ha hecho sentir también en el marco de otras reformas legales afines que han renovado el **derecho penal juvenil**. En efecto, el artículo 160° del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, promulgado por el Decreto Legislativo 1348 del 7 de enero de 2017, también regula una medida socioeducativa de prestación de servicios a la comunidad de características semejantes a la contemplada en el Código Penal. Según la norma citada:

> La prestación de servicios a la comunidad consiste en la realización de tareas gratuitas, de interés social, en entidades asistenciales, de salud, educación que desarrollen programas educativos o de orientación u otras instituciones similares, ya sean públicas o privadas, autorizadas para tal fin, por la institución a cargo de los Centros Juveniles.
>
> Los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del adolescente, debiendo cumplirse en jornadas sin perjudicar su salud, su asistencia regular a un centro educativo o de trabajo. Cada jornada está compuesta de seis (06) horas semanales, entre los días sábados, domingos o feriados.

> La prestación de servicios a la comunidad tiene una duración no menor de ocho (08) ni mayor de treinta y seis (36) jornadas. El servicio de Orientación del Adolescente o quien haga sus veces realiza el seguimiento de la ejecución de esta medida socioeducativa.

Ahora bien, al parecer el futuro de la pena de prestación de servicios a la comunidad se encuentra asegurado en nuestra legislación, aún en un contexto de predominio de los castigos privativos de libertad de larga duración. Sobre todo porque el Decreto Legislativo 1191 la ha ratificado al limitarse únicamente a modificar el texto legal del artículo 34° del Código Penal que ahora tiene la siguiente redacción:

> **Artículo 34.- Prestación de servicios a la comunidad**
>
> 34.1. La pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos
>
> 34.2. La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales.
>
> 34.3. Los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados, domingos o feriados, de modo que no perjudiquen la jornada normal de su trabajo habitual.
>
> 34.4. El condenado puede ser autorizado para prestar estos servicios en los días hábiles semanales, computándose la jornada correspondiente.
>
> 34.5 Esta pena se extiende de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales, salvo disposición distinta de la ley.
>
> 34.6 La ley y las disposiciones reglamentarias correspondientes establecen los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios.

Pero, además, porque el legislador a través del Decreto Legislativo 1300 ha ampliado su capacidad operativa al considerar que esta clase de pena limitativa de derechos puede reemplazar penas privativas de libertad en ejecución siempre que las mismas no excedan de seis años. Para tal efecto la aludida norma legal incorporó en el Código Penal el artículo 52°-A, a fin de que permita desarrollar esa nueva función regulada por sus artículos 1° y 2°.

En lo que concierne a la actual redacción del artículo 34° del Código Penal es de apreciar que él autoriza ahora que el cumplimiento de las jornadas de prestación de servicios a la comunidad pueda tener lugar también los días hábiles de la semana.

Además, se observan otras dos modificaciones importantes. La primera se refiere a que la pena podrá cumplirse también con la prestación de servicios en entidades privadas dedicadas a fines asistenciales o sociales, como organizaciones no gubernamentales de apoyo a sectores vulnerables u otras asociaciones sin fines de lucro comprometidas con objetivos similares. Y, la segunda, consiste en declarar expresamente que la extensión cuantitativa de la pena de prestación de servicios a la comunidad puede ser mayor que la establecida en el artículo 34° si así lo dispone la ley. Por ejemplo, cuando se aplica el régimen de conversión que regula el artículo 52° del Código Penal.

Sin embargo, lo que aún falta para armonizar mejor estas modificaciones con los objetivos de carácter restaurativo que se asignan en el presente a las penas de prestación de servicios a la comunidad, son modificaciones específicas que amplíen su capacidad sustitutiva de penas privativas de libertad para el caso de delitos cometidos por jóvenes delincuentes. Por ejemplo, podría reformularse el contenido del artículo 52° del Código Penal para posibilitar la conversión de penas privativas de libertad más allá de los cuatro años de condena cuando el condenado sea una persona entre 18 y 21 años de edad, sin antecedentes penales, y el juez pueda emitir en torno a él un pronóstico favorable de conducta futura. Sin embargo, es pertinente reconocer que en un contexto gobernado por una función expresiva del castigo y orientada a la mitigación de los sentimientos sociales de indignación que genera la delincuencia, se torna difícil trasmitir mensajes de confianza ciudadana en la utilidad de las penas no privativas de libertad. En todo caso, mucho dependerá de la aceptación activa del delito y de lo merecido o restaurador del castigo que practique el delincuente. De allí que resulta pertinente recordar lo sostenido hace algún tiempo por ROXIN, al medir la utilidad futura de esta clase de penas: "Cuando volcamos nuestra mirada otra vez hacia los nuevos métodos de sanción, tales como la compensación autor-víctima, la reparación civil prestada bajo esfuerzos personales y también **el trabajo comunitario**, vemos que todos ellos exigen un compromiso activo del condenado en vez de una simple actitud de soportar las medidas coercitivas estatales...Y es que la generalidad ve en estas conductas que el delincuente busca retornar a la legalidad a través de acciones autorresponsables. Esto sirve para la paz jurídica, crea confianza y facilita la reinserción social del delincuente (*Cfr.* Claus Roxin. *Cambios en la teoría de los fines de la Pena.* En La Teoría del delito en la discusión actual. Grijley. Lima.2007.p. 86-87). Que, por tanto, el princi-

pal reto para la supervivencia, ampliación o retracción de la pena de prestación de servicios a la comunidad, en nuestro sistema jurídico, dependerá en mucho de lo que ella pueda trasmitir a la colectividad nacional mediante una adecuada organización y ejecución. Esto es, demostrando buenas prácticas y resultados eficientes que incentiven y favorezcan su aceptación social aún en un ambiente hostil de exacerbada inseguridad ciudadana.

Es de resaltar también, que ratificando igual orientación político criminal, en favor de una utilidad restaurativa, de la pena de prestación de servicios a la comunidad, el Proyecto de Código Penal de mayo de 2016, la incluye en su artículo 39° con una estructura y alcances similares a los establecidos por la normatividad vigente. Pero. Además, este Proyecto amplía en el artículo 69°,literal b, la capacidad sustitutiva de las penas de prestación de servicios a la comunidad a fin de que ellas puedan reemplazar por conversión a penas privativas de libertad de hasta cinco años.

Cabe destacar, finalmente, que entre los Códigos Penales latinoamericanos promulgados en la segunda década del tercer milenio, penas no privativas de la libertad de características similares a las de la prestación de servicios comunitarios son de regulación frecuente. Por ejemplo, el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador de 2014 la incluye en su artículo 63° bajo la concisa denominación de "servicio comunitario".

La otra pena limitativa de derechos que nos toca analizar a continuación es la **pena de limitación de días libres**. Su evolución ha sido bastante discreta y su futuro resulta en principio incierto dada la escasa utilidad que esta modalidad de castigo ha demostrado desde 1991 a la fecha. En efecto, en las recientes estadísticas oficiales del INPE, que corresponden a octubre de 2017, de un total de 10,529 condenados a penas limitativas de derechos, solo se han contabilizado a nivel nacional **5 personas que cumplen penas de limitación de días libres**"(Instituto Nacional Penitenciario. Informe Estadístico Penitenciario 2017. Lima. Octubre 2017, p. 7). Por tanto, cabe reconocer que tanto la presencia en el Código Penal de esta tercera modalidad de pena limitativa de derechos, así como su implementación operativa ha sido totalmente simbólica. En efecto, pese al tiempo transcurrido desde su incursión en nuestra legislación penal, su utilidad concreta y sus presupuestos de aplicación no lograron difundirse ni asimilarse plenamente entre la comunidad jurídica nacional.

Es así que este ingenioso castigo penal, de origen brasileño y muy distinto del difundido arresto de fin de semana, frecuentemente ignorado por el propio legislador al momento de decidir la penalidad conminada de los delitos, así como por la judicatura penal que contadas veces intentó explotar su capacidad sustitutiva de penas privativas de libertad de hasta cuatro años. Es más, esta desalentadora constatación se hizo visible también en los datos que aportaban las estadísticas oficiales del INPE y que siempre le consignaron cifras exiguas de frecuencia. Como ya lo hemos señalado antes, para octubre de 2017, menos de 10 personas cumplían en el país esta clase de pena limitativa de derechos. Pero, tampoco este tipo de sanción penal fue identificada o entendida socialmente como tal. Para nuestra población, pues, sólo la prestación de servicios a la comunidad era reconocida y mereció calificativos positivos en tanto permitía a los delincuentes redimirse y reconciliarse con la ciudadanía ofendida por el delito.

Por todo lo expuesto, consideramos, pues, pertinente, insistir en dar cuenta de algunos rasgos característicos de esta frustrada forma de castigo penal y que goza de una ideográfica denominación "pena de limitación de días libres. Efectivamente, ella es una modalidad punitiva que limita el tiempo libre del condenado para comprometerlo con dinámicas personales o interacciones colectivas que le ayuden a superar de modo proactivo su vinculación con hechos delictivos.

Comencemos señalando que en el derecho penal extranjero, ha sido frecuente la regulación de diversas modalidades de penas privativas de libertad de ejecución fraccionada. El prototipo histórico de esta clase de sanciones lo fue el **arresto de fin de semana.** Dicha pena consistía en el internamiento y la permanencia discontinua del condenado en un centro carcelario por períodos breves que se cumplían los días sábados, domingos o feriados.

La doctrina registra diferentes funciones que secuencialmente se fueron asignando, desde finales de los años setenta del siglo pasado, al arresto de fin semana. Sobre todo se destacó que esta modalidad punitiva era muy apropiada para los delincuentes primarios u ocasionales, así como para los autores de delitos leves o culposos. Especialmente, porque como lo puso de relieve Gimbernat Ordeig, esta clase de castigo penal "no obliga al delincuente ni a abandonar su familia ni a dejar su trabajo" (Enrique Gimbernat Ordeig. El *Sistema de penas en el futuro Código Penal.* Doctrina Penal 1979, p. 582).

Asimismo, en su evolución la pena de arresto de fin de semana también fue considerada como una alternativa viable para ejecutar condenas a penas privativas de libertad de breve duración o aquellas que fueran aplicadas con carácter sustitutivo por el incumplimiento del pago correspondiente del importe de una pena de multa (*Cfr.* José A. Sainz Cantero. La Sustitución de la Pena de Privación de Libertad. Estudios Penales y Criminológicos N° II. 1978, p. 235- 236). De todas estas variantes operativas del arresto de fin de semana hemos encontrado logrados antecedentes en el Proyecto de Código Penal español de 1983 (*Cfr.* Artículos. 34 y 36), en el Código Penal portugués de 1982 (*Cfr.* Artículo 44°) y en el Código Penal colombiano de 2000 (*Cfr.* Artículo 40°). En lo que concierne a la experiencia legislativa nacional sólo el inédito Proyecto Alternativo del profesor Hurtado Pozo de finales de los años 90, consideró la aplicación de una pena de arresto de fin de semana como forma alterna de ejecución de la pena privativa de libertad sustitutiva de una pena de multa insoluta (*Cfr.* Artículo 39°).

Sin embargo, el Código Penal de 1991 rechazó la inclusión de cualquier modalidad de pena de arresto de fin de semana. Acogiendo, en cambio, una desconocida **pena de limitación de días libres** que provenía de la reforma del Código Penal brasileño de 1984 (*Cfr.* Artículos. 44° y 48°) y cuya principal característica era que no se ejecutaba en un centro carcelario. Efectivamente, la pena de limitación de días libres se alejaba de todo régimen de ejecución institucionalizado y cerrado, propios de las penas de prisión. Por el contrario, su régimen de cumplimiento fue diseñado, desde sus orígenes, como compatible con un régimen abierto de estructura flexible y basado en la autorregulación. Razón por la cual no fueron acertados los comentarios que formuló al respecto Velásquez Velázquez, quien describió esta clase de pena como una privación de libertad "fraccionada, interrumpida o discontinua con el consiguiente ingreso de la persona a un centro carcelario." (Fernando Velásquez V. *Derecho Penal. Parte General.* Cuarta Edición. Comlibros. Medellín. 2009, p. 1054).

Además, está innovadora pena de limitación de días libres atrajo para el minimalista Código Penal nacional, su relevante capacidad sustitutiva de penas privativas de libertad. Lo cual ya había sido destacado, por aquel entonces, la doctrina penal brasileña más caracterizada. Es así, por ejemplo, que Ariel Dotti se refirió a ella señalando, que "a pesar de las manifestaciones de escepticismo que envuelven esta forma alternativa de reacción

penal (así como también ocurre con la resistencia a la prisión albergue), es indiscutible su importancia. Se parte de la idea elemental de que es preferible al sufrimiento de una pena corta de prisión - donde no es recomendable la sustitución por la pena de multa- el régimen de esa naturaleza, en lugar de la detención continuada. La retribución no desaparece y los objetivos de la prevención son mucho más eficientes" (René Ariel Dotti. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Ed. Saraiva. Sao Paulo, 1983, p. 386).

Ahora bien, al igual que la pena de prestación de servicios a la comunidad, la pena de limitación de días libres también fue concebida para afectar la disposición del tiempo libre del condenado. En lo esencial esta clase de sanción consiste en imponer al condenado la obligación de asistir y permanecer, los fines de semana (sábados, domingos y eventualmente feriados), por un número razonable de horas, en un establecimiento no carcelario y apropiado para que en él reciba instrucciones, programas educativos, de orientación psicopedagógica, u otras actividades de índole cultural o formativa.

Y, a diferencia de la pena de prestación de servicios a la comunidad, donde las ocupaciones impuestas comprometen la aplicación de las competencias técnicas, intelectuales o físicas del condenado, en tareas de utilidad social; en el caso de la pena de limitación de días libres, lo que se procura es involucrar al penado con rutinas y programas de internalización o práctica de valores sociales, así como de incentivo o refuerzo de motivaciones conductuales positivas. Esto es, vincularlo con roles idóneos para neutralizar sus actitudes violentas o, de ser el caso, reactivar su proceso de formación si este fue frustrado por la deserción escolar o el abandono familiar. En definitiva, este castigo penal procura promover en los condenados patrones de autocontrol que coadyuven a neutralizar toda actitud o predisposición psicológica hacia la reincidencia.

Resulta, por tanto, sumamente reprochable, que el Estado, la Judicatura, el INPE y otras instituciones competentes, hayan carecido de iniciativas y compromisos reales para con la aplicación y ejecución de esta importante modalidad punitiva. Sobre todo, que no se hayan creado las condiciones legales, de infraestructura y de recursos humanos o logísticos, para aplicar estas penas también en el ámbito de la delincuencia juvenil violenta como la que se realiza en el espacio subcultural de las pandillas, o desde las prácticas de

acoso o *bullying*; así como de las agresiones y robos que acontecen en torno a las denominadas "barras bravas".

Como lo ha puesto de relieve Gino Costa: "Para muchos jóvenes, las pandillas constituyen el primer peldaño de una carrera criminal. Su existencia en el Perú, aunque no debidamente identificada, es bastante extendida. Una proporción muy alta de presos vivieron en barrios con pandillas. Los jóvenes pandilleros suelen haber abandonado la escuela y provienen de hogares violentos. Ofrecerles oportunidades para terminar sus estudios y retomar una vida productiva es posible...". (Gino Costa. *Invertir en jóvenes en riesgo*. Diario El Comercio. Edición del 18 de enero de 2016, p. A 11). No cabe duda, pues, que Impulsar la ejecución adecuada y técnica de penas de limitación de días libres puede ser parte de esa oportunidad.

En todo caso, aquello sería una útil válvula de escape, para la cargada realidad de nuestros Centros Juveniles que cíclicamente se ven afectados por luctuosos, motines y prácticas intramuros de violencia, los cuales son previsible consecuencia de factores negativos de sobrepoblación o infraestructura y logística insuficientes, así como de la falta de regímenes diferenciados entre los jóvenes delincuentes y los adolescentes infractores como ocurrió recientemente en el Centro Juvenil de La Libertad. Al respecto, cabe agregar que actualmente la población de infractores cumpliendo medidas socioeducativas privativas de la libertad es de 2,157 jóvenes, de los cuales 886, lo que equivale al 41.1 % del total tiene 18 o más años de edad. Además, de los 9 Centros Juveniles de régimen cerrado que hay en el país, 8 tienen una población superior a su capacidad de albergue. Así, por ejemplo, el Centro Juvenil de Lima ("Maranguita") cuenta con 948 internos cuando su capacidad máxima de albergue es de 560 (*Cfr.* Ana Briceño. El Sicariato Juvenil en el Primer Puerto. El Comercio. Edición del 25 de febrero de 2018, p. 11; Redacción País. Tragedias en Centros de Rehabilitación Juvenil. Diario El Comercio. Edición del 16 de febrero de 2018, p. 10; Ana Briceño. "Gringasho" Regresa a la Calle. El Comercio. Edición del 1 de noviembre de 2017, p. 10).

Es pertinente mencionar también, que un reciente estudio sobre la población de internos en los Centros Juveniles del país, ha destacado como hallazgos la presencia notable de infractores reincidentes o que cumplen condenas largas de internamiento que potencian su desocialización. En ese sentido se ha dado a conocer que, por ejemplo, "el 13. 6% de los jóvenes señala

que tiene más de un internamiento y el 18% afirma que cuenta con alguna sanción previa. En La Libertad (15. 2 %) y en Lima (20.9 %), los adolescentes manifiestan haber tenido sanciones previas". Asimismo, en una de sus conclusiones se advierte que la "duración de las sanciones en un CJDR bajo internamiento puede alcanzar los diez años, lo cual genera efectos negativos sobre el desarrollo del infractor: fragmentación de los vínculos familiares, desarraigo de la comunidad, etc. La privación de la libertad es una medida a la que el sistema de justicia juvenil debe recurrir como último recurso luego de haber priorizado las medidas alternativas" (Observatorio Nacional de Política Criminal-INDAGA. Justicia Juvenil Diferenciada. Hacia una atención con mayores oportunidades para adolescentes en conflicto con la ley penal. Consejo Nacional de Política Criminal. Lima, 2017, pp. 54 y 121).

Desafortunadamente las reformas introducidas por el Decreto Legislativo 1191 no han ofrecido alternativas útiles para los problemas y disfunciones de la pena de limitación de días libres que hemos reseñado. El dispositivo legal citado se limitó, exclusivamente, a reformular aspectos formales, pero sin llegar a proponer mejores opciones de financiamiento que sirvan para asegurar, siquiera, la implementación mínima de programas piloto sobre las materias y prácticas proactivas que conciernen a esta clase de penas. Es más, la Sexta Disposición Complementaria Final fue sumamente clara al respecto: "Los gastos que demande la aplicación de la presente norma se ejecutan con cargo a los presupuestos institucionales de los pliegos involucrados, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público".

Actualmente, el texto legal del **artículo 35°** del Código Penal, luego de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1191, ha quedado redactado del modo siguiente:

> **Artículo 35°.- Limitación de días libres**
>
> 35.1. La limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales.
>
> 35.2. La pena de limitación días libres también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales.
>
> 35.3. Esta pena se extiende de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de limitación semanales, salvo disposición distinta de la ley.

> 35.4. Durante este tiempo, el condenado recibe orientaciones y realiza actividades adecuadas e idóneas para su rehabilitación y formación.
>
> 35.5 La ley y las disposiciones reglamentarias correspondientes establecen los procedimientos de supervisión y cumplimiento de la pena de limitación de días libres.

En torno a él cabe reconocer que con relación a su contenido original, se han producido tres modificaciones importantes. En primer lugar, se ha producido una reducción del número de horas semanales de cumplimiento de la pena que antes eran dieciséis y ahora son diez. Y, en segundo lugar, que si bien los límites legales de extensión legal de la pena se mantienen entre un mínimo de diez y un máximo de ciento cincuenta y seis jornadas semanales, la norma reformada autoriza, excepcionalmente, límites diferentes, siempre que ellos se encuentren expresamente regulados por la ley. Al respecto, es de mencionar que las dos modificaciones citadas ya habían sido contempladas Por el Anteproyecto 2008/2010 (*Cfr.* Artículo 34°).

La tercera modificación producida guarda relación con el lugar de cumplimiento de la pena de limitación de días libres. En efecto, la nueva regulación permite que la ejecución de este castigo penal pueda ocurrir en cualquier institución pública no carcelaria y que resulte idónea para sus fines y metodología operativa. Por consiguiente, ahora también pueden utilizarse como centros de ejecución adecuados, los locales de los colegios, institutos o universidades nacionales, cuya infraestructura, generalmente, no suele ocuparse a plenitud en los fines de semana. Además, en este mismo dominio, las modificaciones introducidas consideran que la pena pueda cumplirse en instituciones privadas que resulten compatibles o afines a su naturaleza y función. Con relación a esto último, nos parece equivoco que en el numeral 35.2 se aluda a "fines asistenciales o sociales", los que están más próximos a las penas de prestación de servicios comunitarios. Por consiguiente, hubiera sido preferible que la reforma incorporada hubiera optado por aludir, con mayor precisión, a **fines educativos o culturales**.

Por lo demás, al igual que en el caso de la pena de prestación de servicios a la comunidad, el Decreto Legislativo 1191 no ha potenciado las posibilidades de conversión y reemplazo de penas privativas de libertad, que corresponden a la pena de imitación de días libres. Siendo asi ellas permanecen estabilizadas en un tope máximo de cuatro años (Artículos. 32° y 52°). También aquí cabe recomendar que tal posibilidad sustitutiva pueda

ampliarse a límites mayores, para que con ello sus efectos positivos puedan alcanzar a un mayor número de los perfiles delictivos que hemos enunciado anteriormente (sobre todo a los jóvenes delincuentes). Como apoyo a esta sugerencia, es de recordar que reformas posteriores como la introducida con el Decreto Legislativo 1300 han considerado la posibilidad de convertir en penas de limitación de días libres a penas privativas de libertad en ejecución de hasta seis años (*Cfr.* Artículos 1° y 3°). Asimismo, con igual sentido, es de mencionar que el Proyecto de Código Penal de mayo de 2016 permite que la pena de limitación de días libres pueda reemplazar a penas privativas de libertad de hasta cinco años (*Cfr.* Artículo 69°.b).

Ahora bien, para concluir este análisis sobre las otras penas limitativas de derechos, consideramos pertinente hacer una breve referencia a los cambios que el Decreto Legislativo 1191 ha realizado sobre el régimen de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres. Sobre todo, porque en gran medida han sido las reglas y procedimientos de ejecución, un factor etiológico relevante para entender el sensible fracaso de tales castigos penales en el Perú. Por tanto, correspondía, pues, al Decreto Legislativo antes citado, sentar las bases y programas de reingeniería que sirvieran para revertir o superar las deficiencias detectadas. Al respecto, podemos comenzar señalando que inicialmente correspondió a la Ley 27030, la función de normar la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres. Las principales responsabilidades operativas sobre esta materia recayeron en el Instituto Nacional Penitenciario, al cual el artículo 3° de la norma citada le asignó las siguientes atribuciones y competencias:

- Coordinar con las entidades receptoras para la prestación de los servicios o para el apoyo en tareas educativas en el caso de limitación de días libres.
- Evaluar al sentenciado.
- Designar la entidad en la que se va a cumplir la pena limitativa impuesta.
- Supervisar el cumplimiento de las penas.
- Informar al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público sobre la ejecución de la pena.

Tales funciones fueron luego desarrolladas a través del "Reglamento de Ejecución de las Penas de Prestación de Servicios a la Comunidad y de Limitación de Días Libres" (Decreto Supremo Nº 005-2000-JUS). En este documento, entre otros tópicos particulares, se formularon las siguientes precisiones:

a. La supervisión y el control de la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, sería competencia de la Dirección de Penas Limitativas de Derechos y de las Direcciones Regionales del Instituto Nacional Penitenciario (*Cfr.* Artículo 3°).

b. Correspondía a los órganos de ejecución promover y registrar la inscripción de las entidades receptoras que servirían de sede al cumplimiento de las penas impuestas por la autoridad judicial. Asimismo, estos órganos deberían elaborar un "plan de prestación de servicios y de apoyo educativo o psicológico a que estarán sujetas las entidades receptoras" (*Cfr.* Artículo 4°).

c. Era competencia de las entidades receptoras la gestión de la ejecución de las penas impuestas, así como el asesoramiento, seguimiento y asistencia de los condenados (*Cfr.* Artículo 6°).

d. En caso de imposibilidad de ejecución de la pena impuesta, por circunstancias justificadas, vinculadas al penado, a su entorno familiar, social o a otros factores objetivos, el órgano de ejecución debía de informar de ello a la autoridad judicial que impuso la pena para que ella decida lo pertinente (*Cfr.* Artículos 11° y 14°).

e. La asignación de los servicios comunitarios o de las tareas educativas se cumpliría en cuatro fases (*Cfr.* Artículos 15° a 19°).Tales etapas eran las siguientes:

   - Remisión judicial de la sentencia condenatoria a la Dirección de Penas Limitativas de Derechos de las diferentes Regiones del INPE.

   - Entrevista y evaluación del condenado por el órgano de ejecución y su equipo asesor, para definir el tipo de servicio, unidad receptora y cronograma de cumplimiento de la pena impuesta. En esta etapa especialmente se deberían apreciar "las aptitudes, ocupación u oficio,

edad y estado de salud del condenado, así como su lugar de domicilio, de modo que no perjudique su jornada normal de trabajo o estudio".

- Suscripción de un Acta de Compromiso por el condenado ante el Instituto Nacional Penitenciario. A través de este documento el condenado asumiría la obligación de cumplir la pena impuesta en los términos acordados con la autoridad penitenciaria y acatar las reglas de ejecución y control establecidas. •

- Presentación ante la unidad receptora del condenado, mediante un oficio que correspondía remitir a la Dirección de Penas Limitativas de Derechos. En dicho documento quedaban especificadas las características de la pena impuesta y el régimen de cumplimiento acordado con el condenado.

f. La Dirección de Penas Limitativas de Derechos debía informar, mensualmente, a la autoridad judicial sobre el desarrollo de la ejecución de la pena impuesta. Para ello el órgano penitenciario remitiría a las entidades receptoras planillas de control del cumplimiento de las sanciones donde se debería registrar la asistencia del condenado y las demás circunstancias relevantes. Asimismo, se debía designar a un supervisor para visitar de modo periódico los locales donde se estaban cumpliendo las penas impuestas. La Dirección de Penas Limitativas, por lo demás, también tenía que contactar, con la periodicidad necesaria, a las entidades receptoras para así poder aplicar las medidas correctivas que fueren necesarias (*Cfr.* Arts. 20° a 23°).

g. Cuando se produjeran actos de incumplimiento injustificado de las penas impuestas (inasistencias, rendimiento inferior al estándar fijado, indisciplina, etc.), la entidad receptora debía reportarlo a la Dirección de Penas Limitativas de Derechos. Este órgano, previa verificación de lo informado, tenía que notificar al condenado para que dé las explicaciones pertinentes y bajo apercibimiento de dar cuenta de lo ocurrido al órgano jurisdiccional para los fines de ley. Según la naturaleza de la inasistencia o deserción se podría convertir la pena limitativa de derechos en privativa de libertad conforme a lo dispuesto por el artículo 55° del Código Penal (*Cfr.* Artículos 25° a 28°).

Tales disposiciones reglamentarias fueron, luego, complementadas por el Decreto Supremo 022-2003-JUS del 7 de noviembre de 2003. En lo esencial, las normas de este dispositivo legal habilitaron competencias para que los Municipios y la Policía Nacional, pudieran también coordinar la ejecución y el control del cumplimiento de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de día libres, en aquellas localidades del país donde no existieran dependencias del Instituto Nacional Penitenciario.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, todas estas previsiones legales y reglamentarias fueron incumplidas. Y en su lugar se fue gestando una práctica deficiente de asignación de servicios y tareas educativas, así como en el régimen de supervisión y de aplicación de las sanciones correspondientes al incumplimiento de las penas o al quebrantamiento de las condenas.

Ahora bien, al revisar los capítulos y articulado del Decreto Legislativo 1191 se advierte que las reglas, procedimientos y competencias establecidas por él, son muy semejantes a los que se regulaban en la Ley 27030 y en sus normas conexas. Solamente se identifican algunos cambios en la nomenclatura de los órganos competentes, así como en los plazos establecidos para la realización de determinados controles o actos administrativos. Por ejemplo, ahora las ex Unidades Receptoras pasaron a denominarse **Unidades Beneficiarias.** En torno a ellas el artículo 4° las describe del modo siguiente:

> **Artículo 4.- Unidades beneficiarias**
>
> Son unidades beneficiarias, toda institución pública, registrada ante la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, que brinde servicios asistenciales, como los de salud, educación u otros servicios similares, que dependan del Gobierno Nacional, Regional, Local o de Organismos Autónomos. También pueden ser consideradas unidades beneficiarias, aquellas instituciones privadas sin fines de lucro que brinden servicios asistenciales o sociales.

Asimismo, el otrora "plan de prestación de servicios y de apoyo educativo o psicológico" ha sido designado como **plan individual de actividades de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres**, correspondiendo la competencia de su diseño a la Dirección de Medio Libre o los órganos desconcentrados o autorizados complementariamente para ello (*Cfr.* Artículo 12° *ab initio*).

En relación con los plazos especiales regulados en el Decreto Legislativo 1191 es de mencionar el de **dos meses,** fijado para que la Dirección de Me-

dio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, informen periódicamente al órgano jurisdiccional sobre el estado y los avances obtenidos en la ejecución del plan individual de actividades, que corresponde a la clase de pena limitativa de derechos impuesta al condenado (*Cfr.* Artículo 14°. c). Anteriormente, el plazo para dicho reporte judicial era de un mes lo que hacía poco funcional la secuencia y utilidad del mismo. El nuevo plazo permite emitir un informe mejor elaborado y circunstanciado que ayude, realmente, al monitoreo jurisdiccional del proceso ejecutivo de la pena impuesta al condenado y del desempeño de este último.

También se han producido otras reformas visibles de trascendencia operativa y procesal. Por ejemplo, están aquellas dirigidas a promover el ejercicio diligente y eficaz de las competencias que se asignan a la autoridad judicial responsable de la ejecución de la sentencia. En torno a ello, el Decreto Legislativo 1191, dispone, **"bajo responsabilidad funcional"**, que el juez debe asumir un rol más activo, en tanto está obligado legalmente a **"impulsar el cumplimiento de la sentencia"** condenatoria que impuso una pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. Es más, en coherencia con estas exigencias normativas, el artículo 6° regula un largo y detallado listado de obligaciones y atribuciones que deberá ejercitar el órgano jurisdiccional y entre las que destacan las siguientes:

a) Resolver los incidentes que se susciten durante la ejecución de las penas limitativas de derechos impuestas.

b) Realizar las comunicaciones dispuestas por ley y practicar las diligencias necesarias para su debido cumplimiento

c) Controlar que la ejecución de la pena limitativa de derechos se encuentre dentro de los parámetros fijados en la sentencia condenatoria.

d) Revisar de oficio o a solicitud de parte el cumplimiento de la sentencia, mínimo cada dos meses, bajo responsabilidad.

e) Convertir o revocar, según corresponda y de conformidad con lo establecido en los artículos 53° y 55° del Código Penal, las penas limitativas de derecho por una pena privativa de libertad cuando medie abandono o incumplimiento injustificado de la pena impuesta; pudiendo hacer uso en estos casos de los apremios que la ley autoriza.

f) Sin perjuicio de verificar directamente el cumplimiento de la sentencia condenatoria, puede requerir a la unidad beneficiaria la información periódica que sea necesaria sobre los resultados y monitoreo del cumplimiento de la sentencia.

g) Emplazar al sentenciado a fin de que concurra dentro del plazo de ley a la unidad beneficiaria, para el cumplimiento oportuno de la pena impuesta.

h) Requerir a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, que informen periódicamente sobre el cumplimiento o incumplimiento (resistencia o abandono) de la pena impuesta.

i) Sancionar con multa no menor de cinco ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, a la unidad beneficiaria que se oponga o se resista a efectivizar la sanción impuesta o falte a su deber de informar al Juez cuando lo requiera, sin perjuicio de la acción penal que corresponda.

j) Sancionar con no menos de cinco ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de la acción penal que corresponda, al abogado o sentenciado que efectúe solicitudes o pedidos destinados a impedir o dilatar la concreción de la medida. Estas solicitudes son inadmisibles.

Y para concluir esta puntual descripción de las modificaciones aportadas por el Decreto Legislativo 1191 es pertinente hacer una referencia adicional a la reformulación de las reglas y atribuciones de **registro de sentenciados**, que el artículo 18° del Decreto Legislativo 1191 concede a los órganos administrativos involucrados con la supervisión del cumplimiento de las penas impuestas. Según la disposición citada aquellas deben observar los siguientes protocolos: y procedimientos:

1. La Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, llevarán un registro de los sentenciados a prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, donde se consignará la información de avance, resistencia y abandono que tiene a su cargo.

2. La Unidad Beneficiaria, registrará en el cuaderno de control de asistencia de sentenciados a prestación de servicios a la comunidad y de

limitación de días libres, la asistencia y permanencia del condenado en la unidad beneficiaria.

3. La Unidad Beneficiaria remitirá, cada treinta (30) días a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, copias del cuaderno de control de asistencia o la documentación equivalente. Asimismo, cuando corresponda, remitirá la constancia de haberse cumplido la pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

Lamentablemente, la realidad ha desbordado las reglas, procedimientos y competencias reguladas por el Decreto Legislativo 1191. Ellas han quedado bastante alejadas de los objetivos estratégicos de renovación e impulso operativo, que requería la ejecución de las penas limitativas de derechos en nuestro país; aún en una coyuntura especialmente adversa, como la generada por el predominio de una función expresiva de la pena, conectada con la mitigación de los sentimientos de indignación colectiva contra el delito y de aval social a la recuperación expansiva de la cárcel. El reto, entonces, sigue siendo revertir todos los indicadores y disfunciones que hemos dado a conocer en este apartado. Sobre todo la impotencia y desidia que se observa frente al masivo abandono o resistencia de los condenados al cumplimiento de las penas limitativas de derechos. Por tanto, en torno a ello es urgente un mayor y mejor grado de interacción y compromiso proactivo de las autoridades penitenciarias y judiciales para con el ejercicio eficiente de sus funciones, así como de sus reestructuradas competencias. Ese factor humano será decisivo, antes que las normas vigentes, para fomentar un desenlace práctico que alcance a producir, realmente, cambios positivos en la ejecución de estos castigos penales no privativos de libertad o que aporte un nuevo desinterés que consolide las disfunciones y defectos anotados. También es de demandar una mayor participación de la sociedad para ampliar los espacios de cumplimiento de las penas limitativas de derechos. En efecto, las unidades beneficiarias son todavía escasas frente a la población de sentenciados y su oferta de servicios continúa siendo muy básica y poco motivante para los condenados. Por ejemplo, según las estadísticas del INPE hacia octubre de 2017 sólo existían 431 unidades beneficiarias para una demanda de 4,102 condenados. La distribución de oferta y acceso a estas unidades beneficiarias involucraba a Municipios (29%), Comisarias (24%),Instituciones Educativas (18%),Instituciones Religiosas (8%), Hospitales y Centros de Salud

(1%),Otro Tipo de Unidad Beneficiaria (12%) y Sin Unidad Beneficiaria (9%). Este último registro que aplica a los que no pueden acceder a una Unidad Beneficiaria para cumplir su condena equivale a 373 sentenciados (Instituto Nacional Penitenciario. Informe Estadístico Penitenciario 2017. Lima. Octubre 2017, p. 75).

4.5. Las penas restrictivas de la libertad

Bajo esta algo tautológica denominación, la legislación peruana alude a castigos penales no privativos de libertad que afectan derechos de tránsito o residencia en el territorio nacional. Su origen histórico ha estado ligado a modalidades de exclusión y sanción de la disidencia política o de los autores de actos de alta traición al Estado. De allí que sus antecedentes más conocidos fueron el destierro y la deportación, razón por la cual siempre se cuestionó su compatibilidad democrática. Al respecto, Vaello Esquerdo rememora entre sus manifestaciones españolas al "extrañamiento, el confinamiento y el destierro, que, substancialmente y de forma respectiva, consistían en la expulsión del territorio español, en la obligación de residir en una concreta área geográfica y en la prohibición de entrar en determinados puntos fijados en la sentencia; es decir, limitaban o restringían la libertad del penado, no privándole por completo de ella; de ahí que doctrinalmente se les atribuyese la naturaleza de penas restrictivas de la libertad"(Esperanza Vaello Esquerdo. *Panorama del sistema de penas de los Códigos Penales español y peruano.* Anuario de Derecho Penal 97/98. 1999, p. 71).

Sin embargo, en el mundo globalizado del tercer milenio, con constantes flujos migratorios y graves modalidades de criminalidad transnacional como el terrorismo fundamentalista, el tráfico de drogas, la corrupción o el lavado de activos, tales modalidades punitivas han adquirido un nuevo rol y nomenclatura convirtiéndose en penas de control, selección y exclusión del acceso o permanencia de extranjeros en territorios nacionales distintos de aquellos de los que son originarios. Lo que con acierto Navarro Cardoso califica como "la conversión del Derecho penal en «brazo armado» de la política de extranjería" (Fernando Navarro Cardoso. *Expulsión Penal de Extranjeros: Una Simbiosis de Derecho Penal Simbólico y Derecho Penal del Enemigo.* Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª Época. Nº 17. 2006, p. 157)

En efecto, con el nombre de **expulsión** y bajo la condición de pena o de medida de seguridad, aún las encontramos reguladas en los códigos penales contemporáneos. Por ejemplo, en el artículo 61° del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador de 2014 se le denomina "Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras". De este dispositivo legal motiva atención la consecuencia regulada para los casos de quebrantamiento de la condena. Al respecto, la norma citada en su párrafo segundo establece lo siguiente: "Si la persona extranjera expulsada regresa a territorio ecuatoriano antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido en la sentencia condenatoria, comete el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente". En el artículo 43°.9 del Código Penal colombiano, "La expulsión del territorio nacional para los extranjeros tiene también la calidad de pena.

En el caso de la legislación penal española, las sucesivas reformas ocurridas en su Código Penal desde inicios del presente siglo, han convertido a la expulsión en una **medida sustitutiva de penas privativas de libertad.** Es así que el texto vigente del artículo 89° desarrolla un detallado contenido en torno a los supuestos de expulsión de extranjeros, su aplicación y consecuencias de incumplimiento. En ese sentido, en el numeral 1 de dicho dispositivo se dispone sobre dicha materia: "Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional". Sin embargo, cabe destacar que la expulsión de extranjeros también posee en el derecho penal ibérico la condición de **medida de seguridad no privativa de libertad sustitutiva.** Al respecto el artículo 108°.1 le otorga dicha función en los términos siguientes "Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcio-

nalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España".

El Código Penal peruano de 1991 incluye este tipo de penas en el **artículo 30°.** Se les ha regulado también como castigos penales que restringen los derechos del condenado extranjero a transitar, permanecer o residir en el territorio de la República. Es decir, quien fuera condenado a la pena de **expulsión del país,** deberá abandonar obligatoriamente el territorio nacional de manera permanente y definitiva. Esto es, no podrá retornar **nunca más al Perú.**

Inicialmente la disposición legal citada incluía también la **pena de expatriación,** la que era aplicable a los nacionales y era la única pena restrictiva de la libertad que tenía un límite máximo de duración de diez años. Sin embargo contra esta modalidad punitiva se formularon varias objeciones. Sobre todo se cuestionó su incompatibilidad con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 22.5 rechaza que se impida a un nacional permanecer en su territorio de origen. Por tal razón, el Congreso de la República la suprimió mediante la Ley 29460 del 27 de noviembre de 2009 (*Cfr.* Artículo 1°). Esta decisión legislativa se adoptó en base a dos propuestas: el Proyecto de Ley N° 2102/2007-CR presentado por la Célula Parlamentaria Aprista el 5 de febrero de 2008 y el Proyecto de Ley N° 244972007-CR del Grupo Parlamentario Nacionalista del 27 de mayo de 2008. La exposición de motivos de este último documento justificaba la derogatoria de la pena de expatriación del modo siguiente: "La pena de expatriación, si bien se encuentra contemplada en el Código Penal, deviene en incompatible con instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con rango constitucional. Es decir, la pena de expatriación es para el derecho peruano, una pena inconstitucional".

Ahora bien, han sido siempre escasos los delitos dotados de penas de expulsión del país, tanto en la Parte Especial del Código Penal, como en Leyes Penales complementarias a él. Entre los más caracterizados destacan el tráfico ilícito de drogas (*Cfr.* Artículo 303°), el contrabando y la defraudación de rentas de aduana (*Cfr.* Artículo 12° de la Ley N° 28008). Según la información estadística del INPE hacia octubre de 2017 estaban recluidos en los centros penales del país un total de 1,639 internos extranjeros lo que representaba el 2% de la población penitenciaria. De ese total el 85% se

encontraba implicado en un proceso o condena por delito de tráfico ilícito de drogas, constituyendo este segmento el potencial de internos que estaría en los alcances de una pena restrictiva de la libertad de expulsión del país (Instituto Nacional Penitenciario. Informe Estadístico Penitenciario. Ob. Cit., 2017. p. 48).

Cabe mencionar que a esta forma de castigo penal se le ha cuestionado siempre, y sobre todo, el tener un carácter discriminatorio que afecta el principio de igualdad, al considerar como base de su imposición no el hecho punible cometido por el agente sino, exclusivamente, su condición de extranjero (Raúl Ernesto Martínez Huamán. Sistema de Sanciones Penales en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Análisis Comparativo con España. Ob. Cit., p. 641). Lo cual, además, resulta potenciado con el hecho de que en la legislación nacional vigente su aplicación judicial es preceptiva y no discrecional. Así, por ejemplo, en el artículo 303° se establece expresamente: "El extranjero que haya cumplido la pena privativa de libertad impuesta o se le haya concedido un beneficio penitenciario **será expulsado del país, quedando prohibido su reingreso**"

El texto legal que actualmente regula la expulsión del país de extranjeros fue introducido por la Ley 30219 del 8 de julio de 2014 y es el siguiente:

> **Artículo 30°**
>
> La pena restrictiva de la libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio, quedando prohibido su reingreso.
>
> En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.

Se trata, pues, de una pena principal y conjunta, pero de ejecución diferida. Esto es, se ejecutará luego de que el condenado haya cumplido la pena privativa de libertad que también le fue impuesta en la sentencia. La norma vigente considera también el hecho de que el condenado acceda a un beneficio penitenciario que anticipe su excarcelación (semilibertad o liberación condicional con las excepciones señaladas por el artículo 50° de Código de Ejecución Penal). Sin embargo, no se tomado en cuenta el caso de la conversión de penas en ejecución que autoriza ahora el artículo 52°-A del Código Penal. Al respecto consideramos que en tal supuesto la expulsión debe cumplirse al finalizar la ejecución de la pena convertida sea esta de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

Cabe agregar que el Anteproyecto de la Comisión Revisora Especial 2008/2009 excluyó de su catálogo punitivo a la pena restrictiva de la libertad (*Cfr.* Artículo 28º). No obstante, en el Proyecto de mayo de 2016 el legislador nacional volvió a incluir este tipo de castigo penal con notables innovaciones. Por ejemplo, calificó a la expulsión de extranjeros como una pena accesoria. Señaló que su aplicación requeriría la imposición de una pena privativa de libertad no menor de seis años y siempre que el condenado no tenga arraigo en el país. Además, señaló los casos preceptivos de procedencia o improcedencia de dicha sanción (riesgo para la vida del condenado). El articulado correspondiente lo transcribimos a continuación:

CAPÍTULO II

PENA RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD

Artículo 34. Expulsión de extranjeros

La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad.

Artículo 35. Aplicación de la expulsión de extranjeros

35.1. La expulsión de extranjeros es una pena accesoria y se aplica cuando concurran los siguientes supuestos:

a. La pena privativa de libertad impuesta es superior a seis años.

b. Existe insuficiente o nulo grado de arraigo con el territorio nacional.

35.2. La expulsión es obligatoria cuando el extranjero es reincidente o habitual, haya cometido el delito como miembro o integrante de una organización criminal o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella o haya incurrido en cualquiera de los siguientes delitos:

a. Los delitos previstos en la Sección I del Libro Segundo.

b. Los delitos previstos en los artículos 223, 224, 225, 226, 227, 228, 269, 270, 271, 273, 274, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 310, 311, 312, 314, 324, 328, 349, 350, 351, 496, 497, 498, 499, 500, 503, 504, 505, 506, 537, 548, 539, 540, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549 o haya cometido cualquier otro delito reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o con pena privativa de libertad indeterminada.

35.3. No procede la pena de expulsión del extranjero cuando exista razón fundada de riesgo contra su vida o cuando pueda ser sometido a tortura o a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o ser víctima de desaparición forzada.

35.4. Queda prohibido el reingreso al territorio nacional del extranjero expulsado.

4.6. La pena de multa

Es una pena de naturaleza pecuniaria que afecta el patrimonio económico del condenado y en particular la disposición absoluta y total de sus rentas e ingresos. La pena de multa expresa, pues, su capacidad punitiva cuando "priva al condenado de una parte de su patrimonio" (José Luis Díez Ripollés. *Derecho Penal Español.* Parte General en Esquemas, Ob. Cit., p. 677).

Este castigo penal consiste en el pago de una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido declarado autor o partícipe de un hecho punible. Jescheck y Weigend han destacado varias "ventajas" de la pena de multa: "Por una parte, comporta una pérdida sensible de calidad de vida para el condenado dado que muchas posibilidades placenteras sólo son disponibles a cambio de dinero. Por otra, el autor no es separado de su familia, de sus contactos sociales ni tampoco de su integración laboral como sucede con la pena de prisión. Hasta cierto punto la pena de multa es también económica al conservar la mano de obra y la actividad productiva del autor, así como también porque no obliga al Estado a suministrarle alojamiento, mantenimiento y tutela en la prisión" (Hans Heinrich Jescheck- Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Volumen II. Ob. Cit., pp. 1148-1149).

El importe dinerario, entonces, constituye el principal indicador de la mayor o menor extensión y gravedad de la multa. Para determinar dicho importe se han configurado varias metodologías, las cuales identifican, a su vez, las distintas modalidades de multa que actualmente conocemos.

En unos casos dicho monto dinerario es definido directamente por el legislador quien precisa en la ley su equivalencia en dinero. En este supuesto se trata de una multa tasada. En otros casos aquél se representa a través de un porcentaje de las ganancias ilícitas generadas por el delito o de los ingresos del delincuente o del valor de la mercancía ilegal negociada, lo que se identifica como multa porcentual. Y también, en otras modalidades, el importe resulta de la adición y conversión de unidades de referencia como el sueldo mínimo vital o los días multa. Formas que constituyen una multa determinable.

Resulta pertinente distinguir que esta sanción pecuniaria a la cual nos referimos es diferente y de condición estrictamente penal. Por tanto, ella no es equivalente ni debe asimilarse o confundirse con aquellas sanciones admi-

nistrativas o disciplinarias que también reciben la denominación de multa. Asimismo, la multa penal tampoco es, ni cumple la función indemnizatoria de la reparación civil que corresponde pagar a la víctima por el daño que le generó el delito. Sin embargo, es también una multa penal aquella que cabe aplicar a una persona jurídica implicada en delitos como consecuencia accesoria (*Cfr.* Artículo 105°.5); en cambio formalmente no tiene esa condición la multa que se aplicaría a las personas jurídicas comprometidas en delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo o de cohecho internacional, la que conforme a la Ley 30424 y sus modificaciones del Decreto Legislativo 1351, es considerada solamente como una "medida administrativa" (*Cfr.* Artículo 5°.a). Sin embargo, cabe destacar que en otros sistemas jurídicos de la región ya se ha optado por considerar una pena de multa para las personas jurídicas. Uno de los más recientes ha sido el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano de 2014, la incluye en su artículo 71°.1.

Tradicionalmente la doctrina y la legislación comparada han considerado que la pena de multa resulta funcional para reprimir delitos asociados a fines de lucro y como opción sustitutiva de penas privativas de libertad de corta duración (*Cfr.* José Hurtado Pozo. *El Sistema de Control Penal.* Ob. Cit., p. 936-938; Hans Heinrich Jescheck-Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen II. Ob. Cit., p. 1148)

No obstante, resulta evidente que sus posibilidades de efectividad político criminal estarán siempre condicionadas a otros indicadores de desarrollo social y económico como la estabilidad de la renta per cápita de la población, o a las bajas tasas de desempleo, subempleo o empleo informal (*Cfr.* José Hurtado Pozo. El Sistema de Control Penal. Ob. Cit., p. 931-933,). Al respecto es interesante la tendencia de varios países europeos a potenciar el predominio punitivo de la pena de multa en vez de las penas privativas de libertad, las cuales asumen un rol secundario o estrictamente subsidiario. Ejemplo de esta variante en la política criminal contemporánea son las recientes reformas ocurridas en el Código Penal suizo.

Ahora bien, el castigo pecuniario que estamos analizando no ha sido a ajeno a cuestionamientos y disfunciones. Por ejemplo, se ha observado que su uso predominante para la sanción de delitos económicos, ha promovido efectos punitivos perversos y transpersonales que han beneficiado a las personas jurídicas involucradas en prácticas ilícitas. Sobre todo porque ellos

han sido trasladados, materialmente, a los gerentes y consumidores como un riesgo profesional o como costos regulares y encubiertos de la producción. En relación con ello García Cavero ha señalado acertadamente "Si bien la tendencia en los últimos tiempos ha sido aumentar las penas de multa en detrimento de la pena privativa de libertad, la eficacia preventiva de la pena de multa se ha cuestionado seriamente. En efecto, diversos estudios han demostrado que en la empresa moderna las posibles penas de multa se contabilizan como un costo de producción que trasladan a los consumidores, perdiendo así todo efecto preventivo frente a la empresa" (Percy García Cavero. Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Jurista Editores. Lima. 2012, p. 830).

En la legislación penal peruana la pena de multa posee una larga tradición. Es así que ya en la Ley de Imprenta de 1823, se regularon penas pecuniarias tasadas y porcentuales en los artículos 18° y 19°. Posteriormente, los Códigos Penales de Santa Cruz (Artículos. 83° a 85°) y de 1863 (Artículo 53°) también incluyeron penas de multa entre sus catálogos punitivos. Es importante destacar, también, que el derecho penal peruano fue uno de los primeros en introducir en Latinoamérica el hoy generalizado sistema de determinación escandinavo de los **días-multa,** que fuera desarrollado por el sueco Johan Thyrem, pero que, según Zaffaroni, Aliaga y Skolar, tuvo sus antecedentes más remotos en el Código Penal brasileño de 1830 (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Aliaga y Alejandro Slokar. Derecho Penal. Parte General. EDIAR. Buenos Aires. 2000, p. 931-932). Efectivamente, el legislador peruano lo incluyó inicialmente en el Proyecto de Código Penal de 1916 (*Cfr.* Artículos 22° al 26°) y lo mantuvo, luego, en el Código Penal de 1924 (*Cfr.* Artículos. 20° al 25°). Es interesante constatar el entusiasmo de MAURTUA por la novedosa regulación que se le daba a la pena pecuniaria: "La organización de la pena de multa en el proyecto es excelente. La principal dificultad de esta pena ha consistido en la desigualdad que entrañaba cuando se imponía el pago en cantidad determinada a personas de diferente condición económica. El proyecto establece que la multa corresponde a la renta probable del condenado desde dos días hasta tres meses. Se considera como renta lo que obtuviere el condenado cada día por bienes, empleo, industria o trabajo. No se obligará al condenado a pagar la multa de una sola vez con gran quebranto de sus necesidades o las de su familia. El juez fijará un plazo prudencial para el pago y podría autorizar también a realizarlo por

partes" (Código Penal Ley 4868. Edición Oficial. Ob. Cit., p. 171). Cabe reconocer que el abandono de la fuente helvética en este tema fue una decisión acertada, aunque los desarrollos prácticos del nuevo modelo nunca estuvieron a la altura de sus objetivos y metodología (*Cfr.* José Hurtado Pozo El Sistema de Control Penal. Ob. Cit., p. 934- 935.).

En el presente, la pena de multa estructurada en base al modelo de determinación de los días multa ha sido acogida, con renovadas variantes, por los más importantes Códigos Penales vigentes en la actualidad. Sin embargo, en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador de 2014 encontramos un peculiar sistema que se basa en unidades de referencia que aluden a "salarios básicos unificados del trabajador en general" (*Cfr.* Artículo 70°).

Por consiguiente, sigue siendo acertado que nuestro legislador en el Código Penal de 1991 haya ratificado su importancia y vigencia al igual que lo ha hecho el Proyecto de mayo de 2016. En efecto en este último documento el artículo 45° la regula del modo siguiente:

> Artículo 45. Pena de multa
>
> La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días multa.
>
> El importe del día multa se calcula sobre la base del ingreso promedio diario del condenado, atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

Lamentablemente, la conminación del castigo penal pecuniario en la Parte Especial del Código Penal vigente, así como en las leyes penales complementarias no suele ser autónoma sino mayormente complementaria o conjunta a penas privativas de libertad. Esto es, se le suele usar como una modalidad de extensión punitiva o sobrecriminalización. Lo cual desoye una frecuente demanda de la doctrina nacional y extranjera que abona porque su presencia sea más visible y directa, especialmente para aquellos hechos punibles de escasa o mediana gravedad. Al respecto Mapelli Caffarena cuestionó que pese a que la multa "promete ser una de las penas más utilizadas dentro del Código penal, sobre todo sustituyendo a la pena de prisión de corta duración, que tiende a desaparecer, en una amplia banda de delitos de escasa gravedad. El Código penal peruano muestra en este aspecto las mismas deficiencias del español y se aferra a una utilización complementaria de la multa para agravar el tipo básico del delito de que se trate" (Borja Mapelli

Caffarena. *La pena de multa en el Derecho penal peruano*. Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 12. Edición Especial sobre el Código Penal Peruano. 1998, p. 101).

Pero al margen de sus bondades político criminales y técnicas, así como sus posibilidades operativas futuras, la pena de multa no ha logrado asumir aún un rol importante en el país. Varios factores pueden explicar etiológicamente este sensible fracaso. Por ejemplo, la baja renta *per cápita* o la informalidad económica de una gran mayoría de nuestra población. Pero, también el nuevo rol funcional de la pena consistente en expresar un mensaje de mitigación de la indignación colectiva contra la delincuencia, opera, en nuestra realidad actual, como un factor psicosocial que afecta toda inclinación de los jueces nacionales a imponer penas de multa, por asumir que dicha sanción es de naturaleza leve o por desconocer su procedimiento de determinación. (*Cfr.* José Hurtado Pozo. *El Sistema de Control Penal.* Ob. Cit., p. 935.). Además, como ya se había mencionado, la esporádica distribución de la multa como pena conminada única para delitos de mínima gravedad o frecuencia, ha reducido ostensiblemente su eficacia como medida de control del uso innecesario de penas privativas de libertad de corta duración. Es más, su posibilidad de uso sustitutivo de penas privativas de libertad, vía la medida alternativa de conversión de penas, es también reducida con un umbral máximo de dos años de reclusión y en tanto no sea posible el uso de la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio (*Cfr.* Artículo 52°).

Un problema adicional que afecta a la multa en nuestra normatividad penal es que pese a que ha sido configurada para operar en base a la unidad de referencia del día multa, todavía coexisten, aunque minoritariamente, otras opciones para la identificación del importe dinerario de penas pecuniarias y que toman en cuenta, como montos referenciales a los **ingresos mínimos vitales**. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de la penalidad de algunos delitos electorales tipificados en la Ley 26859 de 1997 (*Cfr.* Artículos. 390 a 392).No obstante, hay que reconocer la pertinencia del uso, por las características propias del potencial condenado, de **unidades de referencia tributaria** para determinar la multa cuando opera como consecuencia accesoria aplicable a personas jurídicas (*Cfr.* Artículo 105°.5).

El marco legal de la pena de multa se encuentra configurado por los artículos 41° a 44° del Código Penal. Esta morfología normativa permite inferir que este castigo penal sólo puede aplicarse como pena principal. No obstante, solamente para los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475 la pena de multa puede imponerse como pena accesoria (*Cfr.* Artículo 11°).

A continuación haremos una breve descripción de aquellas disposiciones del Código Penal que tratan de la pena pecuniaria.

En el **artículo 41°** el legislador define con meridiana precisión las características de esta sanción pecuniaria y de su modelo de determinación. En tal sentido, la norma alude a que la multa es una obligación que adquiere el condenado de pagar al Estado una suma de dinero que debe ser obtenida en base al sistema días-multa. Asimismo, que el importe de la multa resulta de multiplicar el número de días-multa que ha individualizado previamente el juez, en razón a la gravedad del ilícito y al grado de culpabilidad del agente, por una **cuota diaria dineraria promedio** que surge de examinar el total de rentas que el condenado recibe como ingresos cada día por su trabajo, industria, comercio, etc., pero del cual deben descontarse, también, egresos básicos correspondientes a sus cargas de familia, manutención, salud, etc. Sobre la aplicación correcta de este procedimiento es importante lo que recomienda Mapelli Caffarena: "Para que el sistema de días-multa funcione correctamente es preciso que entre ambas fases, que fija la dimensión temporal y económica de la pena, exista la máxima impermeabilidad, de forma que la gravedad del delito no debe influir en la suma que ha de pagar el condenado y, por supuesto, tampoco la capacidad económica en el tiempo de duración de la pena. En algunas ocasiones la jurisprudencia no ha entendido esta dualidad por considerar que una pena de multa que obligue a pagar una considerable suma de dinero al autor de un delito de escasa gravedad sólo en atención a su capacidad económica puede infringir el principio de proporcionalidad de las penas a los delitos. Sin embargo, la multa justa sólo lo es en la medida que parte de las fuertes desigualdades que se dan en la sociedad. Equidad y justicia se traducen aquí en dar un trato desigual a lo que es desigual" (Borja Mapelli Caffarena. *La pena de multa en el Derecho penal peruano*. Ob. Cit. p. 103).

No obstante, del tenor del artículo citado resulta evidente que este no se ha planteado, al menos de modo expreso, una solución normativa para el caso de personas carentes de ingresos. Tampoco, la posibilidad de reajustar la cuota diaria en atención a cambios favorables o desfavorables que se produzcan con posterioridad a la sentencia en la capacidad económica del condenado. Ahora bien, en relación con esta última omisión normativa, la doctrina ha señalado que sólo sería posible una variación en tanto ella sea favorable al condenado: "No contempla el legislador la posibilidad de que iniciada la ejecución de la pena y acordadas unas determinadas cuotas y plazos, puedan ser estos modificados cuando se produce una circunstancia que justifique cambiar dichos acuerdos para evitar la conversión en otra pena más grave. Tal es el caso, por ejemplo, de un inopinado y grave empeoramiento de fortuna. Ciertamente que ello puede ser objetable desde la inamovilidad de la cosa juzgada, sin embargo, primaría en estos supuestos el mayor interés de las razones preventivas de reducir las entradas a prisión por conversión en esta pena de la multa impagada" (Borja Mapelli Caffarena. *La pena de multa en el Derecho penal peruano*. Ob. Cit. p. 106). Cabe recordar que en este dominio el artículo 18º.4 del Código Penal austriaco ha establecido que el monto de la multa pueda ser reajustado, cuando cambie la situación económica del condenado y éste ya no puede pagarla.

Y, en lo que concierne al primer problema planteado, una alternativa práctica podría ser utilizar como referente al salario mínimo vital, del cual un porcentaje o un treintavo daría el monto del importe de la cuota diaria dineraria de la multa. Una opción similar ha sido acogida por el Proyecto de mayo de 2016 en el párrafo segundo del artículo 46°: "Cuando el condenado carezca de ingresos, el importe del día multa **es equivalente a un treintavo de la remuneración mínima vital** que fije la autoridad competente". Para Jescheck y Weigend, una solución similar cabría considerar también en el supuesto de quienes tienen la condición de dependientes de los ingresos de otra persona, como la ama de casa o el joven estudiante que vive con sus padres, a partir de los ingresos de quien los mantiene. En tales casos, "sus ingresos se determinan mediante el cálculo inverso de lo que se le podría retener a quien se ocupa de la manutención si fuera él mismo quien tuviese que pagar la multa, esto es, a través de porcentajes globales –por ejemplo, un 10 % o un 20 %– sobre sus ingresos que es el método más sencillo" (Hans

Heinrich Jescheck-Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Volumen II. Ob. Cit., p. 1153).

Con respecto al modelo de determinación adoptado en el artículo 41°, cabe recordar que sólo en el Proyecto Hurtado se propuso que el importe de la cuota diaria de la multa, se calculara de modo distinto. Según su propuesta normativa, debería utilizarse para tal efecto como unidad de referencia el importe del salario mínimo vital que establecen las autoridades competentes. En coherencia con ello, en su artículo 37° estableció que el monto de dicha cuota no debería ser menor del veinte por ciento ni mayor a diez veces de dicho salario mínimo.

Ahora bien es importante señalar que en el derecho comparado coexisten diferentes modelos y procedimientos para determinar el importe de la multa o su extensión. Uno de los más complejos de la región es el colombiano que utiliza una técnica de cascada para precisar la extensión y el valor referencial de la pena de multa en base a grados que aluden a un número determinado de "salarios mínimos legales mensuales vigentes" percibidos por el condenado (*Cfr.* Artículo 39°. 2 del Código penal colombiano).

El **artículo 42°** precisa los límites de extensión de la pena de multa. En dicha norma se señala como mínimo legal diez días-multa y como máximo trescientos sesenta y cinco días-multa.

Sin embargo, durante el proceso de elaboración del Código Penal vigente algunos documentos prelegislativos consideraron para la pena de multa umbrales más elevados. Por ejemplo, en el Proyecto de abril de 1986 consideró un mínimo de treinta días multa y un máximo de tres mil días-multa (*Cfr.* párrafo final del artículo 61°). Es más, el propio artículo 42° permite también que la ley pueda establecer márgenes distintos al conminar con pena de multa un delito concreto. Es por ello que en la Parte Especial se suele utilizar dicha posibilidad con relativa frecuencia. Así, por ejemplo, para sancionar la concurrencia de circunstancias agravantes específicas en la comisión del delito de peculado la pena de multa tiene un máximo legal de setecientos días-multa. (*Cfr.* Artículo 387°, segundo y tercer párrafo).También en el derecho penal complementario se ha aplicado dicha opción como se aprecia en la penalidad conminada para las circunstancias agravantes específicas del delito de lavado de activos que incluye una pena de multa de hasta setecientos treinta días-multa (*Cfr.* Artículo 4° de Decreto Legislativo

1106). Lo que no se ha regulado expresamente en el artículo 42º es si la ley puede optar por otra modalidad de unidad de referencia de la pena de multa como los **sueldos mínimos vitales,** si bien formalmente ello es posible no estimamos que sea una técnica legislativa conveniente.

Ahora bien, el **artículo 43º** establece una excepción al régimen de determinación judicial de la cuota diaria dineraria de la multa que se aplica cuando el condenado recibe como única renta un salario que proviene exclusivamente del ejercicio de un trabajo formal y dependiente. En estos casos la cuota diaria deberá fijarse en base a dicho salario y en una proporción que no sea inferior al veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento de tal ingreso. Se trata, pues, de un supuesto especial, cuya simpleza práctica se justifica por el hecho de poder contar con un monto fijo y cierto de los ingresos del condenado, así como por la necesidad de no afectar desproporcionadamente su fuente de subsistencia personal o familiar.

Lamentablemente, la judicatura nacional desde los inicios de la vigencia del Código Penal de 1991 ha convertido a esta excepción en la regla general que prevalece en sus decisiones (*Cfr.* Víctor Prado Saldarriaga. Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia. Palestra Editores. Lima, 1999, p. 214 y ss.). Por lo demás, es de mencionar que en el Proyecto de mayo de 2016 se ha ratificado la naturaleza excepcional de esta forma de decidir el importe de la pena de multa. Así lo especifica el párrafo inicial de su artículo 46°: "Cuando el condenado viva exclusivamente de su trabajo, el importe del día multa no puede ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento de su ingreso diario".

Lo concerniente al pago de la multa está señalado en el **artículo 44º** del Código Penal. Conforme a esta disposición la pena de multa debe pagarse dentro de los diez días siguientes **de pronunciada la sentencia**. Si bien la norma no lo precisa, debemos entender que dicho plazo toma en cuenta una sentencia condenatoria que ha adquirido la condición de cosa juzgada. Lo cual, además, es compatible con lo dispuesto en el artículo 489°.1 del Código Procesal Penal que dispone la competencia de los jueces de investigación preparatoria sobre la "ejecución de las sentencias condenatorias firmes". Cabe señalar también que el Proyecto de mayo de 2016 regula expresamente esta condición como se aprecia en el articulado siguiente:

> Artículo 48. Tiempo y forma de pago de la multa
>
> 48.1. La multa debe ser pagada dentro de lo diez días posteriores a la sentencia con calidad de cosa juzgada.
>
> 48.2. Solo a solicitud del condenado y de acuerdo con las circunstancias, el juez puede permitir que la multa se pague en cuotas mensuales. El fraccionamiento de la multa no puede exceder de veinticuatro cuotas y al monto de cada una de ellas se le aplican los intereses y los índices de corrección monetaria correspondientes.
>
> 48.3. El cobro de la multa se puede efectuar mediante el descuento de la remuneración del condenado cuando se aplica aisladamente o cuando se aplica acumulativamente con pena limitativa de derechos o fuera concedida la suspensión de la ejecución de la pena, de conformidad con los límites previstos en el artículo 47.
>
> 48.4. El descuento no debe afectar los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia.

En el mismo artículo 44° se autoriza también, de modo especial y cuando las circunstancias lo ameriten, que *el pago de la multa se ejecute mediante cuotas mensuales*. Para ello se requiere un pedido expreso del condenado y decisión autoritativa de la autoridad judicial competente. Sin embargo, el problema que deriva de esta licencia legal, es que la norma no alcanza a definir más características de esta forma excepcional de pago. Por ejemplo, no se identifica un límite de cuotas posibles o cómo se determinará el importe crematístico de cada una de ellas. Al respecto, resulta pertinente optar por un mecanismo que salvaguarde el estándar represivo de las cuotas y de la multa a pagar, evitando que ambas pierdan su sentido punitivo o su valor económico. En ese sentido en el artículo 48°. 2 del Proyecto de mayo de 2016 se ha propuesto una alternativa adecuada al precisarse que "El fraccionamiento de la multa no puede exceder de veinticuatro cuotas y al monto de cada una de ellas se le aplican los intereses y los índices de corrección monetaria correspondientes". Cabe señalar que en la experiencia legislativa extranjera se han elegido alternativas similares. Por ejemplo, el Código Penal brasileño de 1984 estableció en su artículo 49º.2 que "*O valor de multa será actualizado quando da execuçao, pelos indices de correcao monetaria*". Asimismo, en el artículo 46º del Código Penal portugués de 1982 se limitaba el número de cuotas mensuales a un periodo no superior a dos años.

Además, el artículo 44° regula un procedimiento adicional para el cobro del importe de la pena de multa a través de retenciones directas sobre la remuneración del condenado. Ello puede ocurrir cuando la pena pecuniaria

es la única sanción impuesta o cuando se le aplica como pena conjunta a penas limitativas de derechos y, también, cuando se suspenda la ejecución de penas privativas de libertad. Sin embargo, la ley atinadamente limita los alcances de esta modalidad de cobro al señalar que "El descuento no debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia". En el Proyecto de Código Penal de mayo de 2016 se conserva esta alternativa ejecutiva de la pena de multa en el artículo 48. 1 y 2. Ahora bien, ni en el Código vigente ni en el Proyecto antes mencionado, se identifica un destino concreto para el importe recaudado de las penas de multa. Sólo el Proyecto de enero de 1991, en su artículo 41°, destinaba el monto cobrado de la multa a un fondo de asistencia para las víctimas del delito y a un fin de resarcimiento legal para los procesados absueltos. Pese a ello, actualmente, según se deriva de lo estipulado en el artículo 123° de la Ley Orgánica del Poder Judicial las multas constituyen fondos del Sistema de Administración de Justicia.

El Código Penal vigente da un tratamiento diferenciado al condenado que no paga el importe de la pena de multa. Sin embargo, para esos casos se ha descartado cualquier posibilidad que conlleve imponer una privación de libertad sustitutiva para situaciones de insolvencia del condenado. No obstante, en el artículo 56° se han regulado también algunas formas de conversión de la pena pecuniaria no pagada. En primer lugar, se establece que si durante la ejecución de la pena sobreviene un estado de insolvencia por causas ajenas al condenado, se podrá convertir la pena de multa impuesta en jornadas semanales de prestación de servicios a la comunidad. Para ello se fija una ecuación de conversión consistente en reemplazar siete días multa por una jornada de prestación de servicios a la comunidad. Y, en segundo lugar, tratándose de un condenado solvente pero renuente o contumaz al pago de la multa, el artículo citado autoriza la obtención del pago por vía ejecutiva o alternativamente la conversión de la multa no pagada en pena privativa de libertad. Para este último supuesto, la conversión se hará a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día multa insoluto. Al respecto El Proyecto Hurtado sugirió dos alternativas diferentes: al solvente moroso se le aplicaría la vía ejecutiva y al solvente contumaz la conversión en pena privativa de libertad (*Cfr.* Artículos 38° *in fine* y 39°). Por su parte, el Proyecto de mayo de 2016 reproduce en gran medida el mismo régimen previsto actualmente en el artículo 56° del Código Penal, pero modifica las equivalencias

para la conversión de la multa en penas limitativas de derechos reduciéndolo a tres días-multa por una jornada semanal de limitación de días libres o de prestación de servicios a la comunidad. La normatividad propuesta se transcribe a continuación:

CAPÍTULO III

CONVERSIÓN DE LA PENA DE MULTA

Artículo 73. Conversión de la pena de multa

73.1. Si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena o es ejecutada en sus bienes o es convertida, **previo apercibimiento judicial,** con la equivalencia de un día de pena privativa de libertad por cada día multa no pagado.

73.2. Si el condenado deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad, la pena de multa se convierte en una limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad con la equivalencia de una jornada por cada tres días multa impagos.

73.3. El condenado, sin perjuicio de los intereses y de los índices de corrección monetaria correspondientes, puede pagar la multa en cualquier momento descontándose el equivalente a la pena privativa de libertad o prestación de servicios comunitarios cumplidos a la fecha.

73.4. Cuando se impone conjuntamente pena privativa de libertad y multa, se adiciona a la primera la que corresponde a la multa convertida.

En el Código vigente, la Suspensión de la Ejecución de la Pena privativa de la libertad no comprende a la pena de multa (*Cfr.* Artículo 57°). Sin embargo, si son aplicables a la pena de multa otras medidas alternativas como la Reserva del Fallo Condenatorio y la Exención de Pena (*Cfr.* Artículos 62° y 68°). Y, también, se ha concedido a la pena de multa una facultad sustitutiva de penas privativas de libertad no superiores a dos años, cuando, en el caso concreto no sea posible aplicar la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio. Para este supuesto de conversión autorizado por el artículo 52° rige la equivalencia de reemplazar con un día-multa un día de pena privativa de libertad. Esta capacidad conmutativa de la pena de multa ha sido ampliada a tres años de pena privativa de la libertad en el artículo 69. A del Proyecto de mayo de 2016.

Desafortunadamente, la aplicación judicial de la pena de multa ha evidenciado históricamente frecuentes distorsiones u omisiones que no han sido superadas hasta la actualidad (*Cfr.* Víctor Prado Saldarriaga. *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia.* Ob. Cit. pp. 219 y ss.). En lo esencial,

la judicatura nacional no ha logrado, aún, internalizar de modo técnico y suficiente, la estructura y operatividad del sistema escandinavo de días multa que fue elegido por el legislador peruano para la determinación judicial de la pena pecuniaria (*Cfr.* Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios.* IDEMSA. Lima. 2010, pp. 73-78). Estas deficiencias se expresan, pues, todavía, de distinta manera siendo las manifestaciones más frecuentes las siguientes:

a. Imperfecta y parcial determinación de monto dinerario de la multa.

b. Uso generalizado del excepcional criterio porcentual previsto en el artículo 43º del Código Penal.

c. Tratamiento erróneo de la multa como si fuera una pena accesoria

d. Omisión frecuente de la imposición de la pena de multa en delitos que son sancionados con penas conjuntas.

e. Imposición de penas de multa en un régimen de reserva del fallo condenatorio.

f. Aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a la pena de multa.

g. Marcado desinterés por aplicar las diferentes opciones de conversión y sustitución que el Código Penal regula en torno a la multa.

4.7. La pena de vigilancia electrónica personal

Otro clamoroso fracaso del sistema de castigos penales en el Perú, lo constituye la regulación de la llamada *pena de vigilancia electrónica personal.* Ella no fue originaria del Código Penal de 1991 y se incorporó a él casi al cumplirse dos décadas de su vigencia. En efecto, mediante la Ley 29499, del 18 de enero de 2010, esta modalidad punitiva, inédita en nuestro país, quedó registrada en el artículo 29º A. Fue diseñada como una pena alternativa a penas privativas de libertad. Esto último fue destacado con énfasis por la Exposición de Motivos de la ley citada que se refirió a aquella sanción en los siguientes términos: "...no conlleva a la privación de la libertad del sentenciado, por el contrario, se trata del cumplimiento de una sentencia condenatoria pero en libertad bajo determinados parámetros. Ahora bien, va de la mano de la pena privativa de libertad, porque precisamente constituye una

alternativa a esta pena que importa la prisión del condenado, es decir, que el órgano jurisdiccional competente emite una sentencia condenatoria de pena privativa de libertad, cabría la posibilidad de que el sentenciado no la cumpla efectivamente en un establecimiento penitenciario sino que se disponga su cumplimiento a través de la pena de vigilancia electrónica personal" (Exposición de Motivos. Proyecto de Ley Nº 3683/2009-PE presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República el 19 de noviembre de 2009. *Cfr.* Acápite sobre la pena privativa de libertad y la pena de vigilancia electrónica personal). Lo mismo, fue referido por el legislador en el artículo 1° de la Ley 29499, destacando, además, la condición de penado de su destinatario potencial: "para el caso de condenados, la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena, aplicable por conversión luego de impuesta una sentencia de pena privativa de la libertad, que será dispuesta por el juez, a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado". Ella, pues, fue diseñada con una operatividad de reemplazo por conversión.

Se trata, pues, de un castigo penal que *afecta la libertad y discrecionalidad de los desplazamientos físicos del condenado*. Este queda confinado a poder movilizarse sólo dentro de la extensión del espacio geográfico que establece la sentencia. Además, es una pena sustitutiva de penas privativas de libertad. De allí que su conminación legal está ausente en todos los delitos que conforman la Parte Especial del Código Penal o que están tipificados en leyes penales complementarias. Otra característica especial de esta clase de pena es que su aplicación está en parte perfilada para grupos determinados de delincuentes quienes tienen una prioridad legal para su imposición a través de un régimen de reemplazo de las penas privativas de libertad que correspondería aplicarles. Finalmente, su ejecución se materializa con la colocación y porte de un sistema electrónico de control y monitoreo que tiene la forma de *cintillos* que deberá llevar el condenado, generalmente adheridos a las muñecas o tobillos (*Cfr.* Jorge Pérez López. La Vigilancia Electrónica Personal en el Decreto Legislativo Nº 1323 y su Reglamento. Actualidad Penal Nº 47. Mayo 2018, p. 339-351).

En el derecho comparado contemporáneo penas o medidas de características similares se han introducido con distintas denominaciones y funciones. Merece especial atención el caso español donde se ha regulado *la pena de localización permanente*, la cual considera una facultad del órgano jurisdiccional el disponer la utilización de medios mecánicos o electrónicos que

permitan la localización del reo (*Cfr.* Artículo 37° del Código Penal español). En cambio en el derecho penal colombiano, donde se utiliza también la denominación de *vigilancia electrónica*, ella es un complemento discrecional de la pena sustitutiva de prisión domiciliaria, cuya aplicación puede ser ordenada por la autoridad judicial. Además, en este sistema jurídico la ley dispone que el costo del brazalete electrónico sea sufragado por el beneficiario de la prisión domiciliaria salvo que no esté en condiciones de hacerlo en cuyo caso su costo lo asume el Estado (*Cfr.* Artículos 38°D y 38°F del Código Penal colombiano). No obstante, en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador no se ha incorporado una sanción de tales características o roles (*Cfr.* Artículos 58° a 69°).

Lamentablemente, la redacción del artículo 29° - A del Código Penal fue muy deficiente e imprecisa. Por ejemplo, ella no alcanzó a identificar cuáles son las características o los alcances cuantitativos de la pena de vigilancia electrónica personal. Efectivamente, en ninguno de sus párrafos se menciona cuáles los límites máximos de su capacidad sustitutoria de penas privativas de libertad. Sin embargo, el texto legal de dicha norma sí se preocupa por detallar otros aspectos concernientes a su modo de ejecución. No obstante, de los genéricos y ambiguos contenidos regulados en el artículo 29° - A se puede inferir que los requisitos especiales para acceder a esta modalidad sustitutiva de sanción penal son esencialmente dos. Primero, que el condenado sea un delincuente primario. Y, segundo, que se acredite con un informe técnico circunstanciado, aspectos de la vida familiar, laboral y social que resulten compatibles con la condición no privativa de libertad de la pena de vigilancia electrónica personal. Además, en esta misma disposición legal se regulan otros aspectos relacionados con el lugar de cumplimiento de la pena (el domicilio del condenado o el lugar que este designe), así como con los criterios básicos de selección y prioridad que deberán observarse para definir el perfil del condenado a quien se aplicará dicha sanción (personas mayores de 65 años; con padecimiento de grave enfermedad; mujeres gestantes; discapacitados, etc.). Asimismo, la norma mencionada dispone también que el juez deberá imponer a las personas condenadas, las reglas de conducta que resulten pertinentes e idóneas para asegurar un control eficaz del cumplimiento de la pena.

Por lo demás, otros detalles relacionados con la pena de vigilancia electrónica personal fueron regulados en la propia Ley 29499. Es así que en el

artículo 2°.b, se aludía a la necesidad de contar con la *aceptación expresa del condenado* para que se le pueda aplicar esta clase de pena. Luego, en el artículo 8°, se requería la realización de una audiencia especial para obtener y formalizar a través de un acta dicha aceptación, así como los compromisos que debería asumir el condenado para con la ejecución de este castigo penal. Asimismo, con el Decreto Supremo Nº 013-2010- JUS se aprobó un Reglamento para desarrollar los contenidos y reglas esenciales de la Ley 29499.

Actualmente, es el Decreto Legislativo 1322 el que regula todo lo concerniente a la aplicación de la pena de vigilancia electrónica personal. Esta norma fue promulgado el 5 de enero de 2017, posteriormente por Decreto Supremo Nº 004-2017- JUS del 8 de marzo de 2017 se aprobó su Reglamento y un Plan Piloto de implementación. En lo esencial, este nuevo marco legal actualiza y reforma las bases normativas consideradas por la Ley 29499. Además, deroga los artículos 1, 2, 3, 3-A, 8, 9 y 10 de dicha norma legal. De esta manera, pues, se concluye un proceso de revisión del sistema normativo vinculado a la pena de vigilancia electrónica personal que había comenzado con reformas parciales promovidas a través del Decreto Supremo Nº 002-2015- JUS que, a su vez, había modificado el texto original del Reglamento de la Ley 29499.

Si algo hay que destacar en este nuevo intento de viabilizar esta sofisticada modalidad de castigo penal, es su visión estratégica y lo detallado de sus disposiciones y procedimientos. Al respecto, el artículo 2° del Decreto Legislativo 1322 precisa: "La finalidad del presente Decreto Legislativo es contribuir con la disminución de los niveles de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, a través de la vigilancia electrónica sobre personas procesadas o condenadas, disminuyendo los costos de las medidas penales como el internamiento y efectivizando las medidas cautelares o de los beneficios penitenciarios y con ello, reducir la reincidencia de aquellos que son monitoreados". Por su parte, el artículo 4° del Reglamento del Decreto Legislativo 1322 desarrolla una desacostumbrada, pero pertinente operativización de términos, para precisar y ayudar a entender la nomenclatura tecnológica que contienen varias de sus disposiciones normativas. En ese sentido por ejemplo se incorporan, entre otros, los siguientes conceptos:

1. *Vigilancia electrónica personal:* Es una medida ordenada por la autoridad judicial a pedido de parte, a favor de los procesados o condenados

que revistan las condiciones previstas en los supuestos de aplicación de la norma, con la finalidad de monitorear y controlar el tránsito dentro de un radio de acción o desplazamiento.

2. *Sistema de vigilancia electrónica personal:* Es un conjunto de procedimientos integrados por herramientas de software, hardware, medios de comunicación, soporte técnico y equipos responsables.
3. *Centro de monitoreo:* Es el espacio donde se realiza el seguimiento y monitoreo de la vigilancia electrónica personal, registrándose los eventos que esta genere en su ejecución.
4. *Dispositivo electrónico:* Artefacto o aparato electrónico que porta el beneficiario de la vigilancia electrónica personal el recolecta datos y los trasmite hacia el centro del monitoreo.

Ahora bien, en el artículo 3° del Decreto Legislativo 1323, se alude a las tres modalidades de aplicación que tiene la vigilancia electrónica personal. Esto es, como restricción en una medida cautelar de comparecencia; como medida alternativa para quienes son condenados a penas privativas de libertad; y como instrumento de control y monitoreo de los internos que acceden a beneficios penitenciarios de semi libertad o liberación condicional. De todas ellas la que nos interesa destacar es la que se describe en el numeral 3.3, de la siguiente manera: "Para el **caso de condenados la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena aplicable por conversión** luego de impuesta una pena privativa de libertad efectiva, que será dispuesta por el Juez, a solicitud de parte, **a fin de garantizar** el cumplimiento de la pena **y la resocialización del condenado**".

Al margen de lo pretencioso y demagógico de la frase final contenida en dicho dispositivo, de él se infiere que la aplicación de la pena de vigilancia electrónica personal debe ocurrir en el acto de la sentencia y luego de pronunciada la condena a pena privativa de libertad efectiva. Lo cual, a su vez, demanda que el pedido que requiere la ley debe tener lugar en una estación procesal anterior como lo será la del alegato de defensa o el de la última palabra del procesado. Solo así la pena de vigilancia electrónica personal tendría la condición de medida alternativa al encarcelamiento. De lo contrario, esto es, si ella se va a requerir o decidir luego de dictada la condena y estando ya en ejecución la pena privativa de libertad impuesta, perdería tal calidad y se

convertiría, más bien, en un beneficio penitenciario de excarcelación anticipada. Al respecto, lo dispuesto en el literal b del artículo 6° del Decreto Legislativo 1322, que trata de la solicitud, es poco claro al señalar: "Para el caso de condenados estos pueden solicitar la imposición de la vigilancia electrónica personal como alternativa a la pena privativa de libertad ejecutiva. En este supuesto, la vigilancia electrónica opera como un tipo de pena aplicable por conversión de conformidad con el artículo 29-A del Código Penal, promulgado por el Decreto Legislativo N° 635".Quizá hubiera sido mejor que esta norma aludiera al artículo 52° que trata, justamente, de la conversión de penas. En todo caso, la solicitud también puede plantearse como una pretensión principal o alternativa al formularse un recurso de impugnación del fallo condenatorio. De allí, pues, que resulte poco coherente con estas opciones el procedimiento que se regula en el Título III del Decreto Legislativo 1322. Sobre todo porque su formalidad y reglas son más apropiadas para los condenados que se encuentran encarcelados y procuran acceder a la vigilancia electrónica personal como una medida de excarcelación anticipada. Sin embargo, estas dudas pueden superarse en la práctica con el desarrollo de una estación adicional o audiencia especial, que se realizará inmediatamente después de la lectura del fallo, situación que no ha sido regulada ni en el Decreto Legislativo 1322 ni en su Reglamento, pero que tampoco ha sido considerada por el **Protocolo de Actuación Interinstitucional** aprobado por Resolución Ministerial N° 0163-2016-JUS del 11 de Julio de 2016. Cabe señalar que la alternativa sugerida no se contrapone a ninguna de aquellas normas y reglas y una opción similar se había asimilado en el ya derogado artículo 8° de la Ley 29499.

El artículo 5° del Decreto Legislativo 1322 precisa que la vigilancia electrónica personal es aplicable a los condenados a penas privativas de libertad efectivas y no superiores a ocho años. Además, como se había mencionado anteriormente, la vigilancia electrónica personal es una pena perfilada. Esto es, su acceso punitivo toma en cuenta determinadas categorías de condenados a quienes se identifica como sus beneficiarios prioritarios. En efecto en el numeral 5°.2 se otorga tal condición a:

- Personas mayores de 65 años
- Personas que padezcan enfermedad grave acreditada con pericia médica.

- Personas con discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento
- Mujeres gestantes
- Mujeres con hijos menores a tres años
- Madre o Padre que sean cabeza de familia con hijo menor de edad o con hijo o cónyugue que tenga discapacidad permanente y haya estado bajo su cuidado.

Sin embargo, se excluye expresamente de la aplicación de esta pena sustitutiva, a los condenados por aquellos delitos que se detallan en el literal "c" del artículo 5°, como los homicidios calificados, las lesiones graves, el secuestro, la trata de personas, los delitos contra la libertad sexual, extorsión, tráfico ilícito de drogas, organización criminal, terrorismo, corrupción, entre otros. Cabe destacar que en este listado no se han incluido los *delitos de robo.* Igualmente, no es procedente esta modalidad punitiva, según el literal "d" del citado artículo, para los condenados reincidentes, habituales o aquellos que fueron objeto de revocación de un beneficio penitenciario u otra medida alternativa a la pena privativa de la libertad como la reserva del fallo condenatorio, la suspensión de la ejecución de la pena, o la conversión de penas.

Conforme a los artículo 29°-A. 3 y 52° del Código Penal, el juez para convertir las penas privativas de libertad en penas de vigilancia electrónica personal debe observar la siguiente ecuación de equivalencias: *un día de pena privativa de libertad se convierte en un día de pena de vigilancia electrónica personal.* Es importante destacar que el citado artículo dispone que la conversión puede decretarla el juez *de oficio.*

Finalmente, cabe señalar que la aplicación de la pena de vigilancia electrónica personal mantiene como presupuesto de su imposición el consentimiento expreso del condenado y que la concesión de la conversión pertinente debe ir acompañada de reglas de conducta que fijará la autoridad jurisdiccional (*Cfr.* Artículo 8° al 10°). Asimismo, conforme al artículo 14°.2, su ejecución conlleva la instalación de los dispositivos electrónicos de control y monitoreo, cuyo valor, debe ser "sufragado integralmente" por el condenado. No obstante según lo estipulado en el artículo 14.3: "El Juez atendiendo los informes socioeconómicos del INPE podrá, excepcionalmente, eximir a los procesados o **condenados** total o parcialmente del pago de los costos…"

En el artículo 13° del Decreto Legislativo 1322 se regula todo lo concerniente al régimen de sanciones que generan las infracciones a las reglas de conducta, que impuso la autoridad judicial al condenado a quien se aplicó por conversión la pena de vigilancia electrónica personal. La norma citada contempla dos sanciones: **amonestación y revocación**. La primera de ellas está prevista para los casos donde se incumple una regla de conducta o cuando el INPE informa de una **alerta leve**, la segunda, en cambio, sólo se aplica cuando el condenado comete un nuevo delito doloso; se dicte en su contra prisión preventiva en otro proceso; infrinja de modo reiterado las reglas de conducta dispuestas; produzca un daño que inutiliza el dispositivo o servicio de monitoreo o control; o cuando el INPE reporte **una alerta grave o muy grave.** Ahora bien, la tipificación y naturaleza de **las alertas** se encuentran especificadas en el artículo 11° (Niveles de alerta) del Reglamento. En este mismo instrumento legal, el Capítulo III, que comprende únicamente al artículo 12°, detalla todo lo referente al procedimiento y ritos de la revocación judicial de la vigilancia electrónica personal. Al respecto, en el numeral 12°.3, se establece lo siguiente: "Determinada la revocatoria de la medida, procede a la diligencia de desinstalación del dispositivo electrónico y se ordena el internamiento en un establecimiento penitenciario". Pero, además, en el Capítulo IV del Reglamento se dispone que el condenado debe participar en los programas especiales de tratamiento en medio libre, que diseñe e implemente el INPE para coadyuvar a "su proceso de resocialización" (*Cfr.* Artículo 13°). Es más, en el artículo 14° se establece que el Juez debe incluir esta participación **como una regla de conducta obligatoria**, la cual, en un supuesto de incumplimiento puede determinar, según los casos, la revocatoria de la medida.

Sin embargo, hay un aspecto que no ha sido abordado de manera expresa o implícita ni por el Decreto Legislativo 1322 ni por su Reglamento. Se trata de la eficacia de la revocación sobre la pena privativa de libertad que fue convertida en vigilancia electrónica personal y que será objeto de una reconversión. En efecto, no se ha regulado si cabe considerar un descuento en la extensión de dicha pena, a partir del tiempo de aplicación cumplido con la pena de vigilancia electrónica personal hasta antes de la decisión judicial revocatoria. Sobre esta omisión legal, consideramos que al igual que lo regulado en los artículos 53° y 54° del Código Penal, el Juez competente deberá decretar un descuento en los mismos términos que se establecen en dichos

artículos para el caso de penas privativas de libertad que fueron convertidas en multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres. Esto es, que debe operar también para la pena de vigilancia electrónica personal revocada la denominada "regla del retorno". En tal sentido, el descuento se hará con la misma equivalencia que se usó al momento de la conversión: **un día de vigilancia electrónica personal cumplido hasta antes de la revocación descontará un día de la pena privativa de libertad inicialmente impuesta al condenado.**

Y para concluir este apartado sobre el castigo penal de la vigilancia electrónica personal es pertinente hacer mención al estado actual de su aplicación como piloto en el Distrito Judicial de Lima:

Al mes de diciembre de 2017 sólo se habían aplicado catorce dispositivos electrónicos de los treinta propuestos en el Plan Piloto original. La aplicación de los dispositivos electrónicos ha recaído siempre en personas que ya han estado cumpliendo la pena privativa de libertad que les fue impuesta. Esto es, la vigilancia electrónica personal en la actualidad viene operando sólo como una modalidad de excarcelación y no como medida alternativa al encarcelamiento. El valor mensual que los condenados deben abonar por el uso del dispositivo electrónico asciende a 750 soles, lo cual es considerado por los potenciales beneficiarios como excesivo. Se han detectado disfunciones en la tramitación y operatividad de las solicitudes por la administración penitenciaria. Y, entre enero y abril de 2018, se han dejado de formular pedidos para la aplicación de penas de vigilancia electrónica personal. Sin embargo, recientemente fuentes oficiales vienen anunciando nuevas estrategias para la expansión de su uso. Por consiguiente, cabe señalar, finalmente, que para el corto y mediano plazo el futuro de la pena de vigilancia electrónica personal en el Perú sigue siendo incierto y frustrante.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA DOSIMETRÍA DEL CASTIGO PENAL

1. LA FUNCIÓN COMUNICATIVA DEL CASTIGO PENAL

La dosimetría del castigo penal o determinación judicial de la pena constituye uno de los ejes temáticos más importantes y controvertidos de la política criminal y de la dogmática penal contemporáneas.

Tradicionalmente la discusión y los desarrollos de dicha temática se han venido promoviendo en base a la necesidad de construir y compatibilizar garantías contra la arbitrariedad, con las posibilidades reales de predecir, decidir, aplicar o controlar la imposición concreta de penas justas. Esto es, en el transcurso de los siglos, se ha debatido y legislado, siempre, procurando validar la autonomía y capacidad de la autoridad judicial para identificar e imponer racionalmente castigos penales; o intentando configurar la calidad y extensión probable de estos, a través de una normatividad legal especializada de estricto e insoslayable cumplimiento. Y, en ese proceso dialéctico, ha quedado en evidencia una inevitable y constante tensión histórica "entre legalismo y arbitrio judicial "(*Cfr.*, José Luis Díez Ripollés. *Derecho Penal Español. Parte General.* En Esquemas. 3ª Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011, pp. 699-701).

Uno de los estudios más detallados e integrales sobre la evolución de los modelos y prácticas que han servido para la dosimetría del castigo penal, es el realizado por Zysman Quirós, quien, además, ha ratificado la actualidad coyuntural de su problemática central: "En términos más o menos generales puede decirse que su problema principal consiste en investigar y establecer criterios coherentes y racionales para erradicar, reducir o, al menos, delimitar la discrecionalidad de las decisiones judiciales tomadas en códigos modernos que establecen ciertos casos de penas alternativas y, espe-

cíficamente, marcos penales relativamente flexibles, que permiten decidir la cantidad de un castigo en un arco de penas mínimas y máximas de privación de la libertad" (Diego Zysman Quirós. *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena.* Ediciones Didot. Buenos Aires. 2012, p. 27). En ese mismo sentido, autores vinculados a la experiencia anglosajona, como Kennedy, añaden también otras variables contemporáneas que tienen incidencia en los procesos decisorios de la penalidad, como lo es la utilización significativa en el contexto norteamericano, pero que ha trascendido también a los sistemas jurídicos euro continentales, de diferentes variantes de negociación punitiva que operan como competencias del Ministerio Público –como la conformidad o la colaboración eficaz– y que hoy debilitan, sustituyen o complementan el rol discrecional de la autoridad judicial en la decisión de los castigos penales. Según el autor citado: "Esas disparidades e inexactitudes a la hora de imponer sanciones son bien conocidas y han impulsado esfuerzos para reducir la discrecionalidad judicial a través de mecanismos como directrices para determinar la sanción y condenas mínimas obligatorias. **Los esfuerzos para reducir la discrecionalidad judicial, sin embargo, suelen servir para aumentar la preponderancia de la discrecionalidad del fiscal, dado que decisiones cruciales que antes tomaban los jueces se toman luego por los fiscales.** Las directrices federales acerca de la mitigación de las condenas, por ejemplo, pueden acarrear que los delincuentes que han cometido delitos graves pero pueden cooperar con los fiscales compartiendo información reciban condenas menores que delincuentes que han cometido delitos objetivamente menos graves pero que no tienen nada que ofrecer"(David M. Kennedy. *Disuasión y Prevención del Delito. Reconsiderando la Expectativa de pena.* Marcial Pons. Madrid. 2016, p. 103-104).

Ahora bien, otro componente que da especial trascendencia a la polémica y a los discursos actuales sobre la determinación de la pena, es su evidente **dimensión psicosocial**, la cual guarda relación directa con la notable utilidad comunicativa que ha adquirido el castigo penal y su aplicación institucional en la sociedad postmoderna. En efecto, como lo expone Cornelli: "Los rituales penales se construyen en torno a los sentimientos que pretenden ordenar: las audiencias se estructuran de modo tal de permitir representar y evocar emociones como el respeto a la ley y el odio al criminal que sirven para descargar elementos agresivos. Las instancias punitivas encuen-

tran un lugar para expresarse en las vistas judiciales y el juicio penal asume un rol simbólico central en la contención del miedo y en la afirmación del orden" (Roberto Cornelli. *Miedo, Criminalidad y Orden*. Editorial IB de f. Buenos Aires. 2012, p. 328). Por tanto, en un escenario como el presente, dominado por un abanico de teorías expresivas y neoretribucionistas sobre la pena, la justificación o consistencia de los diferentes enfoques y alternativas funcionales que aquellas proponen debe de pasar, necesariamente, por una evaluación empírica sobre el proceder práctico punitivo de los Tribunales, así como por la revisión de sus modelos operativos de producir cualitativa y cuantitativamente los castigos penales que se imponen a quienes han delinquido. De lo contrario, todos estos discursos tienden a perder interés y reducir sensiblemente su sentido y utilidad. En efecto, como advierte la doctrina, en la realidad postmoderna "es claro que más allá de las exigencias discursivas la justificación del castigo se hace cada vez más prescindible para la práctica diaria y el problema de la exacta magnitud penal que se decidirá cobra mayor relevancia. Probablemente por ello, el problema de la determinación de la pena y su acento en la racionalidad, se han ido independizando cada vez más del problema de la justificación del castigo que le daba sentido" (Diego Zysman Quirós. *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*. Ob. Cit., p. 382).

Es más, ese predominio de la influencia implícita o explícita de las teorías expresivas dirigidas, especialmente, a transmitir una voluntad estatal de mitigación de la indignación social frente al crimen colocan en la realidad actual a la dosimetría del castigo penal como un instrumento determinante para la comunicación colectiva de la utilidad material que este posee. Fundamentalmente, porque toda pena decidida judicialmente representa para la ciudadanía un mensaje político y objetivable de la verdadera dimensión e interés que el Estado le brinda a sus constantes demandas contra la inseguridad, el crimen organizado y la violencia que visualiza o experimenta en su acontecer cotidiano. Esto es, la pena judicialmente impuesta no sólo estabiliza y ratifica la vigencia de la norma como señalarían los funcionalistas radicales; o refleja el reconocimiento, sanción o prevención de todo riesgo o daño al bien jurídico que ocasiona el delito, como proclamarían los seguidores de un funcionalismo moderado; sino que, en el presente, el castigo penal impuesto y su masiva socialización mediática también constituyen correas subliminales de transmisión de los objetivos o prácticas de

gobernanza que aplica el Estado sobre los colectivos sociales indignados por la delincuencia y los riesgos de victimización que el entorno social en que viven les hace conocer y experimentar. Este efecto psicosocial de ejercen las manifestaciones concretas del castigo penal, por lo demás, colocan a la valoración de los intereses de las víctimas como un componente ineludible para todo proceso de determinación judicial de la pena. Lo cual, en gran medida, ya había sido apreciado desde inicios del presente siglo por la doctrina especializada. Por ejemplo, Hörnle había señalado al respecto: "Confiar en una perspectiva de la víctima clarifica cuestiones, y es, por lo tanto, importante en el descubrimiento de una precisa doctrina de determinación de la pena. Primero, el daño infligido por diferentes delitos puede ser valorado, no por percepciones intuitivas del injusto sino por examinar el impacto típico de un delito sobre la calidad de vida de la víctima. La segunda consecuencia importante de una perspectiva de la víctima es que esta provee un filtro crítico para otras circunstancias que rodean el hecho criminal. Al confiar sobre esta aproximación, uno puede ver cómo la manera del delincuente y los deberes del delincuente pueden influenciar el grado del injusto, mientras el estado organizacional del delincuente, condenas previas y 'energía criminal' no. Además, cualquier atribución parcial de culpa a la víctima se justifica estableciendo claramente las obligaciones de la víctima para proteger sus intereses" (Tatjana Hörnle. *Distribución de la Pena: El Papel de una Perspectiva de la Víctima*. En Victimología y Victimodogmática: Una Aproximación al Estudio de la Víctima en el Derecho Penal. ARA. Lima, 2003, p. 190). Cabe recordar que una particularidad de la legislación peruana sobre determinación judicial del castigo penal es considerar, justamente la obligación del juez de tener en cuenta "al momento de fundamentar y determinar la pena", "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad" (*Cfr.* Artículo 45°. C del Código Penal de 1991).

En definitiva, pues, el resultado punitivo que ofrece la justicia penal a través de las sentencias condenatorias que pronuncian sus jueces, ha adquirido también la misma importancia expresiva e interactiva de los modelos político criminales contemporáneos como el de "gobernar a través del delito". Lo cual valida plenamente la corrección de aquellas posiciones de los discursos penales contemporáneos en torno a que "las teorías expresivas subrayan

la función comunicativa de las sentencias penales" (Tatjana Hörnle. *Teorías de la Pena.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015, p. 33). Sobre esto último, en la reciente experiencia judicial peruana encontramos un claro ejemplo que demuestra esa eficacia comunicativa y psicosocial que ejercen en nuestro tiempo las decisiones de la judicatura penal. Nos referimos al contexto previo de incertidumbre y al desenlace mediático de distensión que siguieron a la publicación de la **Sentencia Plenaria Casatoria Nº 1-2017/CIJ-433**, en el marco de la crisis de desconfianza social sobre la aplicación de los castigos penales merecidos por actos de lavado de activos, que se suscitó cuando también se hizo pública la controvertida **Sentencia de Casación Nº 92-2017-Arequipa** que pretendía, además, constituirse en jurisprudencia de efectividad vinculante para todos los jueces del país (Ver noticias alusivas a esta crisis jurisprudencial en el diario El Comercio ediciones del 20 de septiembre de 2017. p. 8; del 10 de octubre de 2017. p. 6 y del 12 de octubre de 2017. p. 4)

2. MODELOS ACTUALES DE DOSIMETRÍA DEL CASTIGO PENAL

Ahora bien, han sido muchos los intentos y modelos jurídicos que a lo largo de los dos últimos siglos han procurado construir y aplicar un sistema de reglas y procedimientos para asegurar la aplicación judicial, idónea y razonada de castigos penales justos y justificados. En este dominio, los esfuerzos más constantes y decididos se han ubicado en diferentes coordenadas geográficas y han obedecido también a distintas concepciones teóricas o culturales sobre el control penal de la sociedad. Es así que, por ejemplo, en el entorno anglosajón han predominado modelos de orientación retribucionista o disuasiva; que, sin embargo, no siempre han resultado compatibles, explicables o asimilables, a los tradicionales esquemas euro continentales basados en reglas sobre culpabilidad, amplia discrecionalidad judicial o fines preventivos generales o especiales (*Cfr.* David M. Kennedy. *Disuasión y Prevención del Delito. Reconsiderando la Expectativa de Pena.* Marcial Pons. Madrid. 2016, pp. 35 y ss.; Claus Roxin. *Culpabilidad y prevención.* Instituto Editorial Reus. Madrid. 1981, pp. 93 y ss.).

Resulta, pues, una tarea indagatoria difícil a la vez que, quizás, dogmáticamente poco trascendente, el intentar indicar o siquiera insinuar, aproximativamente, cuáles serían, en el amplio escenario del derecho penal comparado del siglo XXI, los modelos más técnicos o caracterizados de

la regulación actual de la dosimetría del castigo penal. Asimismo, tampoco aportaría mucho el pretender asignar un predominio o una mayor o menor consistencia teórica a cualquiera de ellos.

Al parecer, lo que en verdad interesa en el presente es medir su utilidad y operatividad concreta. Esto es, su real eficiencia y eficacia para ayudar a los jueces y tribunales a decidir penas justas en los casos penales que resuelven. Y también frente a esta problemática, fundamentalmente de naturaleza empírica, resultan ser muy esclarecedores los hallazgos históricos y balances críticos que ha formulada Zysman Quirós, luego de revisar las características y soportes teóricos que han marcado la evolución de los principales sistemas legales sobre determinación judicial de la pena, que se han conocido y aplicado entre los siglos XIII y XX en Europa, América del Norte y también en Latinoamérica (Diego Zysman Quirós. *Sociología del Castigo. Genealogía de la Determinación de la Pena*. Ob. Cit. p. 57). Al respecto, una de las más importantes conclusiones a la que arriba el citado autor, tiene relación directa con el estado de cosas en nuestra región y por tanto nos concierne de modo prevalente. Se trata de la denuncia que aquél plantea sobre la falta de un interés, siquiera mediato, para promover un proceso de armonización legislativa o dogmática de las cuestiones esenciales que atañen a la dosimetría del castigo penal. Lo cual en un contexto de globalización de la criminalidad e integración geopolítica de las estrategias de cooperación internacional en materia penal, resultan ser cada vez más necesarias insoslayables.

Además, estas denuncias van acompañadas de un severo cuestionamiento a la actitud pasiva de los especialistas que prefieren optar por una recepción acrítica o amainada de los postulados y premisas teóricas que sobre la determinación de la pena se han enunciado en realidades foráneas muy alejadas o diferentes del actual entorno social que predomina en la mayoría de países hispanoamericanos. Sobre todo ello se ha sostenido: "Por todas estas razones es fácil comprender que en la heterogénea América Latina aún pueda debatirse- más allá de las diferencias entre sus legislaciones y muchas veces, sin una clara conciencia de los discursos penales en los que participa- entre la vocación de profundizar la corrección y la individualización del castigo propuesta por el discurso criminológico positivista (nunca enteramente satisfecho), que proviene del proyecto penal de inicios del siglo XX y una búsqueda mucho más reciente y técnica en favor de la racionalización judicial del castigo, especialmente preocupada por la falta de sistematicidad

y profundidad teórica del derecho penal en este ámbito, y en consecuencia, la necesidad de coherencia, previsibilidad y debida fundamentación" (ídem., pp. 370-371).

Lo antes expuesto, por lo demás, ayuda a comprender y explicar mejor el fracaso práctico y la insatisfacción social que suelen provocar en la experiencia histórica de nuestros países, los ejercicios legales, teóricos y prácticos sobre la medición de la pena. Por ejemplo, publicaciones recientemente editadas en el Perú sobre los modelos y discursos que en torno a la determinación de la pena, se aplican en varios países de Iberoamérica, ofrecen una clara muestra de esa polivalente heterogeneidad en el tratamiento de un mismo problema jurídico y social sobre el sentido y utilización judicial del castigo penal (*Cfr.* Víctor Prado Saldarriaga - Eduardo Demetrio Crespo-Fernando Velásquez Velásquez - Alex van Weezel-Jaime Couso. *Determinación de la Pena*. Instituto Pacífico. Lima.2015, p. 15 y ss.). Asimismo, en otras obras se detecta también esa negativa tendencia a asimilar o procurar adaptar conceptos y valoraciones propias de modelos notoriamente distintos como el alemán para, luego, pretender hacerlos calzar en la explicación teórica de regulaciones legales sobre la dosimetría del castigo penal renovadoras y diferentes, como la que actualmente existe en el derecho penal peruano (*Cfr.* Ciro J. Cancho Espinal. *El* quantum *del dolor de la pena e imputación penal.* Elaboración Científica y Revisión Jurisprudencial. Editores del Centro. Lima. 2017, pp. 61 y ss.).

Por consiguiente resulta pertinente hacer una breve y puntual referencia, a aquellos modelos de determinación judicial de la pena que pueden estimarse como los más representativos entre las tendencias normativas vigentes. Lo cual, además, permitirá marcar sus evidentes diferencias con el adoptado por la legislación peruana a partir de la promulgación de la Ley 30076 de 2013. Esto último se torna importante, como instrumento de neutralización de las frecuentes distorsiones en que incurren los juristas en nuestro medio, cuando de modo forzado tratan de sustentar sus propuestas hermenéuticas en soportes de literatura foránea inadecuada; reiterando, así, un inveterado defecto ideológico que poco ayuda al esclarecimiento dogmático o práctico de las normas e instituciones penales nacionales.

A continuación, pues, presentaremos algunas características fundamentales de los sistemas de medición de la pena alemán, español y colombiano.

2.1. El modelo alemán: culpabilidad y amplio arbitrio judicial

En el derecho penal alemán los principios y reglas que rigen la medición de la pena (*Die Strafzumessung*) se encuentran contenidos en el artículo 46° del Código Penal (*Strafgesetzbuch*). Esta disposición fue introducida por la Segunda Ley para la Reforma del Derecho Penal del 4 de julio de 1969 y entró en vigencia el 1 de enero de 1975.Su redacción original no ha sufrido transformaciones relevantes y registra un escueto texto bajo la sumilla de *principios fundamentales de la medición de la pena* (*Grundsätze der Strafzumessung*):

> (1) La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la medición de la pena. También deberán tomarse en consideración los efectos que son de esperar de la pena sobre la vida futura del autor en la sociedad.
>
> (2) En la medición ponderara el Tribunal recíprocamente las circunstancias favorables y desfavorables del autor. Se tendrán en cuenta especialmente:
>
> Los móviles y la finalidad del autor.
>
> La intención que se manifiesta en el hecho y la voluntad aplicada a su comisión.
>
> La medida del incumplimiento del deber.
>
> El modo de ejecución y el efecto culpable del hecho.
>
> La vida anterior del autor, su situación personal y económica.
>
> Su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño.
>
> (3) No se tomarán en consideración las circunstancias que configuren elementos del tipo legal.

Sistemáticamente, la norma alemana permite distinguir dos componentes esenciales. El primero de carácter teórico y valorativo que busca radicar la legitimación de la medición de la pena en su compatibilidad con la culpabilidad del autor y los fines preventivos que el castigo penal puede realizar en él. Y, el segundo, que corresponde al señalamiento de un esquema operativo basado en la ponderación de circunstancias genéricas a las que se denomina las *causas reales de la determinación de la pena*. Sin embargo, como aclara González Cussac, el modelo alemán de regular las circunstancias y los efectos de las mismas difiere notablemente de aquellos que utilizan otros sistemas jurídicos europeos como el español o el italiano lo que dificulta su asimilación a las clasificaciones tradicionales (*Cfr.* José González Cussac. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.* Universidad de Valencia. Valencia. 1988, p. 47).

Por consiguiente, se identifica, en los contenidos del citado artículo 46°, un modelo de arbitrio judicial mínimamente reglado y al cual se ha pretendido adscribir en la doctrina y en la jurisprudencia, explicaciones teóricas complejas y de escasa utilidad práctica como las teorías de la pena exacta o puntual; la del margen de libertad o ámbito de juego; y la del valor del empleo (*Cfr.* Claus Roxin. Prevención y Determinación de la Pena. En Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Instituto Editorial Reus. S.A. Madrid. 1981, p. 115- 145).Siendo BRUNS el más caracterizado analista de sus desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales (*Cfr.* Hans-Jürgen Bruns. Das Recht der Strafzumessung: Eine Systematissche Dastellung für die Praxis.2. Neubearbeitete und Erweiterte Auflage. Carl Heymanns Verlag K.G. Köln. Berlin - Bonn - München. 1985, p. 43 y ss.).

Cabe señalar que los, antecedentes del artículo 46 el Código Penal alemán, se remontan al Proyecto de Código Penal de 1962 y a los trabajos preparatorios de la Gran Comisión de Reforma del Derecho Penal de 1954. Al respecto, en la Exposición de Motivos de dicho Proyecto, se trató de precisar el alcance de sus principios rectores en los términos siguientes: "El Proyecto no entiende que el sentido de la pena repose únicamente en que ella iguale la culpa del autor. Ella tiene también el sentido general de probar y confirmar el orden jurídico. Además, sirve a determinados fines de política criminal, en primer lugar, el prevenir futuros delitos". De esta manera quedaba confirmada una vocación legislativa poco orientada a los efectos prácticos e inmediatos del quehacer jurisdiccional, y más bien dominada por una ideología cercana a las **teorías de la unión**. En ese sentido, como destaca ESPINOLA, al proceso reformista le preocupó más declarar que la pena "comprende fines de prevención general y especial, pero, esencialmente, debe entenderse como compensación de la culpa", antes que construir una herramienta de fácil manejo para la judicatura penal (Julio César Espinola. Código Penal Alemán. Ediciones Despalma. Buenos Aires. 1976, p. 94-96). Lamentablemente, desde ese enfoque y precedente se aportó una notoria ambigüedad de origen a la praxis de medición de la pena que en el devenir del tiempo sólo ha fortalecido el predominio de un amplio arbitrio judicial. El cual, por lo demás, no ha podido ser regulado y orientado racionalmente por la doctrina y la jurisprudencia, generándose, más bien, un proceder práctico en la judicatura penal poco predecible y heterogéneo al momento de construir la decisión del castigo penal en un caso concreto. Este desenlace histórico resultó

ser muy diferente de aquel esperanzado que trataba de visionar JESCHECK, cuando realizó sus primeros comentarios sobre las reformas introducidas por el artículo 46°: "Todavía no sabemos qué influencia tendrán en la práctica la unión del principio de culpabilidad, la referencia al fin preventivo y la nómina de las circunstancias que el juez debe tener en cuenta cuando gradúa la pena. Por lo menos, la nueva reglamentación hará conocer a los tribunales el carácter múltiple del procedimiento relativo al castigo y de esta manera se pasará de una graduación de la pena basada en los sentimientos a una graduación racional de la pena" (Hans-Heinrich Jescheck. Reforma del derecho Penal en Alemania. Parte General. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1976, p. 74).

En efecto, pese a los fatigados esfuerzos de la más calificada doctrina, no puede estimarse el sistema alemán como exitoso en el contexto de la realidad operativa de los Tribunales.

La discusión abstracta acerca de la conciliación de los indicadores de la culpabilidad y de los fines de prevención no ha alcanzado una explicación satisfactoria sobre el sentido y límites del párrafo primero del artículo 46. Asimismo, el desarrollo jurisprudencial o el cuestionado control casatorio sobre la operatividad eficiente de las circunstancias contenidas en el párrafo segundo del mismo dispositivo legal tampoco han aportado resultados convincentes y útiles para el quehacer jurisdiccional. Basta, pues, con revisar los discursos elaborados en torno al artículo 46° por autores destacados como JESCHECK-WEIGEND (*Cfr.* Tratado de Derecho Penal. Volumen II. Instituto Pacífico. Lima. 2014, p. 1306-1315); SCHÖNKE-SHRÖEDER (*Cfr.* Strafgesetzbuch Komentar. 18 Neubearbeitete Auflage. C.H. Becksche Verlagsbuchhandlug. München. 1976, p. 518-534); MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (*Cfr.*Strafrecht Allgemeiner Teil. 8. Auflage. Teilband 2.C.F.Müller. Heildelberg. 2014, p .773-836) o ROXIN (Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Instituto Editorial Reus. S.A. Madrid. 1981, p. 93- 145), para advertir todas estas limitaciones e inconvenientes del modelo alemán de medición de la pena. Por lo demás, no son pocos los que han demandado la necesidad de reformular el modelo o sustituirlo por otro que haga más viable la predictibilidad y racionalidad del castigo penal en las decisiones judiciales. Al respecto, son relevantes los cuestionamientos formulados por HASSEMER (*Cfr.* Winfried Hassemer. Fundamentos del Derecho Penal. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona. 1984, p. 127-144), quien,

incluso, llega a sostener con aguda ironía que la determinación de la pena en la experiencia teórica y práctica alemana requiere de una necesaria vaguedad para poder mejorar: "El sistema del Derecho penal parece adolecer de una cierta necesidad de vaguedad en sus criterios de decisión (que en la actualidad se satisface en buena medida con la dogmática de la determinación de la pena). El sistema, seguirá funcionando siempre y cuando la falta de precisión del ámbito de determinación de la pena siga siendo objeto de agrias críticas y no de una transformación. Tan pronto como se produjere esto último y desaparecieren las razones de la crítica, la mencionada necesidad de vaguedad tendería a satisfacerse en el terreno, hoy seguro, de la determinación de la punibilidad, haciendo surgir el peligro de que se diluyan los hasta el momento precisos criterios de decisión" (Ídem., p. 140). Sin embargo, más severas son las observaciones planteadas por otros juristas contemporáneos como HÖRNLE (*Cfr.*Tatjana Hörnle. La Concepción Anticuada de la Culpabilidad en la Jurisprudencia y Doctrina Tradicionales de la Medición de la Pena. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LIV. 2001, p. 402-429), quien, de modo especial, critica la función rectora que en la medición de la pena se suele conceder, sobre todo en la jurisprudencia, a una vetusta culpabilidad personalizada y basada en el carácter o la conducción de vida del autor. Algo que, por lo demás, resulta bastante notorio cuando se repasa el catálogo de circunstancias "o factores de medición de la pena" contemplados en el párrafo segundo del artículo 46°. Cuando, en realidad, según su enfoque, la medición de la pena suele ser menos conflictiva y difusa si se le hace girar de modo preeminente en razón "al injusto del hecho". En ese sentido la autora citada en una de sus principales conclusiones sostiene lo siguiente:" En el fondo, el concepto de culpabilidad en la medición de la pena es superfluo, aunque pertenezca a la nomenclatura usual; lo mismo cabe decir de la expresión «pena adecuada a la culpabilidad». Así podrían evitarse las confusiones y vaguedades que surgen de que es poco o menos que imposible una medición de la pena basada en la cuantificación de la culpabilidad que sea racional o intersubjetivamente comprobable" (Ídem., p. 424).

Teniendo en cuenta todas estas disfunciones del actual modelo de medición de la pena alemán, así como la escasa consistencia y utilidad de sus teorías explicativas y prácticas, preocupa seriamente que autores nacionales como CANCHO ESPINAL pretendan adecuar las confusas tesis de culpabilidad o de la posibilidad de una "pena puntual", como la base del siste-

ma de dosimetría penal que ha introducido en el Código Penal peruano la Ley 30076, con reformas trascendentes como la regulación de un esquema operativo en el artículo 45°-A y la inclusión de catálogos circunstanciales legalmente ponderados y definidos en el artículo 46°. Dicho autor, además, llega a señalar con convicción lo siguiente: "La única teoría de la determinación de la pena, conforme planteamos inicialmente, que se compagina con el método de los tercios es la **teoría de la pena puntual**, y ésta a su vez entra en sintonía con la teoría retributiva de la pena que defendemos. Entre otros, los artículos 45-A y 46 del CP proporcionan las reglas para alcanzar la pena puntual" (Ciro J. Cancho Espinal. El Quantum del Dolor de la Pena e Imputación Penal. Ob. Cit., p. 70-71). Al margen del origen legal distinto del modelo peruano de determinación judicial de la pena, que lo aleja notoriamente de toda influencia germana, cabe, por tanto, rechazar tan osada opción hermenéutica, para ello, tal vez, resulta suficiente y pertinente recordar el contundente comentario que formulara ROXIN, para descalificar la utilidad de la teoría de la pena puntual o exacta (*Punkstrafetheorie*): "No es que exista una magnitud penal que se corresponda con exactitud al grado de culpabilidad y que por nuestras limitaciones, no podamos verla con claridad; **sino que una tal magnitud no existe en absoluto**" (Claus Roxin. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Ob. Cit., p. 96). Asimismo, corresponde también aclarar al aludido comentarista peruano, la gentil mención que hace a una de mis publicaciones precedentes sobre la materia donde insinúa que he tratado de perfilarme como adscrito a la "teoría del espacio de juego" (*Spielraumtheorie*), lo cual es totalmente errado (*Cfr.* Ciro J. Cancho Espinal. El Quantum del Dolor de la Pena e Imputación Penal. Ob. Cit., p. 69-70). En efecto, mis referencias a dicha teoría plantearon más bien todo lo contrario, ya que critiqué el fallido intento de aquella explicación teórica construida por la jurisprudencia alemana, a la que, además, considero amainada y "ambivalente" (*Cfr.* Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios. Idemsa. Lima. 2010, p. 30 y 31). Es más, en otra publicación, de más reciente data, al parecer no consultada por el mencionado jurista, ya había formulado un severo cuestionamiento a los intentos de CARO CORIA y ahora del propio CANCHO ESPINAL, por promover un "traslado de los complejos y aún no esclarecidos criterios de la dogmática alemana, sumamente documentados, pero totalmente ajenos a las fórmulas y estructuras de la normativa nacional,

incrementando más bien la nebulosa teórica y práctica sobre esta materia" (*Cfr.* Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal. Idemsa. Lima. 2016, p. 177).

2.2. El modelo español: escalas, grados y limitado arbitrio judicial

Actualmente en el derecho penal español el sistema legal de determinación de la pena está contenido en el Capítulo II, del Título III, del Libro Primero del Código Penal de 1995. En dicho apartado bajo la sumilla general **"De la Aplicación de la Pena"**, se han regulado dos secciones. La primera que abarca los artículos 61° a 72° comprende las "Reglas generales para la aplicación de las penas". Y, la segunda, que incluye a los artículos 73°a 79° está dedicada a las "Reglas especiales para la aplicación de la pena".

Por considerarse la norma rectora del mencionado sistema legal, nos limitaremos a transcribir el contenido del artículo 66°:

> **1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:**
>
> **1ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.**
>
> **2ª Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.**
>
> **3ª Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.**
>
> **4ª Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.**
>
> **5ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.**
>
> **A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.**

> **6ª Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.**
>
> **7ª Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.**
>
> **8ª Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.**
>
> **2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.**

Lo primero, pues, que demanda atención en el diseño español de la dosimetría del castigo penal, es su amplitud normativa, la cual, por ejemplo, se expresa en la configuración de diecinueve artículos para legislar sobre dicha materia. Sin embargo, cabe señalar que esta notable extensión legislativa ha sido siempre una característica representativa del modelo ibérico de regular lo concerniente al proceder judicial para decidir la pena aplicable al autor o partícipe de un hecho punible. Este rasgo tradicional, además, lo ha adscrito de modo constante a un patrón bastante detallado y exhaustivo de reglas de relativa complejidad práctica, propia de los enfoques con predominio legalista de medición de la pena y escaso arbitrio judicial. Como destaca DÍEZ RIPOLLÉS el ordenamiento penal español "ha estado siempre más cercano al legalismo que al arbitrio judicial" (José Luis Díez Ripollés. Derecho Penal Español. Parte General en Esquemas. Tirant Lo Blanch. 3ª Edición.Valencia. 2011, p. 701). Al respecto, resultan gráficas y elocuentes las referencias históricas que formulan sobre esta predilección normativa autores españoles clásicos que se ocuparon de esta materia como CUELLO CALÓN, quien en su época, parafraseando a SILVELA, otro comentarista histórico de la legislación penal hispana, describía en los siguientes términos el singular sistema de escalas graduales que debían de gobernar el proceder de los jueces para elegir cualitativa y cuantitativamente la pena aplicable en cada caso: "Cada pena....viene a constituir en el pensamiento del legislador lo que pudiera llamarse un escalón, desde el cual se sube al inmediatamente superior, o desde el que se desciende a los que están abajo; los peldaños o escalones no están tampoco colocados entre sí a distancias arbitrarias, sino, por el contrario, a

distancias iguales o proporcionadas. Suponiendo un valor determinado a cada uno de los sufrimientos o privaciones que constituyen cada una de la penas comprendidas dentro de una escala, existe tanta diferencia entre la que figura en la cabeza con el número 1. y la que lleva el número 2., como entre esta y la señalada con el número 3. y así sucesivamente" (Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Novena Edición. Reimpresión. Editora Nacional. México. 1973, p. 607).

Ahora bien, en el Código Penal vigente de 1995, el modelo ibérico ha conservado, con las modificaciones correspondientes, esa misma orientación legislativa, tal como se aprecia en las reformas legales producidas, así como en los discursos explicativos y la jurisprudencia contemporáneos sobre esta temática. De modo especial, cabe destacar el interés de los juristas españoles por elaborar esquemas operativos que ayuden a la judicatura penal a aplicar de manera debida las normas legales correspondientes. En esa línea didáctica, por ejemplo, son importantes los aportes formulados, entre otros, por LLORCA ORTEGA (*Cfr.* José LLorca Ortega. Manual de Determinación de la Pena Conforme al Código Penal de 1995. 4ª Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. 116, p. 33 y ss.) y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE (*Cfr.* Eduardo Ruíz de Erenchun Arteche. Sistema de Penas, Reglas de Determinación de la Pena y Suspensión de la Ejecución de la Pena. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra. 2017, p. 103 y ss.). Sin embargo, también es de mencionar el frecuente y notorio interés de otros especialistas, por procurar, más bien, amoldar las evidentes particularidades de las reglas y procedimientos vigentes en España para la determinación judicial de la pena, a las teorías, categorías, corrientes y metodologías que en torno a esta materia se han construido y debatido en el derecho penal alemán. Una muestra de esta tendencia académica se observa en relevantes monografías como las elaborada por DEMETRIO CRESPO (*Cfr.* Eduardo Demetrio Crespo. Prevención General e Individualización Judicial de la Pena. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 1999, p. 133 y ss.) o BESIO HERNÁNDEZ (*Cfr.* Martín Besio Hernández. Los Criterios Legales y Judiciales de Individualización de la Pena. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011, p. 207 y ss.).

Una breve y adecuada descripción del estilo español de regular la dosimetría del castigo penal, es la que ofrece LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en los términos siguientes: "El sistema del Código se proyecta en el establecimiento de marcos penales y de reglas para la averiguación de estos marcos

penales, así como para la determinación concreta de la pena, dentro de la extensión abarcada por dichos marcos. El sistema que, con carácter general, va a seguir el Código para determinar la pena concreta que debe ser impuesta, es de carácter *intermedio*, aunque el margen de apreciación judicial, en numerosas ocasiones resulta en exceso reducido, no obstante, también existen casos en los que permite un amplio arbitrio judicial" (Jacobo López Barja de Quiroga. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Aranzadi S.A. Navarra. 2010, p. 1302). Cabe señalar también, que en torno a la aplicación judicial de las reglas españolas de determinación de la pena, se ha producido un nutrido control casacional desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en lo concerniente a la debida motivación del resultado punitivo. Al respecto RAMOS TAPIA ha señalado lo siguiente: "Como en cualquier recurso de casación, lo que se discute aquí es si el órgano judicial ha valorado correctamente desde el punto de vista jurídico (en este caso, desde el punto de vista de los criterios legales de individualización de la pena) los hechos declarados ciertos en los antecedentes fácticos de la sentencia"(María Inmaculada Ramos Tapia. El Control del Arbitrio Judicial en la Individualización de la Pena. Cuadernos de Política Criminal Nº 69. 1999, p. 619).

Ahora bien, a pesar de la notoria influencia española que tuvieron las normas sobre determinación judicial de la pena que contenía el Código penal peruano de 1863 (*Cfr.* Sección Quinta. De la Aplicación de las Penas. Artículos 41° a 61°), el modelo ibérico fue abandonado desde el Código Penal de 1924 que prefirió optar por el sistema de amplio arbitrio judicial (*Cfr.* Título V. Aplicación Judicial de la Pena Artículos 50° y 51°) que también habían acogido otros códigos penales de la época como el argentino de 1921. No obstante, en la actualidad las reglas de medición de la pena que introdujo el año 2013 la Ley 30076 en el Código Penal peruano de 1191, a través de las innovaciones y reformas de los artículos 45°-A y 46°, adoptaron una estructura y orientación muy diferentes que las alejan y distinguen plenamente de todos estos precedentes legislativos. Por tal razón, también nos inquieta el que un importante sector de la doctrina nacional, que se ha ocupado de aquellas, haya intentado su explicación dogmática extrapolando acríticamente comentarios y razonamientos emitidos por la doctrina española, sin tener en cuenta las notables diferencias entre ambos sistemas jurídicos y estilos de regular la individualización de los castigos penales. Esta extendida disfunción académica, se observa, por ejemplo, en la propuesta que hace

MENDOZA AYMA, sobre la aplicación de las reglas españolas de compensación de circunstancias agravantes y atenuantes, admitiendo un efecto de exclusión de la eficacia entre las circunstancias concurrentes, lo cual no es asimilable para la legislación peruana, que, además, no tiene normas legales al respecto (*Cfr.* Francisco Celis Mendoza Ayma. Presupuesto Acusatorio, Determinación e Individualización de la Pena, Proceso Penal. La Medida del Dolor. Jurista Editores. Lima. 2015, p. 115). Cabe agregar, también, que dicho planteamiento ha sido ya descartado por la jurisprudencia vinculante nacional que, en sentido contrario a la ibérica, reconoce plena operatividad a los efectos punitivos de todas las circunstancias concurrentes que sean compatibles entre sí (*Cfr.* Acuerdo Plenario 2-2010/CJ-116 del 10 de noviembre de 2010, Fundamentos 9° al 11°).

2.3. El modelo colombiano: cuartos y reglado arbitrio judicial

Las normas colombianas sobre la dosificación de los castigos penales se encuentran reunidas en el Capítulo Segundo, del Título IV, del Libro Primero del Código Penal de 2000, entre los artículos 54° a 62°, bajo la siguiente denominación: **"De los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad".** En su articulado destacan tres clases de disposiciones legales. En primer lugar, están los artículos 55° a 58° que contienen el registro de las "Circunstancias de menor punibilidad" (atenuantes) y las "Circunstancias de mayor punibilidad" (agravantes). Luego, se precisan en el artículo 60° los "Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables". Y, finalmente, en el artículo 61° se registran los "Fundamentos para la individualización de la pena". Ahora bien, por su importancia para identificar el procedimiento que debe seguir el órgano judicial, para decidir la imposición de una pena al autor o partícipe culpables de un delito, se transcriben a continuación las dos últimas normas mencionadas.

> Artículo 60°. Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables
>
> Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:
>
> 1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.

2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.
3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.
4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.
5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

Artículo 61°. Fundamentos para la individualización de la pena

Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.

Si bien varias de las normas que actualmente rigen lo concerniente a la determinación de la pena en el derecho penal colombiano ya habían sido consideradas en el derogado Código Penal de 1980, especialmente las que tratan de los catálogos de circunstancias de atenuación o agravación punitiva (*Cfr.* Artículos 64° y 66°), el legislador optó por reformular todo lo relacionado con el esquema operativo que debían seguir los jueces para medir y decidir una pena concreta. En efecto, se abandonó el modelo de amplio arbitrio judicial que preexistía en la legislación precedente del país norteño (*Cfr.* Artículo 61° Criterios para fijar la pena) para sustituirlo por un inédito esquema operativo en base a reglas y circunstancias que delimitan el ámbito

de punibilidad en cuatro segmentos o "cuartos" dentro de los cuales se confina la acción y decisión del "sentenciador" en función del tipo y número de circunstancias concurrentes en el caso. Sin embargo, una vez identificado el cuarto que corresponde utilizar el juez queda autorizado a recorrerlo discrecionalmente, bajo los siguientes criterios de valoración: "la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto". Cabe añadir que toda esta actividad es colocada bajo un principio - garantía, que exige la justificación razonada del procedimiento aplicado y del resultado punitivo obtenido. Lo cual es demandado expresamente por el artículo 59°, el cual dispone: **"Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena".**

La doctrina colombiana más caracterizada en este dominio ha sido registrada por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, quien luego de señalar diversas omisiones e incongruencias en el modelo colombiano de medición de la pena, concluye señalando lo siguiente: "la fórmula adoptada por el Código Penal de 2000 se puede inscribir en el marco de las que se clasifican como mixtas, aunque al abundar en criterios dosimétricos posibilita plurales interpretaciones y múltiples discusiones; así mismo, de otra parte, al introducir el sistema de los cuartos, vuelve al viejo modelo español- contemplado también en los Códigos Penales de 1837 y 1890- de los grados, todo lo cual desemboca en una verdadera aritmética de las penas cuando de las causales de los arts. 55 y 58 se trata, lo que demuestra una gran desconfianza hacia la tarea judicial la cual se quiere delimitar al máximo" (Fernando Velásquez Velásquez. La Determinación de la Sanción Penal. En AA.VV. Determinación Judicial de la Pena. Instituto Pacifico. Lima. 2015, p. 208). Sin embargo, en la literatura dedicada a la misma materia, otros comentaristas colombianos han recibido con mayor optimismo el modelo trazado por el Código de 2000. Ese ha sido el caso de PÉREZ BEDOYA y PINZÓN PINZÓN, quienes han aportado interesantes reflexiones teóricas, así como útiles reglas operativas para dar una mejor viabilidad al trabajo de los jueces penales (*Cfr.* Orlando de Jesús Pérez Bedoya. Manual para la Dosificación 'de la Pena. Editorial Universidad Santiago de Cali. Cali. 2008; Javier Pinzón Pinzón. Individualización de las Penas Privativas de la Libertad. Editorial Ediciones

Librería del Profesional. Bogotá. 2002). En esa misma orientación, AGUILERA ha explicado con detalle y claros ejemplos el iter que debe recorrer la autoridad judicial en cada uno de los supuestos que norman la medición de la pena (*Cfr.* Gustavo Aguilera B. La Determinación Judicial de la Pena Privativa de la Libertad en la Ley 599 de 2000: Un Estudio Dogmático de los Postulados Jurídicos Contenidos en los Artículos 31, 55, 58, 60, 61 y 269 del Código Penal Colombiano. Revista de Derecho Principia Iuris Nº 16. Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. 2011. Julio-Diciembre. 331-376). Al respecto, este mismo autor ha destacado el objetivo esencial del "sistema de cuartos" en los términos siguientes: "Los redactores del Código Penal vigente, además de otros mecanismos, idearon un sistema de "cuartos" para que de conformidad con ciertos parámetros legales, fuera seleccionado uno de estos y sólo dentro de sus límites-ámbito punitivo de movilidad- pudiera "moverse" el juzgador para imponer la sanción correspondiente. Con esta consigna se limitó sustancialmente el arbitrio y subjetividad generados por el Decreto 100 de 1980 - Código Penal anterior-, pues en esa legislación el ámbito de movilidad se circunscribía a todo el marco punitivo y no a una fracción determinada, lo que sin duda generaba descontrol y arbitrariedad en el ejercicio de dosificación" (Idem., p. 350).

Ahora bien, el modelo colombiano es de particular importancia para las normas vigentes sobre determinación judicial de la pena en el derecho penal nacional, ya que constituye su fuente legal más influyente. Efectivamente, el legislador nacional asimiló sus principales reglas y procedimientos en el Anteproyecto de Ley de Código Penal-Parte General que elaboró la Comisión Especial Revisora creada por Ley 27837. Este documento prelegislativo publicado en abril de 2004, evidenció la influencia colombiana a través de los artículos referidos a las circunstancias de atenuación (Artículo 46°); a las circunstancias de agravación (Artículo 47°); y al ámbito de movilidad de la individualización de la pena (Artículo 49°).Sin embargo, en su Exposición de Motivos no se hizo ninguna alusión a tan significativo modelo extranjero ni a sus características operativas (*Cfr.* Alcides Chamorro Balbín. Anteproyecto de Ley del Código Penal. Parte General. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima. 2004, p. 36-38). Además, en el Código Penal Militar Policial promulgado mediante el Decreto Legislativo 1094 en setiembre de 2010, también se siguió la misma fuente colombiana en sus artículos alusivos a la motivación del proceso de individualización de la pena (Artículo 30°); a los

parámetros y fundamentos para la individualización de la pena. No obstante, en anteproyectos posteriores como el de 2008-2010 y en las reformas que introdujo en el Código Penal de 1991 Ley 30076, la impronta colombiana se fue relativizando en lo concerniente a las reglas de individualización de la pena, que optaron por un esquema operativo de **"tercios"** (*Cfr.* Anteproyecto de 2008-2010, artículo 44° y Código Penal de 1991, artículo 45°-A); aunque aquella se preservó de modo notorio en la regulación de los catálogos de circunstancias de atenuación y agravación (*Cfr.* Anteproyecto de 2008-2010, artículos 45° y 46°; Código Penal de 1991, artículo 46°). Cabe señalar que en sus orígenes el modelo colombiano fue concebido como un **sistema de tercios.** Al respecto un pasaje de la Exposición de Motivos del Proyecto que antecedió al Código Penal de 2000 daba cuenta de esa intención: "Se exige que, en el momento de dictar sentencia, se haga una fundamentación explícita sobre los motivos de su determinación cualitativa y cuantitativa, tanto para las penas principales como para las accesorias. Se sientan reglas para el manejo de las circunstancias agravantes y atenuantes, dividiéndose el ámbito de movilidad punitiva **en tercios, correspondiendo el primero a la situación en que sólo se presentan circunstancias atenuantes; el segundo cuando se presentan estas y agravantes y el último sólo para agravantes.** Con ello se pretende reducir al máximo las facultades discrecionales en tal materia, haciendo de este proceso una tabulación mucho más objetiva, equitativa e igualitaria en la aplicación de la pena" Citado por Gustavo Aguilera B. La Determinación Judicial de la Pena Privativa de la Libertad en la Ley 599 de 2000. Ob. Cit., p. 350). Es pertinente señalar que esas mismas razones de predictibilidad y control del resultado punitivo, fueron las que impulsaron las reformas que aportó a nuestras normas de dosimetría penal la Ley 30076.

Lamentablemente, entre los juristas peruanos que han abordado la problemática de las reglas nacionales sobre medición de la pena, el interés por conocer los desarrollos teóricos y prácticos producidos en torno a la aludida fuente legal extranjera, para, en base a ellos, sustentar mejor sus propuestas hermenéuticas y de aplicación es todavía muy escaso. Esto es, se ignora y desaprovecha un indispensable soporte teórico y práctico que brindaría útil información empírica para el análisis adecuado de nuestra legislación vigente.

3. EL MODELO PERUANO DE DOSIMETRÍA DEL CASTIGO PENAL

3.1. Antecedentes y marco legal vigente

A lo largo de su evolución legislativa la dosimetría del castigo penal ha experimentado la regulación y aplicación de dos modelos muy diferentes entre sí. En efecto en el **Código Penal de 1863** el legislador nacional se inclinó hacia un marco normativo y un esquema operativo de clara orientación legalista con escaso arbitrio judicial. En esta primera construcción de reglas de determinación de la pena la influencia española fue determinante. Ello se aprecia, por ejemplo, en las reglas contenidas en los siguientes artículos:

Artículo 41°: Para la aplicación de las penas se considerará como una serie los grados y términos en que cada una de ellas está dividida.

Artículo 57°: Cuando concurran, una, dos o tres circunstancias agravantes o atenuantes en un delito, se aumentará o disminuirá la pena respectivamente, en uno, dos o tres términos; pero en ningún caso se aumentarán ni disminuirán más de tres términos, aunque sean muchas las circunstancias agravantes o atenuantes.

Al respecto, INESTA PASTOR ha comentado que entre las reglas sobre aplicación de la pena se hacía notoria "la preocupación por buscar la proporcionalidad entre el delito y la pena, sigue el modelo español en la obsesión para controlar el arbitrio judicial, pues introduce la división de la pena en grados (art. 32), y estos en términos (art. 33). Con ello se trató de fijar al juez una pauta cerrada para la aplicación de las penas, señalándose hasta las fracciones que le era permitido rebajar o aumentar según las circunstancias" (Emilia Inesta Pastor. La Reforma penal del Perú Independiente: El Código Penal de 1863. En Manuel Torres Aguilar-Coordinador de la edición. Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Universidad de Córdova. Córdova. 2005, p. 1079). Cabe agregar que en los Anteproyectos posteriores de 1877 (*Cfr.* Artículos 8°, 9°, 53° y 77°), y de 1900-1902 (*Cfr.* Artículos 9°, 10°, 53° y 77°), el legislador peruano se mantuvo afiliado al modelo español.

El segundo modelo adoptado por el derecho penal peruano se formalizó con la promulgación del **Código Penal de 1924**. En dicho precedente se eligió un modelo de libre y amplio arbitrio judicial que ya había sido

esbozado en el Proyecto de 1916 (*Cfr.* Artículos 65° y 66°). Pese a la trascendente impronta del derecho penal helvético en el Código Maurtua, este, sin embargo, prefirió afiliarse a las opciones legales que sobre medición de la pena había incorporado la legislación penal argentina de la época. En los artículos que a continuación se transcriben se visualiza con claridad lo radical del cambio ocurrido en el procedimiento de determinación judicial de la pena.

Artículo 50°: Los jueces aplicarán la pena adoptando el máximum o el mínimum señalado por la ley para el delito o imponiendo entre los dos extremos la medida que creyeren necesaria. Deberán expresar en la sentencia los motivos que aconsejen la medida que hubieren adoptado.

Artículo 51°: Para la aplicación de la pena los jueces apreciarán la culpabilidad y el peligro del agente, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, en cuanto la ley no las considere especialmente como constitutivas o modificatorias del delito:

1. La naturaleza de la acción; el tiempo en que se perpetró y el que hubiere transcurrido desde entonces; el lugar, los instrumentos y los medios de que hubiere hecho uso; la perpetración tranquila o la perpetración ocasional; el modo de ejecución y las circunstancias en que ésta se hubiere efectuado; la unidad o pluralidad de agentes; el número y la importancia o especialidad de los deberes infringidos; la dificultad que hubiera para prevenirse contra el hecho punible; y la extensión del daño y del peligro causado.
2. La edad, la educación, la vida personal, familiar y social del sujeto anterior y posterior al delito, su situación económica, sus precedentes judiciales y penales, la calidad de los móviles honorables o excusables o innobles o fútiles que lo determinaron a delinquir, las emociones que lo hubieran agitado, su participación mayor o menor en el delito, la reparación espontánea que hubiere que hubiere hecho del daño. O la confesión sincera antes de haber sido descubierto, y los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de su carácter

CORNEJO, uno de los primeros comentaristas del Código Penal de 1924, al referirse a las reglas sobre individualización judicial de la pena, des-

tacó su condición ecléctica, caracterizada por procurar que el castigo penal fuera decidido por el juez en base a circunstancias indicativas de culpabilidad y peligrosidad: "Las circunstancias materiales y personales a que atiende el Juez, para establecer la culpabilidad y peligrosidad, para valuar analíticamente los datos objetivos y subjetivos, recogidos durante el proceso, y adaptar la calidad y cantidad de la pena al grado de la responsabilidad y de peligro, sustituyen a las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas que establecía la legislación derogada. Cada una de esas circunstancias debe mirarse como expresiones sintomáticas, que no tienen valores intrínsecos, ni influyen en ningún sentido preestablecido en el problema de la penalidad, y sólo constituyen antecedentes o normas de criterio para apreciar la responsabilidad y peligrosidad, concurriendo a definir estos conceptos en la conciencia del Juez, a efecto de que haga una acertada individualización de la pena" (A. Gustavo Cornejo. Parte General del Derecho Penal. Tomo Primero. Librería e Imprenta de Domingo Miranda. Lima. 1936, p. 240). Por su parte, PEÑA CABRERA elogió el sentido y la utilidad discrecionales de aquellas normas incidiendo, además, en la dualidad de criterios valorativos e instrumentales que brindaban al órgano jurisdiccional para aplicar una pena concreta: "Se señala al Juez las rutas que debe seguir para hacer uso de sus facultades discrecionales, que no son puras ni absolutas, sino acordes con los criterios fundamentales de la legislación. El ejercicio de este poder discrecional está determinado en el art. 51, y por el cual, el Juez debe seguir dos criterios, en lo que se refiere a la aplicación de la pena:

a. Uno objetivo: referido a la gravedad del evento delictivo, tanto desde el punto de vista material como psicológico.

b. Otro subjetivo: concerniente a la capacidad para delinquir

Ambos criterios situados en un mismo plano, separados sólo en el tiempo, ya que el Juez primero debe evaluar la gravedad del delito; y seguidamente, encuadrarlo con la del sujeto activo" (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Volumen I. Parte General. 3ª Edición. Editorial Sagitario. Lima. 1987, p. 361).

Durante el proceso de reforma que se inició en setiembre de 1984 y que concluyó con la promulgación del **Código Penal de 1991,** la discusión sobre un nuevo modelo para regular la dosimetría de la pena permaneció ausente. De allí que en las normas originales sobre dicha materia, se con-

servaron, en lo esencial, el mismo estilo y las características del texto legal derogado. No obstante, se incorporó una inédita disposición de origen argentino que incluía criterios para **"fundamentar y determinar la pena"**. El articulado pertinente tenía la siguiente sistemática y contenidos:

Artículo 45°: El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

Artículo 46°: 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, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima.

Ahora bien, la doctrina nacional no consideró relevante el realizar un análisis detallado o un debate retroalimentado sobre la utilidad práctica de estas disposiciones. Mucho menos hubo algún interés en proponer un esquema operativo que asegurara, cuando menos, un manejo medianamente uniforme y justificado de sus reglas y circunstancias reguladas. Solamente PEÑA CABRERA se pronunció sobre dicho marco legal denunciando las contradicciones que surgían entre los novedosos criterios del artículo 45°, y las resistencias del modelo precedente en el artículo 46°. En tal sentido, el citado jurista sostuvo al respecto: "No obstante que el legislador en el art. 45, había precisado el criterio que debe tener el juez al momento de fundamentar y determinar la pena, que por si responden cabalmente a la necesidad dela determinación de la sanción aplicable, a través del art. 46° oscurece el planteamiento esbozado posibilitando que los rezagos positivistas del Código derogado sobre este punto, se mezclen con la dogmática novedosa del artículo 45. Nos referimos a los once supuestos cobijados en el art. 45° para la determinación de la pena. Una hermenéutica coherente cabe apelar solamente a la aplicación del art. 45°. No hablamos de una derogación, pues la ley se deroga para otra ley, sino de establecer que basta lo enunciado en el art. 45" (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General. Tomo I. 2ª Edición. Grijley. Lima. 1995, p. 526-527).

Lamentablemente ese desinterés y apatía de la literatura especializada en torno a la estructura normativa de medición judicial de la pena, favoreció la rápida consolidación de una praxis jurisdiccional distorsionada y un generalizado abuso del poder discrecional para la decisión y fundamentación de los castigos penales. En ese contexto, el inconsistente empirismo que adquirió el procedimiento de determinación de aplicación de la pena en la judicatura nacional, produjo continuos resultados punitivos arbitrarios e inmotivados. Esto es, totalmente ajenos a todos los requerimientos y exigencias de los principios de legalidad y de pena justa. Las consecuencias psicosociales de tales deficiencias y malas prácticas no tardaron en incidir en la potenciación de la inseguridad ciudadana y en acentuar el crónico descrédito que históricamente registra la valoración funcional y social del sistema judicial entre la población del país.

Ahora bien, hay que reconocer también, que no han faltado, desde los inicios del nuevo siglo, aislados esfuerzos institucionales dirigidos a superar todas esas carencias y disfunciones (*Cfr.* Poder Judicial. Nuevos Criterios

para la Determinación Judicial de la Penal. Centro de Investigaciones Judiciales. Lima. 2008, p. 25 y ss.) dichos esfuerzos fueron construyendo una hoja de ruta para el impulso y desarrollo de un necesario proceso de reformas al respecto, las cuales debían de iniciarse con la reformulación del modelo y reglas de métrica penal vigentes. Es así que un sector minoritario de la doctrina y de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, coincidieron en asumir el objetivo estratégico de bosquejar un marco legal diferente para la determinación judicial de la pena, así como en la construcción de una jurisprudencia vinculante comprometida con el esclarecimiento de conceptos y con la elaboración de esquemas operativos que hagan más técnica, confiable y predecible la trascendente tarea de imponer penas a los autores o partícipes de un hecho punible (*Cfr.* Víctor Prado Saldarriaga. Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú. Gaceta Jurídica. Lima. 2000, p. y ss.; Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal. IDEMSA. Lima. 2009, p. 111 y ss.; José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ª Edición. Tomo II. IDEMSA. Lima.2011, p. 325 y ss. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios. IDEMSA. Lima. 2010, p. 119 y ss.).

Y el fruto de ese atinado y mancomunado esfuerzo se concretó a inicios de la segunda década de este milenio, a través de la Ley 30076 (Sobre las diferentes propuestas legislativas que le precedieron véase Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal. IDEMSA. Lima.2016, p. 160-172). Con ella se dio vigencia a un innovador marco normativo de dosimetría del castigo penal y que tuvo como modelo los cambios ocurridos sobre dicha materia en el Código Penal colombiano de 2000. Pero, también, fue otra importante fuente legal el **Proyecto del Poder Judicial de 2012**. Este documento fue aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República el 18 de octubre de 2012 (*Cfr.* R.A. Nº 116-2012-SP-CS-PJ) y remitido el 22 de octubre de 2012, al Congreso Nacional (*Cfr.* Oficio Nº 6425-2012-SGCS-PJ). En su Exposición de Motivos la propuesta judicial hizo especial hincapié en la problemática de la determinación judicial de la pena, destacando que "el Código Penal vigente no establece de manera precisa el procedimiento técnico que debe seguir el Juez Penal para la imposición de una sanción" (Ob. Cit., p. 6). En lo esencial, el aludido Proyecto planteaba modificar el artículo 46°

del Código Penal e introducir en este un nuevo artículo signado con el numeral 45° A. Este primer cambio consistía en la configuración de un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes genéricas, con supuestos similares a los que ya habían considerado los Anteproyectos de 2004 y de 2008/2010. En una segunda opción reformista, se sugería un procedimiento de determinación judicial de la pena que se estructuraba sobre reglas operativas iguales a las que también había propuesto el Anteproyecto de 2008/2010. En ese sentido se regulaba un modelo de **"tercios".** Al respecto, en una detallada Exposición de Motivos se marcaba con detalle esta importante conexión: "El Proyecto propone incorporar el artículo 45°- A Individualización de la pena al Código Penal, el que tiene su fuente legal en el artículo 44° del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal 2008-2009 y un antecedente inmediato en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2004, que en puridad reprodujo los criterios esbozados en el Acuerdo Plenario Nº 1- 2008/CJ del 18 de julio de 2008, y que la Resolución Administrativa Nº 311-2011-P-PJ del 2 de setiembre de 2011, se encargó de ratificar" (Ob. Cit., p. 4).

En lo esencial, el cambio legal que aportó la Ley 30076 se concretó a través de tres artículos relacionados estrictamente con el procedimiento de determinación de la pena, cuya redacción originaria fue como sigue:

> Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena
>
> El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:
> 1. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad;
>
> 2. Su cultura y sus costumbres; y,
>
> 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.
>
> Artículo 45-A. Individualización de la pena
>
> Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.
>
> Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.
>
> El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:
>
> 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.

2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:

a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.

b) Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.

c) Cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

3. Cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;

b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y

c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

a) La carencia de antecedentes penales;

b) El obrar por móviles nobles o altruistas;

c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;

d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;

e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;

f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;

g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;

h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;

b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;

c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole;

e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;

f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;

g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito;

h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;

l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

Lamentablemente, esta focalizada decisión fue tal vez el único defecto esencial que evidenciaron las notables reformas producidas. Sobre todo porque su configuración parcial no atinó a considerar la revisión de otras normas que también tienen incidencia en la decisión de los castigos penales, como las vinculadas a las causales de disminución o incremento de punibilidad (tentativa, complicidad secundaria o concurso real de delitos) o las reglas de reducción de la pena por bonificación procesal (confesión sincera o terminación anticipada). Las cuales al conservar su estructura y eficacia originales, resultaron en algunos casos poco coherentes o asimétricas con las nuevas disposiciones y los efectos de su operatividad. Algo similar ocurrió

por la omisión de normas de enlace para la adaptación del renovado modelo a las modalidades regulativas utilizadas en la Parte Especial del Código Penal para configurar los catálogos de circunstancias atenuantes o agravantes específicas. Además, la falta de advertencia de todas estas disfunciones por la doctrina nacional que se interesó en comentar el marco legal ahora vigente, ha dado lugar a un variado conjunto de errores técnicos y dogmáticos que han distorsionado el sentido y utilidad que aquél posee y que, definitivamente, lo hace muy superior a los precedentes legislativos que sobre medición judicial de la pena tuvo el derecho penal nacional.

Esto último obliga, pues, al desarrollo de un estudio detallado de los conceptos y categorías de la dogmática penal de la determinación de la pena, que resultan afines a las aludidas disposiciones legales. Toca pues construir una nueva doctrina que ayude a su correcta aplicación judicial, superando las apreciaciones equivocadas y las malas prácticas que se han venido sosteniendo y aplicando con posterioridad a la vigencia de la Ley 30076. Y a ello estarán dedicados los comentarios que se expondrán a continuación. No obstante, es de agregar que en lo que lleva de vigente el nuevo marco legal sobre dosimetría del castigo penal, el legislador nacional sólo ha promovido en él dos modificaciones parciales. Ellas han afectado la redacción original del hoy literal "c" del artículo 45° y el inciso 2 del artículo 46° donde se ha adicionado un literal "n". El texto reformado de ambas disposiciones ha quedado en los siguientes términos:

> Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena
>
> El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:
>
> a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad;
>
> b. Su cultura y sus costumbres; y,
>
> c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.
>
> Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación
>
> 1. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o inte-

lectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

2. Morfología Normativa y Contenidos Esenciales

Las nuevas reglas sobre determinación judicial de la pena que trajo consigo la Ley 30076 tuvieron una recepción social favorable. Los medios de comunicación pusieron de relieve su incuestionable pertinencia y oportunidad. Sin embargo, los juristas nacionales y la propia judicatura penal tardaron en interesarse en ellas y cuando lo hicieron adoptaron posturas bastante recelosas o de cuestionamientos críticos poco constructivos o notoriamente improvisados. Esta actitud de la comunidad jurídica del país debilitó la difusión y la correcta aplicación de las nuevas disposiciones legales, las cuales, lamentablemente, no contaron con una *vacatio legis* prolongada que permitiera conocerlas y debatirlas por jueces, fiscales, abogados y académicos. Esto último contribuyó, sensiblemente a que el impacto de las reformas introducidas siga transitando en el presente por escenarios muy discretos o confusos.

Ahora bien, actualmente **el marco legal de la determinación judicial de la pena** está concentrado en un breve sistema de artículos cuya función y contenidos esenciales resumidamente describimos a continuación.

El **artículo 45°** regula un conjunto de presupuestos ideológicos y de políticas de gestión de casos que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta para la fundamentación y determinación de las penas en situaciones especiales por la calidad del autor o partícipe del delito o por las necesidades de justicia que corresponden a las víctimas directas o mediatas de un hecho punible. Esta disposición ha sido objeto de dos modificaciones. La primera generada por la Ley 30076 incorporó como un presupuesto adicional en el **literal a** que el agente al cometer el delito haya hecho "abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad". Y, la segunda, derivada de la Ley 30364 afectó la redacción original del **literal c** que ahora considera también, respecto de la víctima, "la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad".

Luego, en el **artículo 45°- A** se ha diseñado un procedimiento operativo básico que permite construir técnicamente la pena aplicable al autor o partícipe culpable de un hecho punible. Por tanto, esta disposición legal tie-

ne como función principal regular las etapas que debe transitar el Juez para realizar de modo ordenado y coherente la dosimetría de los castigos penales.

Finalmente, el **artículo 46°** contiene dos catálogos donde se identifican "circunstancias genéricas de atenuación y agravación". Así, en el inciso 1 se describen ocho circunstancias atenuantes genéricas. Por su parte, el inciso 2 menciona catorce circunstancias agravantes genéricas.

El articulado citado se complementa también con otras disposiciones legales entre las que cabe destacar a los **artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 46°-D y 46°-E.** En todos ellos se precisan los presupuestos y efectos de circunstancias agravantes cualificadas. En concreto, respectivamente, se alude a la calidad funcionarial del agente del delito; a los casos de reincidencia y habitualidad; al empleo de inimputables en la comisión del hecho punible; o al abuso por parte del autor de la conducta delictiva de una posición de parentesco que lo vincula a la víctima.

La condición innovadora de este marco legal, exige, pues, una reflexión dogmática integral y exhaustiva que sirva de apoyo a la mejor inserción y aplicación de sus normas, categorías y procedimientos. Esta exigencia técnica adquiere urgencia en la actualidad, debido a la persistencia y proliferación de conceptos errados o distorsionados en la doctrina y jurisprudencia que se viene difundiendo sobre sus reglas y eficacia. Ejemplos crónicos de estas deficiencias lo son el calificar a **la confesión sincera, la tentativa o la complicidad secundaria como circunstancias atenuantes privilegiadas.** Así como sostener que la frase **"el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal",** que se utiliza en varios dispositivos del Código Penal como los artículos 21° o 22° que para identificar el efecto de causales de disminución de punibilidad se refieren a una aplicación judicial opcional o facultativa. Esto es, que pese a la concurrencia de los presupuestos y requisitos formulados en dichas normas, el órgano jurisdiccional siempre queda en aptitud de eludir sus efectos de reconocer y decidir la menor punibilidad que legalmente se establece para tales casos.

Un apunte final que cabe hacer en este dominio, está referido al caso especial de las personas jurídicas vinculadas con la realización, favorecimiento, encubrimiento o aprovechamiento de un hecho punible. Al respecto, en los tres últimos años también se han producido cambios importantes conectados con la dosimetría de los castigos penales o administrativos que cabe im-

poner judicialmente en tales supuestos. En efecto sobre el tratamiento legal de la persona jurídica delincuente se han realizado dos reformas. En primer lugar está la incorporación en el Código Penal del **artículo 105°- A** que hizo la Ley 30077 y que regula un sistema de reglas para la determinación judicial de las consecuencias accesorias registradas en el artículo 105°. Y, en segundo lugar, se encuentran las normas para la determinación, **también judicial**, de las medidas administrativas de sanción que contempla el artículo 5° de la Ley 30424, la cual fue modificada por el Decreto Legislativo 1352. Cabe destacar, por ejemplo, que en este sistema normativo el legislador ha considerado catálogos de circunstancias agravantes y atenuantes genéricas, así como cualificadas (*Cfr.* Artículos 12°, 13° y 14°). Es más, denotando mayor incoherencia con la declarada naturaleza administrativa de tales sanciones se ha configurado un esquema operativo de tercios y una especie de suspensión condicional de la ejecución de la medida sancionadora (*Cfr.* Artículo 15° y 16°) Sin embargo, lo que motiva mayor extrañeza es que esas medidas administrativas sólo pueden aplicarse a las personas jurídicas implicadas en delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo y un limitado número de delitos de corrupción (*Cfr.* Artículo 1°).

3.2. La persistencia de distorsiones teóricas y prácticas

Es evidente que toda renovación normativa como la contenida en las disposiciones nacionales sobre dosimetría del castigo penal, requiere un proceso de asimilación o adaptación teórica y práctica. Lo cual demanda, además, el ejercicio de una prudente y razonada indagación, exposición y aplicación, sobre los nuevos conceptos, contenidos, instituciones y reglas que involucran los cambios legales introducidos. Tarea que corresponde realizar con la debida coherencia y seriedad tanto a la doctrina como a la jurisprudencia especializada

Ahora bien, al cumplirse un quinquenio de la puesta en vigencia de las Ley 30076 y de las modificaciones e innovaciones que ella aportó en lo concerniente a la determinación de la pena, resulta oportuno evaluar los actuales desarrollos hermenéuticos que en torno a ellas se han generado desde el quehacer de los juristas y de los tribunales. Por lo demás, ya sobre esta materia habíamos dado a conocer algunas propuestas y prácticas iniciales, que con detalle y fines de retroalimentación examinamos en una publicación precedente (*Cfr.* Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Consecuencias Jurídicas

del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal. IDEMSA. Lima. 2016, p. 178-195). Nos interesa, por tanto, en esta ocasión, revisar solamente las últimas publicaciones y pronunciamientos judiciales sobre estos aspectos.

Al respecto debemos comenzar manifestando nuestra sentida preocupación, por el escaso interés que todavía suscita en nuestro medio el abordaje de los temas centrales y afines de la medición judicial de los castigos penales. En efecto, en los últimos dos años los penalistas y los jueces nacionales se han ocupado poco y de manera intermitente sobre dicha temática. De allí que nuestra revisión y análisis deben hacerse en base a una muestra bastante limitada pero representativa de artículos, libros y decisiones jurisdiccionales.

En relación con el trabajo recientemente realizado por la doctrina nacional, es de destacar como el más completo y detallado el libro publicado por CANCHO ESPINAL, sobre diferentes problemas de dogmática penal y entre los que se incluye una **"Introducción al sistema de determinación de la pena"** (*Cfr.* Ciro. J. Cancho Espinal. El Quantum del Dolor de la Pena e Imputación Penal. Elaboración Científica y Revisión Jurisprudencial. Editores del Centro. Lima. 2017, p. 35-180). Cabe señalar, que el citado autor hace continuas referencias a mis estudios precedentes sobre esta materia, cuestionando o malinterpretando algunas de las categorías y tesis que hemos sostenido sobre la dogmática de la dosimetría penal, por lo que resulta pertinente referirnos, de modo preferente, a dicha obra jurídica, señalando, al menos, tres defectos metodológicos que recorren gran parte de dicha publicación con cuyos contenidos discrepamos. No obstante, dejamos constancia de nuestro reconocimiento al especial interés de la aludida publicación, por ingresar en el debate de una problemática teórica y práctica hasta ahora poco estudiada en nuestro país.

En primer lugar, se aprecia a lo largo del discurso del mencionado jurista huancaíno, un marcado desconocimiento de los antecedentes legislativos y de las fuentes legales extranjeras que han servido para la configuración originaria y actual de las reglas nacionales sobre determinación de la pena. Tal omisión informativa, genera, por ejemplo, que se desconozca o se ponga en duda la legalidad y función técnica de las circunstancias agravantes específicas o que se les confunda con modalidades de tipos penales derivados cualificados o privilegiados. Esto es, con delitos que tienen como peculiaridad fusionar una circunstancia, denominada elemento típico accidental,

con la conducta típica de un tipo básico para generar un nuevo tipo penal derivado, tal como ocurre en el parricidio del artículo 107° del Código Penal, el cual se tipifica uniendo a la conducta típica del homicidio "matar a otro", una circunstancia que alude al vínculo existente entre sujeto activo y sujeto pasivo. Ello, sin embargo, no es lo que ocurre ni en el artículo 186° ni 189° que no contienen conductas típicas sino solamente listados de circunstancias agravantes específicas que pueden concurrir en la comisión de delitos de hurto y robo cuya descripción típica está contenida en los artículos 185 ° y 188 °, respectivamente. Es más, actualmente tenemos en el Código Penal vigente tipos derivados agravados de homicidio que cuentan, además, con sus propios catálogos de circunstancias agravantes específicas como es el caso del delito de feminicidio contenido en el artículo 108°- B. Dicho error conceptual, lleva a CANCHO ESPINAL a sostener equivocadamente, y de modo constante, que en el artículo 189° se encuentra regulado un "tipo penal derivado calificado" que tipifica un delito de **"robo agravado".** Esta modalidad delictiva formalmente no existe en nuestra legislación vigente donde lo que sí está normado es la posibilidad que se dé un **delito de robo con agravantes**, cuando en la realización del tipo penal del artículo 188° concurren una o más de las circunstancias agravantes específicas del listado expuesto por el artículo 189°. De allí, pues, que resulta inconsistente que se sostiene lo siguiente: "Cuando señalamos circunstancias externas al tipo, no solamente entra en consideración el tipo base, sino también el tipo agravado, el tipo privilegiado, es decir todos los tipos derivados. Salvo que el art. 189 del C.P., no sea considerado como un tipo penal del robo agravado y se creare una nueva figura dogmática hibrida conteniendo circunstancias agravantes y atenuantes del tipo penal paralelo a los tipos agravados, privilegiados, autónomos, etc., lo cual implicaría hacer una diferenciación respecto de estos últimos" (*Cfr.* Ciro. J. Cancho Espinal. Ob. Cit., p. 76). Más errada y desconcertante, aún, es la afirmación de que el delito de lavado de activos no tiene un catálogo de circunstancias agravantes específicas: "En la legislación complementaria existe **un tipo penal sugestivo** correspondiente a los delitos de lavado de activos (art. 4 del Decreto Legislativo Nº 1106), que rotula expresamente con la denominación "circunstancias agravantes y atenuantes". Esta denominación, sin embargo, **es equivocado, ya que en realidad no se trata de circunstancias, sino de elementos constitutivos del tipo agravado de lavado de activos (art. 4, 1, 2, 3 y segundo párrafo**

del referido Decreto Legislativo, mientras que el último párrafo de la precitada ley penal describe un tipo privilegiado de lavado de activos" (Idem., p. 79)

También resulta incoherente y carente de soporte teórico que lo avale, sugerir la aplicación del sistema de tercios a los delitos que poseen circunstancias agravantes o atenuantes específicas. Tal propuesta, además, haría imposible dar una explicación dogmática o permitir la apelación de aquellos casos preexistentes a la vigencia de la Ley 30076, donde el catálogo de circunstancias específicas se compone solamente de una circunstancia. Lo cual ocurre, por ejemplo, en los supuestos mencionados por los artículos 298°, inciso 1 y 400° segundo párrafo, relacionados con los delitos de tráfico ilícito de drogas y de tráfico de influencias, los cuales cuentan con una atenuante o agravante específica, respectivamente (*Cfr.* . Ciro. J. Cancho Espinal. Ob. Cit., p. 97 y ss).

En segundo lugar, es recurrente que en la exposición de los modelos de aplicación que analiza y expone CANCHO ESPINAL, se utilicen los mismos conceptos y categorías dogmáticas que hemos elaborado y difundido desde nuestras primeras publicaciones sobre la materia, pero no siempre consignando una cita bibliográfica que indique su origen o fuente teórica. Esta praxis expositiva del referido jurista demanda también una nueva observación metodológica, porque en no pocos casos él concluye formulando una reflexión o aplicación que distorsiona el sentido y efectos que hemos concedido a tales conceptos y categorías, oscureciendo su sentido y utilidad. Ello se aprecia, sobre todo, cuando se aborda lo concerniente a la "**determinación judicial cuantitativa de la pena**". En varios apartados de este subcapítulo, se emplean nuestros mismos conceptos, procedimientos, problemas y nomenclatura sin agregar las citas y referencias respectivas. Así, por ejemplo, se advierte al emplearse las mismas operaciones y la secuencia aritmética que diseñamos originalmente para viabilizar la operatividad de las reglas del artículo 46° del Código Penal (*Cfr.* Ciro. J. Cancho Espinal. Ob. Cit., p. 85-88). También ocurre algo similar, cuando se alude a las "causales de disminución de punibilidad" a las cuales, además, se les confunde funcionalmente con las inexistentes "circunstancias atenuantes privilegiadas" pese a que se declara con convicción que estas últimas no están reguladas por la ley. Muestra de esto último, es la continua referencia que se hace al respecto, en torno a la causal de disminución de punibilidad del artículo 22° vinculada a

la imputabilidad relativa por edad del autor del delito: "Por su parte, existe una subdivisión, como ya advertimos líneas arriba, de circunstancias agravantes cualificadas y circunstancias atenuantes privilegiadas. Las primeras se encuentran en los arts. 46-A hasta 46-D del CP, mientras las segundas **no han sido establecidas expresamente por el legislador. Sin embargo, ya planteamos supra, que puede tomarse en consideración quizás como ejemplo el art. 22 del CP, que regula la responsabilidad restringida**" (Ídem., p. 82-83; ver también 108-109).

Por último, en tercer lugar, cabe mencionar que en varios de los casos hipotéticos que ha construido el mismo comentarista para graficar sus propuestas hermenéuticas, también se incurre en notorios defectos de naturaleza legal o dogmática, a la vez que se dejan de lado diferentes aportes prácticos consolidados por la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema y a los cuales ni se menciona ni se critica. Esto último se hace visible cuando se examina **"la determinación judicial de la pena con la concurrencia de penas conjuntas"**. En efecto, pese a postular una alternativa propia y basada nuevamente en el modelo de los tercios, el autor huancaíno no evalúa o cuestiona la posición asumida por la Ejecutoria Suprema Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad Nº 3864-2013-Junin, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que resuelve la misma problemática pero desde una posición y enfoque muy diferentes (*Cfr.* Ciro. J. Cancho Espinal. Ob. Cit., p. 98-103). Llama más la atención esta omisión metodológica porque la obra comentada dedica todo un anexo a formular "Comentarios a los Acuerdos Plenarios" (*Cfr.* Ídem., p. 143-180).

Con referencia a la praxis judicial y a la jurisprudencia desarrollada en el último trienio, es de destacar que son todavía visibles las mismas confusiones y malas prácticas que dimos a conocer en una obra anterior (*Cfr.* Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal. IDEMSA. Lima. 2016, p. 189-195). Lo cual, lamentablemente, denota que se ha avanzado poco en la capacitación y aplicación óptima de las reglas sobre dosimetría del castigo vigente desde la promulgación de la Ley 30076. Ejemplos de esta persistente disfunción en la judicatura nacional, los encontramos en tres documentos de especial relevancia para los jueces del país. El primero de ellos es la **Sentencia de Casación Vinculante Nº 626-2013. Moquegua del 30 de junio de 2015 pronunciada por la Sala Penal Permanente.** El segundo lo constituyen los

Acuerdos adoptados por el **Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal realizado en la ciudad de Moquegua los días 9 y 10 de junio de 2017.** Y, el tercero, es la **Sentencia de Casación Vinculante Nº 335-2015. Del Santa del 1° de diciembre de 2017,** también emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Sobre el primero de esos tres documentos de relevancia jurisprudencial cabe precisar que sólo en un detallado fundamento jurídico se refiere de modo específico a las normas sobre aplicación de penas. Al respecto se advierten algunas dudas y confusiones acerca de la función de las circunstancias agravantes cualificadas a las que se designa como "causales de agravación de la punición" y se les equipara con las causales de incremento de punibilidad como el concurso ideal de delitos, el delito masa o las modalidades de concurso real de delitos. Algo similar ocurre al no esclarecer los efectos del artículo 45° del Código Penal y al referirse a las reglas de reducción por bonificación procesal a las que acertadamente considera como **"fórmulas de derecho premial"** sin mencionar su eficacia y oportunidad, pero destacando como tales a la "confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz". Sin embargo, es cuestionable que en esta Sentencia de casación se relativice la naturaleza estrictamente legal y taxativa de las circunstancias, al sostener **"que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución"** (*Cfr.* Fundamento Jurídico Trigésimo Primero).

Con relación al segundo de los instrumentos mencionados, es de señalar que en el **Pleno de Moquegua** participaron 98 Jueces Superiores provenientes de 33 Distritos Judiciales del país y de la Sala Penal Nacional. Asimismo, que el primer tema de su agenda de debates fue "La determinación judicial de la pena en virtud a las atenuantes privilegiadas". Esta temática fue abordada a partir de la formulación de dos preguntas: ¿Existen atenuantes privilegiadas en la legislación peruana? Y, en caso sea afirmativa la respuesta, ¿Está permitido (en virtud a ellas) que los jueces procedan a disminuir la pena por debajo del mínimo legal y cuáles serían sus límites? En torno a ambas interrogantes, se plantearon dos ponencias. La primera sostuvo que "Si existen atenuantes privilegiadas en nuestra legislación y efectivamente, las mismas facultades a los Jueces la posibilidad de imponer penas por debajo del mínimo legal o abstracto previsto por el legislador. No obstante, pese a

no existir límites previstos por el legislador, es viable establecerlos (por una interpretación sistemática y teleológica) a nivel jurisprudencial". Por su parte, la segunda ponencia señalaba que "No existen tales atenuantes en nuestra legislación, de manera que está vedada la facultad de los Jueces de imponer penas por debajo del mínimo legal previsto por el legislador. En todo caso, admitiéndose la existencia de tales atenuantes, al no existir límites previstos por el legislador, se afirma la imposibilidad de su aplicación, dado que ellas no se pueden crear jurisprudencialmente"(Centro de Investigaciones Judiciales. Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal. Poder Judicial del Perú. Moquegua 9 y 10 de junio de 2017, p. 13).

Ahora bien, producidos los debates la primera ponencia se impuso con un total de 97 votos a favor contra sólo 1 a favor de la segunda ponencia. En consecuencia, la conclusión plenaria fue la siguiente: "El Pleno acordó por MAYORIA que **"Sí existen atenuantes privilegiadas en nuestra legislación y efectivamente, las mismas facultades a los Jueces la posibilidad de imponer penas por debajo del mínimo legal o abstracto previsto por el legislador. No obstante, pese a no existir límites previstos por el legislador, es viable establecerlos (por una interpretación sistemática y teleológica) a nivel jurisprudencial".** Además, se identificó cuáles serían las circunstancias atenuantes privilegiadas y su eficacia con la siguiente fundamentación: "es posible **disminuir la pena** por debajo del mínimo legal o marco abstracto que ha sido previsto por el legislador, pese a la inexistencia de límites, en cuyos la determinación de la pena deberá conllevar la imposición de determinados criterios al igual que los establecidos en el Acuerdo Plenario Nº 1-2008/CJ-116 para la determinación de la reincidencia y habitualidad, en parangón a las agravantes cualificadas, y que corresponderá hasta 2/3, ½ y 1/3 por debajo del marco legal previsto por el legislador, de acuerdo al supuesto atenuado que proponemos deben recaer en **tres grupos de atenuantes,** respectivamente, a saber: **error de prohibición vencible y error culturalmente condicionado vencible; responsabilidad atenuada por la concurrencia de una eximente incompleta y responsabilidad restringida por razón de edad y tentativa y complicidad secundaria; constituyendo dichos parámetros cuantitativos los límites razonables a ser utilizados por los Jueces (en contraposición al libre albedrío) para que se proceda a disminuir la pena por debajo del mínimo legal en caso se compruebe la existencia de los supuestos de atenuantes privilegiadas"**(Centro de

Investigaciones Judiciales. Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal. Ob. Cit., p. 14).

Al respecto, hay que lamentar que los Magistrados que votaron y aprobaron en mayoría la citada conclusión del Pleno de Moquegua, incurrieron en dos errores y despropósitos fundamentales. Primero asimilaron innecesariamente, sin aval fáctico, teórico o legal, casos ya regulados normativamente como causales de disminución de punibilidad que ya permiten imponer penas por debajo del mínimo legal, a la categoría y condición de las atenuantes privilegiadas. Es decir, desperdiciaron la oportunidad de discutir la creación jurisprudencial de verdaderas modalidades de tales atenuantes. Por ejemplo por el "escaso valor del daño ocasionado" como planteó el Proyecto de Código Penal de 2016. En segundo lugar, los mismos Jueces autolimitaron su posibilidad legal de "disminuir la pena por debajo del mínimo legal", fijando límites arbitrarios y analógicos que nunca existieron en el Código Penal donde siempre se privilegió la **"disminución prudencial"** (razonable y razonada) del castigo penal. En definitiva, pues, la conclusión plenaria no aportó nada a lo ya existente y generó con su confusión sobre el sentido dogmático de "disminuir" y "atenuar", un riesgo de reducción teleológica de la eficacia de las causales de disminución de punibilidad que contempla desde sus orígenes el Código Penal vigente.

En lo que atañe al tercer documento analizado, la **Sentencia de Casación Nº 335-2015. Del Santa,** ella deja notar similares distorsiones teóricas y prácticas al evaluar la legalidad material y constitucional de la aplicación de una pena de 5 años de privación de libertad al autor de un delito de violación de menores sancionado en el artículo 173°. 2 del Código Penal, así como la inaplicación para ello de las prohibiciones contenidas en el párrafo segundo del artículo 22° del mismo cuerpo de leyes (*Cfr.* Fundamentos Jurídicos Décimo Segundo y Décimo Tercero). Ahora bien, los errores de la mencionada Sentencia de Casación de eficacia vinculante, emitida por sólo una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se advierten desde que se califica reiteradamente al artículo 22° del Código Penal como una **"circunstancia atenuante" "para los sujetos activos que tienen una edad entre 18 y 21 años"** (En ese sentido los Fundamentos Jurídicos Décimo Cuarto, Vigésimo Octavo y Trigésimo Octavo). Sin embargo, este tipo de equivocaciones es mayor cuando en el Fundamento Jurídico Trigésimo Séptimo se mezclan conceptos y funciones normativas incompatibles, llegándose, incluso, a calificar a la causal de disminución de punibilidad regulada en el artículo 22°

como una "**circunstancia atenuante específica**" . Efectivamente, al respecto la Sala Penal autora de la aludida resolución casatoria sostuvo lo siguiente: "En cuanto a la dosificación de la pena, es decir, para fijar el quantum; además, del marco punitivo, se tendrá en cuenta los elementos y factores señalados en el artículo 45° del Código Penal- texto original -, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, y el nivel de su cultura y costumbres -en el caso de autos el acusado tiene de instrucción segundo año de secundaria, ocupación ayudante de construcción-. **Asimismo, se examinará si existen otras circunstancias atenuantes genéricas o específicas. Una atenuante específica es la responsabilidad restringida que establece el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, que faculta al juzgador aplicar una pena atenuada respecto del que le correspondería a un sujeto activo mayor de 21 años de edad".**

Finalmente, desconcierta la opción jurisprudencial vinculante que se sugiere en el Fundamento Cuadragésimo Quinto de la referida Sentencia de Casación, para posibilitar la aplicación de la pena cuando se valida el control difuso y la inaplicabilidad de la pena conminada en el artículo 173°.2, así como de las exclusiones contenidas en el párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal. En torno a ello se propuso lo siguiente: "para la imposición de la pena justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173°.2 del Código Penal, **nos encontramos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica por "control difuso", la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29° del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el Juez Penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto"**

Como se puede advertir la Sala Penal que emitió la Sentencia de Casación Nº 335-2015. Del Santa confundió la histórica causal de disminución de punibilidad del artículo 22° del Código Penal con una **atenuante específica cuya operatividad técnica no permite imponer penas por debajo**

del mínimo legal. Y, además, fijó un criterio operativo de pretensión vinculante incoherente e ilegal, ya que volvía a colocar al Juez en la posibilidad de aplicar una pena privativa de libertad de 35 años al ser este el máximo temporal reconocido en el artículo 29°. Pero, igualmente, colocaba al órgano jurisdiccional **en la absurda opción de imponer una pena menor de dos días de privación de libertad para un delito de violación de menores,** ya que la eficacia obligatoria de la referida causa de disminución de punibilidad que regula el mencionado artículo 22° debe operar siempre por debajo del mínimo legal de dos días propuesto en la Sentencia Casatoria.

La alternativa legal y constitucional que debió de considerarse en aquella decisión casatoria era mucho más simple. Bastaba declarar o ratificar la inaplicabilidad del párrafo segundo del artículo 22° y dar validez a la disminución prudente y motivada de la pena aplicable al caso por debajo del mínimum legal, que bien pudo alcanzar cinco años en base a algunas razones atendibles como las expuestas en el Fundamento Jurídico Cuadragésimo Tercero (proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años, afectación psicológica mínima de la víctima o la escasa diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo u otras como la relación de enamorados, la convivencia reconocida, la existencia de hijos menores a cargo, etc.). Lo importante para disminuir la pena era, pues, sobre todo, la edad menor de 21 años del agente del delito; lo cual, por lo demás, también se ha asumido en el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República del 12 de junio de 2017. Por tanto, el desconocer o confundir la naturaleza, función y operatividad del artículo 22° motivó todo ese innecesario desgaste jurisprudencial

Cabe señalar, finalmente, que mediante Sentencia de Casación Nº 344-2017. Cajamarca, del 4 de diciembre de 2017, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se ha contradicho expresamente los criterios de eficacia vinculante que planteó la Sentencia de Casación Nº 335-2015. Santa que hemos analizado. En consecuencia se dispone promover un Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos en lo Penal para debatir y fijar la línea jurisprudencial vinculante y definitiva que deberá seguirse en los casos análogos al tratado en la cuestionada Casación N° 335-2017 - Del Santa (*Cfr.* Fundamento de Derecho Quinto). Al respecto la Resolución de Convocatoria del 3 de octubre de 2018 ha fijado los criterios y procedimientos para la ejecución del Pleno Casatorio Penal N° 1-2018/PCJSP-CSJR, sobre dicha materia.

3.3. Sobre Conceptos, Reglas y Procedimientos Operativos

Todo lo antes expuesto, hace evidente que subsisten aún dudas y desacuerdos sobre los alcances y la operatividad de varios conceptos, reglas o procedimientos, cuya debida comprensión y uso permitirían un desempeño más acertado en la construcción y administración judicial del resultado punitivo en cada caso penal concreto. Por tales razones, pues, resulta todavía necesario y pertinente repasar, en esta ocasión, lo esencial de todos esos componentes teóricos y operativos, incorporando también algunas nociones y problemas adicionales no abordados en textos precedentes, como aquel relacionado con aquellos delitos que cuentan con sólo una circunstancia específica (*Cfr.* Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Determinación Judicial de la Pena. Instituto Pacífico. Lima. 2015, p. 15 y ss.).

3.3.1. La determinación judicial de la pena y sus etapas operativas

El concepto que corresponde a la **determinación judicial de la pena** alude a un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la **individualización de los castigos penales.**

En un plano comparativo ZYSMAN QUIRÓS, refiere que en la legislación norteamericana se emplea una noción similar. Al respecto señala, "la voz *sentencing* proviene del ámbito jurídico anglosajón donde se denomina así al proceso legal mediante el cual los jueces imponen una pena a quien ha sido condenado (convicto) por la comisión de uno o más delitos" (Diego Zysman Quirós. Castigo y Determinación de la pena en los Estados Unidos. Un Estudio sobre las United States Sentencing Guidelines. Marcial Pons. Madrid 2013, p. 21). Por su parte Velásquez, aludiendo al derecho penal colombiano, también reconoce que con aquel "se persigue jalonar la elaboración de una teoría de la medición de la sanción que sea coherente con los principios que inspiran un determinado ordenamiento jurídico, de tal manera que sea posible lograr la imposición de una sanción racional, proporcional y, como consecuencia, adecuada en cada caso de la vida real" (Fernando Velásquez Velásquez. Derecho Penal. Parte General. Comlibros. Bogotá.2009, ps. 1084 y 1085).

Por tanto, a través del procedimiento de determinación judicial de la pena, el operador jurisdiccional indaga, elige y logra identificar de modo

cualitativo, cuantitativo y en ocasiones ejecutivo, el castigo que se debe imponer al autor o partícipe culpable de un hecho punible. Esto es, con él se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena que resulte aplicable al caso *sub judice*. En ese sentido, DEMETRIO CRESPO prefiere distinguir dos modalidades de individualización judicial de la pena o **I.J.P**: "La I.J.P. en **sentido estricto** es la decisión sobre el tipo y cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo por la trasgresión culpable de un precepto penal, decisión en la que el primer paso lógico es la elección entre la pena privativa de libertad y la pena de multa. A la I.P.J. en **sentido amplio** pertenecen a su vez la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena y otros sustitutivos penales" (Eduardo Demetrio Crespo. Notas sobre la Dogmática de la Individualización de la Pena. En Víctor Roberto Prado Saldarriaga y Otros Determinación de la Pena. Instituto Pacífico. Ob. Cit., p. 78-79). Un concepto análogo es el que propone ZYSMAN QUIRÓS en relación al sistema anglosajón: "Usamos la noción determinación de la pena de una manera amplia. La entendemos como el procedimiento legal mediante el cual, luego de una condena o veredicto de culpabilidad, se prescinde o especifica la pena que se impondrá a quien ha sido considerado culpable de un delito, tanto cualitativa como cuantitativamente, y a las modificaciones que esta puede sufrir durante su cumplimiento" (Diego Zysman Quirós. Castigo y Determinación de la pena en los Estados Unidos. .Ob. Cit., p. 21)

Ahora bien, en la legislación extranjera y en la doctrina especializada, la actividad judicial que estamos describiendo recibe también otras denominaciones que deben ser identificadas como sinónimos. Entre las más utilizadas están las de **aplicación de la pena, individualización judicial de la pena, dosificación de la pena, imposición de la pena o métrica penal.** Sin embargo, esta diversa nomenclatura no afecta la identidad del objeto al cual se refieren. Incluso en un mismo sistema jurídico, caso colombiano, el legislador puede llegar a emplear varias de ellas aunque, como destaca Velásquez Velásquez, no resulten siempre "equivalentes desde un punto de vista gramatical y conceptual" (Fernando Velásquez Velásquez. En La Determinación de la Sanción Penal. Víctor Roberto Prado Saldarriaga y Otros. Determinación Judicial de la Pena. Instituto Pacífico. Lima. 2015, p. 103).

Como otros procedimientos la determinación judicial de la pena se desarrolla a través de una secuencia de etapas y actos que debe cumplir el ór-

gano jurisdiccional hasta llegar a un resultado punitivo. Como señala Besio Hernández dicho procedimiento "se lleva a cabo a través de varios niveles o pasos sucesivos y concatenados los unos a los otros" (Martín Besio Hernández. Los Criterios Legales y Judiciales de Individualización de la Pena. Tirant Lo Blanch. Valencia.. 2011, p. 23).Tradicionalmente se ha señalado que la determinación judicial de la pena comprende dos etapas operativas: **la identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta.** Cabe precisar que el **artículo 45°-A,** que introdujo la Ley 30076, también se refiere a ellas con igual nomenclatura.

Es importante mencionar que cada una de aquellas dos etapas, tiene una finalidad y dinámica distinta a la vez que responden a la orientación político criminal de dos principios rectores: **el Principio de legalidad** que controla el ejercicio de la primera etapa (El juez sólo puede aplicar la pena en la forma y magnitud que le autoriza la ley) y **el Principio de pena justa** que limita el resultado de la segunda (El juez sólo puede imponer la pena que corresponde a las circunstancias concurrentes en el caso). A continuación haremos un breve detalle de las pautas que deben observarse en cada una de ellas.

La Identificación de la pena básica es el paso inicial del procedimiento de determinación judicial de la pena. A través de esta etapa el Juez realiza una declaración formal y expresa su autoridad punitiva así como sobre la legitimidad de su ejercicio. Él debe precisar y comunicar desde su sentencia cuáles son los límites legales de la pena o penas aplicables. Para ello el órgano jurisdiccional debe partir de la **penalidad o pena conminada** prevista en la ley para cada delito. Se trata entonces de configurar, en base a esa regulación legal, un **espacio punitivo o de punición** el cual siempre debe contar con dos extremos. Uno mínimo o **límite inicial** y otro máximo o **límite final**. Veamos: si tomamos como ejemplo el delito de homicidio simple, tipificado y sancionado en el artículo 106° del Código Penal, la identificación judicial de la pena básica o pena aplicable, tendría que tomar en cuenta la penalidad fijada en dicha norma y establecer en función a ella el espacio de punibilidad. Este último quedaría compuesto por un límite inicial o mínimo de seis años y un límite final o máximo de veinte años. Sin embargo, en aquellos otros delitos donde por defecto de técnica legislativa sólo se ha considerado en la pena conminada uno de tales límites, sea el mínimo o el máximo, el juez deberá integrar el límite faltante en base a los que corresponden genéricamente para cada clase de pena, que aparecen regulados en la Parte General

del Código Penal, al precisarse la extensión y características cuantitativas de cada clase de sanción punitiva. En la legislación peruana, por ejemplo, ello suele ocurrir en no pocos casos como en el delito de asesinato tipificado por el artículo 108°. En esta disposición legal la pena privativa de libertad conminada sólo registra un límite mínimo o inicial de 15 años. Por tanto, el juez para poder identificar la pena básica deberá recurrir a los límites genéricos que establece el artículo 29° para la duración de las penas privativas de libertad. Según lo establecido por dicha norma el órgano jurisdiccional integrará el límite máximo o final faltante que será de 35 años.

La individualización de la pena concreta es la segunda etapa del procedimiento de determinación judicial de la pena. A ella le corresponde alcanzar el **resultado punitivo o pena concreta** que deberá cumplir el autor o partícipe culpable del delito y que representa la realización material del *jus puniendi* estatal en la sentencia condenatoria. La característica fundamental de esta segunda estación radica en el desplazamiento que debe hacer el juez dentro del espacio punitivo prefijado como pena básica en la primera etapa. Se trata, por tanto, de un quehacer exploratorio y valorativo que le toca cumplir el órgano jurisdiccional al interior de la materia fáctica o suceso histórico del caso *sub judice*. A través de tales actos y valoraciones la autoridad judicial va indagando, identificando y calificando la presencia de **circunstancias concurrentes en la realización del delito**. Es importante señalar que no se debe omitir la presencia de ninguna circunstancia, ya que de ocurrir ello se afectará siempre la validez de la pena concreta por no responder, plenamente, a las exigencias del principio de pena justa.

Ahora bien, para ambas etapas del procedimiento de determinación judicial de la pena son importantes, los conceptos operativos de **mínimo y máximo legal.** Con la primera denominación se identifica al extremo inicial de toda pena conminada o básica correspondiente a un determinado delito. Su principal utilidad, por tanto, es marcar el límite a partir del cual comienza el espacio de punición; pero, también, posibilita aplicar los efectos de las denominadas **causales de disminución de punibilidad**. Efectivamente, es a partir de él que en línea descendente operará la disminución punitiva que genera, por ejemplo, la tentativa según lo dispuesto por el artículo 16° del Código Penal. Sin embargo, no debe confundirse el mínimo legal con el mínimo genérico que tiene cada clase de pena en la Parte General del Código Penal. Esto es, con el límite o umbral previsto en el artículo 29° para el caso

de las penas privativas de libertad temporales y que es de dos días. El Código Penal de 1924 marcaba expresamente tal diferencia en el artículo 88°: "La disminución de la pena hasta límites inferiores al mínimum legal, se entiende respecto del tiempo previsto para el delito de que se trate, pero no del mínimum señalado para cada clase de pena que en ningún caso puede ser reducido" . Por su parte, el término **máximo legal** sirve para designar al límite final de la pena conminada o básica que corresponde a cada delito. Pero, también, su utilidad operativa radica en señalar el punto de inicio de los efectos agravantes de la penalidad conminada que producen las circunstancias agravantes cualificadas y que se proyectara, **siempre en línea ascendente**, en la proporción fijada por la ley; así, por ejemplo, tal eficacia alcanzará "hasta una mitad por encima del máximo", según lo estipulado por el artículo 46°-B para el supuesto de reincidencia: "La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, **en cuyo caso el Juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal**".

Es pertinente destacar que durante el desarrollo del procedimiento de determinación judicial de los castigos penales, la pena experimenta sucesivas mutaciones que le aportan roles y denominaciones distintas. En un primer momento es sólo una **pena legal o penalidad conminada**. Luego se convierte en una **extensión punitiva o pena básica**. Y, finalmente, se transforma en un resultado punitivo o pena individualizada que adquiere la denominación de **pena concreta.** Pero, además, también podemos encontrarnos excepcionalmente con una **pena concreta parcial,** la cual es un resultado punitivo **de naturaleza preliminar y transitoria**, que se obtiene luego de la aplicación del correspondiente procedimiento de determinación judicial, pero al cual, luego, se le deberá de aplicar los efectos de una regla de reducción por bonificación procesal en los términos y alcances autorizados por la ley. En consecuencia, pues, sólo luego de cumplida dicha operación se obtendrá la **pena concreta definitiva** que deberá cumplir el condenado. Sobre la pena concreta parcial se pronunció implícitamente el Acuerdo Plenario Nº 5-2008/CJ-116 al analizar su operatividad en el procedimiento de terminación anticipada (*Cfr.* Fundamento Jurídico 23).

Cabe señalar que **un supuesto especial** de pena concreta parcial, también se produce cuando se van determinando las penas concretas de cada delito integrante de **un concurso real**, sea este homogéneo o heterogéneo. En estos casos sólo después de la acumulación de las penas concretas parcia-

les fijadas para cada delito y de la validación del resultado obtenido como pena concreta total, conforme a lo establecido en el artículo 50° del Código Penal, se dará lugar a la pena concreta definitiva. Así, por lo demás, también lo especificamos al ser ponente de la parte sustantiva del Acuerdo Plenario Nº 4-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ver Fundamento Jurídico 7).

Cabe anotar, finalmente, que en más de una ocasión la penalidad conminada de los delitos en la legislación nacional está integrada por dos o más penas; esto es, por **penas conjuntas.** Ello se observa en los casos de los delitos de receptación patrimonial que contemplan penas privativa de libertad y multa (Artículo 194° C.P.) o de tráfico ilícito de drogas que incluyen penas privativa de libertad, multa e inhabilitación (Artículo 296°, primer párrafo C.P.). En estos supuestos la determinación judicial de la pena concreta debe abarcar la individualización de las diferentes penas que componen la penalidad conminada. Algo diferente debe de ocurrir cuando la penalidad conminada está compuesta por dos **penas alternativas** como en el caso del delito de auto aborto. Para sancionar este ilícito penal se han considerado penas privativas de libertad o de prestación de servicios a la comunidad (Artículo 114 ° C.P.). En estos supuestos el procedimiento de determinación de la pena concreta sólo se aplicará a partir de la pena que sea elegida por el juez.

3.3.2. Las circunstancias, sus clases y efectos

Una de las definiciones más claras e ideográficas sobre lo que es una circunstancia fue la elaborada por Antolisei. Para este clásico jurista italiano, "Circunstancia del delito (de cincum stat) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura" (Francesco Antolisei. Manual de Derecho Penal. Parte General. Uteha Argentina. Buenos Aires. 1960, p. 319).

Las circunstancias adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo, regulados legalmente, que pueden concurrir en la realización de un delito o en la intervención de sus autores o partícipes. Su función esencial es la de ayudar a la medición judicial de la intensidad de un delito y a la decisión sobre la calidad o extensión del castigo que aquel merece. Ellas posibilitan, pues, cuantificar la mayor o menor trascendencia

jurídica de la conducta ilícita realizada (miden el grado de la antijuridicidad del hecho), así como el mayor o menor grado de reproche que cabe formular a quien ejecutó o participó en dicha conducta ilícita (miden la intensidad de la culpabilidad del agente). Por tanto, en términos más concretos y prácticos cabe señalar que las circunstancias indican si un delito es más o menos grave, para, a partir de ello, ponderar legal o judicialmente sobre el alcance cualitativo o cuantitativo de la pena que deberá imponerse a su autor o partícipe.

Cuando las circunstancias sirven para promover o justificar una penalidad conminada o una pena concreta mayor, se les denomina **agravantes.** Y, en cambio, cuando ellas auspician o fundamentan una penalidad conminada o una pena concreta menor son llamadas **atenuantes.**

Ahora bien, es pertinente distinguir que los supuestos contendidos en el artículo 45° del Código Penal, no son circunstancias sino **criterios de fundamentación y determinación de la Pena.** Esto es, constituyen enunciados o políticas de gestión de casos que operan como normas rectoras para orientar las decisiones del Juez en casos extremos o excepcionales no regulados expresamente o regulados de modo limitado o deficiente, pero en los que aquel deberá adoptar decisiones vinculadas con la elección y aplicación de penas. Se trata, pues, de disposiciones que contienen un claro componente ideológico y no cumplen ninguna función operativa en el procedimiento judicial de dosificación de los castigos penales. Por tanto, **no debe confundirse con circunstancias atenuantes o agravantes, ni mucho menos con causales de disminución o incremento de punibilidad.** En todo caso, su rol en la actualidad puede entenderse como análogo a los principios generales del Título Preliminar del Código Penal. Es más, en la Exposición de Motivos el legislador al referirse al primer criterio regulado en el artículo 45° destacó su condición principista: "El proyecto consagra el importante principio de la co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito, cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente (artículo 48). En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, mea culpa que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad a la que se alude, disminuye o desapare-

ce en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social"

De allí que también constituye una práctica errada el consignarlos en toda sentencia penal como un fundamento jurídico o como una regla técnica que ayuda a construir o justificar un resultado punitivo. Sobre todo porque, como se ha mencionado, tales criterios de fundamentación y determinación de la pena no tienen la misma función, eficacia u operatividad práctica de las reglas contenidas en los artículos 45°- A y 46°. Es más, ellos no están conectados con estas últimas disposiciones ni por su origen legislativo ni por su organización sistemática (Sobre la fuente legal del artículo 45° ver José Hurtado Pozo. El Sistema de Control Penal. Instituto Pacífico. Lima. 2016, p. 309 y ss.).

Luego de las últimas modificaciones legales introducidas en el artículo 45° por la Ley 30364, su actual regulación contempla los siguientes criterios:

1. **Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad**. Este criterio resulta muy apropiado para los casos de multireincidencia, delincuencia juvenil o de adictos; pero, también, para aquellos otros supuestos vinculados a modalidades delictivas que expresan abuso de poder económico, político o tecnológico.
2. **La cultura y costumbres.** Sobre todo a este enunciado se le debe tener en cuenta en el tratamiento de casos penales de relevancia intercultural o de aquellos ocurridos en entornos sociales donde coexisten patrones normativos pluriétnicos. Él también cumple un rol relevante en aquellos procesos penales donde se discute sobre la eficacia de modalidades de exculpación basadas en la cultura diferente del imputado, como la regulada por el artículo 15 ° del Código Penal.
3. **Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.** La eficacia de esta norma rectora se proyecta de manera especial en los casos de relevante y notoria vulnerabilidad de las víctimas, como los delitos de odio, delitos de violencia de género o intrafamiliar, así como en los delitos contra los derechos humanos, Su utilidad ideológica es promover una reparación o compensación justa de los daños sufridos por los agraviados con el delito.

En cuanto a su **clasificación,** las actuales características y operatividad de las circunstancias reguladas en la legislación penal vigente, permiten identificar cinco modalidades o clases:

1. Las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas.
2. Las circunstancias agravantes y atenuantes específicas.
3. Las circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
4. Las circunstancias agravantes de diferente grado o nivel
5. Las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores.

Seguidamente presentaremos los rasgos distintivos de cada uno de estos tipos de circunstancias.

a) Las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas

Son **circunstancias genéricas** las que se regulan en la Parte General del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito que carezca de circunstancias propias o específicas. Además, esta clase de circunstancias sólo permiten al Juez individualizar la pena concreta dentro del espacio punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica. No autorizan, por tanto, exceder ni en línea ascendente ni en línea descendente tales límites. Cuando se trata de **circunstancias atenuantes genéricas,** ellas representan siempre una menor antijuricidad del hecho o una menor culpabilidad de su autor, su eficacia produce como consecuencia una menor punibilidad o posibilidad de sanción penal del delito. Esto es, ellas van a determinar la imposición de una pena concreta menor que siempre se ha de proyectar hacia el extremo inicial o mínimo de la pena básica. Por el contrario, si son **circunstancias agravantes genéricas**, cuyo rol es indicar una mayor antijuricidad de la conducta o una mayor culpabilidad del autor, su efecto principal se expresará como una mayor punibilidad o posibilidad de sanción penal del delito, la cual se materializará en una pena concreta mayor que se dirigirá siempre hacia el extremo final o máximo de la pena básica.

Cabe destacar que el legislador peruano, adoptando la misma técnica legislativa utilizada por otros códigos penales como el colombiano (*Cfr.* Artículos 55° y 58°) o el español (*Cfr.* Artículos 21° y 22°), ha integrado en su artículo 46º un detallado catálogo de circunstancias genéricas que sistemáticamente se alinean en dos bloques. El primero reúne las circunstancias atenuantes y en el segundo se incluyen las circunstancias agravantes.

La influencia colombiana en la elaboración de estos listados por la Ley 30076 es muy evidente (*Cfr.* Pedro Alfonso Pabón Parra. Manual de Derecho Penal. Parte General. 9ª Edición. Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2013, p. 656 y ss.). Cabe agregar que la decisión normativa de abandonar el catálogo de circunstancias abiertas y avaloradas que tenían el artículo 51° del Código Penal de 1924 y el texto original del artículo 46° Código Penal de 1991, se asumió desde el Anteproyecto de Código Penal-Parte General de 2004 (*Cfr.* Artículos 46° y 47°). Posteriormente ella fue ratificada en el Anteproyecto de Código Penal de 2008/2010 (*Cfr.* Artículo 46° y 47°) de donde fue asimilada por el Proyecto del Poder Judicial de 2012 (*Cfr.* Artículos). Sólo en el segundo de los documentos citados, la Exposición de Motivos alude escuetamente a la utilidad de esta reforma para la labor judicial: "Con relación a la determinación judicial de la pena, se construye un procedimiento más accesible a la judicatura y más predecible en sus resultados. Para ello se establecen catálogos de circunstancias agravantes y atenuantes, a la vez que se regulan reglas precisas para la individualización de la pena concreta" (*Cfr.* Carlos Alberto Torres Caro. El Nuevo Código Penal Peruano. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima. 2011, p. 106). No obstante, es de criticar el exagerado casuismo que gobierna la configuración de los actuales catálogos circunstanciales, los cuales, en no pocas ocasiones, determinan que las circunstancias que los integran colisionen con modalidades idénticas de circunstancias agravantes específicas debilitando así su autonomía operativa. Hubiera sido preferible, pues, una enunciación más general y omnicomprensiva de circunstancias genéricas (*Cfr.* Artículo 46°, inciso 2, literales c y d).

A continuación se hará un breve análisis de las características y alcances hermenéuticos que corresponden a cada una de las circunstancias genéricas reguladas por el texto vigente del artículo 46°. En primer lugar está norma en su primer inciso incluye **ocho circunstancias atenuantes genéricas** que son las siguientes:

a) La carencia de antecedentes penales. El Código Penal español (*Cfr.* Artículo 21°) a diferencia del colombiano (*Cfr.* Artículo 55°) no regula una atenuante genérica similar. Tampoco fue incluida en el texto original del Código Penal peruano de 1991. No obstante, el Código Penal de 1924 sí aludía a ella implícitamente al considerar en el inciso 2 del artículo 51° "**los precedentes judiciales y penales**" del agente del delito. Fueron los ante-

proyectos de 2004 (*Cfr.* Artículo 46°, inciso 1°) y 2008/2010(*Cfr.* Artículos 45°, inciso 1) los que siguiendo la orientación colombiana los recepcionaron para nuestro sistema legal.

Los antecedentes penales tienen por función registrar y dar constancia de las condenas impuestas a una persona para fines de control del cumplimiento de las penas aplicadas o para efectos de validar la configuración de circunstancias agravantes cualificadas como la reincidencia (*Cfr.* Artículo 46°-B) o impedir la aplicación de medidas alternativas de régimen de prueba como la suspensión de la ejecución de la pena (Artículo 57°.3). Pero, también, los antecedentes penales tienen un valor criminológico al indicar una personalidad proclive al delito o que denuncia el fracaso de un proceso de resocialización. Por tanto, la ausencia de condenas penales anteriores coloca al autor o partícipe de un delito en una condición más propicia a la búsqueda de efectos preventivos especiales que indican una menor necesidad punitiva. La atenuante, sin embargo, sólo debe excluirse ante la existencia de antecedentes penales que registren condenas firmes. Tampoco afectan su eficacia la mera existencia de antecedentes policiales o judiciales. Si bien la norma no lo destaca expresamente, ella permite inferir que los registros punitivos que impiden su configuración deben tener eficacia al momento de decidir la penalidad concreta del condenado. Por tanto, la atenuante opera aún en aquellos casos donde haya pre existido antecedentes penales que fueron, luego, objeto de cancelación definitiva por el cumplimiento de la pena impuesta (*Cfr.* Artículo 69°) o por la extinción de esta al vencimiento exitoso de un periodo de prueba derivado de un régimen de suspensión de la ejecución de la pena (*Cfr.* Artículo 61°).

b) El obrar por móviles nobles o altruistas. Esta atenuante, también de origen colombiano, según Velásquez Velásquez, demanda la necesidad de "indagar aquellas motivaciones que demuestran nobleza y altruismo por parte del agente, todo lo que permite fundarlo en un menor desvalor de acto por tratarse de un injusto menos grave" (*Cfr.* Fernando Velásquez Velásquez. La Determinación de la Sanción Penal. Ob. Cit., p. 128). Al respecto, es de destacar que la motivación que determina, induce o guía la acción delictiva del agente, influye, de modo determinante, en la menor intensidad de su culpabilidad. Esto es, esta clase de circunstancias reducen el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su naturaleza subjetiva es preeminente y

se expresa en una valoración positiva de lo "noble o altruista" de los móviles internos que mueven al agente hacia la realización del hecho punible.

El Código Maúrtua incluyó una opción de similar efecto punitivo al referirse a "la calidad de los móviles honorables o excusables" que determinaron la actividad delictiva del agente (*Cfr.* Artículo 51°, inciso 2). En torno a esta atenuante Cornejo destacaba que "para la aplicación de las penas lo que debe evaluarse es el motivo psicológico en cuanto se relaciona con los fines sociales, y es tanto más ilícito en cuanto más se opone a los sentimientos básicos de la piedad, la solidaridad, de la cultura en suma" (*Cfr.* Ángel Gustavo Cornejo. Parte General del derecho Penal. Tomo Primero. Librería e Imprenta de Domingo Miranda. Lima. 1936, p. 242). Cabe señalar, además, que en determinados delitos este tipo de móviles operan también como circunstancias atenuantes específicas. Ello ocurre, por ejemplo, en el artículo 146° que considera una menor punibilidad para los delitos contra el estado civil de una persona cuando se "comete el hecho por un móvil de honor".

c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables. Es evidente que esta circunstancia atenuante nos vincula con un supuesto que incide en la medición de la culpabilidad del autor. Los precedentes históricos que ella registra en nuestra legislación podrían ser dos. En primer lugar, está el Código Penal de 1863 que consideraba como atenuante genérica que el agente hubiera cometido el delito "bajo influencia de impresiones tan violentas que produzcan arrebato u obcecación" (*Cfr.* Artículo 9°, inciso 8). Luego encontramos la fórmula contenida en el Código Penal de 1924, que se refería al agente del delito apreciando "las emociones que lo hubieran agitado" (*Cfr.* Artículo 51°, inciso 1).

No ha existido, pues, en nuestra evolución legislativa una disposición idéntica en contenido a la que ahora se analiza. De allí que resulte justificado el recurrir nuevamente a la doctrina colombiana, para entender mejor su significado y presupuestos. En este contexto se ha señalado que "el legislador toma en cuenta el estado psicoafectivo de la persona al momento del hecho para efectos de formular un menor juicio de exigibilidad.... se tienen como atenuantes los estados de emoción.... en general, a condición de que sean **excusables,** esto es, atendibles; o para decirlo en otros términos, que jurídica o socialmente no sean merecedores de reproche o rechazo, aunque tampoco

susciten reacciones abiertamente favorables" (*Cfr.* Fernando Velásquez Velásquez. La Determinación de la Sanción Penal. Ob. Cit. p. 128).

Cabe recordar que en el derecho penal nacional se ha tipificado una modalidad de homicidio privilegiado en el artículo 109° del Código Penal que también puede ayudar a definir el sentido de esta atenuante. En dicha disposición se alude también a una "emoción violenta que las circunstancias hacen excusable…". Al respecto, como lo ha destacado la doctrina nacional al comentar dicha disposición: "No es posible distinguir las emociones conforme a su propia naturaleza. Es inadmisible considerar que ciertas emociones son en sí excusables y otras, condenables. Como exige la ley, este carácter de la emoción debe ser determinado en cada caso concreto y apreciando las circunstancias en que actuó el agente" (*Cfr.* José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial 1. Homicidio. Ediciones Juris. Lima. 1993, p. 62). Pero, además, en torno al autor del delito "la emoción violenta debe ser excusable. No quiere decir que sea exculpable, sino disculpable en el sentido de atenuarle la pena por encontrarse ofuscado producto de una situación externa que motiva su comportamiento y reacción frente a lo sucedido. Nuestra jurisprudencia entiende que son circunstancias que hacen excusable a la emoción: honor mancillado, afrenta inmerecida, ofensa injustificada" (*Cfr.* Felipe Villavicencio Terreros. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. Grijley. Lima.2014, p. 250).

En cuanto al **temor excusable** este queda referido a un sentimiento de inseguridad o riesgo de sufrir un mal que afecta al autor y lo constriñe directamente hacia la comisión del delito. Este temor debe igualmente ser aceptable u atendible desde la valoración que sobre él y los factores que lo generaron deberá de realizar necesariamente el órgano jurisdiccional caso por caso. Sin embargo, el temor que menciona la norma no debe ser equiparable al *miedo insuperable* cuyos presupuestos exculpantes regula el inciso 7 del artículo 20°. En el Código Penal colombiano, donde se ha preferido aludir a un **"temor intenso"**, se ha criticado su inclusión pues está también referido a un estado emocional y obliga a dimensionar su magnitud para distinguirlo de un estado de miedo insuperable (*Cfr.* Fernando Velásquez V. Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Librería Jurídica Comlibros. Bogotá. 2009, p. 1108).

d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en ejecución de la conducta punible. Esta atenuante reduce también la intensidad del reproche que cabe formular al autor del delito. Ella se edifica en base a la incidencia de factores extraordinarios y trascendentes, ligados al ámbito personal o familiar del delincuente, los cuales concurren e interactúan en la formación y limitación el espacio decisional del agente, condicionándolo a la comisión del delito. Son, pues, esta clase de situaciones extremas las que deben tomarse en cuenta para decidir su configuración y eficacia. Como explica Velásquez Velásquez este tipo de factores justifican "un juicio de exigibilidad menor" (*Cfr.* Fernando Velásquez Velásquez. La Determinación de la Sanción Penal. Ob. Cit. p. 129). De allí, pues, que el legislador demande una calificación particular de los mismos como "apremiantes": Esto es, como de eficacia inmediata e impostergable y compatible, pues, con una situación de emergencia o urgencia que constriñe el arbitrio del autor del delito derivándolo hacia su ejecución. La casuística al respecto alude a casos como la urgencia de atender el tratamiento de la enfermedad que afecta a un familiar cercano o la de proveer alimentos para sí o para los hijos menores y que pueden determinar al agente a cometer un hurto o un robo en la medida en que no se configure, en tales supuestos, una justificante perfecta o imperfecta por estado de necesidad.

e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias. Se trata de una circunstancia de carácter subsecuente al delito y de origen italiano. Como señalaba RANIERI, se le construye a partir de una actitud de arrepentimiento posterior que hace posible reconocer en el agente una "menor peligrosidad". La doctrina colombiana, en cambio, la considera como vinculada a razones político criminales de protección de las víctimas y que inciden en la punibilidad del hecho (*Cfr.* Fernando Velásquez Velásquez. La Determinación de la Sanción Penal. Ob. Cit. p. 129).

Esta atenuante requiere para su realización que el autor del delito "se haya esforzado espontáneamente, esto es, con base en motivos internos y no externos, como serían los surgidos a causa de una presión ajena o por imposición de la ley (por ejemplo, por deber de asistencia o socorro), por eliminar o atenuar las consecuencias dañosas o peligrosas del delito. También se requiere que su actividad haya sido desplegada eficazmente, es decir, de modo adecuado para alcanzar ese fin, aunque, por motivos independientes

de la voluntad del agente, no lo haya alcanzado" (*Cfr.* Silvio Ranieri. Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 1975, p. 29).

Algunos sistemas jurídicos como el español, demandan que el agente ejecute los actos dirigidos a la disminución de las consecuencias dañosas del delito, "en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral" (*Cfr.* Artículo 21 °, inciso 5). La legislación nacional no hace precisiones al respecto ni tampoco alude al modo en que tales actos deben producirse. No obstante, es de exigir para validar el efecto atenuante que los mismos sean oportunos, idóneos y en lo posible eficaces.

f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado. Esta circunstancia toma también en cuenta para la operatividad de su eficacia atenuante una conducta posterior al delito que debe exteriorizar el agente. A ella también se refiere el artículo 64°, inciso 7 del Código Penal de Colombia. Lo esencial radica en la decisión espontánea del delincuente de reparar en lo posible el daño ocasionado u otras consecuencias negativas generadas por su accionar ilícito. De esta manera él revela una actitud positiva que debe merituarse favorablemente en la punibilidad del delito que aquél hubiera cometido. Sin embargo, es pertinente demandar, como lo hacía Peña Cabrera, al comentar una atenuante similar del Código Penal de 1924, "que la reparación debe ser espontánea, es decir, voluntaria y, naturalmente antes de la respectiva sentencia. Se entiende que la reparación debe partir del autor, y no de terceros" (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Editorial Sagitario. Lima. 1987, p. 264). Ella, por lo demás, tal como lo admite la doctrina colombiana, incluye "los eventos de la restitución, reparación del daño o indemnización de perjuicios, compensaciones, etc." (*Cfr.* Fernando Velásquez V. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 1110).

g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad. La presente circunstancia es similar en su naturaleza y efectos a la que recogía el inciso 10 del texto original del artículo 46° ("La confesión sincera antes de haber sido descubierto"). Ella también es regulada de modo frecuente en el derecho penal extranjero. Por ejemplo, con una redacción algo diferente de la peruana, está prevista en el texto vigente del artículo 21°, inciso 4° del

Código Penal español ("La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades").

En esta atenuante nuevamente se valora un acto de **arrepentimiento posterior al delito.** Con su conducta el agente expresa su voluntad de hacerse responsable por el ilícito cometido y de asumir plenamente las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Esta actitud se destaca en favor del agente al alejarse este de un patrón conductual común y que suele orientarse hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor. Al respecto, la doctrina nacional, incluso desde la vigencia del Código Maúrtua, ha destacado que: "Hay diferencia notable en el delincuente que huye después de consumado el delito, del que se presenta voluntariamente a las autoridades para confesar. Este último muestra arrepentimiento, o por lo menos, asume su responsabilidad, lógicamente la atenuante es procedente; de suerte que no puede favorecerse al delincuente que huye y regresa después acompañado de su abogado" (*Cfr.* Raúl Peña Cabrera Tratado de Derecho Penal. Ob. Cit., p. 264). Por su parte, los comentarios en torno a la fuente legal extranjera seguida por el legislador peruano desarrollan una interpretación compatible con lo antes señalado: "Como es de suponer, si el encartado confiesa la comisión de la conducta punible lo hace como muestra de su arrepentimiento, aunque no está obligado a ello. La presentación debe ser voluntaria, esto es, espontánea, libre, sin mediar presión de ninguna índole o responder a factores independientes del querer del sujeto" (*Cfr.* Fernando Velásquez V. Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Librería Jurídica COMLIBROS. Bogotá. 2009, p. 1111).

Ahora bien, es importante diferenciar esta atenuante genérica de otros supuestos legales que operan como **reglas de reducción por bonificación procesal** a partir de actos de confesión sincera en el marco de un proceso penal y que fueron contempladas en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales y en el artículo 161° del Código Procesal Penal de 2004. En efecto, en los dos supuestos citados se trata de reglas que no funcionan como atenuantes sino que generan premios o recompensas para el comportamiento positivo de un imputado que facilita la abreviación del proceso judicial en que se encuentra inmerso. Esa conducta procesal se bonifica mediante una reducción porcentual que se aplica a la pena concreta. Por tanto, la cir-

cunstancia atenuante del artículo 46° del Código Penal, que aquí se analiza, equivale, más bien, a la denominada **autodenuncia.**

h) La edad del imputado en tanto que ella hubiese influido en la conducta punible. Tanto el inciso 2 del artículo 51° del Código Penal de 1924, así como el inciso 8 del texto original del artículo 46° del Código vigente, se referían genéricamente a la "edad" del agente al momento de comisión del delito. Sin embargo, ambas disposiciones omitían cualquier exigencia en torno a que este componente etáreo hubiese significado un determinado nivel de influencia en la realización del hecho punible, como sí se demanda en la fórmula introducida como atenuante genérica por la Ley 30076. En torno a estos aspectos, es de precisar, también, que en el derecho penal colombiano no se ha regulado una atenuante genérica de iguales características, aunque el inciso 9 del artículo 55° otorga esa calidad a "Las **condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad** o por circunstancias orgánicas, **en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible**". Tampoco en la legislación española encontramos una disposición similar a la peruana (*Cfr.* Artículo 21°). Sin embargo, en nuestro sistema legal esta modalidad de atenuante genérica ya había sido considerada, con idéntica redacción, desde el anteproyecto de 2004 (*Cfr.* Artículo 46°, inciso 8).

De hecho cabe entender que el legislador nacional ha asumido que la edad puede influir en la conducta punible. Lo que no se ha especificado son las manifestaciones o eficacia de dicha influencia. Por ejemplo, en la norma colombiana se alude expresamente a que ella afecte la capacidad penal plena del agente. Esto es, se trataría de un supuesto equivalente al regulado por el artículo 22° que califica la edad como **un factor de imputabilidad disminuida** ("Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años al momento de realizar la infracción…."). Si esta fuese la opción seguida sería en principio innecesaria; y, además, técnicamente incorrecta pues no sería una circunstancia atenuante genérica sino una **causal de disminución de punibilidad**. Queda, pues, como una tarea futura de la jurisprudencia hacer el deslinde pertinente.

Corresponde ahora continuar con el examen de las **catorce circunstancias agravantes genéricas** contenidas en el inciso segundo del artículo 46° y cuyo análisis hacemos del modo siguiente:

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad. Se regula una agravante genérica a partir de la calidad de los bienes objeto del delito a los cuales el legislador califica como de utilidad social. Esto es, propios para el servicio y satisfacción de necesidades comunes a la población.

En la legislación nacional preexisten algunos supuestos similares pero a modo de circunstancias agravantes específicas, como las que aparecen vinculadas a los delitos de usurpación o daños. Así, en un primer caso, el legislador se ha referido de manera general a "bienes destinados a servicios públicos" (*Cfr.* Artículo 204°, inciso 4); y, en el segundo caso, ha optado, más bien, por un señalamiento más detallado de los mismos: "sobre infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones" (*Cfr.* Artículo 206°, inciso 6°). Similar fórmula es empleada en el inciso 10, del párrafo segundo, del artículo 186°, que regula una agravante específica de segundo grado para el delito de hurto. Para los juristas colombianos, que comentan una disposición legal idéntica, los "bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común son los que están al alcance de todos los ciudadanos, las estatuas, los monumentos, los asientos de los parques, los semáforos, las señales de tránsito, los teléfonos, espejos, cables de redes de telecomunicaciones, lámparas y torres de alumbrado, etc." (*Cfr.* Fernando Velásquez Velásquez. La Determinación de la Sanción Penal. Ob. Cit. p. 134).

b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos. Esta agravante en principio tiene igual naturaleza que la examinada anteriormente. De allí que su inclusión deviene en innecesaria. No obstante, una distinción semántica y operativa, que podría darle autonomía funcional, sería la de proyectar su eficacia agravante sólo cuando el delito se ejecute únicamente sobre bienes del Estado o administrados por este. Cabe señalar, sin embargo, que para estos casos en la parte especial del Código Penal se prefiere hacer alusión expresa a tal condición. Por ejemplo, también en torno al delito de usurpación, se construye una agravante específica marcando claras diferencias cuando se exige que la conducta delictiva se ejecute "Sobre **bienes del Estado** o de comunidades campesinas o sobre **bienes destinados a servicios públicos** (...)". Es de sugerir, pues, que la aplicación de

esta agravante genérica se reserve sólo para los actos delictivos que recaen en bienes estatales.

c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria. La influencia del Código Penal colombiano en esta agravante genérica es también innegable. Ella reproduce la misma redacción del supuesto regulado en su artículo 48°, inciso 2.

No obstante, en la legislación nacional también encontramos algunos antecedentes importantes de esta circunstancia agravante en el artículo 10°, inciso 3 del Código Penal de 1863 (*"Perpetrarlo por recompensa prometida o por precio recibido"*) y en inciso 2 del artículo 51° del Código Penal de 1924 ("... la calidad de los móviles honorables o excusables **o innobles o fútiles...**").

La agravante desvalora, pues, la motivación delictiva. El que el agente haya actuado motivado por la venganza, el odio o el lucro determinan la mayor punibilidad a partir de una mayor intensidad del reproche que se formula al autor. Por lo demás, en la parte especial también esta clase de móviles han sido considerados para la configuración de agravantes específicas. Así, por ejemplo, en el delito de instigación o ayuda al suicidio se otorga tal condición "(...) si el agente actuó por un **móvil egoísta**". De otro lado, lo intrascendente, desproporcionado o fútil del móvil ha llevado a la configuración de una modalidad de asesinato basada en la "ferocidad" (*Cfr.* Artículo 108°, inciso 1). La doctrina colombiana coincide con esta interpretación: "Ahora bien, la expresión **motivo** supone una referencia a la voluntad del agente y equivale a la causa, pretexto, móvil, fundamento o razón que lo lleva a actuar; lo de **abyecto** es sinónimo de despreciable, vil en extremo, ruin, mezquino, miserable, bajo, despreciable, si se quiere innoble.... Lo de motivo **fútil** supone una desproporción manifiesta entre la gravedad del hecho y la intensidad o naturaleza del motivo que impulsa la acción...." (*Cfr.* Fernando Velásquez Velásquez. La Determinación de la Sanción Penal. Ob. Cit. p. 135).

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole. Nuevamente el legislador adopta como indicador agravante el móvil que determina la conducta delictiva del agente. No obstante, en este caso alude específicamente a la **intolerancia** o a la **discriminación.**

Esto es, hay en ambos supuestos un acento sociológico, cultural y valorativo que toma en cuenta una forma negativa e ideológica de menosprecio, que internaliza y exterioriza el agente para *minus* valorar, despreciar o estigmatizar a determinadas personas por su origen, condición o roles sociales. Se trata de móviles frecuentes en la comisión de los denominados **delitos de odio.**

Una fórmula legal similar, aunque más detallada, fue sugerida inicialmente por el Anteproyecto peruano de 2004 donde el artículo 47° en su inciso 4 registraba el siguiente tenor: "Efectuar la ejecución de la conducta punible inspirándose el agente en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, etnia, ideología, religión, o a las creencias, sexo o alguna enfermedad o discapacidad de la víctima". El Anteproyecto 2008/2010 mantuvo la misma redacción en el inciso 4 del artículo 46°. Es de precisar que ambas propuestas seguían a pie de la letra la redacción colombiana del inciso 3 del artículo 58° del Código Penal. Ahora bien, en el Código Penal de 1991 la discriminación contra la mujer es tomada en cuenta como contexto de realización delictiva del feminicidio en el inciso 4 del artículo 108°-B, primer párrafo.

Cabe señalar que esta clase de móviles delictivos es también recogida con igual eficacia de potenciación punitiva por otras legislaciones penales como la española. En efecto, el texto renovado por la LO 1/2015, del inciso 4 del artículo 22 del Código Penal ibérico, es, al respecto, mucho más directo y detallado al considerar como circunstancia agravante: "Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión, creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad". Según la doctrina española: "Son requisitos imprescindibles para la apreciación de la agravante, desde el punto de vista objetivo, la efectiva concurrencia en la víctima de alguna de las causas de discriminación previstas en la ley (ideología, religión u otras creencias, etnia, raza, nación de pertenencia, sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad) y, desde la vertiente subjetiva, que el autor realice el hecho con una motivación discriminatoria, es decir, que elija a su víctima precisamente por concurrir en ella alguna de esas circunstancias" (*Cfr.* María Luisa Maqueda Abreu- Patricia Laurenzo Copello. El Derecho Penal en Casos. Teoría y Práctica. 3ª Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011, p. 228). Al respecto es de señalar que el Código Penal peruano tam-

bién califica los actos de discriminación como delito contra la humanidad (*Cfr.* Artículo 323°).

e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común. La naturaleza del medio empleado por el agente en la comisión del delito se constituye en el factor agravante. Es, pues, la capacidad o potencialidad destructiva, calamitosa o catastrófica que aquel intrínsecamente posee, la que es tomada en cuenta para justificar una mayor punibilidad. Tienen tales características el fuego, los explosivos, material radiactivo, bacterias expansivas, etc. Como bien destaca la doctrina, la aplicación delictiva de tales medios "comporta una mayor gravedad del injusto cometido por ser más intenso el desvalor del resultado" (*Cfr.* Fernando Velásquez Velásquez. La Determinación de la Sanción Penal. Ob. Cit. p. 138).

Como en otros casos de las agravantes genéricas del artículo 46°, coexisten también en el Código Penal nacional delitos que integran en su configuración típica el empleo de medios catastróficos o de alta potencialidad destructiva con capacidad de generar peligro común. Ello ocurre, por ejemplo, en el delito de asesinato (*Cfr.* Artículo 108°. 4) y en los delitos de peligro común (*Cfr.* Artículo 273°).

f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe. Es una agravante genérica pero compleja y alternativa, ya que reúne varias circunstancias que el legislador hace equivalentes, En efecto, la norma alude a tres modalidades ejecutivas que puede aplicar el autor en la comisión del delito: **i)** mediante ocultamiento; **ii)** con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima; **iii)** aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.

El primer caso, **mediante ocultamiento**, está referido a un *modus operandi* alevoso, engañoso o subrepticio que ocultando o disimulando la identidad o la naturaleza ilícita de la conducta del autor, impide a la víctima advertir el peligro de la acción delictiva, a la vez que facilita su comisión asegurando también un margen relevante de potencial impunidad para el agente. Según Velásquez Velásquez, quien comenta críticamente un supuesto

análogo del derecho penal colombiano por considerarlo equívoco, "a través de la desaparición o camuflaje tanto del autor de la conducta punible como de su víctima, con lo que se hace referencia a los medios utilizados para la comisión del entuerto que son componentes de la descripción típica; ello, sin duda, representa un mayor contenido de injusto porque el legislador valora de manera negativa la acción realizada por el agente como más grave, desde la perspectiva de los axiomas que inspiran la convivencia" (*Cfr.* Fernando Velásquez Velásquez. La Determinación de la Sanción Penal. Ob. Cit. p. 139).

En la legislación española se ha incluido un agravante de contenido similar bajo la noción más sofisticada de **disfraz**; es decir, cuando "el autor utilice algún medio idóneo para distorsionar su apariencia externa durante la ejecución del delito (...) En palabras del Tribunal Supremo cualquier ocultación o desfiguración del rostro o facciones, de la apariencia exterior o de la indumentaria habitual del sujeto activo constituye disfraz, siendo la ratio essendi de la agravación" (*Cfr.* María Luisa Maqueda Abreu- Patricia Laurenzo Copello. El Derecho Penal en Casos. Teoría y Práctica. Ob. Cit., p. 225).

Es de mencionar también que esta modalidad de agravante genérica, basada en actos de ocultamiento o disfraz de la identidad del autor para ejecutar el hecho punible, está igualmente considerada en nuestra legislación penal como agravante específica para diferentes delitos como el robo (*Cfr.* Artículo 189°, primer párrafo, inciso 6).

En el segundo supuesto la agravante trata de un **abuso de la superioridad** física y material que posee el agente, la cual coloca en notoria desventaja a la víctima para hacer frente o neutralizar la actividad delictiva contra ella. Su regulación es bastante frecuente en los sistemas jurídicos contemporáneos. Así en el artículo 22°, inciso 2, del Código Penal español, también se considera agravante al "abuso de superioridad" y se le relaciona con un aprovechamiento indebido de la mayor fuerza o capacidad de agresión física que aplica el agente contra la víctima. Al respecto señalan Maqueda y Laurenzo: *"El abuso de superioridad requiere una desproporción notable de fuerzas entre el autor y la víctima del delito, dando lugar a una reducción significativa de la capacidad de defensa de ésta sin llegar a eliminarla"* (*Cfr.* María Luisa Maqueda Abreu- Patricia Laurenzo Copello. El Derecho Penal en Casos. Teoría y Práctica. Ob. Cit., p. 226).

Con una denominación y contenido similares el Código Penal colombiano la contempla en el artículo 58°, inciso 5, siendo visualizada por la doctrina de ese país como acciones delictivas dirigidas también sobre personas indefensas, enfermas, discapacidad, etc. En tal sentido se sostiene: "Aquí, por el contrario, se mira la condición de preeminencia, dominio, superioridad del autor del atentado criminal, lo cual demuestra que el legislador persigue privilegiar la posición de la víctima en desmedro del autor" (*Cfr.* Fernando Velásquez Velásquez. La Determinación de la Sanción Penal. Ob. Cit. p. 140). Finalmente, el tercer supuesto agravante corresponde al **aprovechamiento de cualquier circunstancia de tiempo, modo o lugar,** que resulte idónea para dificultar la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe. Concurren aquí, de modo genérico, condiciones objetivas de las que se vale el agente y que facilitan la comisión alevosa del delito o posibilitan su impunidad, como el lugar desolado, la obscuridad de la noche o durante una catástrofe natural. El Código Penal de 1863 señalaba de modo casuístico varios de estos factores o contingencias. Así, por ejemplo, en los incisos 7 y 11, respectivamente, del artículo 10° consideró agravantes genéricas del delito "Cometerlo aprovechando los conflictos de naufragio, terremoto, tumulto popular u otra calamidad o desgracia" o "Ejecutarlo de noche, en despoblado, en los caminos, o en la morada del ofendido". El Código Maúrtua en el artículo 51°, inciso 1 aludía también "a la dificultad que hubiere para prevenirse contra el hecho punible".

En todos esos casos la menor opción de defensa o de auxilio para la víctima o su falta de atención por la conmoción ocurrida son ventajas que el agente aplica en su actuar delictivo. En la doctrina italiana se asocia a esta clase de circunstancias la siguiente caracterización: "Se tienen circunstancias favorables de tiempo cuando el agente saca ventaja de una calamidad pública, como una epidemia, un terremoto, etc., o de una desgracia privada, como un accidente, un incendio, una huelga, etc. Se tienen circunstancias favorables de lugar cuando el sitio en que se comete el delito se halla abandonado o semi abandonado, o está aislado" (*Cfr.* Silvio Ranieri. Manual de Derecho Penal. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá. 1975, p. 12). En la Parte Especial del Código Penal peruano los delitos de hurto y robo registran agravantes específicas que aluden también a tales circunstancias que favorecen el actuar delictivo del agente por menor opción defensiva de la víctima (*Cfr.* Artículo 189°, inciso 2, primer párrafo) o por la presencia de una contingencia de

calamidad pública o desgracia del agraviado (*Cfr.* Artículo 186°, inciso 3, primer párrafo).

g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito. Se trata de una agravante tradicional e histórica para el derecho penal colombiano. Sin embargo, la doctrina desarrollada sobre esta fuente legal extranjera no es muy precisa ni detallada sobre su naturaleza y presupuestos, aunque se suele hacer referencia a actos posteriores a la consumación del delito que inciden en la intensidad de los efectos y consecuencias ilícitas generadas por el hecho punible cometido. En tal sentido, Velásquez Velásquez sostiene que con esta agravante "se pretende castigar más severamente a quien, no conforme con realizar la conducta, busca además intensificar sus efectos al plasmar un mayor desprecio hacia los valores que inspiran la convivencia lo que, desde luego, se traduce en un injusto más grave; buenos ejemplos de ello son los casos de quien no sólo incendia la propiedad ajena, sino que también impide la presencia de los bomberos, o lesiona al enemigo e impide su atención médica. Naturalmente, se trata de una circunstancia típica" (*Cfr.* Fernando Velásquez Velásquez. La Determinación de la Sanción Penal. Ob. Cit. p. 141-142).

En nuestra legislación penal el antecedente más próximo a esta modalidad agravatoria, lo encontramos en el Código Penal de 1863 que en su artículo 10°, inciso 4°, consideraba también como circunstancia agravante genérica el "aumentar deliberadamente el mal del delito, con daños innecesarios para su ejecución".

En la legislación italiana se reguló una agravante similar en los términos siguientes. **"El haber agravado o intentado agravar las consecuencias del delito cometido"**. Ranieri, interpretando sus características, la consideraba de naturaleza *subjetiva* o de aquellas que indican "una mayor peligrosidad" en el agente. Y, en torno a sus alcances, el comentarista italiano señalaba que ella quedaba configurada "cuando, con una conducta posterior a la comisión del delito, el agente agrava o intenta agravar sus efectos; por ejemplo, cuando el culpable se opone a transportar a la persona herida a un lugar de curación. Pero, por tener carácter doloso, es preciso que esta agravante, para que exista, se manifieste en un hecho cometido con el fin de agravar las consecuencias del delito. No existirá, por tanto, si el agravamiento resulta a causa de un hecho querido por el agente para otro fin; por ejemplo, cuando el culpable,

con el objeto de no dejarse descubrir, oculta a la víctima cuyas condiciones se agravan por no haber podido recibir las curaciones inmediatas exigidas por el caso"(*Cfr.* Silvio Ranieri. Manual de Derecho Penal. Ob. Cit., p. 15-16). Al respecto es de recordar que en la legislación peruana, por ejemplo, el omitir prestar socorro a quien se ha herido o incapacitado constituye un delito de peligro individual según el artículo 126°.

h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función. Esta es también una agravante configurada a partir del *modus operandi* del autor. El legislador la construye en base a la instrumentalización de prácticas de **prevalimiento** político, funcionarial, económico o técnico. Al respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, ha precisado que en el prevalimiento "el culpable se aprovecha de las ventajas o prerrogativas que posee con respecto a la víctima por razón de esa posición de superioridad general, para así cometer o facilitar la comisión del acto delictivo" (STS del 24 de noviembre de 2005).

No se trata, pues, del mismo supuesto regulado por el *literal f* del inciso 2, del artículo 46° **como abuso de la condición de superioridad.** En el caso que analizamos la posición de dominio que ostenta el agente y de la que abusa tiene un sentido más funcional que físico. Sus fuentes derivan del cargo, de la posición económica, del nivel profesional, etc. (...). Es, pues, esa condición de poder formal o material de la que aquel se vale y aprovecha indebidamente. La cual, por lo demás, hace más vulnerable y dependiente a la víctima que no puede, en principio, resistirse o reaccionar a una agresión que se ve facilitada por su subordinación, pobreza o impericia.

En estos casos es la modalidad de ejecución de la acción ilícita la que proyecta, a través de un ejercicio ilícito del prevalimiento, un mayor desvalor al injusto y justifica su incremento de punibilidad. Entre los delitos contra la libertad sexual encontramos también una conducta de realización similar en el artículo 174° del Código Penal. Comentando las características típicas de este ilícito la doctrina nacional ha interpretado correctamente que una "razón suficiente para la criminalización de estas conductas radica en el abuso de la relación de superioridad que condiciona la libertad de la víctima" (*Cfr.* Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre. Los Delitos Sexuales. Análisis Dogmáti-

co, Jurisprudencial y Criminológico. Ideas Solución Editorial. Lima. 2014, p. 358).

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito. El Código Maúrtua consideraba también como circunstancia genérica "la unidad o **pluralidad de agentes**" que concurren en la realización de un delito. De allí, pues, que desde la vigencia del Código Penal de 1924 la doctrina nacional ha interpretado también que esa pluralidad de agentes representa un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima. Asimismo, que esa presencia de varios actores necesariamente expresa un acuerdo de voluntades que se integran para lo ilícito (Ángel Gustavo Cornejo. Ob. Cit., p. 248).

Ahora bien, es importante destacar que la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución conjunta del delito refleja siempre una coautoría funcional o lo que en las tipologías criminológicas se identifica como un concierto criminal. Concurre, pues, en esta modalidad de ejecución de un delito un codominio del hecho. Por tanto, no se puede incluir en esta agravante por "pluralidad" a los partícipes, sean estos instigadores o cómplices.

Si bien no hay una referencia cuantitativa al mínimo de lo plural cabe aceptar que la mayor punibilidad se aplicará a partir de la concurrencia de dos agentes. Al respecto es pertinente recordar que en la Parte Especial del Código Penal, es frecuente recurrir a la pluralidad de ejecutores como circunstancia agravante específica a partir de ese mínimo de dos personas como se detecta en los delitos de hurto (Artículo 186°, Inciso 5) o estafa (Artículo 196° A, inciso 2). No obstante, tratándose del delito de tráfico ilícito de drogas la norma exige la intervención conjunta de tres o más personas (Artículo 297°, inciso 6, *ab initio*).

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable. El legislador incluye una agravante genérica que se construye desde un supuesto de autoría mediata, donde el *"hombre de atrás"* utiliza a un inimputable como intermediario material para que ejecute el delito. Puede tratarse de un menor de dieciocho años o de un enfermo mental.

Es dicho *modus operandi* lo que determina el mayor desvalor en la conducta del agente y su aumento de punibilidad. Si bien no encontramos antecedentes de esta agravante en los Códigos Penales de 1863 y 1924; ni

tampoco en el texto original del artículo 46° del Código de 1991, supuestos similares sí han sido incorporados en nuestra legislación en condición de agravantes específicas para determinados delitos como el tráfico ilícito de drogas (*Cfr.* Artículo 297°, inciso 5) o el sicariato (*Cfr.* Artículo 108°- C).

Es importante precisar que el Código Penal nacional también contempla el uso de inimputables como una agravante cualificada en el artículo 46°- D, en los términos siguientes: "Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal, si el sujeto activo utiliza, bajo cualquier modalidad, a un menor de dieciocho años o a una persona que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión para la comisión de un delito, en cuyo caso el juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo penal". Se trata, entonces, de la regulación doble de una misma circunstancia agravante pero con efectos implicantes y distintos sobre la punibilidad. Esta desarmonía legal fue consecuencia de que el legislador peruano siguió plenamente a la fuente colombiana sin percatarse que en dicho sistema jurídico extranjero no existe una disposición similar al artículo 46°- D (*Cfr.* Artículo 58°, inciso 11 del Código Penal colombiano). Algo parecido ocurrió con la reincidencia y la habitualidad que pese a ser agravantes cualificadas, según los artículos 46°- B y 46°- C, fueron también incluidas como circunstancias comunes en el texto original del artículo 46°, incisos 12 y 13, modificado por la Ley 28726. La Corte Suprema en torno a dicho conflicto estableció en el Acuerdo Plenario Nº 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, del cual fuimos ponente, que debía prevalecer la condición de agravantes cualificadas y excluirse las de circunstancias genéricas: "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. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena conminada por encima del marco de conminación de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional" (*Cfr.* Fundamento Jurídico 13, literal a)).

En principio podría considerarse que ese mismo criterio debe aplicarse al problema ahora planteado. No obstante, también se podría objetar que al ser la Ley 30076 posterior a la Ley 30030, que introdujo el artículo 46°- D,

ella habría implícitamente derogado dicha agravante cualificada. De momento no ha habido oportunidad para un esclarecimiento jurisprudencial adecuado sobre esta materia. Tampoco la doctrina ha abordado con detalle la problemática hermenéutica descrita. Ahora bien, de *lege ferenda*, dado el incremento del uso de menores en la comisión de delitos graves y por ende la necesidad de un efecto preventivo general más intenso para tales casos, cabe proponer dos opciones. La primera, concretar la aplicación de la agravante cualificada para determinados delitos como ocurre en el caso del artículo 46° - A en relación a los que son ordenados o ejecutados desde el interior de un centro penal o desde fuera del país. Y, la segunda, derogar el literal *j* del artículo 46°. En el Proyecto de 2014- 2015 se supera la aludida dualidad normativa al no incluirse una agravante cualificada igual a la actualmente regulada por el artículo 46°- D.

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional. Aquí se alude también al modo de ejecución del delito pero a través de una regulación normativa de cierta complejidad.

Se trata de una agravante que ofrece dos opciones alternativas equiparables para su configuración En efecto, por un lado se exige que el agente dirija la realización de un delito por terceros o lo ejecute él mismo, total o parcialmente, pero siempre desde el interior de un centro penitenciario o de detención transitoria donde se encuentra recluido. Pero, luego, por otro lado, la norma también demanda igual actuación de quien se encuentra físicamente fuera de las fronteras del territorio nacional. Lo importante, entonces, es localizar al autor del delito en cualquiera de esos dos espacios. Sin embargo, no se excluye de los efectos agravantes la coincidencia de ambos supuestos. Por ejemplo, cuando el delincuente que se encuentra recluido en un establecimiento penal de un país extranjero, dirige, desde allí, la ejecución de un delito en territorio nacional.

Cabe señalar, además, que los delitos que el agente cometa en la primera de las modalidades señaladas no debe ser ninguno de los considerados en el supuesto similar regulado como agravante cualificada por el tercer párrafo del artículo 46°- A. En esta última disposición se establece lo siguiente: "Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo desde un esta-

blecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el **delito de tráfico de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro**. En tal caso, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad". Queda claro, por razones de especialidad, que si se tratase de la realización de tales delitos únicamente deberán aplicarse los efectos de extensión punitiva contemplados por dicho artículo.

l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales. La magnitud y relevancia del resultado delictivo es lo que determina en este supuesto la mayor punibilidad. No obstante, esta circunstancia tiene una proyección específica y restringida a partir de los daños graves y permanentes que el delito produce en el ecosistema y sus componentes naturales.

En la legislación colombiana se singulariza también la eficacia y significado de tales efectos dañinos en función a la "irreversible modificación del equilibrio ecológico" que producen. En tal sentido, Velásquez Velásquez precisa lo siguiente: "Para que se produzca un grave daño- esto es de entidad - y/o una modificación irreversible- definitiva – de un ecosistema natural es necesario que el autor, al realizar la conducta punible, lleve a cabo actividades que causen alteraciones como las siguientes: la escorrentía de pesticidas, fertilizantes y productos de desecho animal; la contaminación de los recursos del suelo, el agua y el aire; la introducción de especies exóticas; la sobrepesca; la destrucción de los humedales; la erosión de los suelos; la desforestación; y para culminar; la expansión urbana descontrolada, entre muchas otras. Lo anterior significa, entonces, que debe haber una relación de causalidad entre la realización de la conducta punible y el daño o la modificación que se produzca en los ecosistemas naturales" (*Cfr.* Fernando Velásquez V. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 1126).

Sobre estos aspectos de la circunstancia agravante que ellos pueden coincidir, en ciertos casos, con los componentes típicos propios de los delitos ambientales que aluden a los mismos indicadores de daño grave (*Cfr.* Título XIII del Código Penal); o que ellos operen como circunstancias agravantes específicas vinculadas a tales delitos. En ambos casos deberá de excluirse la aplicación de la agravante genérica que estamos revisando en cumplimiento

de lo estipulado en la fórmula general que encabeza el inciso 2 del artículo 46° y donde expresamente se señala: "Constituyen circunstancias agravantes, **siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible** (...)". Por ejemplo, una situación de conflicto como la expuesta podría ocurrir con el supuesto típico del delito de contaminación ambiental regulado en el artículo 304° del modo siguiente: "El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, **que cause** o pueda causar perjuicio, alteración o **daño grave al ambiente o sus componentes** o la salud ambiental *(....)*". Y, también, en los casos donde concurra junto a los delitos contra los recursos naturales, tipificados entre los artículos 310° a 310° - B, la circunstancia agravante específica prevista por el artículo 310°- C inciso 2, referida a "Si como, consecuencia de la conducta prevista en los artículos correspondientes se afecten vertientes que abastecen de agua a centros poblados, sistemas de irrigación o se erosione el suelo haciendo peligrar las actividades económicas del lugar".

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva. La agravante se refiere nuevamente al medio empleado por el agente y que potencia el desvalor de la acción ilícita. El cual debe ser idóneo para potenciar la capacidad ofensiva del agente y la de los riesgos que su empleo proyecta para la seguridad de la víctima o de terceros. De allí que el legislador al describir el agravante se refiera sólo enunciativamente a las armas o explosivos y alude luego a otros instrumentos o procedimientos de similares cualidades destructivas o dañosas. Esto es, que puedan operar también como armas o como explosivos sin tener la calidad o función propia de estos, pero sí su potencialidad destructiva (bacterias, gasolina o gas licuado). En nuestra legislación la configuración de agravantes específicas por el empleo de armas es muy frecuente. Ejemplo de ello lo encontramos en el delito de usurpación que potencia la punibilidad si el delito fue cometido: "Usando armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancias peligrosas" (Artículo 204°, inciso 1). No obstante, la descripción del agravante no está referida a armas de fuego de las que se denominan "cortas" como las pistolas o los revólveres; sino a aquellas de

relevante "**eficacia destructiva**" por ejemplo, un lanzallamas, una bazuca o un lanzamisiles.

Llama la atención la inclusión de los **venenos**, pues estos medios tienen, más bien, una aplicación de naturaleza encubierta, subrepticia o alevosa, lo que impide a terceros advertir el ataque que contra ellos acciona el agente.

La doctrina colombiana que también considera que se trata de una agravante por el empleo de medios catastróficos la estima innecesaria. A pesar de que la legislación de dicho país sólo alude a explosivos y venenos, los comentaristas entienden que dicha agravante puede ser asimilada por aquella que toma en cuenta el "emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común" (*Cfr.* Fernando Velásquez V. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit. p. 1127).

n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviera deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial. Esta agravante fue introducida por el Decreto Legislativo 1237, del 25 de septiembre de 2015, que modificó diversos artículos del Código Penal. Dicha disposición legal fue promulgada en el marco de las facultades legislativas delegadas al Poder Ejecutivo por el Congreso de la República mediante la Ley 30336 que procuraron acentuar el giro punitivo como estrategia de control de la inseguridad ciudadana. Una primera observación crítica que debemos formular a este supuesto agravante es la deficiente técnica legislativa que utiliza su extensa redacción. Y en segundo lugar es también pertinente observar la necesidad político criminal de la adición de esta circunstancia agravante genérica. Sobre todo porque en el literal f del inciso 2 del artículo 46°, ya se regulaba como agravante el ejercicio de formas de abuso basadas en la superioridad del agente sobre la víctima. En tal sentido, la nueva circunstancia sólo resulta justificada si es entendida y diferenciada de aquella a partir de un enfoque pasivo sobre sus componentes normativos: esto es, si se identifica a los mismos como conectados a determinados indicadores o tipologías que expresan una **condición especialmente vulnerable de la víctima.**

Desde tal perspectiva, entonces, la inclusión del agravante parece estar más bien vinculada a todo el activismo internacional y nacional tendiente a visibilizar socialmente la vulnerabilidad de diferentes estratos y grupos de personas, para, de esta manera, hacer también más viable la demanda de su tutela efectiva por el ordenamiento jurídico y la justicia penal. Al respecto, son representativas de esta tendencia política y legislativa las **100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.** En efecto, en la Sección 2ª de este documento iberoamericano, que trata de los **Beneficiarios de las Reglas,** se hace una detallada caracterización de las personas en situación de vulnerabilidad, desarrollando en torno a ellas una amplia tipología que coincide plenamente con los contenidos del agravante genérico incorporado a nuestra legislación. Por ejemplo, las reglas (3) y (4) destacan lo siguiente:

> Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de **edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.**
>
> Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a las minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

De allí, pues, que la explicación dogmática de esta agravante genérica **por vulnerabilidad de la víctima** debe derivarse y compatibilizarse con todos estos programas e instrumentos internacionales de tutela, así como con las normas nacionales afines a sus objetivos. Por ejemplo, los subcapítulos 2 (Edad), 3 (Discapacidad), 4 (Pertenencia a comunidades indígenas) y 8 (Género) de la 100 Reglas de Brasilia, deben tomarse como un referente para distinguir a las víctimas que son enunciadas por el legislador. Por ejemplo, desde ellas podemos comprender que la norma penal califica como niños, niñas o adolescentes a los menores de 18 años; o que ella alude a personas que tienen limitadas sus capacidades para ejercitar una o más de las actividades propias de la vida diaria, cuando en el agravante se mencionan deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente. Corresponderá, pues, a la jurisprudencia ir afinando los contornos operativos y de realización de esta inédita circunstancia agravante genérica.

b) Las circunstancias agravantes y atenuantes específicas.

Esta clase de circunstancias sólo se regulan en la Parte Especial del Código Penal y a través de catálogos o párrafos adicionales que van conexos a determinados delitos. Esta es la condición de las circunstancias agravantes organizadas en el catálogo del artículo 189º y que guardan conexión funcional exclusivamente con el delito de robo (Artículo 188º) o de aquellas que enumeran los artículo 297º y 298° que están consideradas para operar únicamente como agravantes o atenuantes del delito de tráfico ilícito de drogas (Artículo 296º, párrafo primero); pero, también, del párrafo segundo de los artículos 108° B y 152° que consignan agravantes específicas para los delitos de feminicidio y secuestro, respectivamente.

Tienen también la calidad de circunstancias específicas las que acompañan a delitos tipificados en disposiciones legales reguladas fuera del Código Penal e integrantes del denominado derecho penal complementario o accesorio. Este es el caso de las circunstancias contempladas por el artículo 10° de la Ley 28008 sobre delitos aduaneros; por el artículo 4° del Decreto Legislativo 813 sobre delitos tributarios; y por el artículo 4° del Decreto Legislativo 1106 sobre delitos de lavado de activos.

Sin embargo no son circunstancias específicas las previstas en el artículo 22° de la Ley 30077 contra el crimen organizado, pese a que la sumilla que acompaña a dicha disposición erróneamente las denomina **"Agravantes especiales"**. Como se puede inferir de su ubicación sistemática y de sus efectos de punibilidad, ellas no están adscritas a ningún delito específico y sólo sirven para extender los marcos de punibilidad en casos de organizaciones criminales. Su función, pues, en realidad, corresponde a la de las circunstancias agravantes cualificadas que examinaremos más adelante.

La operatividad y eficacia de las circunstancias específicas, sean estas agravantes o atenuantes, es limitada y se circunscriben exclusivamente a la determinación de la pena para los concretos delitos con cuya comisión están conectadas. En estos casos, además, la búsqueda de la pena concreta se hace al interior de los límites de una penalidad conminada que el legislador ha registrado expresamente para estos catálogos de circunstancias, los cuales, también, pueden construirse por niveles o grados como se aprecia en el caso del artículo 186°. En este catálogo de circunstancias específicas, se han configurado tres niveles de agravantes que pueden concurrir con la realización de

un delito de hurto. No obstante, cada uno de estos subsistemas de agravantes específicas está adscrito a una penalidad conminada propia la cual cumplirá el rol de espacio punitivo o pena básica.

Ahora bien, cuando se trata de catálogos compuestos únicamente por **circunstancias agravantes específicas** de un mismo nivel, cada circunstancia representa un porcentaje cuantitativo del espacio punitivo o pena básica. Por tanto, en estos supuestos, la pena concreta debe representar siempre el total porcentual acumulado correspondiente a las agravantes detectadas en el caso, las cuales irán integrando sus efectos a partir del mínimo (que corresponde a la presencia de una sola agravante específica) hacia el extremo máximo (que representa la confluencia de todas las agravantes específicas del catálogo).

En cambio, cuando se trate de catálogos compuestos sólo por **circunstancias atenuantes específicas** la operación destinada a la determinación de la pena concreta es inversa. Esto es, partiendo del límite máximo (una sola atenuante específica) se dirige la integración porcentual cuantitativa de las atenuantes identificadas hacia el extremo mínimo (que corresponde a la confluencia del total de atenuantes reguladas). Son muy pocos los casos donde la legislación nacional regula para un mismo delito catálogos combinados de circunstancias agravantes y atenuantes específicas. Un ejemplo de ello lo encontramos en el del artículo 298° *in fine* conectado al delito de tráfico ilícito de drogas. En este supuesto se observa que el legislador ha optado por asignar una penalidad propia pero compensada.

c) Las circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas

Esta clase de circunstancias se distingue de las otras modalidades antes examinadas porque su eficacia incide directamente sobre la estructura de la pena conminada. Esto es, sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el delito, configurando así un nuevo marco de conminación penal.

Efectivamente, si se trata de **circunstancias agravantes cualificadas** se produce una modificación ascendente que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo. Un ejemplo de ello es la circunstancia cualificada por reincidencia, la cual se encuentra regulada en el artículo 46°-B del Código Penal. Según la norma citada,

la circunstancia agravante cualificada de reincidencia genera como efecto la asignación de un nuevo extremo máximo para la pena conminada del nuevo delito cometido que será equivalente a *"una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal"*. Es decir, ahora la penalidad conminada, y en su momento la correspondiente **pena básica, se extenderán hasta este nuevo máximo legal.**

No son aceptables, por no responder a las características de la regulación de la agravante cualificada por reincidencia, las observaciones que a nuestra línea hermenéutica plantea Avalos Rodríguez. En efecto, este autor limitándose a seguir el modelo español de incrementos o reducciones en función de grados, regulado en el artículo 70° del Código Ibérico, el cual responde a una tradición legislativa típicamente hispana pero inexistente en la legislación nacional, considera que el límite mínimo desde el cual debe construirse la nueva pena conminada en la reincidencia **debe ser un día por encima del máximo**. Al respecto, utilizando como ejemplo el delito de extorsión (Artículo 200°, primer párrafo del Código Penal), sancionado con una pena conminada privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, el citado autor sostiene: "Es de precisar **que el nuevo límite inferior del marco penal no puede estar constituido por el límite superior original (en el ejemplo, 15 años) sino por el quantum inmediato superior a él (en el ejemplo, 15 años y un día)** por lo que el literal b) del numeral 3) del artículo 45-A del Código Penal establece que **para dichos casos la pena se determina por encima del tercio superior (siendo que 15 años no se halla por encima de dicho tercio, sino que precisamente forma parte de él)**". De esta manera el comentarista trujillano confunde la pena conminada con la pena concreta que es, justamente, la que está por **"determinar"** y que cuantitativamente siempre será por **"encima"** del límite inicial, inferior o mínimo de quince años que fue, a su vez, el extremo máximo original del delito cometido. Esto es, se equivoca plenamente al identificar el límite inicial de una pena conminada con el posible resultado punitivo que se debe obtener, luego de cumplido el procedimiento de individualización de la pena concreta. Por ello, el artículo 46° B, que trata de la agravante cualificada por reincidencia, con claridad semántica describe que en tales casos "el juez **aumenta la pena hasta una mitad por encima del máximo legal** fijado para el tipo penal". Esto es, la norma sólo alude al nuevo extremo límite legal o abstracto superior no al inferior que

siempre será el máximo original (*Cfr.* Constante Carlos Avalos Rodríguez. Determinación de la Pena. Nuevos Criterios. Gaceta Jurídica. Lima. 2015, p. 182).

Con relación a la **agravante cualificada de la reincidencia** es pertinente formular una explicación detallada sobre sus presupuestos legales y su eficacia punitiva. Sobre todo porque la incorporación de esta circunstancia agravante cualificada ha sufrido sucesivas reformas desde su inclusión en el Código Penal el año 2006, a través de la Ley 28726. En efecto, el texto legal del artículo 46°B, actualmente vigente, corresponde a las modificaciones introducidas por la Ley 30838 del 3 de agosto de 2018 y describe la reincidencia así como sus modalidades y efectos calificantes del modo siguiente:

> **Artículo 46°-B. Reincidencia**
>
> El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.
>
> La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.
>
> El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los **capítulos IX, X y XI del Título IV** del Libro Segundo y en los artículos 107°,108°,108°-A,108°-B,108°-C,108°-D,121° segundo párrafo 121°-B, 152°,153°, 153°-A, 153°-B,153°-C, **173°,173°-A,**186°, 189°, 195°, 200°, 297°, 317°-A, 319°, 320°, 321°, 325°, 326°, 327°, 328°, 329°, 330°, 331°, 332°, y 346° del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para tipo penal.
>
> En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.

En torno, pues, a la reincidencia es de destacar que se trata de una caracterizada circunstancia agravante cualificada que está regulada en el artí-

culo 46°-B del Código Penal. En su morfología interna se regulan dos modalidades de **reincidencia real**:

a) La reincidencia de delitos

b) La reincidencia de faltas

Cabe precisar que en el derecho penal peruano se ha regulado una forma de **reincidencia genérica.** Por tanto, los nuevos delitos pueden ser de diferente especie de aquellos que generaron la condena anterior.

Los presupuestos y requisitos para la reincidencia de delitos son los siguientes.

a) Haber cumplido en todo o en parte **una pena privativa de la libertad de carácter efectivo.**

b) Haber cometido un nuevo delito doloso dentro de los cincos años siguientes a la excarcelación.

El efecto que genera la agravante cualificada de la reincidencia es que se aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo fijado para el nuevo delito cometido. Dicho máximo original ahora se convierte en el mínimo de la nueva penalidad conminada que operará como pena básica.

Además, la actual legislación establece dos modalidades especiales de reincidencia. La primera corresponde a un largo listado de delitos graves. En estos casos, donde el nuevo delito posterior a la excarcelación tiene que ser uno de los señalados por el legislador, el plazo de los cinco años no opera como regla de prescripción. Y para tales supuestos especiales de reincidencia el efecto agravante consiste en aumentar la pena **"en no menos de dos tercios"**. Además, para este tipo de reincidencia especial no procederán los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Ahora bien, en torno a la regulación normativa de dicha forma de reincidencia especial se detectan dos errores legislativos. El primero es muy relevante, ya que demanda la necesidad de esclarecer que el nuevo máximo se configurará incrementando dos tercios por encima del máximo de la pena conminada y que este operará siempre como el límite superior de la pena básica. Esto es, no se trata de un incremento abierto o de libre definición del Juez como parecería indicar el giro "en no menos de dos tercios" que se emplea en la redacción vigente. El segundo error es de naturaleza formal y

consiste en una innecesaria referencia numérica a los artículos 173 y 173°-A que hace el texto legal, a pesar de haber considerado ya a tales disposiciones en la alusión genérica que formula respecto a todos los delitos **"previstos en los capítulos IX..."**del Código Penal y del cual son parte los numerales mencionados. Este último defecto se reproduce también en la redacción del artículo 46°-C, sobre la circunstancia agravante cualificada de la habitualidad, demostrando, así, una falta de visión sistemática y control de calidad en la elaboración de las normas penales.

La segunda modalidad de reincidencia especial se presenta cuando el nuevo delito se cometió luego de una excarcelación anticipada generada por un indulto o por una conmutación de pena (variación o reducción de la clase o duración de la pena impuesta mediante gracia presidencial). Para este supuesto sí rige el plazo de los cincos años, pero en estos casos el efecto calificante es de una mitad por encima del máximo original previsto para el nuevo delito, que ahora será el mínimo de la nueva pena conminada que operará también como pena básica.

Finalmente es de indicar que conforme al párrafo final del artículo 46°-B se excluye la configuración de la reincidencia regulada en el párrafo primero y en el párrafo cuarto (supuestos de indulto o pena conmutada), si los antecedentes penales ya fueron cancelados. Es decir, cuando el nuevo delito se cometió luego de transcurridos cinco años desde la excarcelación tal como lo dispone el artículo 69° del Código Penal en su párrafo final.

Ahora bien, en el presente se ha identificado una equivocada tendencia referida por un sector de la judicatura nacional, que plantea en base a una interpretación estrictamente literal de la antes citada disposición legal, **que la reincidencia no requiere que el autor del nuevo delito doloso haya cumplido antes una pena privativa de libertad total o parcialmente;** y, por tanto, que el hecho punible que genera la reincidencia haya tenido lugar en un plazo no mayor a cinco años desde la excarcelación de su autor. Esta errada opción hermenéutica postula, pues, que aun cuando en la primera condena la pena impuesta no haya sido privativa de la libertad; o haya sido pena privativa de la libertad pero con ejecución suspendida, la comisión de otro delito doloso posterior **siempre configurará reincidencia**. Tal posición, sin embargo, debe rechazarse no sólo porque contradice lo ya acordado en el Acuerdo Plenario Nº 1-2008/CJ-116 (*Cfr.* Fundamento Jurídico 12°), sino,

además, porque desconoce la naturaleza de **reincidencia real** del supuesto regulado por el artículo 46°-B y pretende, en cambio, darle la eficacia de una reincidencia ficta que en nuestra legislación histórica sólo fue admitida por el Código Penal de 1924, para el caso de la condena condicional (*Cfr.* Artículo 56°). Asimismo, porque omite tomar en cuenta, en línea sistemática, que en el segundo párrafo *in fine* la misma norma se refiere al **indulto o conmutación de penas** que son modalidades del derecho de gracia presidencial que posibilitan una conclusión anticipada o una modificación cuantitativa de la duración de penas privativas de libertad efectivas. Pero, también, porque ignora que en el texto legal del Proyecto de Ley N° 1616/2012-PE, que dio origen a la Ley 30076, que fue la primera norma que cambió el tenor original del artículo 46°-B por el hasta ahora vigente de **"Él que después de haber cumplido en todo o en parte una pena..."**, el legislador había señalado expresamente en su propuesta reformista de aquel numeral lo siguiente: "El que, **después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no exceda de cinco años tiene la condición de reincidente...**". Es más, en la Exposición de Motivos se explicaba que la única razón para reformar el artículo 46°-B era habilitar la inclusión en su párrafo segundo del feminicidio y no la de ampliar la reincidencia para los nuevos delitos cometidos después de haber cumplido en todo o en parte cualquier clase de pena (*Cfr.* Proyecto de Ley N° 1616/2012-PE. Remitido por la Presidencia de la República con oficio N° 227-2012-PR y recibido por el Congreso de la República el 18 de octubre de 2012. Exposición de Motivos, p. 22). No obstante, en la Sentencia de Casación N° 1459-2017/Lambayeque, del 20 de septiembre de 2018, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se ha señalado que la reincidencia también es posible en relación a penas no privativas de libertad. Al respecto se ha argumentado que por efecto de las reformas legales producidas en el artículo 46°-B, la actual configuración de dicha agravante cualificada **"Comprende toda clase de pena efectiva"**. Ahora bien, discrepando de esta innovadora posición hermenéutica cabría refutarla destacando, desde una perspectiva de interpretación sistemática y teleológica, que en el texto vigente del artículo 69°, tercer parrafo, del Código Penal, que trata de la anulación de los antecedentes para efectos de la reincidencia (5 años), la norma alude expresamente a que debe tratarse de **"pena privativa de libertad"**.

Pero al margen de la agravante cualificada por reincidencia, también coexisten en la Parte General del Código Penal peruano otras circunstancias agravantes cualificadas que aparecen reguladas en los artículos 46°- A (Por calidad del agente o lugar y modo de comisión del delito), 46°- C (Por habitualidad), 46°- D (Por empleo de menores de edad) y 46°- E (Por parentesco). Si algo hay que cuestionar a este sistema de agravantes cualificadas, ello es, justamente, su incoherencia sistemática que se refleja en los diferentes estándares y modos de eficacia que fija la ley para cada supuesto. Esta desarmonía es consecuencia de la sucesiva oportunidad coyuntural en la que el legislador fue adicionando los mismos; lo cual, además se realizó sin respetar la simetría del efecto de punibilidad asumido por las circunstancias agravantes cualificadas precedentes. Este defecto fue advertido por el Anteproyecto 2008/2010 que no sólo redujo el número de agravantes cualificadas, sino que, además, les concedió el mismo estándar en el incremento de la punibilidad de "hasta un tercio por encima del máximo legal" (*Cfr.* Artículo 47°, párrafo segundo).

Por tratarse de una circunstancia agravante cualificada de relativa frecuencia en la casuística judicial, resulta pertinente desarrollar con detalle algunas características y efectos propios de la **habitualidad.** Ella está regulada en el artículo 46°-C del Código Penal y como la reincidencia ha sido objeto de sucesivas modificaciones. Su actual redacción normativa corresponde también a las reformas introducidas por la Ley 30838 del 3 de agosto de 2018. Cabe destacar, que tales modificaciones del texto original fueron siempre técnicamente muy deficientes. En efecto, todas ellas afectaron de modo notable la otrora claridad con la que el legislador normó la circunstancia agravante cualificada de la habitualidad en la Ley 28730 del 13 de junio de 2006.

Conforme al texto legal actualmente vigente, la habitualidad se configura cuando se comete un nuevo delito doloso que debe ser el tercero de una secuencia delictiva, que ha debido ser realizada por el mismo autor y dentro de un periodo de cinco años. Se trata, por tanto, de una forma de reiterancia delictiva y que se materializa como un **concurso real de delitos.** Por consiguiente entre esos tres delitos independientes no debe mediar ninguna condena. Esto significa que la habitualidad requiere que los tres delitos **se hayan cometido antes de una primera condena por alguno de ellos.** Esta exigencia marca con claridad su principal diferencia con la reincidencia.

Como en el caso de la reincidencia, la ley ha regulado también una modalidad especial de habitualidad. Esta forma especial de habitualidad se produce cuando se trata de aquellos delitos que la ley enumera como graves. Es más, en estos casos el plazo de cinco años es suprimido, por lo que queda abierta la posibilidad de que el tercer delito que configura la habitualidad, siempre que sea de aquellos señalados por la aludida disposición, pueda ser cometido con posterioridad a cinco años desde la realización de los otros dos delitos precedentes. Esta opción excepcional resulta a todas luces inconsistente y excesiva. Sin embargo, es pertinente exigir siempre que los tres delitos, en este supuesto especial de habitualidad, sean todos de los que la ley menciona como graves.

El efecto calificante de la **habitualidad genérica** implica que se aumenta un tercio por encima del máximo original del tercer delito, el cual pasa a ser el nuevo mínimo de la pena conminada y que operará como pena básica. En cambio, en el caso de la **habitualidad especial** por delitos graves el aumento de la pena es equivalente a una mitad por encima del máximo original, el cual pasa a ser el nuevo mínimo de la pena conminada que operará también como pena básica. Asimismo, para estos supuestos no serán aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Es de concluir criticando lo innecesario e incoherente de la alusión a **antecedentes penales cancelados,** que se formula en el párrafo final del artículo 46°-C. Sobre todo porque como ya se ha mencionado, la habitualidad descansa sobre un concurso real de delitos donde ninguno de ellos debe contar con condena previa y todos deben haberse cometido antes de una primera sentencia condenatoria. Por consiguiente ninguno de esos tres delitos debe haber generado un antecedente penal.

Por último, es de mencionar también que en el derecho penal complementario, coexisten otras tipologías de circunstancias agravantes cualificadas, como las previstas en el artículo 22° de la Ley 30077 o Ley contra el Crimen Organizado. Este dispositivo integra en su interior un variado catálogo de circunstancias agravantes cualificadas, comprendiendo ocho supuestos. Lamentablemente a este artículo se le ha asignado una errada y nada ideográfica denominación de **"Agravantes Especiales".**

El Proyecto de Código Penal 2014-2015 regulaba de manera deficiente y confusa las circunstancias agravantes cualificadas en sus artículos 58°, 64°

y 65°. Su más clamoroso defecto consistía en que la agravante cualificada por reincidencia aparecía considerada en dos disposiciones legales y con efectos de punibilidad diferentes. En efecto, mientras que en el literal b, del inciso 2, del artículo 58° se disponía que se aplica a la reincidencia el incremento de "hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito"; luego, en el inciso 2, del artículo 64°, se establecía que para dicha circunstancia agravante cualificada "el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal". Sin embargo este tipo de deficiencias también trasciende a la legislación vigente, especialmente cuando se hace referencia a los efectos de agravación punitiva que corresponden por reincidencia en los delitos considerados graves y que son aquellos consignados en el tercer párrafo del artículo 46°-B. En tales supuestos, el estándar de eficacia para la extensión punitiva sobre el máximo de la pena conminada para el nuevo delito resulta algo confuso. Según el dispositivo legal: "En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal...)". Hubiera sido preferible referirse a tal efecto simplemente con el giro "el juez aumenta la pena hasta dos tercios por encima del máximo". Esto es, **no como un mínimo sino como un máximo.** En todo caso, consideramos, de *lege lata* y por coherencia sistemática, que esa es la lectura hermenéutica que debe prevalecer en las decisiones judiciales. Sobre todo porque la alternativa sugerida también ha sido considerada por el legislador nacional al tratar de la agravante cualificada por habitualidad en delitos graves prevista en el segundo párrafo del artículo 46°-C ("... salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal...").

El Proyecto de mayo de 2016 trata de las circunstancias agravantes cualificadas con múltiples defectos e incoherencias sobre su eficacia calificante, así como con notable imprecisión sobre los límites de punibilidad que corresponden, tal como se aprecia en el texto legal que se transcribe a continuación:

> **Artículo 56. Circunstancia agravante cualificada por actuación mediante organización criminal**
>
> 56.1. Constituye circunstancia agravante **cualificada** cometer el delito como miembro o integrante de una organización criminal **o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella.** En este caso, el juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido.

56.2. El juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, si el agente, como integrante de una organización criminal o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella:

a. Es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección o supervisión de la organización criminal.

b. Financia la organización criminal.

c. Es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito.

d. Utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito.

e. Atenta contra la integridad física o sicológica de menores de edad u otros inimputables.

f. Utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas.

g. Hace uso de armas de guerra para cometer los delitos señalados en el párrafo 56.3.

h. Posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.

56.3. Para efectos del presente artículo, es organización criminal cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más de los siguientes delitos:

a. Los delitos previstos en la Sección I del Libro Segundo y en los artículos 224, 225, 226, 227, 228, 269, 270, 271,272, 273, 274, 279, 284, 285, 286, 297, 300, 304, 310, 311, 312, 313, 314, 318, 324, 326, 328, 339, 341, 342, 343, 348, 349, 350, 352, 354, 360, 361, 362, 363, 364, 381, 391, 393, 394, 395, 396, 424, 425, 426, 464, 465, 466, 486, 487, 496, 497, 498, 499, 500, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 511,512, 513, 514, 515, 516, 525, 526, 527, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 662, primer párrafo.

b. Los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal.

c. Cualquier otro delito cometido en concurso con cualquiera de establecidos en los literales a y b.

56.4. La intervención de los integrantes de una organización criminal, de personas vinculadas o que actúan por encargo de ella puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal, para lo cual no se requiere que la organización criminal tenga una estructura compleja o altamente desarrollada sino solo cierto grado de organización y estabilidad.

56.5. En los supuestos previstos en los párrafos 56.1 y 56.2, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

56.6. La circunstancia agravante prevista en este artículo es inaplicable cuando esté establecida como tal en la ley penal.

Artículo 57. Circunstancia agravante cualificada por la condición de funcionario o servidor público o por el uso de conocimientos adquiridos en el ejercicio de la función pública desempeñada

El juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal cuando el hecho punible es cometido por:

a. Miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público con el abuso del ejercicio de sus funciones o de su cargo o utiliza para ello bienes o recursos públicos.

b. Agente que utiliza los conocimientos adquiridos cuando se desempeñaba como funcionario o servidor público.

En los supuestos previstos en el primer párrafo, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

Cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en este artículo es inaplicable cuando estén establecidas como tales en la ley penal.

Artículo 58. Circunstancia agravante cualificada por la comisión de delitos desde establecimientos penitenciarios

El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal cuando cualquiera de los delitos previstos en este Código es cometido por una persona privada de su libertad en un establecimiento penitenciario en calidad de autor o partícipe. En este caso, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

La circunstancia agravante del primer párrafo es inaplicable cuando esté establecida como tal en la ley penal.

Artículo 59. Circunstancia agravante cualificada por el uso de inimputables en la comisión de delitos

59.1. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal cuando el agente utiliza, bajo cualquier modalidad, a un menor de dieciocho años o a una persona que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión para la comisión de cualquier delito.

59.2. Si el agente abusa de su profesión, ciencia u oficio o se aprovecha de cualquier posición, cargo, vínculo familiar, laboral o de prestación de servicios, o de responsabilidad legal que le confiera el deber de vigilancia, custodia o particular autoridad sobre la víctima o impulse a ésta a depositar en él su confianza, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Si el agente ejerce la patria potestad, tutela o curatela, el juez suspende su ejercicio, conforme a lo dispuesto en la ley de la materia.

59.3. Si durante la comisión del delito o como consecuencia de este el inimputable sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muerte, y el agente pudo prever el resultado, el juez impone una pena de hasta el doble del máximo legal fijado para el tipo penal.

59.4. En los supuestos previstos en los párrafos 59.1, 59.2 y 59.3, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

59.5. Cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en este artículo son inaplicables cuando estén establecidas como tales en la ley penal.

Artículo 60. Circunstancia agravante cualificada por abuso de parentesco

La pena es aumentada hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cuando el agente se haya aprovechado de su calidad de ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o afinidad; cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente; condición de tener hijos en común con la víctima; condición de habitar en el mismo hogar de la víctima siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; calidad de pariente colateral hasta el cuarto grado, por consanguinidad o adopción o segundo grado de afinidad. En este caso, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

La agravante prevista en el primer párrafo es inaplicable cuando esté establecida como tal en la ley penal.

Artículo 61. Circunstancia agravante cualificada por la condición de vulnerabilidad de la víctima

La pena es aumentada hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cuando el agente haya ejecutado la conducta punible bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole.

La pena es aumentada hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cuando el agente se haya aprovechado de la condición de vulnerabilidad de la víctima, tales como, su condición de menor de edad, mujer por su condición de tal, persona mayor de sesenta años, turista nacional o extranjero, discapacidad, miembro de un pueblo indígena o tribal o persona en extrema pobreza.

Artículo 62. Circunstancia agravante cualificada por reincidencia en la comisión de delitos

62.1. La reincidencia en la comisión de delitos constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

62.2. Tiene condición de reincidente en la comisión de delitos el que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso no mayor de cinco años.

62.3. Tiene igual condición, quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

62.4. El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en la Sección I del Libro Segundo y en los artículos 224, 225, 226, 227, 228, 241, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 317, 318, 324, 328, 339, 499, 505, 506, 537, 538, 539, 540, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 551, 552, 554, 555, 556, 557, 558, 559 y 560 el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

62.5. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

62.6. En los supuestos de reincidencia, no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en el caso de los delitos señalados en el párrafo 62.4.

62.7. En los supuestos previstos en los párrafos 62.1, 62.4 y 62.5, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

Artículo 63. Circunstancia agravante cualificada por habitualidad en la comisión de delitos

63.1. La habitualidad en la comisión de delitos constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

63.2. Tiene la condición de habitual en la comisión de delitos el agente que comete un nuevo delito doloso, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso no mayor de cinco años.

63.3. Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 684, 685 y 686, en un lapso no mayor de tres años.

63.4. El plazo fijado para la habitualidad no es aplicable para los delitos previstos en la Sección I del Libro Segundo en los artículos 224, 225, 226, 227, 228, 241, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304,

306, 310, 311, 312, 313, 314, 317, 318, 324, 328, 339, 499, 505, 506, 537, 538, 539, 540, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 551, 552, 554, 555, 556, 557, 558, 559 y 560 el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

63.5. En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en el caso de los delitos señalados en el párrafo 63.4.

63.6. En los supuestos previstos en los párrafos 63.1 y 63.4, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

Ahora bien, cuando se configura una **circunstancia atenuante privilegiada,** lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original que será sustituido por uno nuevo e inferior. Sin embargo, **como ya lo hemos aclarado, reiteradamente, no existe, de momento, en la legislación penal vigente ninguna circunstancia atenuante privilegiada.** Esta carencia ha sido una grave omisión de las reformas que en el dominio de la determinación judicial de la pena introdujo la Ley 30076. No obstante, en el Anteproyecto 2008/2010 que sirvió de fuente a dicha ley si se consignó como una circunstancia atenuante privilegiada el que **"la afectación del bien jurídico producida por el delito sea leve"** Y, para dicho supuesto, se consideró como efecto la construcción de un nuevo mínimo legal "hasta una mitad por debajo del mínimo legal" original fijado para el delito cometido, siendo que este último asumirá también la condición de nuevo límite máximo. Lamentablemente, el Proyecto de mayo de 2016 no recuperó dicha disposición limitándose a confundir las tipologías, naturaleza y operatividad de las circunstancias atenuantes privilegiadas, al otorgar incorrectamente tal condición a diferentes causales de disminución de punibilidad como la tentativa (*Cfr.* Artículo 22.2), la imputabilidad disminuida por razón de edad (*Cfr.* Artículo 12°), la configuración de eximentes imperfectas (*Cfr.* Artículo 25°), entre otras. Cabe, por tanto, ratificar, una vez más, que no tienen la calidad ni eficacia de atenuantes privilegiadas **las causales de disminución de punibilidad ni las de reducción punitiva por bonificación procesal**. Ellas si bien posibilitan una penalidad por debajo del mínimo legal su naturaleza y utilidad jurídicas así como su oportunidad operativa son muy distintas.

d) Las circunstancias agravantes de diferente grado o nivel

Se identifican como tales a las circunstancias agravantes específicas que generan escalas punitivas diferentes y ascendentes entre sí. En la legislación penal nacional es frecuente la regulación de este tipo de circunstancias agravantes específicas, especialmente en el caso de delitos de relevante repercusión social como el secuestro, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en los artículos 152°, 189° y 297° se incluyen circunstancias agravantes específicas de hasta tres grados o niveles. En estos casos, las agravantes de segundo o tercer grado consignan escalas de penas conminadas más severas que las que se establecen para las otras agravantes de menor grado.

En el caso del artículo 189°, por ejemplo, las agravantes de primer grado o nivel tienen como escala de penalidad conminada entre doce a 20 años de pena privativa de libertad; las agravantes de segundo grado o nivel entre 20 y 30 años de pena privativa de libertad; y las de tercer grado o nivel tienen en su escala de penalidad conminada sólo la pena de cadena perpetua.

e) Las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores

Lo trascendente en esta clasificación de circunstancias es su conexión y oportunidad con la ejecución del hecho punible. Es decir, ella permite distinguir en qué momento las circunstancias atenuantes o agravantes se involucran con la realización de la conducta delictiva del agente (*Cfr.* Silvio Ranieri. Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 1975, p. 3-4). Así son **circunstancias antecedentes** las que están presentes desde antes del inicio de la acción del delito; por ejemplo, aquellas circunstancias que se refieren a la condición o calidad personal o especial del agente (ser delincuente primario, funcionario público, pariente de la víctima, etc.). En cambio tienen la calidad de **circunstancias concomitantes** aquellas que aparecen al momento de ejecución del delito como las relativas a la reincidencia o habitualidad, los medios empleados o al modo de ejecución (con el empleo de armas o mediante la destrucción de obstáculos). Finalmente, corresponden a las **circunstancias posteriores** las que se presentan luego de realizada la consumación del delito (reparar el daño ocasionado o la autodenuncia).

Cabe agregar que en cuanto a su operatividad, esta morfología tripartita de circunstancias puede aplicarse tanto a las circunstancias genéricas como

a las circunstancias específicas e incluso, según los casos, a las circunstancias agravantes cualificadas o a las atenuantes privilegiadas que están todavía ausentes de nuestra legislación

3.3.3. La concurrencia de circunstancias

Como precisaba Antolisei: "Aquí es necesario destacar que en un solo delito pueden concurrir varias circunstancias. Debe distinguirse al respecto el caso de que las circunstancias concurrentes sean homogéneas, esto es, todas agravantes o todas atenuantes; del supuesto en que las circunstancias sean heterogéneas, o sea, algunas agravantes y otras atenuantes" (Francesco Antolisei. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 337).

Es frecuente encontrar en un caso penal, sobre todo cuando este es complejo por identificarse en él una pluralidad de conductas o de agentes, la presencia conjunta de varias circunstancias de igual o distinta naturaleza y efectividad. Esta integración múltiple de circunstancias configura lo que la doctrina denomina **concurrencia de circunstancias**.

La determinación de la pena concreta, en estos supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el **Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente en su correspondiente dimensión, operatividad y eficacia.**

Al respecto la doctrina tradicionalmente ha precisado que deben, por tanto, generarse "tantos aumentos o disminuciones de la pena cuantas sean las circunstancias concurrentes" (Francesco Antolisei. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 337). Siendo así, todas las circunstancias presentes en el caso *sub judice* deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significaría, por ejemplo, que en casos de **concurrencia homogénea** a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará el resultado de la cuantificación punitiva, hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido.

Sin embargo, tratándose de una **concurrencia heterogénea** de circunstancias, esto es, frente a la coexistencia simultánea o paralela de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena también deberá reflejar ello. En la legislación y en la doctrina, se ha formulado, con relativo consenso, que una alternativa dogmática idónea y pertinente, para proyectar de modo razonable la plena eficacia en la definición punitiva de la concurrencia heterogénea de circunstancias, pasa por una exigencia de compensación racional entre los factores de aumento y disminución de la sanción penal. Esta opción fue recogida de modo general por el Código Penal peruano de 1863, de marcada influencia hispánica como ha destacado Hurtado Pozo (*Cfr.* José Hurtado Pozo. La Ley Importada. Recepción del Derecho Penal en el Perú. CEDYS... Lima. 1979, p. 42 y ss.). En efecto, el artículo 61° señalaba al respecto lo siguiente: "Si concurren a un mismo tiempo circunstancias agravantes y atenuantes, las compensará el juez según su prudente juicio".

En la actualidad, el Código Penal de 1991 no contiene una regla similar. No obstante, la utilidad y los efectos de la compensación para estructurar la pena concreta, en casos de concurrencia de circunstancias específicas heterogéneas, ha sido admitida de manera implícita en algunos artículos de la Parte Especial, como el 298° *in fine,* que trata de la concurrencia heterogénea de circunstancias específicas en el delito de tráfico ilícito de drogas. En efecto, en esta disposición normativa el legislador nacional ha procurado que la pena diseñada para estos supuestos tome en cuenta la concurrencia de un factor atenuante (escaso volumen de la droga comercializada) y otro agravante (lugar de comisión: al interior de un centro carcelario).

En el derecho penal extranjero, ha sido la legislación española la que históricamente se ha ocupado con mayor interés de establecer reglas expresas sobre la compensación de circunstancias. Es así que en el Código Penal vigente, el artículo 66°.7 dispone que los Jueces y Tribunales: "Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena". En torno a esta tradición legislativa ibérica, Gonzáles Cussac ha sostenido lo siguiente: "En tales supuestos, el Tribunal está capacitado para recorrer toda la extensión de la pena, imponiéndola en el grado que estime oportuno según la compensación racional de unas y otras, dicha compensación deberá ajustarse a un correcto uso del arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia. Si esta compen-

sación no fuere 'racional', no vemos impedimento alguno para que fuere susceptible de impugnarse en casación. (José L. González Cussac. Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Universidad de Valencia. Valencia, 1988, p. 222). Por su parte, Besio Hernández, destacando la ausencia de un procedimiento legal que desarrolle el ejercicio racional de una compensación de circunstancias, y tomando como soporte de sus reflexiones las particularidades de la legislación española sobre la materia, postula como criterio a seguir la opción anulatoria de unas circunstancias sobre otras, concediendo mayor preponderancia para tales efectos a las circunstancias atenuantes sobre las agravantes. Según este autor, se debe entender, pues, "la operación de compensación como un sistema orientado a la anulación de agravantes por atenuantes, sobre la base de una denominada concepción de la función de la culpabilidad en la individualización de la pena y del mayor peso específico que-en general- tienen las atenuantes en comparación a las agravantes de responsabilidad criminal" (Martín Besio Hernández. Los Criterios Legales y Judiciales de Individualización de la Pena. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011, p. 558 y ss.).

Ahora bien, dado que la normatividad nacional tiene características, reglas y fines diferentes a la española, estimamos pertinente aplicar una alternativa de compensación distinta que respete la autonomía funcional de cada tipo de circunstancia. En ella, pues, la decisión del resultado punitivo o pena concreta debe comprender un ámbito intermedio entre los límites inicial y final de la pena básica, esta es, por lo demás, la opción elegida por el **literal b del artículo 45°-A**. En efecto, dicha norma señala lo siguiente: "Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio"

Es importante señalar que la eficacia de las circunstancias concurrentes quedará siempre limitada, en primer lugar, a que ellas **tengan la misma naturaleza y eficacia operativa**. Esto es, sólo puede haber concurrencia entre circunstancias genéricas o entre circunstancias específicas, sean estas agravantes o atenuantes. No cabe, por tanto, la concurrencia entre circunstancias genéricas y circunstancias específicas, ya que ambas son incompatibles entre sí.

Pero también será imposible, por una incompatibilidad basada en el *ne bis in* ídem, la concurrencia de circunstancias **que se refieran al mismo indicador o factor de agravación o atenuación o que ya integren el tipo**

penal del delito. Lo cual es claramente señalado en los dos incisos del artículo 46° del Código penal, donde se advierte, expresamente, que sólo tienen eficacia las circunstancias "que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible". Por consiguiente, en todos los casos, el juez deberá examinar que cada circunstancia concurrente se refiere siempre a un factor o indicador diferente y este además sea distinto de los componentes típicos del delito.

Un tercer problema de compatibilidad se refiere a la **concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel.** Este conflicto se presenta cuando en la realización de un delito concurren simultáneamente circunstancias agravantes específicas que tienen diferente grado y, por tanto, distinta escala de pena conminada. **En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá a las de grado inferior.** Por consiguiente, la pena concreta se deberá determinar sólo entre los límites de la penalidad conminada que corresponda a la escala punitiva de dicha agravante de mayor nivel Si bien sobre este supuesto tampoco existen reglas expresas en el Código Penal, el Acuerdo Plenario Nº 2-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 16 de noviembre de 2010 y del cual he sido ponente, ha validado la aplicación del procedimiento que hemos descrito.

El Proyecto de Código Penal 2014-2015, configuró de manera expresa reglas destinadas a identificar el umbral y el resultado punitivo en casos de concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas. Se trata de una disposición inédita en nuestra legislación pero cuya técnica legislativa y efectos se muestran muy deficientes. En efecto, en el artículo 66° bajo la sumilla de **"Determinación de la pena ante la concurrencia de agravantes cualificadas"** se incluía una confusa fórmula cuya redacción era la siguiente:

> Cuando concurran circunstancias agravantes cualificadas, el juez procede de la siguiente manera para determinar la pena:
>
> 1. Aplica cada una de las agravantes cualificadas según su orden de aparición en este código.
> 2. En cada uno de los supuestos, la pena con la cual hace el cálculo se incrementa según los términos y la magnitud en que el supuesto inmediato anterior ha hecho el incremento.
> 3. Con ello obtiene la pena aplicable.
> 4. Si esa pena aplicable supera los treinta y cinco años, sólo se aplica este quantum, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 2 del artículo 63°.

5. En el texto de la sentencia, el juez hace mención de la pena aplicable y del quantum máximo conforme lo dispone este artículo.

Las incoherencias visibles de esta propuesta normativa y su inconsistencia teórica nos eximen de un comentario mayor y nos autorizan a recomendar que sea tomada en cuenta.

Finalmente, para cerrar este apartado sobre el tratamiento y modalidades de las circunstancias en la legislación vigente, cabe exigir, nuevamente, que no se les confunden o mezclan con otras reglas que también inciden en la construcción o extensión de una pena básica o concreta, como es el caso de las denominadas **causales de disminución o incremento de punibilidad** (eximentes imperfectas, la tentativa o la complicidad secundaria) o de las **reglas de reducción punitiva por bonificación procesal** (confesión sincera, colaboración eficaz o terminación anticipada del proceso). Por lo demás, los rasgos específicos de distinción, la oportunidad operativa y la eficacia que distinguen a aquellas de las circunstancias atenuantes o agravantes, serán examinados posteriormente. En consecuencia con ello, se debe de rechazar la incorrecta designación de **circunstancias atenuantes privilegiadas** que el Proyecto de Código Penal de mayo de 2016 otorga a la imputabilidad disminuida por razones de edad (Artículo 12°), al error de comprensión culturalmente condicionado (Artículo 14° *in fine*), a la tentativa (Artículo 20.2) y a las eximentes imperfectas (Artículo 25°). Es más, la confusión técnica de este documento pre legislativo es tanta, que en otras de sus disposiciones mantiene la condición de causal de disminución de punibilidad que realmente corresponden a la tentativa acabada (Artículo 20.3) y a la complicidad secundaria (Artículo 79° *in fine*). Y, para el caso del error de prohibición vencible, al cual si bien no lo considera circunstancia atenuante privilegiada, tampoco le da el tratamiento propio de su calidad de causal de disminución de punibilidad, otorgándole, más bien, la eficacia propia de una regla de bonificación procesal (Artículo 19° *in fine*). A continuación transcribimos el articulado pertinente de esta controvertida y felizmente frustrada propuesta normativa:

TÍTULO II

APLICACIÓN DE LA PENA

Artículo 49. Individualización de la pena

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa, cuantitativa y de ejecución de la pena.

Artículo 50. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.

b. Su cultura y sus costumbres.

c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.

Artículo 51. Criterios generales de la determinación de la pena

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorio de la responsabilidad.

Artículo 52. Reglas básicas para la determinación judicial de la pena

El juez, para determinar la pena, aplica las siguientes reglas:

a. Identifica la pena básica a partir de la pena fijada en la ley para el delito.

   Cuando concurran circunstancias específicas previstas en la Parte Especial o en leyes penales especiales, la pena concreta se determina dentro del grado o nivel correspondiente. En el caso de concurrencia de circunstancias de distinto grado o nivel, solo se aplica el espacio punitivo del nivel o grado más grave.

b. Individualiza la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia, de ser el caso, de circunstancias agravantes o atenuantes.

Artículo 53. Sistema de tercios para la individualización de la pena

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

a. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.

b. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:

   1. Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.

   2. Cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.

   3. Cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

c. Cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

1. Tratándose de circunstancias atenuantes **privilegiadas**, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior.

2. Tratándose de circunstancias agravantes **cualificadas**, la pena concreta se determina por encima del tercio superior.

3. En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes **privilegiadas** y agravantes **cualificadas**, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Artículo 54. Circunstancias atenuantes

Constituyen circunstancias atenuantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

a. La carencia de antecedentes penales.

b. El obrar por móviles nobles o altruistas.

c. El obrar en estado de temor excusables.

d. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.

e. Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias.

f. Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado.

g. Presentarse voluntariamente **ante** las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad.

h. La edad del imputado en tanto que ella hubiera influido en la conducta punible.

Artículo 55. Circunstancias agravantes

Son circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

a. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad o sobre bienes que estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social.

b. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos.

c. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remunerativa u otra ventaja.

d. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.

e. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de **confianza o de** la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.

f. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible que las necesarias para consumar el delito.

g. Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, **conocimiento especial,** poder, oficio, profesión o función.

h. La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito.

i. La pluralidad de víctimas o personas perjudicadas

j. Cuando la conducta punible fuera dirigida o cometida total o parcialmente **por agente que se encuentra** fuera del territorio nacional.

k. Cuando se produjere un peligro o grave daño al equilibrio de los ecosistemas.

l. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable

m. Cuando para la realización de la conducta punible se hubiere utilizado cualquier arma, explosivo o veneno, o cualquier otro instrumento o procedimiento de similar eficacia destructiva.

n. Cuando el delito produzca la muerte de la víctima, un grave daño a la salud o al medio ambiente, y este se verificara a largo plazo.

3.3.4. Las causales de disminución o incremento de la punibilidad

La punibilidad es el estándar o posibilidad de penalidad conminada que corresponde a un delito. Cada delito, por tanto, tiene una determinada punibilidad que es definida legalmente a través de la pena conminada. Así la punibilidad del delito de homicidio está precisada en el artículo 106° del Código Penal a través de su pena conminada que ha sido definida entre no menor de 6 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad.

Como se ha precisado reiteradamente, **las causales de disminución o incremento de punibilidad no son circunstancias atenuantes o agravantes,** en tanto ellas no están fuera del delito sino que se construyen dentro de él como parte de su estructura, de su grado de realización, o desde los niveles de intervención de los autores o partícipes o desde su presencia plural.

Por tanto, debemos denunciar como erradas las referencias a una **eficacia atenuante** que contempla el Código Penal para los casos de la omisión impropia o de los errores de prohibición vencibles que se consignan en los

artículos 13°, 14° y 15°, respectivamente. Pero, también, la que formula el artículo 2°, inciso c) del Código Procesal Penal, vinculado al principio de oportunidad. Según esta última norma: "Cuando conforme a las **circunstancias del hecho** y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren **los supuestos atenuantes de los artículos 14°, 15°, 16°, 18°, 21°, 22°, 25°** y 46° del Código Penal...". En todos esos casos de lo que en realidad se trata es de causales de disminución de punibilidad, que afectarán la extensión mínima de la punibilidad establecida para el delito generando un umbral menor o por "debajo del mínimo legal" regulado ya que este resulta excesivo para el grado de lesividad o relevancia de la conducta realizada o de su autor o partícipe.

Por tanto, como se señaló anteriormente, la característica esencial de las causales de disminución o incremento de punibilidad es que no son externas al delito como sí lo son las circunstancias atenuantes. Ellas, por el contrario, son intrínsecas a éste desde su presencia plural (concursos de delitos); o desde la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad); o desde su imperfecta realización materia (tentativa); así como desde el grado menor de intervención de las personas en su ejecución (complicidad secundaria.

De allí, pues, que sea común que el legislador aluda con frecuencia a que su efecto es **"disminuir prudencialmente la pena"** o **"incrementarse esta"** (*Cfr.* Artículos 16°, 21° y 48° del Código Penal) y no **"atenuarla"** o **"agravarla"**. Similar consecuencia se consignó en el Proyecto de Código Penal de 2014-2015 al tratarse de la tentativa acabada en el artículo 23°. 3: "En la tentativa acabada el juez disminuye prudencialmente la pena, respecto de la que hubiese correspondido si se hubiese consumado".

En la legislación nacional y extranjera se otorga la condición y eficacia de causales de disminución o incremento de punibilidad a los siguientes casos:

- La Tentativa (Artículo 16° C.P.)
- Las Eximentes Imperfectas (Artículos 21° y 22° C.P.)
- La Complicidad Secundaria (Artículo 25° in fine)
- El Delito Continuado y Delito Masa (Artículo 49° C.P.)

- El Concurso Ideal de Delitos (Artículo 48° C.P.)
- El Concurso Real de Delitos (Artículos 50° y 51°).

No es, pues, válido ni aceptable, el cuestionamiento, por lo demás débilmente argumentado, que se formula en torno a la incorporación del **concurso real de delitos** en este listado enunciativo que hacemos de las causales de disminución o incremento de punibilidad y no sobre las dogmáticamente desconocidas "causales de modificación del marco penal". Según quien formula tal observación: "Dicho listado no es correcto. En primer lugar porque considera dentro de las causales de modificación del marco penal (...) al concurso real cuando según la regulación legal vigente dicho concurso no produce modificación de marco penal alguno. En los casos en que se produzca un concurso real lo que manda la norma legal (art. 50 del CP) es proceder a realizar la determinación de la pena para cada delito de modo independiente y después **sumar los montos de las penas que se hubieren obtenido**" (*Cfr.* Constante Carlos Avalos Rodríguez. Determinación Judicial de la Pena. Ob. Cit. p. 150). Justamente, el poder sumar las penas concretas parciales correspondientes a cada delito para, luego, obtener con dicha adición punitiva una pena concreta total en el concurso real de delitos, **es un efecto propio del incremento de punibilidad** que este genera por la eficacia de las reglas contenidas en el artículo 50° del Código Penal.

Ahora bien, se asume que la justificación de los efectos de disminución o incremento de la punibilidad guardan conexión directa con la observancia a la vez que con la eficacia formal y material del **principio de lesividad.** Esto es, si la punibilidad, pena conminada o penalidad abstracta, expresan la valoración de la capacidad dañosa que tiene cada delito o del potencial castigo de su autor, su extensión deberá verse disminuida cuando aquella sea menor, lo que ocurrirá, por ejemplo, en los supuestos de tentativa o complicidad secundaria. Por el contrario, ella se verá incrementada o potenciada cuando el mismo autor realice varios tipos penales o varios delitos independientes lo que se producirá en el concurso ideal o en el concurso real de delitos, respectivamente.

En este contexto, debemos, pues, rechazar, por ser distorsionante e inexacto, la observación infundada que se hace sobre la base de los ejemplos que hemos citados. Ellos aluden taxativamente a la tentativa, la complicidad secundaria y a los concursos de delitos. Por tanto, nosotros en ningún caso ni

publicación precedente, hemos "sostenido" que también radica en la eficacia del principio de lesividad la disminución de punibilidad que corresponde a otros supuestos como son las **causales imperfectas de exculpación** (error de prohibición vencible o imputabilidad disminuida). Es evidente, por su naturaleza y función, que tales supuestos tienen otra lógica dogmática de explicación de su eficacia disminuyente de la punibilidad y que corresponde, simplemente, a los efectos propios del **principio de culpabilidad:** menor culpabilidad, menor punibilidad (*Cfr.* Constante Carlos Avalos Rodríguez. Determinación Judicial de la Pena. Ob. Cit. 150).

Cabe anotar también, que es frecuente en el derecho penal comparado que la presencia de estas causales de disminución o incremento de punibilidad den lugar a la configuración nominal de escalas tasadas o porcentuales propias, pero siempre especiales, de punibilidad. Es muy expresivo de esta técnica legislativa el caso de la punibilidad de la tentativa en el derecho penal colombiano. Según el artículo 27° del Código Penal de ese país la realización imperfecta del delito: "incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta consumada".

También nos brinda otro ejemplo de la misma tendencia normativa la punibilidad asignada a las eximentes imperfectas en el derecho penal español. En efecto, para tales casos el artículo 68° del Código Penal ibérico establece lo siguiente: "los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley".

En cambio, en la legislación peruana, conservando la influencia helvética del Código Maúrtua, sólo se alude a una disminución siempre discrecional y razonable ("prudencialmente") de la penalidad conminada para el delito. Pero, además, también se dispone **que tal disminución siempre deberá operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor**. Asimismo, que su límite final será en principio la pena concreta que decida el órgano jurisdiccional de modo discrecional pero observando la proporcionalidad adecuada al caso ("hasta límites inferiores al mínimo legal"). Únicamente en el caso del concurso real de delitos el derecho penal nacional incluye un esquema propio de incremento de la punibilidad. El cual está basado en el **principio de acumulación** de las penas concretas parciales correspondientes a cada delito

integrante del concurso y en la aplicación de reglas finales de validación de la pena total obtenida (*Cfr.* Artículos 50° y 51° del Código Penal).

Con relación a las causales de incremento de punibilidad el Proyecto de Código Penal de mayo de 2016 conserva en lo esencial las mismas opciones y efectos diseñados por el Código penal vigente. El articulado pertinente de esta propuesta de reforma es como sigue:

> **Artículo 64. Concurso ideal de delitos**
>
> Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho delictivo, este se reprime con la que establezca la pena más grave incrementada en una cuarta por encima del máximo legal, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.
>
> Si alguno de los delitos en concurso se encuentra reprimido con pena indeterminada, solo se aplica esta pena.
>
> **Artículo 65. Delito continuado**
>
> Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, son considerados como un solo delito continuado y se reprimen con la pena correspondiente al más grave.
>
> La aplicación de las disposiciones del párrafo anterior queda excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos.
>
> **Artículo 66. Concurso real y concurso real medial de delitos**
>
> 66.1 Cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se suman las penas que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave.
>
> 66.2. La pena del párrafo 66.1 se aplica cuando concurran varios hechos punibles y uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, siempre que esta circunstancia no esté prevista específicamente para la configuración y sanción del delito.
>
> 66.3. Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, el agente es reprimido como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado.
>
> 66.4. En los supuestos previstos en los párrafos 66.1 y 66.2, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

> **Artículo 67. Concurso real retrospectivo**
>
> Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de esta por el mismo condenado, éste es sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se suma a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.
>
> Si alguno de los delitos en concurso se encuentra reprimido con pena indeterminada, solo se aplica esta pena, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el delito posteriormente descubierto.

Finalmente, en torno a las causales de disminución de punibilidad es de destacar también el relevante aporte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Permanente, de fecha 28 de mayo de 2018 y recaída en el Recurso de Nulidad Nº 761-2018 procedente de Apurímac. En esta decisión judicial se acordó reconocer como una **causal de disminución de punibilidad de naturaleza supra legal la eficacia normativa y material del interés superior del niño como principio convencional vinculante para el operador de justicia.** El cual, por lo demás, debe ser invocado y aplicado en situaciones excepcionales donde el castigo penalmente regulado puede generar un efecto transpersonal negativo e injusto sobre la unidad familiar y la tutela concreta de los niños que dependan materialmente del autor de un hecho punible y siempre que este con posterioridad al evento delictivo se haya esforzado de modo idóneo y razonable, por resarcir el daño ocasionado con su conducta ilícita. Al respecto, la citada Ejecutoria Suprema sostuvo lo siguiente: "La culpabilidad por el hecho, por consiguiente, se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe tener su proyección en la pena concreta, a tono con pautas del Código Penal en este tipo de instituciones de una disminución siempre discrecional y razonable de la penalidad conminada para el delito, que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor. Se trata, desde la perspectiva de la dogmática penal de una **causal de disminución de la punibilidad, necesariamente posdelictiva, porque es intrínseca al delito desde la exclusión parcial de la culpabilidad, en atención a la relación familiar positiva y, especialmente, al efecto lesivo sobre sus hijos menores de edad –quienes dependen del imputado y han venido siendo acogidos y cuidados por él– (Fundamento Cuarto, parágrafo 4).**

3.3.5. Las reglas de reducción por bonificación procesal

Se trata de **premios o recompensas** que inciden en la pena concreta reduciendo porcentualmente su extensión. Se justifican por la eficacia motivadora que ejercen para generar efectos de abreviación de la actividad procesal que demanda el caso *sub judice* o de una conducta proactiva de colaboración con la administración de justicia que ejerce el autor o partícipe de un delito.

Por consiguiente su ubicación normativa se detecta siempre en los Códigos o normas procesales. En el derecho nacional y comparado tienen la condición de reglas de reducción o bonificación procesal los siguientes supuestos:

- La confesión sincera (Artículo 161° C.P.P.)
- La terminación anticipada del proceso (Artículo 471° C.P.P.)
- La colaboración eficaz (Artículo 474°. 2 C.P.P.)
- La conclusión anticipada de la audiencia o conformidad (Ley 28122)

A diferencia de las circunstancias atenuantes o de las causales de disminución o incremento de punibilidad, las **reglas de reducción por bonificación procesal** no están vinculadas a juicios de valor propios del procedimiento de individualización de la pena ni a la verificación de defectos de estructura o realización del delito. Ellas tienen una operatividad más bien complementaria, final o de refinamiento del resultado punitivo obtenido como pena concreta y que se produce por imperio de la ley. El juez, por tanto, no valora ni razona sobre su eficacia, ya que simplemente ejecuta sus efectos reductores de la pena concreta, cada vez que concurren los presupuestos legales que las definen o validan.

Asimismo, la extensión del efecto premial reductor sobre la pena concreta no puede exceder nunca el límite legal fijado (un sétimo, un tercio, etc.). Ello se observa, por ejemplo, en el caso de la terminación anticipada donde el artículo 471° del Código Procesal Penal se limita a disponer lo siguiente: "El imputado que se acoja a este procedimiento **recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte**".

Ahora bien, hay que destacar que la pena a reducir no es la pena conminada, ni la pena básica, ni mucho menos la que pudo postular como pretensión punitiva el Ministerio Público en su acusación. **Se trata de modo**

exclusivo y excluyente de una reducción sobre la pena concreta o resultado punitivo obtenido luego de aplicar el procedimiento de determinación de la pena.

De allí que resulte confusa y técnicamente incorrecta, la redacción del artículo 161° del Código Procesal Penal vigente, que trata de los efectos reductores de la pena concreta en supuestos de confesión sincera. Efectivamente, la citada disposición señala: "**El juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160°**". En todo caso, hay que interpretar esta disposición como un límite a las posibilidades de reducción del resultado punitivo o pena concreta que tiene el Juez y no de la pena conminada o de la pena básica. Esto es, el órgano jurisdiccional, según los casos, luego de aplicar la reducción porcentual autorizada por la ley sobre la pena concreta, puede llegar a obtener un resultado punitivo final que en ningún caso puede ser mayor al equivalente a una tercera parte del mínimo legal de la pena conminada para el delito.

Similar lectura y eficacia debe proyectarse sobre las reglas vinculadas a la colaboración eficaz que define el inciso 2 del artículo 474° del Código Procesal Penal. En esta norma nuevamente el lenguaje utilizado es técnicamente inapropiado, ya que el legislador vuelve a referirse a una "**disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal**".

Menos confusa era la fórmula legal empleada por el párrafo segundo del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales también referido a la confesión sincera como regla de reducción por bonificación procesal. Dicha disposición precisaba al respecto: "**La confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal**, salvo que se trate de los delitos de secuestro y extorsión, previstos en los artículos 152° y 200° del Código Penal, respectivamente, **en cuyo caso no opera la reducción**".

Por tanto, en todos los casos citados debe entenderse que la reducción operará siempre después de que se fije una pena concreta, aunque los alcances finales de la misma arrojen un resultado cuantitativo que sea inferior al mínimo de la pena conminada para el delito objeto de condena. Esto es trascendente, pues, como se ha señalado, los efectos y la oportunidad operativa de las reglas de reducción por bonificación procesal no son los mismos

que aquellos que corresponden a las atenuantes genéricas ni mucho menos a las atenuantes privilegiadas. Estas últimas, inexistentes aún en nuestro sistema legal, operarían dentro del procedimiento de determinación de la pena, mientras que, las primeras sólo cuando este ha concluido.

Cabe señalar que el Decreto Legislativo 1382, del 27 de agosto de 2018, modificó los artículos 161° y 471° del Código Procesal Penal para excluir de los efectos de reducción por bonificación procesal, que corresponden a la **confesión sincera** y la **terminación anticipada**, respectivamente, a los imputados por delitos de feminicidio previsto en el artículo 108°-B del Código Penal. No obstante, en el caso de la confesión sincera la modificación aludida también excluyó de la reducción por bonificación procesal a los procesados por delitos contra la libertad sexual a que se refieren los artículos 170°, 171°, 172°, 173°, 174° y 177° del antes citado cuerpo normativo.

CAPÍTULO TERCERO

CRITERIOS PRÁCTICOS PARA LA DOSIMETRÍA DEL CASTIGO PENAL

1. ESQUEMAS OPERATIVOS DE DOSIMETRÍA DEL CASTIGO PENAL

1.1. Concepto y utilidad

Las diferentes normas legales y procedimientos regulados en la legislación vigente, para la aplicación de castigos penales tienen una naturaleza y utilidad esencialmente operativa o práctica. De allí que resulte pertinente estructurar a partir de ellas modelos aplicativos o guías de orientación ejecutiva a los que denominamos **esquemas operativos**.

Se trata de protocolos de actuación y gestión de casos penales que no sólo permitan a los órganos jurisdiccionales emplear de modo idóneo y sistemático las reglas y disposiciones que aportó la Ley 30076 sino también aquellas preexistentes a dicha reforma legislativa. Pero, además, con ellos es posible promover una estandarización de las formas de actuación de los operadores de la justicia penal.

En este dominio, sin embargo, cabe reconocer la existencia de algunas lagunas o incompatibilidades normativas que no fueron detectadas por el legislador nacional al elaborar aquellas reformas legislativas.

Efectivamente, nuestro legislador no sólo omitió regular circunstancias atenuantes privilegiadas o mantener una redacción equivocada para referirse al efecto de disminución de punibilidad que producen el error de prohibición vencible o la omisión impropia (Cfr. Párrafo segundo de los artículos 13°, 14° y 15°), sino que, además, no modificó ni adaptó el modelo de regulación de la penalidad de la tentativa y otras causales de disminución de punibilidad a las nuevas disposiciones contenidas en los reformulados

artículos 45-A y 46°. Como consecuencia de todo ello se pueden identificar, entre otros, los siguientes problemas o carencias sistemáticas:

a) La falta de "reglas o normas bisagra" que permitan dosificar la pena en casos de tentativa de delitos con la concurrencia de circunstancias agravantes específicas como el robo;
b) La ausencia de normas para el tratamiento de casos con penas conminadas de cadena perpetua y donde concurran causales de disminución de punibilidad o de reglas de bonificación procesal como la imputabilidad relativa por razón de edad o la terminación anticipada.
c) La carencia de pautas legales para decidir la pena aplicable a casos de tentativa de un delito cometido con la concurrencia de las circunstancias agravantes cualificadas por reincidencia o habitualidad.
d) El procedimiento a seguir para la determinación de la pena en casos de delitos con sólo una circunstancia atenuante o agravante específica como ocurre en los artículos 298° y 400° del Código Penal.

Si bien al final de este apartado proponemos una alternativa de tratamiento para todos estos problemas, consideramos, también, de *lege ferenda,* la necesidad de que en futuras propuestas de un nuevo Código Penal el legislador proponga los correctivos pertinentes. De momento, lamentablemente, el Proyecto de mayo de 2016 no ha ofrecido ninguna alternativa al respecto.

1.2. Modalidades

Ahora bien, para facilitar la utilización ordenada y coherente de las disposiciones legales vigentes sobre la aplicación de castigos penales, el operador de justicia puede emplear, según el tipo de caso penal que debe resolver, el esquema operativo que corresponda entre los que mencionamos y describiremos a continuación:

- Determinación judicial de la pena con circunstancias genéricas
- Determinación judicial de la pena con circunstancias específicas.
- Determinación judicial de la pena con circunstancias agravantes cualificadas.
- Determinación judicial de penas conjuntas.
- Determinación judicial de la pena en casos de tipos penales derivados calificados o privilegiados.

- Determinación judicial de la pena en casos de delitos con sólo una circunstancia atenuante o agravante específica
- Aplicación de la pena con causales de disminución o Incremento de punibilidad.
- Aplicación de la pena con reglas de reducción por bonificación procesal.
- Aplicación de la pena en casos de penas conminadas de cadena perpetua y concurrencia de causales de disminución de punibilidad o de reglas de bonificación procesal.
- Aplicación de la pena en casos con causales de disminución de punibilidad, reglas de reducción por bonificación procesal y circunstancias agravantes específicas
- Aplicación de la pena en casos con causales de disminución de punibilidad, reglas de reducción por bonificación procesal y circunstancias agravantes cualificadas.
- Aplicación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas y causales de incremento de punibilidad.

Una regla general que es preciso conocer y observar en la aplicación de todos estos esquemas operativos, **es que ellos tienen una estructura propia y autónoma frente a los demás.** Esto es, su secuencia y componentes no pueden intercambiarse ni pueden mezclarse entre sí al momento de ser aplicados en un caso penal concreto. Hacer lo contrario, esto es, intercambiar o sobreponer sus reglas, oportunidad y especialidad aplicativa, afectará la función, los objetivos y los efectos prácticos que les corresponde a cada uno de ellos. Pero, además, hará incomprensible y distorsionada la debida motivación de su tránsito y de sus resultados.

A continuación, pues, detallamos la estructura y los pasos a seguir que corresponden a los diferentes esquemas mencionados.

1.3. Determinación judicial de la pena con circunstancias genéricas

Este esquema debe utilizarse únicamente para la determinación de la pena en el caso de delitos sin circunstancias agravantes o atenuantes específicas, como el homicidio simple del artículo 106° del Código Penal. En estos

supuestos debe aplicarse lo estipulado en el artículo 45° A, incisos 1 y 2 del Código Penal.

El primer paso a seguir consiste en identificar la pena básica o espacio de punición que corresponde al delito cometido. Para ello es necesario precisar o integrar (si no están previstos por la penalidad conminada) cuáles son sus límites inicial (límite mínimo) y final (límite máximo). Utilizando como ejemplo de esta primera operación a un supuesto delito de homicidio simple, el espacio de punición quedaría demarcado entre 6 y 20 años de pena privativa de libertad. Luego, debe determinarse la progresión en años que contiene el espacio punitivo y que en el ejemplo utilizado sería de 14 años.

Un segundo paso implica multiplicar por 12 los 14 años y obtener un producto en meses que sería de 168. Este último resultado será dividido entre 3 dando un cociente de 56 meses que será la constante cuantitativa que se utilice para fijar la extensión que corresponderá a cada uno de los tres segmentos o tercios que internamente delimitarán el espacio de punición. Veamos, siguiendo el mismo ejemplo adoptado del homicidio simple, el primer segmento (tercio inferior) se extendería de 6 años hasta 10 años y 8 meses. El segundo segmento (tercio intermedio) abarcaría desde los 10 años y 8 meses hasta los 15 años y 4 meses. Finalmente, el tercer segmento (tercio superior) comprendería un espacio entre 15 años y 4 meses hasta 20 años. **Cabe anotar que los límites máximos del primer y segundo segmento cumplen una doble función delimitadora al constituir también el límite mínimo de los espacios segundo y tercero, respectivamente.**

El tercer paso comprende la búsqueda y el señalamiento de los efectos de las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas que concurren con el delito cometido. Para ello es menester tener como referencia fáctica y jurídica los listados o catálogos circunstanciales consignados en los incisos 1 (ocho circunstancias atenuantes) y 2 (catorce circunstancias agravantes) del artículo 46° del Código Penal. A continuación se debe ubicar la pena concreta en el tercio que corresponda según la presencia singular o plural de circunstancias y la calidad atenuante o agravante que estas tengan.

Ahora bien, es importante precisar que el valor cuantitativo de cada circunstancia (en años, meses o días de pena privativa de libertad) puede lograrse dividiendo la extensión del espacio inicial o tercio inferior entre 8, si

son sólo atenuantes genéricas las que concurren en el caso. En nuestro ejemplo, sobre el homicidio simple, cada atenuante genérica equivale a 7 meses.

Igual operación se hará, pero en base a la extensión del tercio superior y aplicando un divisor de 14, si lo que se quiere determinar es el valor o equivalencia cuantitativa de cada circunstancia agravante genérica. Por lo que en el ejemplo empleado del homicidio simple, a cada agravante genérica le corresponderá un valor cuantitativo de 4 meses.

En todos estos casos, si se trata de atenuantes se aplicará su valor cuantitativo en línea descendente a partir del extremo máximo del tercio inferior hacia el extremo mínimo del mismo. Por el contrario cuando concurren agravantes el movimiento será ascendente desde el mínimo o extremo inferior del tercio superior hacia el límite máximo de este.

Sin embargo, un problema no resuelto a plenitud por la ley es el concerniente a la falta de circunstancias atenuantes. En estos casos consideramos que la pena concreta a imponer debe corresponder al estándar máximo del tercio inferior y no a su extremo mínimo.

Ahora bien, cuando concurran circunstancias atenuantes o agravantes el espacio de punición será el tercio intermedio. En estos casos se comenzará aplicando el efecto de las agravantes desde el extremo mínimo en línea ascendente hasta agotarlas. Luego se aplicará sobre el resultado obtenido en la operación anterior, el efecto compensatorio de las circunstancias atenuantes concurrentes descendiendo desde él hacia el extremo mínimo.

1.4. Determinación judicial de la pena con circunstancias específicas

En caso de concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes específicas como las previstas en el artículo 4° del Decreto Legislativo 1106 sobre el delito de lavado de activos, el esquema operativo a aplicar se desarrolla del modo siguiente:

El primer paso es reconocer el espacio de punición o pena básica que viene predeterminado por la ley y que suele encabezar el catálogo de **circunstancias agravantes específicas** con frases como "La pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa", que utiliza el párrafo primero del citado artículo 4°.

El segundo paso es identificar en el caso penal concreto las circunstancias agravantes concurrentes usando para ello, como referencia o indicadores legales, los supuestos regulados en el citado artículo 4 de nuestro ejemplo. En él son tres las circunstancias agravantes específicas consideradas para los actos de lavado de activos: condición especial del agente; calidad de integrante de una organización criminal de quien comete el delito; y valor superior a 500 UIT de los activos objeto del delito. Y el tercer paso es ascender en función al número de agravantes específicas detectadas desde el límite inicial o mínimo del espacio punitivo (en el ejemplo desde diez años de pena privativa de libertad y trescientos sesenta días multa) hacia el límite final o máximo (que según el ejemplo es veinte años de pena privativa de libertad y setecientos treinta días multa).

También es posible conferir a cada circunstancia agravante específica un valor cuantitativo y que será equivalente al cociente (en número de años de privación de libertad y de días multa) que genere el dividir la extensión del espacio punitivo entre el divisor de 3 agravantes específicas que en el ejemplo seguido contempla el primer párrafo del artículo 4° del Decreto Legislativo 1106.

Tratándose de **circunstancias atenuantes específicas** la operación a seguir es similar. En tal sentido, primero se configura como espacio de punición o pena básica el fijado por la ley para el catálogo circunstancial que en el ejemplo del delito de lavado de activos se precisa en los siguientes términos: *"La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa"*.

Luego, en una segunda operación, lo que corresponde es identificar qué circunstancias atenuantes específicas, de las reguladas legalmente, están presentes en el caso penal. En el ejemplo usado el párrafo sexto, del artículo 4°, del Decreto Legislativo 1106, consigna dos atenuantes específicas: valor no superior a 5 UIT de los activos objeto del delito y formas de cooperación eficaz con las autoridades.

Finalmente, un tercer movimiento se cumplirá descendiendo, conforme al número de circunstancias atenuantes específicas encontradas, desde el límite final o máximo del espacio punitivo (según el ejemplo citado seis años y ciento diez días multa) hacia el límite inicial o mínimo (que en el ejemplo es de cuatro años y ochenta días multa). Igualmente, para estos efectos, es

posible cuantificar el valor de cada atenuante específica dividiendo la extensión del espacio de punición (para el ejemplo tanto en años de privación de libertad como en días multa) entre el número de circunstancias específicas que consigna el catálogo circunstancial (dos en el ejemplo aplicado del párrafo sexto del artículo 4° del Decreto Legislativo 1106). Sin embargo, hay una excepción a la aplicación de esta última regla operativa. Nos referimos a aquellos delitos para los cuales se regula **una sola atenuante específica**, cual es el caso del artículo 298° que sólo contempla como atenuante específica el escaso volumen de la droga o insumo objeto de acción de hecho punible.

1.5. Determinación judicial de la pena con circunstancias agravantes cualificadas

Cuando en un caso penal concurran circunstancias agravantes cualificadas, los pasos a seguir para la determinación de la pena concreta comienzan con la identificación del máximo de la pena conminada para el tipo de delito cometido. Este extremo marcará un nuevo mínimo a partir del cual se deberá configurar en línea ascendente un nuevo máximo aplicando, para ello, la escala porcentual que la ley autoriza.

Así, por ejemplo, en el artículo 46° B, segundo párrafo, sobre la eficacia de la agravante cualificada por reincidencia, se dispone que ese nuevo máximo se configurará aumentando la penalidad conminada "hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal". Por consiguiente, si se trata de un delito de homicidio simple donde según el artículo 106° el máximo de penalidad conminada es de 20 años de pena privativa de la libertad, la concurrencia de una agravante cualificada por reincidencia determinará que sobre ese límite (ahora convertido en mínimo) se construya un nuevo límite máximo de 30 años que representan la mitad de aquel (10 años).

Será, pues, en este nuevo marco de penalidad conminada (con un mínimo de 20 y un máximo de 30 años de pena privativa de libertad), donde el órgano jurisdiccional deberá proceder a cumplir el segundo paso del esquema operativo. Esto es, identificar la pena básica o espacio de punición correspondiente marcando el límite inicial y final del mismo. Posteriormente, como tercer paso el órgano jurisdiccional procederá a individualizar la pena concreta que corresponda, utilizando, para ello, el mismo esquema operati-

vo diseñado por el artículo 45°- A, inciso 1 y 2 y utilizando los catálogos de circunstancias atenuantes y agravantes genéricas regulados en el artículo 46°. Esto es, siguiendo las mismas pautas que ya hemos enunciado al describir nuestro primer esquema operativo. Por tanto, el mayor número de atenuantes o agravantes genéricas que se detecten, o la presencia de ambas, orientará la pena concreta hacia el tercio inferior, intermedio o superior del nuevo espacio de punición construido.

Ahora bien, cuando la circunstancia agravante cualificada de la reincidencia se configura en torno a un **delito con circunstancias agravantes específicas** como las reguladas en el primer párrafo del artículo 189° para el robo los efectos y etapas operativas son similares. Primero se aplicará el efecto calificante sobre el máximo de la pena conminada para el bloque o grado de circunstancias específicas y así delinear el nuevo marco de punición o pena básica. Y, luego, dentro de este último aplicar la correspondiente eficacia de las agravantes específicas concurrentes. Esto es, el nuevo espacio diseñado para un robo con agravantes específicas de primer grado o nivel será de un mínimo de 20 a un máximo de 30 años de pena privativa de libertad; y, a su interior, desde el nuevo mínimo diseñado, se comenzará a ascender en función del valor propio de cada circunstancia agravante específica presente en el caso.

Ahora bien, en la agravante cualificada de la habitualidad regulada en el artículo 46°- C, se aplicará el mismo esquema reseñado pero con las variantes porcentuales que fija la ley para la extensión del nuevo máximo ("un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal").

Cabe anotar, finalmente, que los artículos 46°- B y 46°- C que nos sirven de ejemplos, también contemplan situaciones especiales para los casos de delitos graves, indulto, etc. Para estos supuestos los estándares porcentuales de aumento de la penalidad conminada son diferentes (dos tercios o una mitad, respectivamente). En todos ellos, pues, el órgano jurisdiccional aplicará también el esquema descrito con la escala porcentual pertinente.

Algo similar tendría que ocurrir ante la presencia de las circunstancias agravantes cualificadas reguladas por los artículos 46°- A (hasta un tercio por encima del máximo legal), 46°- D (hasta el doble del máximo legal) y 46°- E (hasta un tercio por encima del máximo legal).

Sin embargo, en las tres disposiciones citadas la norma alude de modo confuso a un tope de 35 años de pena privativa de libertad. Así en el artículo 46°- A el legislador señala: "En tal caso el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad". Pero, luego, en el artículo 46°- D, cambia la redacción y advierte que "en ningún caso la pena concreta puede exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad". Finalmente, la fórmula empleada para el artículo 46°- E es todavía menos clara: "En este caso, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última"

Al respecto debemos recordar que la regla general dispone que el efecto común a toda circunstancia agravante cualificada es siempre producir un nuevo marco de punición aplicando la escala porcentual que fija la ley por encima del máximo legal previsto para el delito cometido sea cual fuere este. Por tanto, si el delito afectado por el agravante cualificado tiene un máximo legal de 35 años de pena privativa de libertad también por encima de él se deberá aplicar el efecto citado. Entonces, las referencias mencionadas por los artículos 46°- A y 46°- E, a un tope, deben entenderse como conectadas a esa posibilidad de extensión del nuevo espacio de punición que nunca podrá ser superior a 35 años de pena privativa de libertad adicionales al máximo del delito cometido.

No obstante, en el caso de lo previsto en el artículo 46°- D lo que podemos sostener, en línea de compatibilidad, es que el legislador restringe para tales casos, el efecto de la aplicación del tercer paso del esquema que hemos reseñado líneas arriba y que debe llevarnos a un resultado punitivo. Es este último, entonces, el que queda sujeto al tope y que no debe en ningún caso, según la norma citada, exceder de 35 años. Sólo así es posible entender que el legislador se refiera expresamente a "la pena concreta". Por lo demás, todas estas asimetrías punitivas son una consecuencia más de la improvisada y populista desproporción que la dosificación de la pena asume dentro de una política criminal de giro punitivo.

1.6. Determinación judicial de penas conjuntas

Este esquema se aplica sólo cuando los delitos cometidos tienen una penalidad compuesta por dos o más penas principales. En estos casos, la pena concreta debe estar integrada también por todas esas diferentes clases de penas principales. Al respecto, el esquema operativo demanda que el Juez determine primero la extensión de la pena privativa de libertad aplicando para ello las reglas que correspondan según el tipo de circunstancias concurrentes en el caso. Luego, en un segundo momento, el órgano jurisdiccional debe proceder a decidir la cuantificación del resultado punitivo correspondiente a las otras penas conjuntas no privativas de libertad. Para ello tomará en cuenta los mismos efectos punitivos de las circunstancias concurrentes, pero adaptando sus estándares y resultados de punición a una escala porcentual equiparable o correspondiente, en lo posible, con la pena privativa de libertad identificada y definida anteriormente.

Un ejemplo frecuente de la aplicación judicial de este esquema lo brindan los casos penales por delitos de tráfico ilícito de drogas (Artículo 296°, primer párrafo) cometidos con la concurrencia de circunstancias agravantes específicas (Artículo 297°). El Código Penal para estos supuestos delictivos regula **una penalidad conjunta compuesta por tres clases de penas**: pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años; multa no menor de ciento ochenta ni mayor de trescientos sesenta y cinco días-multa; e inhabilitación no menor de seis meses ni mayor de diez años (según el máximo genérico que contempla para esta clase de pena el artículo 38° *ab initio* del Código Penal).

Pues bien, conforme al espacio plural de punición descrito en el ejemplo citado, el esquema a seguir para la determinación de la pena sería el siguiente: Primero el juez determinará la extensión de la pena concreta privativa de libertad, entre el mínimo y máximo que conforman el espacio de punición que corresponde a dicha clase de pena y atendiendo, para ello, al número de circunstancias agravantes específicas concurrentes. A continuación, como segundo paso, el Juez procederá a identificar una extensión equivalente para las otras dos penas conjuntas de multa e inhabilitación, pero respetando los límites de sus respectivos espacios punitivos. Para ayudarse a alcanzar este último efecto y proporcionalidad, el órgano jurisdiccional podrá aplicar la operación aritmética conocida como **regla de tres simple**. Cabe destacar

que la misma alternativa procedimental ha adquirido la condición de opción jurisprudencial vinculante a través de la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria del 8 de setiembre de 2014, recaída en el Recurso de Nulidad Nº 3864-2013, procedente de Junín (Cfr. Considerandos sexto a noveno).

1.7. Determinación judicial de la pena en caso de tipos penales derivados calificados o privilegiados

La característica que singulariza a estas estructuras típicas es su composición integrada. Esto es, ellas se construyen reproduciendo la conducta típica o matriz del tipo penal básico del cual derivan y fusionándola con un **elemento tipo accidental** que es una forma de circunstancia especial que se incorpora a la tipificación del delito. Prototipo de esta clase de tipos penales derivados en el Código Penal peruano son los delitos de homicidio calificado por la condición funcionarial de la víctima (Artículo 108-A) y de infanticidio (Artículo 110º). En el primer caso se trata de un tipo penal derivado calificado o agravado. Y, en el segundo caso, de un tipo penal privilegiado o atenuado.

Es de destacar que en ambos supuestos a la conducta matriz y común de matar a otro, se le añaden los elementos típicos accidentales consistentes en las circunstancias de la condición funcionarial de los sujetos pasivos como factor agravante de calificación de la punibilidad; y el estado puerperal por el que atraviesa la madre como factor atenuante que privilegia la punibilidad, respectivamente.

Ahora bien, para ambos tipos derivados el esquema operativo de la determinación judicial de la pena que se debe utilizar es semejante al que se aplica para el caso de delitos que no tienen catálogos de circunstancias específicas como el tipo básico del homicidio u homicidio simple previsto en el artículo 106° del Código Penal. Esto es, se comienza visualizando la penalidad conminada para el tipo derivado y en base a ella se identifica el espacio de punición o pena básica. Según nuestros ejemplos, estos espacios de punición quedarán configurados entre un mínimo de 20 y un máximo de 35 años de pena privativa de libertad para el tipo penal derivado calificado o agravado del homicidio de un funcionario público; y, desde un mínimo de uno hasta un máximo de cuatro años de pena privativa de libertad, para el tipo penal derivado atenuado o privilegiado del infanticidio (A este último

delito le corresponderá también una pena básica alternativa no menor de 52 ni mayor de 104 jornadas de prestación de servicios a la comunidad). Posteriormente, en una segunda fase del esquema operativo, se procederá a definir la pena concreta que corresponda utilizando para ello el mismo procedimiento que establece el segundo párrafo del artículo 45º- A del Código Penal; es decir, ubicando la extensión del resultado punitivo en atención a la presencia mayor o menor de las circunstancias atenuantes o agravantes genéricas que se registran en el artículo 46º del citado texto legal.

1.8. Determinación judicial de la pena en casos de delitos con sólo una circunstancia atenuante o agravante específica

Se trata de una situación excepcional que ocurre en algunos delitos de la parte especial del Código penal cuyas circunstancias específicas se componen sólo de una circunstancia atenuante específica como se detecta en el artículo 298.1 relacionado con el delito de tráfico ilícito de drogas; o de sólo una circunstancia agravante específica como se observa en el artículo 400, segundo párrafo vinculado al delito de tráfico de influencias. Cabe recordar que este tipo de anomalías e incoherencias normativas en nuestra legislación vigente, es una consecuencia inevitable de la pluralidad de fuentes seguidas por el legislador nacional para regular la determinación de la pena. Sobre todo, por la preexistencia de un modelo de dosificación de la pena original diferente de aquel que ha introducido con posterioridad la Ley 30076.

En estos supuestos excepcionales consideramos que el espacio de la pena conminada que corresponde a su vez al de la pena básica, se puede recorrer para decidir la pena concreta, **generando una derivación cualitativa o cuantitativa de la única circunstancia atenuante o agravante regulada.**

Por ejemplo, en el citado artículo 298.1 la circunstancia atenuante específica corresponde al indicador de **escaso volumen de la droga producida, comercializada o poseída ilícitamente**. Entonces para decidir la pena concreta en el espacio de punibilidad que es entre 3 a 7 años de pena privativa de libertad y entre 180 a 365 días-multa, se deberá derivar del mencionado indicador características alusivas a la naturaleza de la droga, a su grado de nocividad, al volumen mayor o menor poseído de la sustancia adictiva o a la presencia plural de clases de drogas traficadas o poseídas por el autor.

Tratándose del párrafo segundo del artículo 400°, donde la circunstancia agravante específica se refiere al indicador de la **calidad de funcionario público del agente del delito**, para definir la pena concreta entre los límites de una pena básica que son entre 4 y 8 años de pena privativa de libertad, entre 6 meses y 10 años de inhabilitación y entre 365 a 730 días-multa, el operador deberá derivar también del mencionado indicador características diferenciales relacionadas, por ejemplo, con la condición o la capacidad de influencia del funcionario público, o con la mayor o menor jerarquía del cargo o actividad funcionarial que ostenta o ejerce el implicado o con la oportunidad de la intervención influyente de este.

1.9. Aplicación de la pena con causales de disminución o incremento de punibilidad

Tratándose de causales de disminución de punibilidad el esquema sólo comprende dos operaciones. La primera se concreta al ubicar la posibilidad punitiva siempre en un punto inmediato inferior al que corresponde al límite mínimo de la penalidad conminada para el delito correspondiente. Ello debido a que dicho mínimo legal identifica el límite menor de punibilidad que fija la ley para un delito perfectamente realizado (consumado o sin la concurrencia de causales plenas o perfectas de exención de responsabilidad como las reguladas por el artículo 20° del Código Penal) así como para el autor, coautor, autor mediato o partícipes punitivamente equivalentes (condición que atribuyen los artículos 24° y 25° ab initio del Código Penal al instigador y al cómplice primario, respectivamente).

El segundo paso a seguir implica una degradación punitiva, siempre en línea descendente, la que tendrá **como único límite la proporcionalidad que acuerde el Juez luego de una lectura y valoración razonable y prudente** del suceso fáctico; de sus dimensiones antijurídicas (por ejemplo tentativa inacabada o acabada u omisión impropia); así como de los niveles de intervención de las personas implicadas (complicidad secundaria). Se trata, entonces, de aplicar una escala discrecional que el juez recorrerá a su libre pero razonable arbitrio y que debe alcanzar una justificación solvente del resultado punitivo como principal garantía de representar una pena justa.

En el caso de causales de incremento de punibilidad las reglas operativas son diferentes según el tipo de causal de que se trate: concurso de delitos,

delito continuado o delito masa (Cfr. Artículos 48°, 49°, 50° y 51°). Las cuales, por lo demás, ya las hemos detallado en una publicación precedente y a cuyas pautas esenciales remitimos al interesado (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios. IDEMSA. Lima. 2010, p. 160 y ss.).No obstante, sobre todo por su alta frecuencia, consideramos pertinente repasar el esquema operativo que corresponde al **concurso real de delitos.**

Al respecto, es de recordar que el texto vigente del artículo 50º del Código Penal, que trata del concurso real de delitos, fue introducido por la Ley 28730 del 13 de mayo de 2006. Con esta reforma se incorporó el **principio de acumulación o adición de penas** como el criterio rector que debería gobernar la decisión judicial de la pena aplicable al autor de un concurso real de delitos. Y, según el esquema operativo que cabe derivar de la citada disposición del Código Penal, el resultado punitivo para estos casos requiere transitar por tres etapas. En primer lugar, el Juez debe identificar e individualizar una pena básica y una **pena concreta parcial** para cada delito integrante del concurso. Esto es, inicialmente se marcará el espacio de punición o pena básica que corresponda a la penalidad conminada para el hecho punible analizado. Posteriormente, se definirá la pena concreta que corresponda a ese delito en función de las circunstancias concurrentes en su comisión. En esta primera etapa se obtendrán tantas penas concretas parciales como delitos sean parte del concurso real.

La segunda etapa del esquema operativo la realizará la autoridad judicial sumando todas las penas concretas parciales obtenidas para cada delito y el resultado de estas adiciones constituirá la **pena concreta total del concurso real de delitos.**

Finalmente, la pena total resultante deberá ser sometida, en una tercera etapa, a un examen de validación de la extensión cuantitativa alcanzada. Esto es, se debe verificar que ella no exceda de 35 años si es pena privativa de libertad, mayormente este tipo de cotejo es requerido en situaciones de concurso real homogéneo. Si el resultado punitivo supera ese límite el Juez lo reducirá suprimiendo el excedente.

Pero, también, se tiene que cotejar que la pena concreta total tampoco supere una extensión equivalente al doble de la pena concreta parcial obtenida para el delito más grave. Cabe agregar que esta opción validatoria será más fre-

cuente en los casos de concurso real heterogéneo. Ahora bien, si dicho examen demuestra que se superó dicho tope, corresponderá aplicar una corrección judicial del resultado punitivo ajustándose al límite temporal mencionado.

Por último, debe, igualmente, verificarse que entre las penas concretas parciales de los delitos del concurso real no se haya impuesto, cuando menos, una de cadena perpetua. No obstante, de ocurrir lo contrario el ajuste judicial consistirá en anular todas las penas temporales aplicadas o de cadena perpetua, a fin de que el condenado **cumpla como pena total sólo una de cadena perpetua.**

El esquema operativo que hemos descrito ha sido también acogido por el Acuerdo Plenario Nº 4-2009/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema del cual hemos sido ponente. Por lo demás, sus reglas se vienen aplicando sin mayores dificultades por la judicatura nacional, tal como se observa en la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente del 27 de mayo de 2010, relativa al expediente Nº 3792-2009 procedente de Lima Norte. En esta resolución judicial se aprecia una correcta validación de la adición de penas correspondiente a un caso de concurso real entre delitos contra la libertad sexual de menores de edad (Cfr. Considerando sexto). Sin embargo, observan algunas confusiones y distorsiones en la doctrina nacional sobre la materia. Por ejemplo MENDOZA AYMA, aludiendo a una noción española de "acumulación jurídica", no asimilable al modo de regulación del concurso real de delitos en nuestra legislación, restringe la eficacia de la adición de las penas concretas parciales en un concurso real heterogéneo que cita con errores como el de consignar una pena de 10 años para un delito de robo con agravantes cuando la pena mínima para tal ilícito es de 12 años. Este autor, además, propone que un concurso real compuesto por tres robos con agravantes y un hurto con agravantes, los cuales en el ejemplo que cita arrojan una pena concreta total de 36 años deberá reducirse o no exceder de 20 años (Cfr. Francisco Celis Mendoza Ayma. Concurso Real de Delitos: Determinación de la Pena. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 107.Mayo 2018, p. 52-58).

Es importante aclarar que las mismas reglas y esquema operativo que se ha diseñado, deben aplicarse, igualmente, para decidir la pena total en aquellos delitos que integrando también **un concurso real de delitos merezcan penas no privativas de libertad o sean objeto de penas conjuntas.** El que tanto en el artículo 50° como en el artículo 51° el legislador se haya referido exclusivamente a penas privativas de libertad, no afecta que el principio de acumulación

o adición de penas sea aplicable para tales casos. Ahora bien, en estos supuestos las opciones de validación serán aplicables sólo en la medida en que el tipo de penas concretas parciales no privativas de libertad y su extensión las hagan compatibles. Por ejemplo, esto último es factible en relación con la regla que dispone verificar que no se exceda "del doble de la pena del delito más grave". Es más el artículo 62°.1 del Proyecto de Código Penal 2014-2015, propuso una opción normativa de similares efectos para producir y validar como pena total del concurso real de delitos cualquier clase de penas: "Cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se suman las penas que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave".

1.10. Aplicación de la pena con reglas de reducción por bonificación procesal

Este resulta ser el más sencillo de los esquemas operativos. En efecto, su único paso consiste en ejecutar una simple operación aritmética porcentual de rebaja sobre la pena concreta parcial o resultado punitivo obtenido en el procedimiento previo de determinación judicial de la pena. Ahora bien, el porcentaje posible de reducción cuantitativa de la pena lo fija expresamente como un premio o bonificación la propia ley.Por ejemplo, si el resultado punitivo o pena concreta parcial ya individualizada para el condenado por un delito de estafa (Artículo 196° del Código Penal), fue de 6 años de pena privativa de libertad, pero el procesado se acogió al procedimiento especial de terminación anticipada del proceso, se le deberá aplicar conforme lo autoriza el artículo 471° del Código Procesal Penal, una reducción de dicha pena, por bonificación procesal, equivalente a "una sexta parte" (un año de pena privativa de libertad). En consecuencia, pues, la pena concreta definitiva que se fijará en la sentencia y que deberá cumplir el condenado será de 5 años de pena privativa de libertad.

1.11. Aplicación de la pena en casos de penas conminadas de cadena perpetua y concurrencia de causales de disminución de punibilidad o de reglas de bonificación procesal.

Dado que la pena de cadena perpetua es de naturaleza atemporal e indeterminada, la concurrencia de causales de disminución de punibilidad o de reglas de reducción por bonificación procesal, requiere de un esquema operativo especial para identificar la pena aplicable.

Al respecto la legislación vigente no ha diseñado normas a seguir. Sin embargo en el derecho penal histórico nacional sí se observan algunos antecedentes. Por ejemplo, en el Código Penal de 1924 se estableció que en los casos de tentativa o cuando un delito fuera cometido por una persona mayor de 18 y menor de 21 años de edad, pero el hecho punible estuviera sancionado con la pena indeterminada de internamiento, se debería imponer una pena de naturaleza inferior y que en la escala punitiva de la época era la pena temporal de penitenciaría con una duración máxima de 20 años. Así en el artículo 97° se regulaba lo siguiente: "En los casos en que la ley prescribe la pena de internamiento, se sustituirá esta en la tentativa, por la de penitenciaría o la de relegación de diez a veinte años". Por su parte el artículo 148° disponía también algo similar: "Si en el momento en que el delito fue cometido, su autor tenía más de 18 años, pero menos de 21 años, el juez aplicará las disposiciones siguientes:

1°.La pena de internamiento será reemplazada por la de penitenciaría no menor de diez años"

En el proyecto de Código Penal de mayo de 2016 se adoptó también una opción análoga para los casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad indeterminada donde en su realización concurriera una causal de disminución de punibilidad. El texto legal propuesto era el siguiente:

33.1. Cuando se trate de delitos reprimidos con pena privativa de libertad indeterminada, el juez puede aplicar una pena temporal no menor de veinticinco años en los supuestos previstos en los artículos **19, 20, 25 y 29, segundo párrafo**.

Por consiguiente, pues, hay soporte legal, para sugerir que en los delitos sancionados con penas de cadena perpetua, la existencia de una causal de disminución de punibilidad o de una regla de reducción por bonificación procesal debe generar la aplicación de una pena privativa de libertad temporal de 35 años.

1.12. Aplicación de la pena en casos con causales de disminución de punibilidad, reglas de reducción por bonificación procesal y circunstancias agravantes específicas

El presente esquema operativo toma en cuenta la concurrencia de causales de disminución de punibilidad como la tentativa (artículo 16°) y la im-

putabilidad disminuida por la edad del sujeto pasivo (Artículo 22°), cuando la conducta antijurídica realizada está vinculada con un delito para el cual la ley tiene reguladas circunstancias agravantes específicas. Esta situación se produce con frecuencia en el ámbito de procesos penales por ilícitos patrimoniales. Por ejemplo, cuando en la realización de una tentativa de delito de robo intervino un agente que contaba con 20 años de edad, que portaba arma de fuego, pero no logra el apoderamiento de ningún bien mueble total o parcialmente ajeno.

El pragmatismo judicial suele aplicar en estos casos una pena concreta que tiene una extensión por debajo del mínimo legal de 12 años de privación de libertad que establece como pena conminada el primer párrafo del artículo 189° del Código Penal para el catálogo de circunstancias agravantes específicas de primer grado o nivel que allí se integran.

Sin embargo, surgen algunas dudas acerca de si dicha opción punitiva es la técnicamente legal y justa. Sobre todo al constatar que siempre la pena impuesta de esta manera resultará ser superior al máximo legal de 8 años, que el legislador ha considerado en el artículo 188° para un delito de robo consumado que es cometido por un autor con capacidad penal plena (no menor de tres ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad).

Las dudas se incrementan al verificar también que en el enunciado inicial del citado artículo 189°, la norma parece exigir que todas sus circunstancias agravantes específicas y las escalas penales asignadas para ellas según su grado o nivel, demandan su configuración junto a **un delito de robo plenamente realizado ("si el robo es cometido")**. Lamentablemente, no hay, de momento, en nuestra legislación penal vigente, una disposición normativa que dé una solución expresa a la problemática descrita. Tampoco hay pronunciamientos jurisprudenciales de eficacia vinculante que fijen criterios sobre esta controvertida materia para superar la desarmonía punitiva que genera.

Sin embargo, en torno a la situación problemática descrita cabe destacar que todo intento de resolverla debe partir de la regla de dogmática penal que enuncia que no pueden existir u operar circunstancias **sin un delito previo y perfecto cometido por un agente imputable**. Al respecto, es pertinente recordar lo sostenido por Antolisei: "Circunstancia del delito (de circum stat) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente

lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura. Por ello se distingue la circunstancia de los elementos esenciales, que son indispensables para la existencia del delito. Mientras la falta de un elemento esencial hace que un hecho no pueda considerarse delito, la ausencia de una circunstancia no influye sobre la existencia del delito o de un determinado delito. La circunstancia puede existir o no, sin que el delito desaparezca en su forma normal, teniendo por ello carácter eventual" (Francesco Antolisei. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 319).

Otro autor italiano, Ranieri, postula una caracterización similar de las circunstancias y su relación con un delito perfectamente realizado: "El delito que presenta una o varias circunstancias se denomina delito circunstanciado, y se distingue del delito simple por cuanto contiene uno o varios elementos accidentales que se agregan a la estructura de este, de suyo ya perfecta. Así, pues, las circunstancias constituyen siempre algo que está por demás con respecto a los elementos del delito simple, y, por lo mismo, no existen circunstancias que sustituyan los elementos constitutivos del delito, porque, sea que los sustituyan como equivalentes, sea que hagan cambiar el modelo criminoso, se trata siempre de elementos constitutivos del delito, de cuya estructura entran a formar parte, y no de circunstancias.

Puesto que para que exista una circunstancia es suficiente que se dé una modificación de la entidad del delito ya perfecto en su estructura y, consiguientemente, una modificación de la cantidad o de la calidad de la pena establecida para el delito simple, siempre que se conserven tales características, es indiferente tanto en el momento de manifestación de la circunstancia, como su modo de actuar" (Cfr. Silvio Ranieri. Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 1975, p. 3).

Es de tener en cuenta también que por las características que tiene la regulación y eficacia punitiva de la tentativa en su Código Penal (Cfr. Artículo 62°), la doctrina española más representativa sobre esta temática no se ha planteado el conflicto que estamos analizando (Cfr. José L. González Cussac. Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Universidad de Valencia. Valencia, 1988, p. 219 y ss.; José L. Gonzáles Cussac y otros. Esquemas de Derecho Penal. Parte General. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2010, p. 159 y ss.; José Luis Díez Ripollés. Derecho Penal Español. Parte General en Esquemas. 3ª Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011, p. 708 y ss.)

Por tales razones, en primera línea cabría sostener que la tentativa de un delito de robo o su realización por un agente mayor de 18 y menor de 21 años de edad, según nuestra legislación vigente anularía la presencia y efectividad de cualquier circunstancia específica; e, incluso, de ser el caso de las circunstancias genéricas concurrentes. La explicación teórica de esta ineficacia de las circunstancias en tales casos sería que al ser esos supuestos causales de disminución de punibilidad por falta de un elemento constitutivo del delito: su consumación o realización por un agente de capacidad penal plena, no serían compatibles o intercambiables sus esquemas operativos y sus efectos punitivos, con la que corresponden a las circunstancias que requieren, necesariamente, de delitos consumados o de estructura perfecta. Esta lectura hermenéutica resulta, por lo demás, coherente con el hecho de que la penalidad conminada que contempla el artículo 189° del Código Penal destaque siempre que su eficacia opera sólo **"si el robo es cometido"** (entiéndase delito consumado por un sujeto totalmente imputable).

Por consiguiente, pues, aplicando los razonamientos expuestos, la pena que correspondería imponer al ejemplo que estamos utilizado tendría que fijarse siempre en base a las reglas y esquema operativo que para la tentativa y la imputabilidad disminuida por la edad del agente se regulan en los artículos 16° y 22° del Código Penal, respectivamente. Lo que implica buscar y decidir el resultado punitivo correspondiente, "disminuyendo prudencialmente la pena" por debajo del mínimo legal del delito que se intentó consumar por un agente de 20 años de edad, y que para el caso del delito de robo es de tres años. Y este proceder tendría que observarse en todos los casos concurran o no circunstancias agravantes específicas. Esta alternativa dogmática, si bien resulta formalmente coherente, no satisface, a plenitud, por el resultado punitivo posible que aporta (una pena siempre inferior a tres años), la equidad punitiva material que demanda la gravedad objetiva del caso y la expectativa social en una sanción adecuada del mismo.

Ahora bien, un correctivo pertinente para dicha desproporción punitiva puede derivarse de la solución que, con carácter de excepción y en base al marco legal específico del derecho penal italiano, propuso históricamente Antolisei para situaciones semejantes ligadas a la tentativa. Según el atinado jurista, cabría en estos supuestos extraordinarios aceptar la existencia de una especie de tentativa con agravantes. Sin embargo, su configuración y efectos de punibilidad propios estarían condicionados a la condición acabada

o inacabada de esta: "Si se considera que una circunstancia debe hallarse presente en el momento en que el reo actúa y poderse referir a su conducta para que pueda serle imputada, la solución del problema no presenta dificultades. Puede, por tanto, afirmarse que todas las circunstancias perjudican o favorecen al autor de la tentativa, excluidas aquellas que consisten en una actividad que tampoco en parte ha sido puesta en ejecución y las que por su naturaleza presuponen necesariamente la acaecida consumación del delito. En consecuencia, en el caso frecuente de que un hurto haya sido interrumpido por la presencia de los agentes de la fuerza pública, mientras el autor estaba fracturando la puerta del edificio, responderá este de tentativa de hurto agravado conforme al número 2° del artículo 625 del Código Penal. Por el contrario, no se aplicará la agravante del número 1 del mismo artículo si la interrupción de la operación delictiva ha sucedido antes de que el ladrón se haya introducido en la habitación ajena" (Francesco Antolisei. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit., p. 366).

En términos similares se pronunció también Ranieri destacando lo siguiente: "Puede tenerse tentativa tanto en un delito simple como en un delito circunstanciado. En este último caso surge el problema de la relación entre la tentativa y las circunstancias del delito. Pero su solución no da lugar a dificultades, si se tiene presente que para que la circunstancia pueda ser puesta a cargo del agente, requiere que sea posible atribuirle a su conducta, o por haberla realizado total o parcialmente, con el desarrollo de ella, o por estar presente en el momento en que aquel sujeto obra" (Cfr. Silvio Ranieri. Manual de Derecho Penal. Ob. Cit, p. 65 y ss.). Esto es, para este recordado Profesor italiano las denominadas circunstancias antecedentes y concomitantes sí están en condiciones legales y materiales de proyectar su eficacia punitiva también sobre la tentativa de un delito circunstanciado o que tiene un catálogo propio de circunstancias específicas agrupadas en función de su también propia penalidad conminada. Esta última alternativa nos parece muy razonable y con sólidas posibilidades de trasladarse al ámbito penal peruano, pero sólo en la medida en que se respeten e integren, en lo posible, los efectos punitivos así como los esquemas operativos que corresponden tanto a una causal de disminución de punibilidad como la tentativa o la imputabilidad disminuida por la edad agente, con los efectos afines y propios de una o más circunstancias agravantes específicas. Por tanto, de *lege lata* se pueden desarrollar algunas propuestas en dicho sentido. Por ejemplo, la consistente

en integrar los efectos punitivos de la tentativa de un delito de robo realizada por un agente de 20 años de edad, con la concurrencia de las circunstancias agravantes del artículo 189°, pero sin afectar su distinta naturaleza y autonomía funcional. El esquema operativo propuesto para ello sería el siguiente:

1. Primero el Juez debe decidir prudencialmente la pena que corresponde a la tentativa o a la imputabilidad disminuida por la edad del agente, cuyo resultado tendría la condición de pena concreta parcial.
2. Luego el órgano jurisdiccional deberá adicionar a dicha pena concreta parcial, el valor punitivo que corresponda, según su respectiva escala o nivel, por cada agravante específica concurrente y solo cuando estas tengan la calidad de antecedentes o concomitantes.
3. El resultado de la adición producida dará la pena concreta del caso.

Ahora bien será a la pena concreta así obtenida a la que se aplicará el efecto de **reglas de reducción por bonificación procesal** que se presenten en el caso como la terminación anticipada (Cfr. Artículo 471° del Código Procesal Penal).

Sin embargo, una solución como la que estamos sugiriendo, no evita del todo la notoria desigualdad entre las escalas punitivas que nuestra legislación vigente establece para el robo simple y el robo con agravantes. Esto último se hace más evidente al comparar el extremo mínimo de la pena conminada para el primero que se mantiene estabilizado en tres años (Cfr. Artículo 188°). La misma situación se detecta con la pena mínima conminada para el delito de hurto que es de un año (Cfr. Artículo 185°). La escasa extensión de estas penas mínimas debilita todo efecto preventivo general y hacen poco menos que inocua la penalidad potencial de la tentativa para tales casos. Por consiguiente, pues, cabe demandar también que en el futuro el mínimo legal de ambos delitos sea más equilibrado y compatible con el grave efecto psicosocial que produce la comisión reiterada de tales ilícitos.

1.13. Aplicación de la pena en casos con causales de disminución de punibilidad, reglas de reducción por bonificación procesal y circunstancias agravantes cualificadas

En este esquema operativo el problema que toca abordar está referido al supuesto donde el agente de imputabilidad disminuida por edad que rea-

liza una tentativa de delito tiene, a su vez, la condición de reincidente. Esto es, cuando aquel sujeto de capacidad penal disminuida intentó cometer un nuevo delito doloso cuya consumación no pudo lograr, pero luego de haber cumplido en todo o en parte una pena privativa de libertad efectiva.

En este supuesto, pues, **concurren causales de disminución de punibilidad con una circunstancia agravante cualificada por reincidencia**. Todas ellas también con diferentes efectos sobre la punibilidad del agente (Cfr. Artículos 16°, 22° y 46° B del Código Penal).

Efectivamente, mientras que la penalidad aplicable a la tentativa y a la imputabilidad disminuida por la edad del agente, demandan considerar una disminución prudencial por debajo del límite inferior de la pena conminada para el delito intentado, la presencia paralela de la reincidencia exige, a su vez, que se construya un nuevo marco penal equivalente a una mitad por encima del máximo de la pena conminada para ese mismo hecho punible que no se llegó a consumar. Nuevamente nuestra legislación vigente nos muestra sus limitaciones normativas para dar una solución legal a esta clase de conflictos. Y, tampoco la doctrina y la jurisprudencia nacional vinculante han aportado alternativas operativas sobre dicha materia. Por lo demás, en el derecho extranjero, sobre todo en aquellos sistemas jurídicos con mejores afinamientos legales en este dominio como el colombiano, el español o el italiano, tampoco se ha regulado expresamente al respecto. En consecuencia, pues, corresponde también aquí sugerir una alternativa dogmática solvente y de eficacia práctica, que ayude al órgano jurisdiccional a poder decidir e imponer una pena justa en los supuestos problemáticos que hemos descrito.

A este nivel conviene precisar, desde un inicio, que si observamos la naturaleza de la circunstancia agravante cualificada por reincidencia en nuestra legislación, es evidente, según los casos, su condición antecedente o concomitante. Por consiguiente, ella puede estar presente al iniciarse la comisión del hecho punible así como al producirse su frustración, lo que permite validar, también excepcionalmente, la comunicabilidad de sus efectos punitivos a los casos de tentativa e integrarlos con los que derivan de esta última y de la imputabilidad disminuida del agente.

El esquema operativo que sugerimos para ello es el siguiente. Como primer paso, el Juez deberá fijar prudencialmente la pena que estima correspondiente a la tentativa realizada por el agente imputable relativo, lo que

implica operar por debajo del mínimo legal de la pena conminada para el delito que se intentó cometer, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 16° y en el artículo 22° *ab initio*. Esta pena asumirá en adelante la condición de mínimo o límite inicial del nuevo espacio de punición o pena básica para decidir la pena concreta del caso.

A continuación en un segundo paso, se deberá construir el límite final o máximo para cerrar el nuevo espacio de punición. Dicho límite será el equivalente a una mitad del límite inicial identificado en el paso anterior y se extenderá en línea ascendente por encima de él, tal como lo autoriza el efecto calificante que según el párrafo segundo del artículo 46°-B, corresponde a la agravante cualificada por reincidencia.

Y, el tercer paso, comprenderá la búsqueda de la pena concreta del caso al interior del nuevo espacio de punibilidad. Para ello el Juez tomará en cuenta, según sea el caso, las agravantes o atenuantes genéricas o agravantes específicas concurrentes, procediendo a desplazar dentro de dicho espacio aplicando el esquema operativo que corresponda a la clase de circunstancias existentes.

Finalmente, de existir reglas de reducción por bonificación procesal como la terminación anticipada (Cfr. Artículo 471° del Código Procesal Penal) sus efectos se aplicarán sobre la pena concreta parcial obtenida en el paso anterior.

1.14. Aplicación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas y causales de incremento de punibilidad

La posibilidad de la presencia simultánea de una circunstancia agravante cualificada con una causal de incremento de punibilidad se presenta en el caso de la **habitualidad** regulada por el artículo 46°-C. Sobre todo porque ella requiere de la realización sucesiva de cuando menos tres delitos independientes que sean cometidos por el mismo autor pero dentro de un espacio temporal no superior a cinco años. Esto es, la mencionada circunstancia agravante cualificada debe configurarse siempre sobre la base de la existencia previa de un **concurso real de delitos** el cual constituye la más representativa manifestación legal de una regla de incremento de punibilidad, según lo estipulado por el artículo 50° del Código Penal.

En consecuencia, pues, la aplicación de una pena que comprenda la eficacia punitiva de ambos supuestos no sólo es posible sino que, además, es legalmente realizable y exigible. No hay, pues, incompatibilidad ni preeminencia entre tales normas sobre aplicación de penas.

El esquema operativo que hay que aplicar comprende tres etapas. La primera implica realizar el efecto calificante de la habitualidad en el tercer delito independiente que integra el concurso real. Esto es, a este delito se le debe modificar el máximo legal original que pasará a ser un nuevo mínimo legal y sobre él aplicar el aumento en un tercio que dispone el artículo 46°-C para configurar el nuevo máximo legal. De esa manera, pues, quedará diseñada la **nueva pena básica** de este tercer delito que generó habitualidad.

La segunda etapa se cumplirá individualizando en el nuevo espacio de punibilidad la **pena concreta parcial** que corresponda en base a las circunstancias existentes en el caso y a la aplicación del esquema pertinente para ellas.

Finalmente, la tercera etapa consiste en adicionar la pena concreta parcial obtenida a las que corresponden a los otros dos delitos integrantes del concurso real para con ello producir la **pena concreta** total a la cual, a su vez, se le deberán aplicar las validaciones que manda el artículo 50° del Código Penal en torno a que dicho resultado punitivo no exceda de 35 años o del doble de la pena concreta parcial del delito más grave.

Cabe señalar que una alternativa de aplicación de la pena similar a la que aquí hemos diseñado fue también acogida a través el Fundamento Jurídico 13°.c del **Acuerdo Plenario** N° **1-2008/CJ-116** del 18 de julio de 2008. En esta jurisprudencia vinculante se señaló al respecto lo siguiente:

> Sobre la operatividad de la agravante cualificada del artículo 46° C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos. Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada se deberán aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los artículos 50° y 51° del Código Penal (la pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicará esta sanción excluyéndose las demás).

2. SOBRE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE RÉGIMEN DE PRUEBA

2.1. Aspectos generales

Con la variada denominación de **medidas alternativas, penas alternativas, medidas penales alternativas, sustitutivos penales o subrogados penales,** se distingue en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, a un conjunto de procedimientos y mecanismos legales que han sido configurados para eludir o limitar la aplicación o el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Esto es de penas de prisión no superiores a seis años.

Históricamente, su origen político criminal está conectado al cuestionamiento de la utilidad de este tipo de reclusión al cual se le niega expectativas y capacidad de prevención general o especial, atribuyéndoseles, más bien, graves disfunciones de carácter estigmatizante y que recaen negativamente sobre los condenados. LARRAURI destaca que esta clase de disfunciones imputadas a la pena privativa de libertad y a su ejecución, también han merecido un análisis criminológico: "La prisión es la pena más estudiada por los criminólogos. Surgió en el siglo XIX como una alternativa a las penas corporales y a la pena de muerte. La prisión se defendió porque no elimina físicamente a la persona, era una pena igualitaria que podía imponerse a quien no tuviera patrimonio y podía dividirse en unidades de tiempo de forma proporcional. Los primeros estudios de los criminólogos analizaron si las prisiones constituían una pena humanitaria. La conclusión fue muy crítica con esta institución y, por tanto, todos los países discuten la necesidad de limitar el uso y el tiempo de duración de la pena de prisión" (Elena Larrauri. Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 22-23)

En ese mismo sentido, ARMENDÁRIZ LEÓN ha sostenido también que "la razón de la búsqueda de alternativas a las penas cortas privativas de libertad, viene marcada por los efectos negativos que conlleva el cumplimiento de este tipo de penas. Pero esa idea de las alternativas no es ni mucho menos nueva, data de la segunda mitad del siglo XIX (ya se recomendó utilizar otras sanciones en el Congreso Internacional Penitenciario de Londres de 1872). Bien es cierto, que debido al predominio de la concepción retributiva de la pena, aquella idea ha tardado en hacerse realidad en los

distintos ordenamientos jurídicos" (Carmen Armendáriz León. Regulación actual y Proyecto de Reforma de la Suspensión y Sustitución de la Ejecución de la Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Español. Ángel Gaspar Chirinos-Raúl Martínez Huamán. Directores. Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Tendencias Actuales. Tomo II Gaceta Jurídica. Lima. 2015, p. 131-132).

Y desde un enfoque político criminal, los expertos han considerado siempre que las medidas alternativas a la pena privativa de libertad son útiles **instrumentos de despenalización**, pues posibilitan compensar o flexibilizar el excesivo rigor de las decisiones punitivas del Estado que se construyen o expresan a través de la conminación o aplicación de penas cortas privativas de libertad. Así, por ejemplo, en un informe del Sub-Comité de Descriminalización del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, de inicios de los años ochenta del siglo pasado, ya se destacaba tal cualidad en los siguientes términos: "El concepto de despenalización define todas las formas de atenuación dentro del sistema penal. En este sentido el traspaso de un delito de la categoría de "crimen" o "felonía" a la de delito menor, puede considerarse como una despenalización. **Esto también ocurre cuando se reemplazan las penas de prisión por sanciones con menores efectos negativos o secundarios, tales como multas, sistemas de prueba, trabajos obligatorios**, entre otros" (Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad. Estrasburgo 1980. EDIAR. Buenos Aires. 1987, p. 23).

Cabe, entonces, reconocer que la función asignada a las medidas alternativas desde sus orígenes, no ha sido otra que la de bloquear o desviar el acceso a la prisión por breves períodos de tiempo. Y ese trascendente rol ha logrado un afianzamiento normativo y práctico paulatino, pero continuo en los dos últimos siglos.

Ahora bien, como pone de relieve la doctrina contemporánea, hoy coexisten una notable diversidad de medidas alternativas. No obstante, "no todas las medidas penales alternativas (MPA) son iguales: algunas como las multas están pensadas en clave de retribución; otras como la prohibición de conducir o de aproximarse a la víctima persiguen la incapacitación, procuran que la persona no pueda reincidir. Estas MPA se cumplen de forma instan-

tánea o prácticamente con la exclusiva intervención del sistema judicial, si bien en algunas existe también un control policial. Un tercer grupo como los trabajos en beneficio de la comunidad o la suspensión de la pena de prisión impone en ocasiones la obligación de someterse a un programa formativo o de tratamiento y están dirigidas a conseguir que la persona adquiera técnicas, habilidades y valores o supere circunstancias personales muy difíciles -en clave de rehabilitación-"(Elena Larrauri. Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Ob. Cit., p. 147). Esto es, sobre la base de su diseño, finalidad específica, oportunidad y operatividad, es posible en el presente distinguir diferentes modalidades de medidas alternativas a las penas privativas de libertad. Al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI describe lo esencial de tales diferencias destacando lo siguiente:

- Algunas sirven para una ejecución atenuada, más suave, moderada de la privación de libertad.
- Otras, basadas en la no necesidad para el sujeto concreto de una pena cualitativamente tan grave, buscan la sustitución pura y simple de esas penas por otras, pretendidamente menos dañosas para el individuo y la sociedad.
- Existen también sistemas que apoyados, en la probable falta absoluta de necesidad de pena, procuran la evitación de la prisión a través de la instauración de períodos de prueba, que si se superan satisfactoriamente no darán lugar a la imposición de pena alguna.
- Finalmente, hay hasta instituciones orientadas a la evitación completa, condicional o no, de toda reacción penal y no exclusivamente de la plasmada en privación de libertad" (José L. de la Cuesta Arzamendi. Alternativas a las Penas Cortas Privativas de Libertad en el Proyecto de 1992, en Política Criminal y Reforma Penal. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1993, p. 322 y ss.).

CARRASCO JIMENEZ desarrolla, en cambio, una clasificación que reconoce la existencia de medidas alternativas presentenciales y postsentenciales. Entre estas últimas este autor ubica las **medidas alternativas de pena suspendida y las medidas alternativas de pena interrumpida**. Señalando, además, que "las medidas de pena suspendida son aquellas medidas decretadas con posterioridad a la sentencia y con la obvia imposición de una pena,

en la cual no ha existido un cumplimiento efectivo de la misma, por lo cual, se encuentra completamente suspendida al otorgamiento de la medida". En cambio las medidas alternativas de pena interrumpida son aquellas donde "encontrándose el condenado ya cumpliendo la pena privativa de libertad (por ende, existe cumplimiento efectivo de la pena) esta se interrumpe para dar paso a una medida o pena que la sustituya" (Edison Carrasco Jiménez. Panorama General del Sistema de Penas Sustitutivas. Distinciones y Clasificaciones. Actualidad Penal 48.Junio 2018, p. 62-65). Por tanto, se podría señalar que **la conversión de penas privativas de libertad en ejecución** que introdujo el Decreto Legislativo 1300, en el artículo 52°-A del Código Penal, constituyó una modalidad de medida alternativa de pena interrumpida. Sin embargo, tal denominación y clasificación no nos parece acertada en tanto que afecta la esencia de las medidas alternativas que es evitar el ingreso en prisión. Por tanto, discrepando de lo planteado por el autor citado, consideramos más apropiado denominar a este tipo de opciones legales **medidas de excarcelación anticipada.**

Por su parte, instrumentos internacionales como las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio,** aprobadas por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1990, registraban en su numeral 8.1 un amplio y variado catálogo de medidas alternativas, muchas de las cuales están actualmente reguladas en los sistemas penales internos de los Estados. Se trata de las siguientes opciones:

- Sanciones Verbales, como La Amonestación, La Represión y La Advertencia.
- Liberación Condicional.
- Penas Privativas de Derechos o Inhabilitaciones.
- Sanciones Económicas y Penas de Dinero, como Multas y Multas sobre los ingresos calculados por días.
- Incautación o Confiscación.
- Mandamientos de Restitución a la víctima o de Indemnización.
- Suspensión de la Sentencia o Condena Diferida.
- Régimen de Prueba y Vigilancia Judicial.

- Imposición de Servicios a la Comunidad.
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado.
- Arresto domiciliario.
- Cualquier otro régimen que no entrañe internamiento.
- Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Como consecuencia de la notable diversidad alcanzada por las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, se ha construido en la literatura especializada, una heterogénea morfología o esquemas de clasificación que procuran alinear las principales características y formas de aplicación que corresponden a cada una de ellas (Silvia Valmaña Ochaíta. Sustitutivos Penales y Proyectos de Reforma en el Derecho Penal Español. Ministerio de Justicia. Madrid. 1990, p. 26 y ss.). En ese contexto, resulta gráfica y de gran utilidad práctica la clasificación propuesta por DE LA CUESTA ARZAMENDI (José L. de la Cuesta Arzamendi. Ob. cit. p. 322 y ss.). Para este autor cabe identificar cuatro modalidades: sistemas de privación de libertad atenuada (**arresto de fin de semana**); sustitución de la pena privativa de libertad por otras penas (**multa, trabajo en provecho de la comunidad**); instituciones probatorias (**suspensión condicional de la pena y suspensión del fallo**); otras alternativas (**dispensa de pena, perdón judicial, conciliación delincuente-víctima**).

Nosotros preferimos optar por una clasificación que comprende sólo tres clases de medidas alternativas y que son las siguientes:

Medidas de régimen de prueba. Entendiendo por tales a aquellas que intercambian la imposición o el cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad de corta o mediana duración, por un régimen de prueba al que queda adscrito el sentenciado o condenado por un espacio temporal fijado por el Juez y sometido al cumplimiento de reglas de conducta específicas que él también define con objetivos de prevención especial. Al vencimiento exitoso del plazo fijado sin que medie revocación por incumplimiento de las reglas impuestas o la comisión de un nuevo delito, se extingue la pena impuesta o la posibilidad de su imposición y cumplimiento efectivo. Un presupuesto o estándar esencial para la aplicación de esta clase de medidas es el pronóstico judicial favorable de conducta futura del condenado.

Medidas de reemplazo o conmutación. Esta clase de medidas intercambian, sustituyen o reemplazan las penas privativas de libertad que cabe imponer o que ya han sido impuestas con carácter efectivo, por otras penas no privativas de libertad que serán las que se impongan al condenado o que este en definitiva deberá de cumplir.

Medidas de perdón judicial. Como su nombre lo va indicando en este tipo de medidas corresponde a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, pero conforme a los presupuestos y límites legalmente definidos, decidir y aplicar una exoneración punitiva. Esto es, exonerar de la imposición de la pena privativa de libertad que se debería aplicar al condenado.

Sin embargo, es de precisar que la aparición histórica y los procesos evolutivos de todas estas medidas alternativas a las penas privativas de libertad no han sido homogéneos. Cada modalidad tuvo su momento de aparición, difusión y predominio (Sobre el origen y evolución de las diferentes variantes de las medidas alternativas véase: José L. de la Cuesta Arzamendi. Alternativas a las Penas Cortas Privativas de Libertad en el Proyecto de 1992, en Política Criminal y Reforma Penal. Ob. cit., p. 322). Es más, en el presente resulta todavía frecuente detectar que los sistemas jurídicos nacionales de cada país no incluyen siempre las mismas clases y tipos de medidas alternativas. Sin embargo, parece haber consenso en aceptar que las que corresponden a la modalidad denominada de **régimen de prueba** como la suspensión de la ejecución de la pena, la condena condicional o la *probation* son las de mayor antigüedad y presencia en el derecho penal comparado (Cfr. Elena Larrauri. Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Ob. Cit., p. 23). No obstante, como bien explica ARMENDARÏZ LEÓN, en torno a este tipo de medidas alternativas hay también diferentes regulaciones normativas: "En el mundo occidental se utilizan en la actualidad tres modelos de suspensión de las penas cortas privativas de libertad: el anglosajón, denominado *probation,* el continental llamado *sursis* y uno mixto, la suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba". La citada jurista destaca, además, que si bien los modelos citados tienen funciones comunes, sus presupuestos y efectos permiten igualmente establecer diferencias claras entre unos y otros (Cfr. Carmen Armendáriz León. Regulación actual y Proyecto de Reforma de la Suspensión y Sustitución de la Ejecución de la Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Español. Ob. Cit., p. 134 y ss.).

Y son, justamente, las **medidas alternativas de régimen de prueba**, las que guardan relación con el tema central que se busca analizar. En efecto la necesidad de emitir **un pronóstico favorable de conducta futura** y de fijar **estándares de prueba** para su emisión y motivación judicial, son presupuestos y requisitos exclusivos de esta clase de medidas alternativas en la legislación penal nacional.

Pero a pesar de haber atravesado por periodos auspiciosos y expectantes, las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad, también han debido de enfrentar coyunturas adversas y ser objeto de diferentes críticas, sobre todo formuladas por quienes promueven la utilidad preventiva de un *efecto shock* como función especial de las penas privativas de libertad corta o de mediana duración. El cual resulta de suma utilidad y pertinencia para sancionar determinadas modalidades de criminalidad como las de carácter económico o funcionarial (Javier Villa Stein. Derecho Penal. Parte General. 4ª Edición. ARA. Editores. Lima. 2014., p. 589). Es más, la influencia de esta tendencia ha alcanzado también a la legislación penal peruana como lo demuestra la reciente promulgación del Decreto Legislativo 1351 o de la Ley 30710 que prohíben la aplicación de la medida de régimen de prueba de suspensión de la ejecución de la pena, para los condenados por delitos contra la administración pública de colusión, peculado, malversación de caudales públicos, corrupción de funcionarios, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito; pero también en delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

Pero también en las últimas décadas, se han descargado contra las medidas alternativas de régimen de prueba, reiterados cuestionamientos sociales debido a su uso judicial arbitrario e indiscriminado. Lo cual incluso ha generado que un sector mayoritario de la población las identifique como formas encubiertas de impunidad, corrupción o indebida benevolencia judicial. Otras objeciones, en cambio, han relativizado su pretendida eficacia o utilidad real para ejercer un efecto relevante sobre el acceso a los centros carcelarios o sobre la descongestión de los mismos. Al respecto, incluso, se ha llegado a sostener que las medidas alternativas han extendido de modo desmesurado el control penal fuera de la cárcel y que lo han delegado en agencias extra-penales que actúan con marcada ausencia de garantías para los condenados (Elena Larrauri. Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 163). Por último, se ha sustentado

un discurso deslegitimador de los sustitutivos penales, el cual refiere que al recaer estos sólo sobre formas leves de criminalidad, se genera un efecto perverso y discreto de reafirmación o relegitimación de la necesidad o permanencia de la cárcel. La cual resulta fortalecida como el espacio predilecto de reacción penal para todas las formas agudas o críticas de la delincuencia. Especialmente de aquella violenta u organizada. Esta última aseveración ha motivado que un sector de especialistas admite también que esta clase de medidas proyecta un efecto colateral de sesgo **reaccionario y simbólico**, que las convierte más que en alternativas en verdaderos **"complementos"** de la cárcel (Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Aliaga y Alejandro Slokar. Derecho Penal. Parte General. EDIAR. Buenos Aires. 2000, p. 927; Elena Larrauri. Las Paradojas de Importar Alternativas a la Cárcel en el Derecho Penal Español, en Derecho Penal y Criminología Nº 43, 1991, p. 139 y ss.).

Y, por último, resulta evidente en la coyuntura actual que las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad también han sido impactadas por el **giro punitivo** que caracteriza la configuración de la política criminal en el tercer milenio. Efectivamente, la agudización del espectro de la inseguridad ciudadana o del sentimiento socializado de la víctima, muy internalizados y extendidos entre los diferentes grupos sociales, han debilitado la validación política y la consideración jurisdiccional de su empleo sobre aquellas formas de delincuencia que se estiman como frecuentes y relevantes (Loïc Wacquant. Castigar a los Pobres. El Gobierno Neoliberal de la Inseguridad Social. Gedisa Editores. Barcelona. 2010, p. 60 y ss.). Lo cual ha conducido a los Estados a aplicar como respuesta frecuente e inmediata la **decisión sobrecriminalizadora** de ir suprimiendo o descartando en las reformas legales, la regulación o aplicación de toda modalidad de medida alternativa (Lohitzune Zuluoga. El Espejismo de la Seguridad Ciudadana. Claves de su Presencia en la Agenda Política. Catarata. Madrid. 2014, p. 24 y ss.). Esta actitud también suele concretarse de un modo indirecto, subrepticio y menos perceptible, a través de la elevación cuantitativa de los umbrales de penalidad conminada que regulan las leyes para la procedencia judicial de medidas alternativas. Estas prácticas legislativas que inutilizan u opacan la función esencial de las medidas alternativas de régimen de prueba, según LARRAURI, también se suelen utilizar para anular la presencia de **penas alternativas** a la prisión: "El problema en ocasiones no es la ausencia de penas alternativas a la prisión, sino que el legislador deja poco margen para

que se apliquen. De este modo, aun cuando en los códigos penales aparezcan largos catálogos de penas alternativas, debemos fijarnos, en primer lugar, en qué delitos está prevista su aplicación y con qué condiciones; en segundo lugar, es importante analizar si los jueces confían en ellas y las imponen; y finalmente, es indispensable observar los medios que la Administración pone a disposición para que se cumplan este tipo de penas" (Elena Larrauri. Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 147).

Es de mencionar que en la experiencia peruana el empleo de estas estrategias anulatorias y de proscripción de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad, también ha sido muy recurrente. Por ejemplo, ella se hizo notar a través de las modificaciones que sufrieron los rangos mínimos punitivos de los delitos de defraudación tributaria o contrabando, los cuales fueron elevados, al poco tiempo de entrar en vigencia el Código Penal de 1991, para impedir que los jueces otorguen a los implicados en tales ilícitos la suspensión de la ejecución de la pena (Cfr. Ley 26461 y Decreto Legislativo 813).

Ahora bien, muchas de las críticas y efectos negativos descritos, que muestran la **crisis actual de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad**, han sido inteligentemente contestadas o esquivadas mediante importantes aportes de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada. En efecto, por un lado se ha dejado en claro que no es, ni nunca fue, el objetivo de las medidas alternativas el de abolir la prisión, sino, simplemente, el de procurar un efecto o castigo menos dañino que los que representa la cárcel en casos especiales donde esta deviene en desproporcionada e innecesaria (Francisco Muñoz Conde - Mercedes García Arán. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch. Valencia. 1993, p. 496 y ss.). Y, por otro lado, se ha puesto en evidencia que en los diferentes y continuos procesos de reforma que ocurren en el derecho penal contemporáneo, la posición del legislador hacia las medidas alternativas no es de rechazo absoluto sino de notable vocación receptiva. Por tal razón, medidas alternativas a las penas privativas de la libertada de corta o mediana duración son todavía incorporadas, con mayor o menor intensidad o variedad, en los nuevos proyectos y códigos penales del siglo XXI.

Ejemplos de esa paradójica tendencia legislativa son los Anteproyectos peruanos de reforma del Código Penal de 2004, 2008/2010 y el reciente Proyecto de Nuevo Código Penal 2016. En todos estos documentos prelegislativos no sólo se ha procurado mantener las cinco modalidades de medidas alternativas que reguló el Código Penal de 1991, sino que se han ampliado también sus efectos para poder alcanzar a penas privativas de libertad de hasta cinco años.

En consecuencia es justificado reconocer que aun limitadamente y pese a tener una utilidad cada vez más simbólica, todavía encontramos decisiones legislativas, que apuestan por las medidas alternativas expresando un mensaje crítico hacia el uso desmedido de la cárcel. Lo cual es pertinente sobre todo para la realidad de las prisiones latinoamericanas que siguen siendo crónicos escenarios de deshumanizado hacinamiento y carencia generalizada de servicios esenciales para una ejecución penal que asegure a los reclusos un tratamiento acorde con su irrenunciable condición de personas. No cabe duda, pues, que obrar legislativamente de otra manera, esto es, sólo eliminando o reduciendo significativamente la presencia normativa de las medidas alternativas en el derecho penal positivo, implica renunciar injustificadamente a uno de los pocos medios que todavía subsisten para compatibilizar el castigo penal con la dignidad humana y con proyecciones serias de prevención especial. En ese sentido, consideramos, pues, que mantienen plena vigencia, las reflexiones formuladas por MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN, hace ya más de dos décadas: "... por mucho que no quepa ocultar el contenido de control presente en este tipo de instituciones, no puede negarse que éste es menor que el ofrecido por la cárcel y si se renuncia a ejercerlo en determinados casos, ello es en beneficio de consideraciones que tienden a evitar la desocialización del condenado, el efecto estigmatizador de la prisión y sus consecuencias sobre la dignidad humana. Por tanto, una política criminal orientada a la sustitución de las penas cortas de prisión por reacciones penales de distinta naturaleza se basa fundamentalmente en una concepción del Derecho Penal como última ratio, que en el caso español puede encontrar un válido apoyo en la proclamación constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico" (Francisco Muñoz Conde- Mercedes García Arán. Ob. cit., p. 497).

Ahora bien, para el caso peruano, estas reflexiones adquieren plena validez al constatarse que el hacinamiento carcelario o las carencias de servicios

y tratamiento se han potenciado y fortalecido en los últimos diez años, como efecto esperado y directo del giro punitivo en la política criminal nacional. Al respecto, cabe destacar, tal como se aprecia en las estadísticas penitenciarias, que un porcentaje importante de la población carcelaria del país está recluida por delitos vinculados al tráfico ilícito de drogas o al robo; y, que además, se encuentran cumpliendo penas superiores a diez años de reclusión. **Sin embargo, también entre estos datos emerge una cifra significativa de internos que en las cárceles peruanas cumplen penas no superiores a cinco años de pena privativa de libertad**. Esto es, se detecta que entre la masa carcelaria un porcentaje importante de internos, cerca del 20% de la población total, cumplen penas de prisión cortas o de mediana gravedad, lo que contribuye a hacer más crítico el espacio colapsado de la capacidad de albergue de los centros penales (Consejo Nacional de Política Criminal. INDAGA. ¿Qué tanto sabes del Sistema Penitenciario en el Perú?. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Boletín 1-2016, p. 9 y ss.).

En medio de ese contexto reduccionista de las medidas alternativas, especialmente de aquellas de régimen de prueba, se perfilan, compensatoriamente, nuevos discurso y espacios favorables a su regulación y utilidad operativa. Esto último se hace notar en lo que se ha dado en llamar la **nueva política hemisférica de control de drogas** que viene impulsando desde hace tres años la Organización de Estados Americanos- OEA. En efecto, este organismo regional ha abierto una nueva etapa que propicia el resurgimiento de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad, como parte esencial de un inédito programa estratégico regional de prevención y control del tráfico ilícito y del consumo indebido de drogas. Esta importante reforma político criminal, se originó en el Informe Final que sobre el Problema de las Drogas en las Américas, se debatió y se hizo público por la Asamblea General de la OEA entre abril y junio de 2013 (Organización de Estados Americanos. El Informe de Drogas de la OEA: 16 meses de Debates y Consensos. Ciudad de Guatemala. Setiembre 2014, p. 2 y ss.). Sus ejes centrales pueden resumirse en el siguiente pasaje: "Los Estados Miembros de la OEA han señalado que las respuestas al problema de las drogas deben ser integrales, poniendo en el centro de la política de drogas las perspectivas de salud pública y derechos humanos. Cumplir con este propósito **requiere superar los enfoques que se basan únicamente en la represión, para dar espacio a alternativas** que pongan en el centro al individuo" (Cfr. Alternativas al

Encarcelamiento de los Delitos Relacionados con Drogas. Informe de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas- CICAD. Bogotá. Octubre de 2014, p. 6).

Este nuevo enfoque y oportunidad resulta compatible con el rol funcional que tradicionalmente se asignó a las medidas alternativas a la cárcel y que también destacaron hacia finales del siglo anterior, importantes juristas latinoamericanos como BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE: "De ahí la crisis actual de la pena privativa de libertad y la tendencia a buscar penas sustitutivas que se logren adecuar mejor a los fines del estado moderno, en especial para las penas cortas privativas de libertad que aparecen como las más nocivas para el desarrollo personal y la dignidad del sujeto" (Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Editorial Trotta. Madrid, 1997, p. 189).

En el ámbito europeo también se han comenzado a reestructurar las políticas regionales y nacionales contra las drogas, procurando pasar de un modelo prohibicionista adaptado a la Convención de Viena de 1988 y empezar a transitar vías alternativas que se basan en un enfoque de salud pública y control de daños. Sin embargo, como sostiene MUÑOZ SÁNCHEZ, en el presente la asimilación de esta innovadora variante táctica en las políticas de control de drogas, todavía viene suscitando debates y resistencias: "La introducción de esta política asistencial de reducción de daños se ha realizado sin modificaciones en el marco legal hecho a semejanza de la Convención de Naciones Unidas de 1988. La coexistencia de una política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial presenta importantes contradicciones teóricas y no está exenta de tensiones en la práctica" (Cfr. Juan Muñoz Sánchez. Eficacia de la Política Criminal de Drogas y la Política Alternativa de Despenalización Controlada. Ángel Gaspar Chirinos-Raúl Martínez Huamán. Directores. Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Tendencias Actuales. Gaceta Jurídica. Lima. 2015, p. 192 y ss.).

En relación con esta nueva postura internacional en la prevención y el control de los conflictos de la droga y su tratamiento penal, JUAN MANUEL TORRES, ha marcado, con precisión, que uno de los cambios más trascendentales radica, justamente, en las agudas **críticas que se formulan a la ineficacia y nocividad derivada del modelo punitivo y de exclusiva**

prisionalización. El cual, por lo demás, ha imperado por más de treinta años en el tratamiento interno de las políticas y acciones estatales que la mayoría de países de nuestro continente han normado y aplicado contra el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, como señala el citado autor, tales cuestionamientos han dejado traslucir y visibilizar una vocación innovadora orientada a ensayar vías diferentes entre las que encajan **las medidas alternativas a la pena privativa de libertad;** sobre todo para aminorar daños colaterales a la salud y los derechos humanos de los sectores más bajos y vulnerables de la cadena de producción, comercialización y consumo ilegal de drogas que suelen ser condenados a largas penas de cárcel Cfr. Juan Manuel Torres. Cuatro Caminos, Un Comienzo. Comentarios al Informe "El Problema de las Drogas en las Américas-2013" de la Organización de Estados Americanos. Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos. Lima. 2013, p. 4 y ss.

En ese mismo sentido, la investigadora mexicana CORINA GIACOMELLO, luego de resumir detalladamente las características y disfunciones comunes de las estrategias punitivas contra las drogas, sostiene que "la necesidad de implementar medidas alternativas al encarcelamiento, así como de encontrar soluciones distintas a las desarrolladas hasta el momento para hacer frente al problema de las drogas parece imperante" (Corina Giacomello. Propuestas de Alternativas a la Persecución Penal y al Encarcelamiento por Delitos de Drogas en América Latina. IDPC. Universidad Autónoma de Chiapas. Junio 2014, p. 1). En conexión con todo ello, en el Perú también se ha denunciado expresamente que: "El régimen legal y regulatorio actual para controlar el uso de drogas mediante sanciones penales (especialmente arrestos y encarcelamiento) está causando demasiado daño" (Cfr. Juan Manuel Torres. Cuatro Caminos, Un Comienzo. Ob. cit., p. .4 y ss.).

Todos estos aspectos nos sitúan, pues, en un renovado contexto político criminal, donde el discurso y las estrategias hemisféricas contra el tráfico ilícito de drogas, aparecen flexibizados frente a los planteamientos represivos de la **"guerra a las drogas"** que han predominado en la región desde mediados de los años ochenta del siglo pasado (Cfr. Ernesto Samper Pizano. Drogas. Prohibición o Legalización. Una Nueva Propuesta. DEBATE. Bogotá. 2013, p. 129 y ss.). En efecto, la intención despenalizadora de estas nuevas orientaciones políticas quedan claramente expuestas en el siguiente párrafo de los documentos oficiales de la OEA: "La búsqueda de alternativas al en-

carcelamiento para infractores dependientes de drogas o para personas que cometen delitos menores dentro de las cadenas del tráfico, es también una necesidad actual. Desde luego, la eliminación de la cárcel para las personas por simple posesión de pequeñas cantidades de drogas parece hoy necesaria en las legislaciones de algunos países. Para estas mismas personas y también para quienes deban cumplir penas en el sistema carcelario, deben buscarse vías de rango judicial, para su integración laboral a la sociedad" (Organización de Estados Americanos. El Informe de Drogas de la OEA: 16 meses de Debates y Consensos. Ob. Cit., p. 17).

En ejecución, pues, de esta opción despenalizadora de la política criminal contra el tráfico ilícito y el consumo indebido de drogas, se constituyó, desde el interior de la CICAD-OEA, un **Grupo de Trabajo para examinar la viabilidad de la implementación de alternativas al encarcelamiento por delitos de drogas**. Los resultados de las indagaciones y reflexiones de esta positiva experiencia se condensaron en un detallado informe. Este documento fue luego validado por expertos latinoamericanos en una reunión realizada en la ciudad de Cartagena de Indias-Colombia en octubre de 2014. Uno de sus principales hallazgos fue la identificación de 38 modalidades de medidas alternativas que fueron agrupadas, según su oportunidad operativa, en tres grupos: **pre-procesales, procesales y post procesales** (Cfr. Alternativas al Encarcelamiento de los Delitos Relacionados con Drogas. Informe de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas- CICAD. Bogotá. Octubre de 2014, p. 8 y ss.). Las medidas alternativas de régimen de prueba, **como la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio que contempla le legislación penal peruana**, corresponden al segundo y tercero de aquellos grupos Es decir, se alineaban entre las medidas procesales y post procesales de origen legal y de aplicación ordinaria. Correspondían, pues, a aquellas medidas reguladas normativamente y que, además, podían ser aplicadas en cualquier proceso penal, pero siempre después del juzgamiento o del pronunciamiento de la sentencia condenatoria. **En ambos casos sus funciones formales o materiales incidían en bloquear el acceso a la cárcel de quien había sido ya declarado autor o partícipe culpable del delito.**

Sin embargo, resulta evidente que la implementación de medidas alternativas al encarcelamiento de los delincuentes dependientes a drogas, ba-

sadas en un tratamiento deshabituador, demandan mayores requerimientos que su sola regulación legal. Su implementación material exige, pues, sobre todo, que los Estados se comprometan a proveer una asignación razonable y suficiente de recursos logísticos, técnicos y financieros, para viabilizar modelos vinculados a un régimen de prueba. De todo ello es consciente la CICAD-OEA, por lo que en sus documentos informativos y vinculantes sobre la materia suele demandar un compromiso proactivo y serio de los Estados para su plena y eficaz realización: "El esfuerzo de los Estados de la región debería estar encaminado a diseñar una política sobre alternativas al encarcelamiento en delitos relacionados con drogas, que cuente con todos los elementos necesarios para asegurar una buena implementación y evaluación de las medidas diseñadas. En este sentido, es fundamental que dicha política cuente con responsables institucionales claros, mecanismos de implementación, seguimiento, evaluación y control, presupuesto suficiente y disponible, y un diseño claro que permita asegurar intervenciones adecuadas, oportunas, coherentes y diferenciales"(Alternativas al Encarcelamiento de los Delitos Relacionados con Drogas. Ob. Cit., p. 16-17).

2.2. Las medidas de régimen de prueba en el derecho penal peruano

Como ya se ha señalado las medidas alternativas a las penas privativas de libertad adoptan distintas formas y modalidades de operatividad. Una modalidad particular de medidas alternativas y tal vez las más caracterizadas son las de **régimen de prueba.** Su regulación normativa en el derecho penal comparado adquiere distintas manifestaciones siendo la más difundida en el presente la que corresponde a la **suspensión de la ejecución de la pena.**

El proceso de reforma que llevó a la promulgación del Código Penal de 1991 aportó la inclusión paralela de dos tipos de medidas alternativas de régimen de prueba:

a) La suspensión de la ejecución de la pena (artículos 57° a 61°).

b) La reserva del fallo condenatorio (artículos 62° a 67°).

Cada una de ellas posee presupuestos requisitos y efectos similares que por razones de espacio no podemos ahora detallar pero que ya hemos analizado con minuciosidad en anteriores publicaciones (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Consecuencias Jurídicas del delito. Giro Punitivo y Nue-

vo Marco Legal. IDEMSA. Lima. 2016, p. 353 y ss.). En todo caso, es de mencionar que sólo la suspensión de la ejecución de la pena opera con penas privativas de libertad concretas de hasta cuatro años; esto es, con penas impuestas judicialmente al autor o partícipe culpable de un hecho punible. En cambio la reserva del fallo condenatorio funciona exclusivamente en relación con penas conminadas o abstractas privativas de libertad de hasta tres años.

Es de destacar que ambas modalidades han logrado a lo largo de más de veintisiete años de vigencia del Código Penal, una notable consolidación operativa y hoy en día su presencia en la *praxis* judicial es de alta frecuencia. Cabe agregar que recientes reformas legales, aportadas por las Leyes 30076, 30304, 30710 y el Decreto Legislativo 1351, han introducido algunas modificaciones a su regulación original. Destacando entre ellas las que armonizan con las actuales orientaciones de justicia penal terapéutica que auspicia la OEA. Pero que, también, dejan sentir la influencia expresiva, comunicativa y oportunista del giro punitivo. Es así que la primera de las leyes citadas introdujo la posibilidad de aplicar como regla de conducta un tratamiento especializado para promover la deshabituación de condenados adictos al consumo de drogas o alcohol. En cambio las demás, como ya se ha mencionado, han prohibido secuencialmente la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para los condenados por diferentes delitos funcionariales contra la administración pública, así como para delitos de agresión y lesiones contra mujeres o integrantes del grupo familiar. Cabe señalar que la mayoría de estos cambios han sido conservados también por el Proyecto de Código Penal 2016 (Artículos 74° in fine, 75°, inciso f, 79°.4 y 81).

Ahora bien, el uso jurisdiccional de estas medidas ha sido legislado siempre con un esquema discrecional semi reglado que demanda de los operadores de justicia una prudente capacidad de evaluación sobre su necesidad, utilidad y oportunidad. Lamentablemente, la utilización indiscriminada, desmedida e injustificada de tales medidas, sobre todo de la suspensión de la ejecución de la pena, ha generado su notable rechazo y descrédito social (Víctor Roberto Prado Saldarriaga. El Código penal de 1991 y las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad. Código Penal. 3ª Edición. APECC. Lima. 2012, p. 56 y ss.). Es, pues, en ese espacio que resulta pertinente debatir sobre la utilidad de regular estándares de prueba para justificar con suficiencia y racionalidad el pronóstico judicial favorable de conducta futura que habilita la aplicación en un caso concreto de medidas de régimen

de prueba de suspensión de la ejecución de la pena o de reserva del fallo condenatorio.

2.3. Pronóstico favorable de conducta futura y estándares de prueba

Una crítica constante a las decisiones judiciales ha sido su escasa, confusa o aparente motivación. En más de una ocasión el control jerárquico o constitucional de resoluciones judiciales en el Perú ha hecho sentir su facultad anulatoria o revocatoria a partir de cuestionamientos a la fundamentación racional de las decisiones jurisdiccionales adoptadas (César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal. Lecciones. INPECCP-CENALES. Lima. 2015, p. 11 y ss.; Dr. José Antonio Neyra Flores. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. IDEMSA. Lima. 2015, p. 131 y ss.).

Sin embargo, en la doctrina y en la jurisprudencia nacional son pocos los casos donde ese examen y control han cuestionado decisiones de concesión de medidas alternativas de régimen de prueba, a partir de una falta o incongruencia en la motivación del **pronóstico favorable de conducta futura del procesado**. El cual técnicamente podemos identificar en la actualidad, no como un vaticinio sino como una modalidad de actitud prospectiva para la toma de decisiones. En este caso para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena. Al respecto es importante destacar lo señalado por MIKLOS, JIMÉNEZ y ARROYO, en el sentido de que "en prospectiva se trata de construir el porvenir (futuro), no de predecirlo. Sus métodos no tienen como sentido la extrapolación, sino mostrar el presente en el futuro mediante la analogía y la metáfora. Interpreta el pasado y orienta el presente; integra conocimientos y valores para diseñar la acción social futura. Participa en la toma de decisiones, lo cual implica cambio y mejora respecto a una situación de origen" (Tomás Miklos, Edgar Jiménez y Margarita Arroyo. Prospectiva, Gobernabilidad y Riesgo Político. Editorial LIMUSA. México. 2016, p. 22). Por tanto el estándar de verdad en un pronóstico siempre se expresará como un estándar de alta probabilidad y de mínima incertidumbre.

Ahora bien, en su evolución histórica el legislador peruano se ha referido al pronóstico favorable de conducta futura siempre con términos muy generales e imprecisos. Por ejemplo, en el Código Penal de 1924, que regulaba la modalidad de **condena condicional**, el artículo 53° autorizaba al Juez a conceder dicha alternativa "si los antecedentes y el carácter del condenado

hacen prever que esta medida le impedirá cometer una nueva infracción". Esta fórmula, sin embargo, era muy similar a la que incluyeron otros códigos importantes de la época, como el italiano que demandaba observar y valorar la gravedad del delito de modo que "il giudice presume che il colpevole si asterrrá dal commettere ulteriori reati "(Artículo 164°). En torno a tal disposición nacional la jurisprudencia desarrolló lecturas poco explícitas pero con un marcado acento en aspectos subjetivos, sobre todo en la peligrosidad del condenado. Así en una Ejecutoria de la Corte Suprema del 5 de diciembre de 1933 se señaló lo siguiente: "Siendo el fin principal de la pena la reforma del delincuente, tratándose de delitos de pequeña importancia material, cometidos por el acusado, sujeto de ninguna peligrosidad, basta a los fines de la represión penal la imposición de la condena con el carácter de condicional" (Sobre esta decisión judicial y otras análogas ver: Julio D. Espino Pérez. Código Penal. Concordancias. Séptima Edición. Cultural Cuzco Editores. Lima. 1988, p. 73 y ss.).

Posteriormente en el texto original del Código Penal de 1991, al referirse este a la **suspensión de la ejecución de la pena** en el inciso 2, del artículo 57°, la norma con relación al pronóstico favorable de conducta futura precisaba que la autoridad judicial debía tener en cuenta "que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito". En torno al desarrollo jurisprudencial de dicha disposición legal una Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2010, insistía también en la utilidad de los indicadores de peligrosidad del condenado: "La efectividad de una pena o su suspensión no se rigen por los mismos criterios utilizados al momento de la determinación de la pena, sino por el contrario se asumen aquellos que han sido desarrollados la prevención especial; es decir, observar la peligrosidad del condenado, situación que se puede advertir por la forma en que se ha ejecutado el hecho criminal..." (Publicada en Gaceta Penal & Procesal Penal Nº 16. Octubre 2010, p. 86). Finalmente, con las sucesivas reformas ocurridas en el citado artículo 57°, la redacción actual ha procurado construir una mejor especificación de los factores que deben ser apreciados por el órgano jurisdiccional, pero, también ha formalizado la necesidad de motivar expresamente el pronóstico que se emita sobre la conducta que cabe esperar del condenado. En ese sentido, el mencionado artículo exige "Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan

inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación" (Texto legal según la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1351 del 6 de enero de 2017).

A pesar de las variantes legales mencionadas las decisiones judiciales de concesión de medidas de régimen de prueba, especialmente de suspensión de la ejecución han merecido una crítica social constante, que mayormente ha cuestionado la aplicación "ilegal", "extraña" o "corrupta" de medidas de suspensión de la ejecución de la pena por parte de la judicatura penal (Víctor Roberto Prado Saldarriaga y otros. Determinación Judicial de la Pena. Instituto Pacífico. Lima. 2015, p. 20 y ss.). Es, pues, este último suceso el que motivó que desde el propio interior del Poder Judicial, emerja la necesidad de especificar mejores indicadores o reglas que hagan más transparentes y racionales los argumentos y las decisiones judiciales que conceden tales medidas. Un primer intento al respecto fue la **Resolución Administrativa N.º321-2011-P-PJ** del 8 de setiembre de 2011 que hizo pública y vinculante la **Circular para la Debida Aplicación de la Suspensión de la Ejecución de la pena Privativa de Libertad.** La preocupación esencial de este documento fue definida con precisión en el siguiente considerando: "la actuación del Juez Penal implica, además, al momento de suspender la ejecución de la pena, fundamentar de manera explícita el pronóstico favorable de conducta del condenado que le lleve a la convicción de la imposición de dicha medida alternativa: no reiteración delictiva. Con esta finalidad ha de expresar la ponderación de las necesidades de seguridad colectiva (prevención general), vinculada necesidad y las necesidades de resocialización (prevención especial) en atención a las condiciones personales del condenado. No basta entonces que el Juez intuya o confíe que el condenado se comportará bien; se requiere una expectativa fundada- determinado grado de probabilidad, no de certeza- de una conducta adecuada a derecho, de su legalidad futura. En caso de duda, no puede aplicarse el principio *in dubio pro reo*, pues no se trata ahora de la aclaración de hechos pasados" (Segundo Considerando). Es de mencionar que esta última e importante aseveración, ya había sido destacada también por HURTADO POZO al analizar la condena condicional que en el Código Penal de 1924, operaba como precedente de las medidas de régimen de prueba actualmente reguladas en nuestra legislación (José Hurtado Pozo. El Sistema de Control Penal. Instituto Pacífico. Lima. 2016, p. 980).

La aludida Circular graficaba también con precisión la necesidad de adoptar correctivos inmediatos sobre malas prácticas jurisdiccionales, lamentablemente muy extendidas, que distorsionaban los objetivos funcionales de la suspensión de la ejecución de la pena o que reducían sus presupuestos legales a una mera constatación cuantitativa de la extensión de la pena aplicable. En efecto según dicho instrumento normativo del Poder Judicial "resulta censurable verificar que, pese a que el Código penal regula de manera taxativa los presupuestos legales que deben seguirse en la suspensión de la ejecución de la pena, los jueces no aplican de modo adecuado dichas reglas. Ello conlleva a que individuos que no tienen el más mínimo reparo en delinquir, que incluso denoten una carrera delictiva, resulten favorecidos con la aplicación de este tipo de medida alternativa, propiciando un clima de inseguridad ciudadana y de inadecuada defensa del ordenamiento jurídico" (Considerando Sexto):

Por tanto, no fue del todo novedoso que unos años más tarde la Ley 30076, que tuvo por fuente, justamente, un conjunto de reformas legales presentado en octubre de 2012 por el Poder Judicial al Congreso de la República (R.A. Nº 116-2012-SP-CS-PJ y Oficio Nº 6425-2012-SG-Cs-PJ), haya considerado pertinente y necesario reformular el inciso 2 del texto original del artículo 57° del Código Penal de 1991, demandando expresamente que el pronóstico favorable de conducta futura, como juicio valorativo que debía emitir la autoridad judicial para conceder la suspensión de la ejecución de la pena, "**requiere de debida motivación**". La cual debe integrar y razonar sobre diferentes aspectos como "la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente" y permitirle al órgano jurisdiccional inferir **"que aquel no volverá a cometer nuevo delito".** La misma exigencia se mantiene en la redacción actual del inciso 2 del artículo 57° y con ligeras variantes ella también es incluida en el artículo 62° para la concesión de la reserva del fallo condenatorio. En lo que respecta al Proyecto de Código Penal de 2016 tal requisito también es contemplado para las medidas de régimen de prueba que su normativa regula (Artículos 74 inciso a; 79°.1).

Por tanto, la necesidad de **motivación racional del pronóstico favorable de conducta futura constituye en la actualidad una exigencia legal y vinculante** para el órgano jurisdiccional que decide aplicar una medida alternativa de régimen de prueba. Lo que al parecer no ha quedado aún

resuelto desde la ley, es la identificación objetivable de esos indicadores que hagan posible "inferir" lo innecesario de una privación efectiva de libertad. **Esto es, los componentes fácticos y contrastables que hagan verificable un grado de probabilidad relevante de esa conducta futura no delictiva. Por tanto, lo legítimo de la decisión judicial adoptada.** O en términos más psicosociales, que hagan tolerable y razonable para la población aceptar como pertinente y equilibrado que el autor o partícipe culpable de un delito no sea condenado o no cumpla en una prisión la pena privativa de libertad que por justicia le corresponde. Y, desde un enfoque político criminal, que tal resolución judicial no vaya a resentir la seguridad ciudadana ni vaya a debilitar la confianza de la población en la vigencia de la norma y en la eficacia e imparcialidad de las agencias tutelares del Estado.

En torno a todas estos aspectos parece existir sustentado consenso, en torno a admitir que lo que se requiere son decisiones e indicadores de probabilidad criminal, los cuales deben de responder racionalmente a la identificación y al análisis integrado de indicadores objetivos o subjetivos que al operar multifactorialmente producen un riesgo mínimo o alto de la realización futura de una conducta delictiva o de un acto de reiterancia o reincidencia. Sobre la metodología idónea para construir ese pronóstico favorable de conducta futura no se ha avanzado tanto, como sí se ha hecho para poder inferir riesgos de violencia. Es más, en relación a estos últimos coexisten en la actualidad diferentes procedimientos científicamente validados y que suelen aplicarse a determinadas modalidades delictivas de relevante gravedad (delitos sexuales, homicidios seriales, terrorismo suicida), lo que los hace poco extrapolables al ámbito de la aplicación de medidas alternativas como la suspensión de la ejecución de la pena, mayormente dirigidas a condenados y delitos de nula o escasa peligrosidad (Cfr. Martín Luque Martín. Evaluación del Riesgo de Violencia. Situación sobre la Valoración de Prognosis Criminal. International E. Journal of Criminal Sciences. Research Report 1. Numero 9.2015, p. 15 y ss.).

Por tanto, lo que a la fecha tenemos sigue siendo muy poco y precario. Es así que Las normas vigentes y las propuestas legislativas diseñadas, siguen haciendo descansar el peso fundamental del pronóstico favorable de conducta en factores predominantemente subjetivos y de notoria ambigüedad ("**comportamiento procesal y la personalidad del agente**"). No concurren, pues, todavía, entre los artículos pertinentes del Código Penal,

opciones de alguna manera más precisas y controlables como las consideradas para otros pronósticos jurisdiccionales sobre la aplicación de medidas de prisión preventiva frente al riesgo procesal y que se detallan en los artículos 269° y 270° del Código Procesal Penal. Y sobre los cuales, además, parecen haber ya importantes consensos hermenéuticos y prácticos en la doctrina y en la jurisprudencia (Cfr. César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal. Lecciones. INPECCP. CENALES. Lima.2015, p. 457 y ss.; Elder Jaime Miranda Aburto. Prisión Preventiva, Comparecencia y Arresto Domiciliario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Gaceta Jurídica. Lima. 2014, p. 183 y ss.).

Tal vez la propuesta más coherente con esta trascendente falencia legal trató de insinuarla el Proyecto de Código Penal 2014-2015 al requerir en su articulado correspondiente que el pronóstico favorable de conducta futura para la aplicación judicial de una suspensión de la ejecución de la pena o de una reserva del fallo condenatorio **"debe estar sustentado técnicamente".** Según este frustrado documento prelegislativo "entre las circunstancias que debe considerar para la emisión de dicho pronóstico se encuentra la vida previa del agente, su actitud frente al trabajo, las condiciones familiares o sociales ordenadas o desordenadas, su arrepentimiento o su actitud- por voluntad propia o con ayuda de otros- que denote que se comportará conforme a derecho, así como su disposición personal a la efectiva reparación del daño ocasionado" (Artículos 73°, inciso 1, literal b y 78°, inciso 2). Cabe reconocer que estos mismos indicadores o circunstancias fueron también reseñados en la Circular antes mencionada de 2011 como una manera de orientar el razonamiento y la valoración del órgano jurisdiccional sobre la **"personalidad del agente"**, la cual debía evaluarse "a partir de la comprensión razonable de un conjunto de circunstancias individuales objetivamente verificables que tengan importancia para concretar la suspensión de su ejecución" (Considerando Tercero).

Ahora bien en el derecho comparado las alternativas que se han ensayado sobre el problema que nos ocupa no son muy diferentes a las que se consideran en los documentos normativos nacionales que hemos mencionado. Por razones de espacio sólo nos referiremos a dos sistemas penales extranjeros que guarda importantes similitudes con la actual regulación de la suspensión de la ejecución de la pena en el Código Penal peruano de 1991.

En primer lugar cabe mencionar al Código Penal colombiano de 2000 que trata de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en su artículo 63° como uno de los **"mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad"** que regula. Sobre el tema que nos interesa cabe mencionar que la norma pertinente no alude expresamente a la necesidad de que la autoridad judicial emita y motive un pronóstico favorable de conducta futura. El texto legal se limita a demandar que "los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible **sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena**". La doctrina colombiana más calificada ha estimado pertinente destacar la necesidad de una valoración reforzada de este último presupuesto sin aludir a la necesidad de un pronóstico favorable de conducta futura. En ese contexto VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ ha señalado: "es indispensable que, previamente, se haya emitido una valoración objetiva, imparcial, encaminada a descartar la necesidad de la pena y, por ende, el merecimiento de pena que, como ya se dijo, es un concepto muy general" (Fernando Velásquez Derecho Penal. Parte General. 4ª Edición. COMLIBROS. Bogotá. 2009, p. 1162).

Cabe señalar que en otras disposiciones legales del código colombiano como las concernientes a la libertad condicional la ley exige, además, que se demuestre el "arraigo familiar y social" del condenado. En coherencia con ellos se precisa que "corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo".

Y, en segundo lugar, nos referiremos al Código Penal español de 1995 que en el dominio de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, a la cual incluye como una de las **"formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad"** en un extenso artículo 80°, ha sido objeto de sucesivas reformas. Las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 en esta disposición normativa aluden de modo expreso a la motivación de la decisión judicial que concede la suspensión de la ejecución de la pena y a la necesidad de un pronóstico judicial favorable de conducta futura del condenado. Esta última exigencia legal es identificada como el hecho de que **"sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos".** Para lo cual la norma citada precisa que **"el juez o tribunal valorará**

la circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas".

Al respecto UNCILLA GALÁN ha destacado que "la regulación actual no menciona expresamente la peligrosidad criminal del condenado, pero ésta era y sigue siendo el criterio básico para la suspensión, un pronóstico de peligrosidad negativo, que late en la expresión **«cuando sea razonable esperar»** que no se van a cometer más delitos, añadiendo ahora las circunstancias o elementos que deben ser tenidos en cuenta por el juez para realizar este pronóstico" (Idoia Uncilla Galán. La Suspensión de la Ejecución de las penas Privativas de Libertad Tras la Reforma del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Cuadernos Penales José María Lidón. Nº 12. La Reforma del Código Penal a Debate. Universidad de Deusto. Bilbao. 2016, p. 67). El pronóstico favorable de conducta futura es, pues, asimilado legalmente como una "expectativa" que puede verse contradicha y frustrada por la comisión posterior de un nuevo delito, lo que, de ocurrir, habilitará al órgano jurisdiccional a revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta consecuencia, por lo demás, como lo especifica el artículo 86°. 1.a), ocurrirá al ponerse de manifiesto con la reiteración delictiva "**que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida".** Como se puede apreciar, en la actual legislación penal hispánica, tampoco la ley ha optado por configurar indicadores específicos y objetivables que puedan operar como estándares de prueba de la consistencia del pronóstico favorable de conducta futura, lo cual, igualmente, no ha podido ser plenamente superado por la doctrina y la frondosa jurisprudencia que se ha emitido al respecto. Por ejemplo, ha sido frecuente señalar en la sentencias españolas que "la resolución judicial debe ponderar las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social y las otras finalidades de prevención general que legitiman la pena privativa de libertad" (Sergio Amadeo Gadea-Consuelo Romero Sierra. Código Penal. Doctrina Jurisprudencial y Comentarios. 1ª Edición. Factum Libri. Madrid. 2015, p. 183 y ss.).

En atención, pues, a los modelos extranjeros descritos y a la orientación asumida por el legislador peruano en las modificaciones o adiciones legales aplicadas o sugeridas en torno a la regulación del pronóstico favorable de conducta futura en las medidas alternativas de régimen de prueba, cabe preguntarse si es posible fijar mejores estándares de prueba a los hasta ahora existentes. Y, de ser ello factible, cuáles serían los más idóneos y homologables. Al respecto todo parece indicar que la legislación penal sustantiva tiende a renunciar a dar mayores precisiones legales, y que, por tanto, hay que conformarse con la generalidad y ambigüedad de las fórmulas legales vigentes. Lo cual, de hecho, no concuerda con las tendencias contemporáneas de la teoría de la prueba y con las demandas sociales de transparencia en la motivación judicial de las decisiones que acuerdan medidas de régimen de prueba. Cabe, por tanto, insistir en la necesidad de diseñar nuevos indicadores y estándares de prueba para una mejor comprensión social y motivación de los pronósticos judiciales de conducta futura. Al respecto consideramos que se podría comenzar discutiendo los siguientes:

En torno al delito

- **Grado y modalidad de ejecución del hecho punible** (tentativa, delito ocasional, ausencia de premeditación, por emoción violenta excusable)
- **Naturaleza del hecho punible cometido** (doloso, culposo, preterintencional, leve, convencional, de criminalidad organizada)
- **Unidad o pluralidad de hechos punibles realizados**(concurso ideal, concurso real, delito continuado, delito permanente)
- **Nivel de intervención en la realización del delito** (cómplice secundario, cómplice primario, instigador, coautor, autor mediato, *extraneus*, líder, promotor)
- **Grado de importancia del daño ocasionado** (leve, grave, reparable, trascendente a terceros, irreparable)
- **Características de los medios empleados para cometer el delito** (sin utilización de armas, con armas no letales, con armas letales, con medios que proyectan peligro hacia terceros, con empleo de intermediarios materiales inimputables, con empleo de personas jurídicas, con empleo de bienes públicos).

En torno a los sujetos del delito

- **Calidades personales del autor del delito** (edad, nivel educativo, estrato económico, capacidades especiales, roles sociales, interculturalidad).
- **Existencia de antecedentes delictivos** (sin antecedentes por delitos, con antecedentes por faltas, con antecedentes cancelados, con antecedentes por delitos culposos o leves, reiterancia)
- **Relaciones existentes entre el autor y la víctima** (parentesco, confianza, dependencia, prevalimento, amistad, enemistad)
- **Naturaleza de los móviles que determinaron la actuación delictiva** (altruistas, egoístas, de necesidad prevalimiento, de odio o menosprecio)
- **Actitud posterior al delito** (arrepentimiento, autodenuncia, sometimiento a la justicia, voluntad reparatoria).
- **Voluntad y posibilidad de someterse a programas de rehabilitación** (deshabituación, tratamiento psicológico, trabajo social, prácticas de justicia reparatoria)
- **Vínculos familiares, laborales, formativos** (posibilidades altas y positivas de acogida familiar y reinserción laboral o educativa)

En torno a las consecuencias jurídicas del delito

- **Penalidad conminada** (pena leve, penas únicas privativas de libertad, penas alternativas o penas conjuntas)
- **Necesidad de efectividad de pena corta privativa de libertad** (mayor posibilidad de daño psicológico por ingreso y permanencia en la cárcel; justificación reforzada de la utilidad esperada del "efecto shock").
- **Posibilidad de aplicación de penas alternativas u otras consecuencias no privativas de libertad** (conversión de penas, vigilancia electrónica personal, tribunales de tratamiento de drogas-TTD)
- **Ausencia de circunstancias agravantes específicas o cualificadas.**
- **Grado de tolerancia social a la aplicación de penas o medidas alternativas a la pena privativa de libertad correspondiente al caso**

(nivel de frecuencia de modalidad delictiva en el entorno social, actitud psicosocial social frente al delito cometido y sus circunstancias)

- **Mayor expectativa de prevención especial por el comportamiento procesal positivo desplegado por el condenado** (actitud respetuosa, colaboración con las autoridades, constante sujeción al procedimiento)

Ahora bien, tratándose de delitos violentos (homicidios, lesiones graves, violencia familiar, agresiones sexuales, poder etc.), estimamos también pertinente que el órgano jurisdiccional competente pueda disponer, complementariamente, un examen pericial sobre **predicción o valoración del riesgo de violencia** tal como se aplica en algunos sistemas jurídicos para decidir sobre la aplicación de medidas de seguridad de internación o concesión de beneficios penitenciarios. Al respecto es pertinente la aclaración de ZORIO VENTURA: "la valoración del riesgo de violencia es una estimación probabilística del riesgo que un sujeto puede tener a la hora de cometer un nuevo delito. En ese sentido, hay autores que prefieren utilizar el término estimación más que el de predicción porque al estimar estamos valorando la probabilidad de que ocurra algo, siempre asumiendo cierto grado de error. En cambio si hablamos de predicción parece que estemos adivinando o pronosticando un suceso que va a ocurrir con un elevado grado de certeza" (Judith Zorio Ventura. Métodos e Instrumentos de Valoración de la Peligrosidad Criminal en el Proceso Penal". Universitat Jaume I. Castellón. 2016, p. 39). Esta información, apreciada como prueba científica, será también un importante soporte para la mejor argumentación del pronóstico favorable de conducta futura que avale la concesión judicial de la suspensión de la ejecución de la pena.

Según las circunstancias y los hechos probados en el proceso, el órgano jurisdiccional deberá razonar y motivar su decisión de conceder una medida alternativa de régimen de prueba, a partir de la revisión analítica de todos los indicadores señalados que resulten pertinentes y sean concurrentes en el caso. Esto es, el Juez deberá argumentar a modo de síntesis que tales indicadores objetivamente tratados aportan como resultado **una alta probabilidad de que el condenado no vuelva a cometer un nuevo delito** por lo que su sometimiento a un régimen de prueba es justificable y oportuno. Y que, además, el tiempo de duración que se fija a dicho periodo es el suficiente e idóneo para validar el pronóstico favorable de conducta asumido

sin comprometer ni colocar en una situación de riesgo a la seguridad de la ciudadanía y a la estabilidad funcional del ordenamiento jurídico.

Si bien lo tratado no es aún un tema de debate en la legislación, doctrina y jurisprudencia peruana, consideramos que su tratamiento en perspectiva de *lege ferenda* es de alta prioridad. Lo cual coyunturalmente lo hace oportuno en la medida en que se ha anunciado reiteradamente la voluntad del Poder Ejecutivo de remitir al Congreso de la República un texto sustitutorio y revisado del Proyecto de Código Penal de 2016. Es, pues, esta, la oportunidad de colocar en el debate de los expertos y de los operadores de justicia, la necesidad y utilidad de contar con mejores estándares de prueba para gestionar una evaluación o decisión judicial suficientemente sustentada de un pronóstico favorable de conducta futura. Sobre el particular es de concluir señalando que en el nuevo documento prelegislativo que ha elaborado recientemente una Comisión Multisectorial convocada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la temática que hemos comentado no ha promovido cambios substanciales con relación a la legislación vigente. En efecto, en el inciso b del artículo 73° del aludido Proyecto sustitutorio se regula sobre el pronóstico favorable de conducta futura en los términos siguientes:

"Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al Juez que aquel no volverá a cometer nuevo delito. El pronóstico favorable de conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación, considerando, entre otras circunstancias, la vida previa del agente, su actitud frente al trabajo, las condiciones familiares o sociales, su arrepentimiento o su actitud, por voluntad propia o con la ayuda de otros, que denote que se comportará conforme a derecho, su disposición personal a la efectiva reparación del daño ocasionado" (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos .Proyecto de Código Penal. Revisado y validado por el Grupo de Trabajo conformado por el Consejo Nacional de Política Criminal. Lima. Diciembre 2016). Se reproduce, pues, sin cambios, la misma fórmula del Proyecto de Código penal de 2016 (Artículo 74°, inciso b).

Ahora bien, la propuesta sustitutiva del Ministerio de Justicia puede compatibilizar en varios aspectos con el listado de estándares de prueba que hemos construido, por lo que cabe demandar que dicha propuesta normativa posibilite, cuando menos, una reforma parcial de la legislación vigente

sobre la materia. O, en todo caso, genere las condiciones formales y técnicas que permitan debatir la necesidad de optimizar la aplicación razonada de medidas de régimen de prueba por la judicatura nacional, contrarrestando con ello el estigma social de su mal uso en favor de la impunidad.

Algunas propuestas finales

Para concluir este último capítulo consideramos pertinente formular algunas reflexiones finales sobre el futuro de las reglas y procedemientos de dosimetría del castigo regulados en nuestra legislación penal vigente. Se trata sobre todo de breves apuntes de *lege ferenda* y que podrían ayudar a reformular y ensamblar mejor las norma sobre la materia.

Comenzaremos señalando que urge reordenar el marco legal para superar las implicancias y omisiones detectadas. En ese sentido se sugieren las siguientes modificaciones e inclusiones en el Código Penal:

a) Es menester uniformizar la redacción de las disposiciones referidas a causales de disminución de punibilidad a fin de que no se confunda la naturaleza y eficacia punitiva de tales normas. Por ejemplo, que en los artículos 14° y 15° al referirse al efecto de los errores de prohibición vencibles se precise que se "disminuirá prudencialmente la pena". Algo similar debe ocurrir en el caso de la omisión impropia regulada en el artículo 13°.

b) Se debe incluir una fórmula legal que regule la punibilidad de la tentativa de delitos que tienen regulados catálogos de circunstancias agravantes específicas. Al respecto, se podría incluir en los artículos correspondientes a los listados de tales agravantes un párrafo final que señale una penalidad conminada y menor compensada para los casos de tentativa.

c) Reformular la actual regulación del artículo 46°-B sobre la agravante cualificada de la reincidencia precisando que ella por su condición de reincidencia real y no ficta requiere siempre que el autor del nuevo delito haya cumplido antes total o parcialmente una pena privativa de libertad efectiva.

d) Suprimir de la actual redacción del artículo 45°-A toda referencia a circunstancias atenuantes privilegiadas que actualmente no existen en la legislación vigente. También podría optar el legislador por incluir

aquella circunstancia atenuante privilegiada que contempló el proyecto de Código Penal 2008-2010.

e) Precisar también que el modelo de "los tercios" regulado en el artículo 45°-A y las "circunstancias genéricas" referidas en el artículo 46° sólo son aplicables para aquellos delitos que carecen de circunstancias específicas.

Consideramos que estando aún en un proceso de tránsito, y en tanto no se produzca una reforma integral del Código Penal de 1991, estas reformas parciales pueden ayudar a superar las confusiones, distorsiones y carencias más frecuentes que actualmente afectan la comprensión así como la coherencia y uniformidad en la aplicación de las normas referentes a la dosimetría del castigo por parte de los operadores del sistema penal nacional.

ANEXOS

LEGISLACIÓN

LEY Nº 30838

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL PARA FORTALECER

LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

Artículo 1. Modificación del Código Penal

Modificase los artículos 15, 46-B, 46-C, 69, 92, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 76, 176-A, 177, 178, 178-A y 183-B del Código Penal, en los términos siguientes:

"Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Lo dispuesto en el primer párrafo será aplicable siguiendo los lineamientos para procesos penales interculturales señalados por la judicatura para los casos de la comisión de los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo cometidos en perjuicio de menores de catorce años y de mayores de catorce años cuando estos no hayan prestado su libre consentimiento.

Artículo 46-B.- Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años

tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.

Artículo 46-C.- Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados.

Artículo 69.- Rehabilitación automática

El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite, cuando además haya cancelado el íntegro de la reparación civil.

La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,
2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia o habitualidad, la cancelación será definitiva.

La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de cualquiera de los delitos contra la Administración Pública o los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo, en cuyos casos la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal.

Artículo 2. Incorporación de los artículos 88-A y 184-A al Código Penal

Incorpórense los artículos 88-A y 184-A al Código Penal, en los términos siguientes:

"Artículo 88-A.- Imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal

La pena y la acción penal son imprescriptibles en los delitos previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

En Lima, a los once días del mes de julio de dos mil dieciocho.

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1243

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, mediante Ley Nº 30506, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo, por el término de noventa (90) días calendarios, la facultad de legislar en materia de lucha contra la corrupción a fin de aprobar medidas para restringir la posibilidad de que las personas condenadas por delitos contra la administración pública trabajen como funcionarios públicos;

Que, el Perú ha ratificado los principales instrumentos internacionales en materia de lucha contra la corrupción, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Nacionales Unidas contra la Corrupción, haciendo expreso su compromiso a nivel regional y global de prevenir, sancionar y erradicar la corrupción en todas sus formas y modalidades;

Que, entre las Políticas de Estado del Acuerdo Nacional se encuentra la número 26 referida a la promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas, en virtud de la cual se estableció como objetivos desterrar la corrupción, promover una cultura de anticorrupción y regular la función pública para evitar su ejercicio en función de intereses particulares;

Que, el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 119- 2012-PCM, establece como objetivos: la prevención eficaz de la corrupción; y, la investigación y sanción oportuna y eficaz de la corrupción en el ámbito administrativo y judicial;

Que, el Código Penal establece en su artículo 38 la duración de la inhabilitación principal, la cual requiere una modificación a fin de restringir de manera más efectiva la posibilidad de acceder o de reincorporarse a la función o servicio público a quienes hubieren sido condenados por delitos contra la Administración Pública tipificados en la Sección II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII de dicha norma;

De conformidad con lo establecido en el literal b del numeral 3 del artículo 2 de la Ley Nº 30506 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL A FIN DE ESTABLECER Y AMPLIAR EL PLAZO DE DURACIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN PRINCIPAL, E INCORPORAR LA INHABILITACIÓN PERPETUA PARA LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA, Y CREA EL REGISTRO ÚNICO DE CONDENADOS INHABILITADOS

Artículo 1. Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto modificar el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, a fin de establecer la pena de inhabilitación principal para los delitos contra la Administración Pública, así como ampliar el plazo de duración de la misma y crear el Registro Único de Condenados Inhabilitados.

Artículo 2. Modificación de los artículos 38, 69, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393-A, 397, 397-A, 398, 400, 401 y 426 del Código Penal

Modificase los artículos 38, 69, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393-A, 397, 397-A, 398, 400, 401 y 426 del Código Penal en los siguientes términos:

"Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal

La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36.

La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias."

"Artículo 69. Rehabilitación automática

El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite.

La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,
2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación. Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia o habitualidad, la cancelación será definitiva.

La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de delitos contra la Administración Pública, en cuyo caso la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal."

"Artículo 382. Concusión

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de

libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36***; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa."

"Artículo 383. Cobro indebido

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años ***e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36."***

Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, ***según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

"Artículo 387. Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36***; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa."

"Artículo 388. Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo."

"Artículo 389. Malversación

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa."***

"Artículo 393-A. Soborno internacional pasivo

El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones Oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

"Artículo 397. Cohecho activo genérico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita

actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

"Artículo 397-A. Cohecho activo transnacional

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

"Artículo 398. Cohecho activo específico

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 36;*** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos***

2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

"Artículo 400. Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36;*** y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

"Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; ***inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36;*** y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud

de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita."

"Artículo 426. Inhabilitación

Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, que no contemplan la pena de inhabilitación, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36, según corresponda, y el artículo 38."

Artículo 3.- Incorporación del Capítulo Sexto al Título II del Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo Nº 654

Incorpórese el Capítulo Sexto al Título II del Código de Ejecución Penal en los siguientes términos:

"CAPÍTULO SEXTO

REVISIÓN DE LA CONDENA DE INHABILITACIÓN PERPETUA

Artículo 59-B.- Procedimiento.

1. *La condena de inhabilitación perpetua es revisada, de oficio o a petición de parte, por el órgano jurisdiccional que impuso la condena, cuando el condenado cumpla veinte años de pena de inhabilitación.*
2. *El condenado es declarado rehabilitado cuando se verifique que no cuenta con antecedentes penales por delitos cometidos durante la ejecución de la pena de inhabilitación, que no tenga proceso pendiente a nivel nacional y que no se encuentre registrado en el Registro Nacional de Deudores de Reparaciones Civiles - REDERECI.*
3. *Realizada la solicitud de rehabilitación, se corre traslado de todas las actuaciones al Ministerio Público y a la parte civil, para que en el plazo de cinco días ofrezcan las pruebas que consideren pertinentes*
4. *En audiencia privada, que se inicia dentro de los diez días siguientes de cumplido el plazo al que se refiere el inciso anterior, se verifican los requisitos señalados en el inciso 1, se actúan las pruebas ofrecidas, se examina al condenado y se pueden formular alegatos orales. La resolución que co-*

rresponda es dictada al término de la audiencia o dentro de los tres días siguientes.

5. *El órgano jurisdiccional resuelve manteniendo la condena de inhabilitación o declarando rehabilitado al condenado, conforme al artículo 69 del Código Penal.*
6. *Contra la decisión del órgano jurisdiccional procede recurso impugnatorio ante el superior jerárquico, dentro de los tres días. El expediente se eleva de inmediato y se corre vista fiscal dentro de 24 horas de recibido. El dictamen fiscal se emite dentro de diez días y la resolución que absuelve el grado se dicta en igual plazo.*
7. *Cada vez que el órgano jurisdiccional resuelva mantener la condena, después de transcurrido un año, se realiza una nueva revisión, a petición de parte, siguiendo el mismo procedimiento."*

Artículo 4. Creación del Registro único de condenados inhabilitados por delitos contra la Administración Pública

Créase el Registro Único de Condenados Inhabilitados, por los delitos tipificados en las Secciones I, II, III y IV del Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal, a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil –SERVIR-, en el que se registra la información de las personas que cuentan con sentencia condenatoria que los inhabilita por la comisión de alguno de los delitos antes referidos.

Dicho Registro será público. Las entidades públicas que vayan a incorporar a un servidor deberán consultar obligatoriamente este Registro antes de decidir el nombramiento, bajo responsabilidad.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA.- Reglamentación del Registro Único de Condenados Inhabilitados por delitos contra la Administración Pública

En el plazo de 60 días, el Poder Ejecutivo reglamenta el Registro único de condenados inhabilitados por delitos contra la Administración Pública.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de octubre del año dos mil dieciséis.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente de la República

FERNANDO ZAVALA LOMBARDI
Presidente del Consejo de Ministros

MARÍA SOLEDAD PÉREZ TELLO
Ministra de Justicia y Derechos Humanos

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1367

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, mediante Ley Nº 30823, "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado", el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de integridad y lucha contra la corrupción, por el término de sesenta (60) días calendario;

Que, en este sentido, el literal a) del inciso 3 del artículo 2 del citado dispositivo legal, establece la modificación del Código Penal para ampliar la pena de inhabilitación principal por la comisión de los delitos de lavado de activos, tráfico ilícito de drogas y financiamiento al terrorismo, con el objeto de impedir que las personas condenadas por tales delitos presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, precisando que los supuestos comprendidos en ley orgánica no pueden ser materia de modificación.

Que, es necesario evitar el ingreso a la administración pública de los condenados por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y tráfico ilícito de drogas, impulsando que el Estado cuente con un potencial humano íntegro para el ejercicio de la función pública, que carezca de antecedentes por estos graves ilícitos, tal como fue planteado por la Comisión Presidencial de Integridad en su informe final y por el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018 – 2021.

De conformidad con lo establecido en el literal a) del inciso 3 del artículo 2 de la Ley Nº 30823 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO

QUE AMPLIA LOS ALCANCES DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS 1243 Y 1295

Artículo 1.- Modificación de los artículos 38, 69, 296 y 296-A del Código Penal

Modifícanse los artículos 38 y 69 del Código Penal, modificados por el Decreto Legislativo 1243, y los artículos 296 y 296-A de la misma norma, en los siguientes términos:

"Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal:

La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36. La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401.

En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.

La inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297 del Código Penal.

En los supuestos del párrafo anterior, la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias.

En el caso de los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, la inhabilitación también será perpetua cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas."

"Artículo 69. Rehabilitación automática:

El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite.

La rehabilitación produce los efectos siguientes:

Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia.

1. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,
2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia o habitualidad, la cancelación será definitiva.

La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, en cuyo caso la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó a condena luego de transcurridos veinte años conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal."

"Artículo 296.- Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros

El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4) .

El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2).

El que introduce al país, produce, acopie, provee, comercialice o transporte materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas, para ser destinadas a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en la maceración o en cualquiera de sus etapas de procesamiento, y/o promueva, facilite o financie dichos actos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2).

El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2)."

"Artículo 296-A. Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva

El que promueve, favorece, financia, facilita o ejecuta actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie papaver somníferum o marihuana de la especie cannabis sativa será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4).

El que comercializa o transfiere semillas de las especies a que alude el párrafo anterior será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2).

La pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y de noventa a ciento veinte días multa cuando:

1. La cantidad de plantas sembradas o cultivadas no exceda de cien.
2. La cantidad de semillas no exceda de la requerida para sembrar el número de plantas que señala el inciso precedente.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2), el que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a la siembra o cultivo o al procesamiento ilícito de plantas de coca, amapola o adormidera de la especie papaver somníferum, o marihuana de la especie cannabis sativa. Se excluye de los alcances de lo establecido en el presente artículo, cuando se haya otorgado licencia para la investigación, importación y/o comercialización y producción, del cannabis y sus derivados con fines medicinales y terapéuticos. De incumplirse con la finalidad de la licencia señalada se aplica la pena prevista en el presente artículo. Será reprimido con la pena máxima más el cincuenta por ciento de la misma al funcionario público que otorga irregularmente la licencia o autorización referida".

Artículo 2.- Modificación del artículo 242 de la Ley Nº 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Modificase el artículo 242 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo 1295, en los siguientes términos:

"Artículo 242.- Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles

El Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles consolida toda la información relativa al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora disciplinaria y funcional ejercida por las entidades de la

Administración Pública, así como aquellas sanciones penales impuestas de conformidad con los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106."

Artículo 3.- Modificación de los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo Nº 1295

Modificase los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo Nº 1295, Decreto Legislativo que modifica el artículo 242 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General y establece disposiciones para garantizar la integridad en la administración pública, en los siguientes términos:

"Artículo 2. Impedimentos

2.1 Las sanciones de destitución o despido que queden firmes o que hayan agotado la vía administrativa, y hayan sido debidamente notificadas, acarrean la inhabilitación automática para el ejercicio de la función pública y para prestar servicios por cinco (5) años, no pudiendo reingresar a prestar servicios al Estado o a empresa del Estado, bajo cualquier forma o modalidad, por dicho plazo. Su inscripción en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles es obligatoria. También es obligatoria la inscripción en el Registro la inhabilitación cuando se imponga como sanción principal, una vez que se haya agotado la vía administrativa o que el acto haya quedado firme; y que el acto haya sido debidamente notificado.

2.2 Las personas con sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada, por alguno de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, no pueden prestar servicios a favor del Estado, bajo cualquier forma o modalidad. La inscripción de la condena en el Registro de Sanciones para servidores civiles es obligatoria. En caso se encuentren bajo alguna modalidad de vinculación con el Estado, éste debe ser resuelta."

"Artículo 3. Inscripción y actualización del Registro

3.1 Es obligación de las Oficinas de Recursos Humanos, o quien haga sus veces, de las entidades comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General con excepción de las mencionadas en el inciso 8, inscribir las sanciones así como sus modificaciones y rectificaciones, tramitadas de acuerdo al procedimiento correspondiente dentro de los plazos y formas que indique el reglamento.

3.2 Las sentencias consentidas y/o ejecutoriadas, por alguno de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, deberán ser notificadas por el Poder Judicial a la Autoridad Nacional del Servicio Civil para que ésta proceda a realizar la inscripción en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles, en el plazo que establezca el Reglamento.

3.3 La inobservancia de lo dispuesto en los párrafos que anteceden será considerada falta administrativa disciplinaria."

Artículo 4.- Modificación del artículo 7 de la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público

Modificase el literal e) del artículo 7 de la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, en los siguientes términos:

"Artículo 7.- Requisitos para postular

Son requisitos para postular al empleo público:

a) Declaración de voluntad del postulante.

b) Tener hábiles sus derechos civiles y laborales.

c) No poseer antecedentes penales ni policiales, incompatibles con la clase de cargo.

d) Reunir los requisitos y/o atributos propios de la plaza vacante.

e) No contar con sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada por alguno de los delitos previstos en 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, o sanción administrativa que acarree inhabilitación, inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles.

f) Los demás que se señale paraa dca concurso".

Artículo 5.- Modificación de los artículos 4 y 10 del Decreto Legislativo Nº 1057, Decreto Legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios

Modificase el numeral 4.3 del artículo 4, así como el literal i) del artículo 10 del Decreto Legislativo Nº 1057, Decreto Legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, en los siguientes términos:

"Artículo 4.- Requisitos para su celebración.

Son requisitos para la celebración del contrato administrativo de servicios:

4.1. Requerimiento realizado por la dependencia usuaria.

4.2. Existencia de disponibilidad presupuestaria, determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces.

4.3. No contar con sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada por alguno de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, o sanción administrativa que acarree inhabilitación, inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles."

"Artículo 10.- Extinción del contrato

El Contrato Administrativo de Servicios se extingue por:

a) Fallecimiento.

b) Extinción de la entidad contratataen.

c) Renuncia. En este caso, el trabajador debe comunicar por escrito su decisión a la entidad contratante con una anticipación de 30 días naturales previos al cese. Este plazo puede ser exonerado por la autoridad competente de la entidad, por propia iniciativa o a pedido del contratado. En este último caso, el pedido de exoneración se entenderá aceptado si no es rechazado por escrito dentro del tercer día natural de presentado.

d) Mutuo disenso.

e) Invalidez absoluta permanente sobreviniente.

f) Resolución arbitraria o injustificada.

g) Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses.

h) Vencimiento del plazo del contrato.

i) Contar con sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada por algunos de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, o sanción administrativa que acarree inhabilitación, inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles."

Artículo 6.- Modificación del artículo 37 de la Ley Nº 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria

Incorpórese el literal f) al inciso 37.1 de la Ley Nº 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria, en los siguientes términos:

"Artículo 37. Retiro por término de la carrera

37.1 El servidor penitenciario culmina definitivamente su vínculo laboral con el INPE por los siguientes causales:

a) Cese definitivo

b) Jubilación

c) Destitución

d) Renuncia

e) Desaprobar las evaluaciones ddeesempeño.

f) Contar con sentencia condenatoria consentido y/o ejecutoriada por alguno de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, o sanción administrativa que acarree inhabilitación, inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles".

Artículo 7.- Modificación del artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 1024, Decreto Legislativo que crea y regula el cuerpo de gerentes públicos

Modificase el literal d) del artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 1024, Decreto Legislativo que crea y regula el cuerpo de gerentes públicos, en los siguientes términos:

"Artículo 5.- Condiciones para postular

Para participar en los concursos nacionales se requiere lo siguiente:

a) Contar con título universitario o grado académico de maestría o doctorado;

b) No estar inhabilitado para ejercer función pública por decisión administrativa firme o sentencia judicial con calidad de cosa juzgada;

c) Contar al menos con el mínimo de experiencia profesional, de acuerdo con lo que señale el Reglamento; y,

d) No contar sentencia condenatoria consentida y/o ejecutoriada por alguno de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Le-

gislativo 1106, o sanción administrativa que acarree inhabilitación, inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles.

e) Otros requisitos generales o específicos que establezca la Autoridad para cada proceso.

Podrán postular las personas que se encuentren al servicio de la Administración Pública bajo cualquier forma de contratación".

Artículo 8.- Modificación de los artículos los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106

Modificase los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo Nº 1106, en los siguientes términos:

"Artículo 1.- Actos de conversión y transferencia

El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 8) del artículo 36 del Código Penal."

"Artículo 2.- Actos de ocultamiento y tenencia

El que adquiere, utiliza, posee, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 8) del artículo 36 del Código Penal."

"Artículo 3.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito

El que transporta o traslada consigo o por cualquier medio dentro del territorio nacional dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos "al portador" cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país consigo o por cualquier

medio tales bienes, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 8) del artículo 36 del Código Penal."

Artículo 9.- Modificación del artículo 4-A del Decreto Ley Nº 25475

Modificase el artículo 4-A del Decreto Ley Nº 25475, en los siguientes términos:

"Artículo 4-A. Financiamiento del terrorismo.

El que por cualquier medio, directa o indirectamente, al interior o fuera del territorio nacional, voluntariamente provea, aporte o recolecte medios, fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos o de cualquier naturaleza, sean de origen lícito o ilícito, con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos previstos en este decreto ley, cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte, la realización de los fines o asegurar la existencia de un grupo terrorista o terroristas individuales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 8) del artículo 36 del Código Penal.

La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años si el agente ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto terrorista o tiene la calidad de funcionario o servidor público. En este último caso, además, se impondrá la inhabilitación prevista en los incisos 1, 2, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal".

Artículo 10.- Refrendo

El presento Decreto Legislativo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintisiete días del mes de julio del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO
Presidente del Consejo de Ministros

VICENTE ANTONIO ZEBALLOS SALINAS
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

LEY Nº 30710

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL, AMPLIANDO LA PROHIBICIÓN DEL BENEFICIO DE LA SUSPENSIÓN DE LA PENA EFECTIVA A LOS CONDENADOS POR LESIONES LEVES CAUSADAS POR VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Artículo único. Modificación del artículo 57 del Código Penal

Modifícase el último párrafo del artículo 57 del Código Penal, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

"Suspensión de la ejecución de la pena

Artículo 57.- Requisitos

[...]

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122".

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintiocho días del mes de noviembre de dos mil diecisiete.

LUIS GALARRETA VELARDE

Presidente del Congreso de la República

MARIO MANTILLA MEDINA

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

No habiendo sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los artículos 108 de la Constitución Política del Perú y 80 del Reglamento del Congreso de la República, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los veintiocho días del mes de diciembre de dos mil diecisiete.

LUIS GALARRETA VELARDE

Presidente del Congreso de la República.

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1191

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, mediante Ley Nº 30336, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de Legislar en materia de seguridad ciudadana, fortalecer la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, por el término de (90) días calendario;

Que, en este sentido, el literal a) del artículo 2 del acotado dispositivo legal, establece la facultad de legislar para fortalecer la seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, en especial para combatir el sicariato, la extorsión, el tráfico ilícito de drogas e insumos químicos, la usurpación y tráfico de terrenos y la tala ilegal de madera;

Que, las penas limitativas de derechos deben cumplir en la colectividad, una función social, es así que conforme al artículo 34 del Código Penal, aprobado mediante el Decreto Legislativo Nº 635, la pena de prestación de servicios a la comunidad está orientada a que el condenado preste servicios gratuitos en favor de la colectividad, retribuyendo el daño causado, utilizando su trabajo como medio rehabilitador en sí mismo;

Que, la pena de limitación de días libres, se encuentra regulada en el artículo 35º del Código Penal citado en el considerando precedente, que consiste en la obligación del sentenciado en permanecer los días sábados, domingos y feriados, por un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas en total por cada fin de semana, en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un establecimiento penitenciario;

Que, a fin de lograr el eficaz cumplimiento de las penas citadas en los considerandos precedentes, es necesario aprobar el presente Decreto Legislativo, en beneficio de la comunidad en general;

De conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 2 de la Ley Nº 30336 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú; Con

el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y, Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República; Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE REGULA LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD Y DE LIMITACIÓN DE DÍAS LIBRES

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Objeto

La presente norma tiene por objeto regular la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, impuestas por mandato judicial.

Artículo 2.- La ejecutabilidad de las sentencias y la tutela efectiva

El Juez tiene, a través de la ejecución de las sentencias, el deber de efectivizar lo decidido en la condena, contando con las medidas coercitivas que la ley le otorga para dicho fin, concretizando la tutela efectiva del requerimiento que originó el proceso y, con ello, el cumplimiento de la Constitución Política del Perú y las leyes correspondientes.

Artículo 3.- Entidad responsable la supervisión de las penas limitativas de derechos

El Instituto Nacional Penitenciario, a través de la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, es la Entidad responsable de organizar, conducir, evaluar, inspeccionar, supervisar y diseñar el plan individual de actividades para el cumplimiento efectivo de las penas limitativas de derechos impuesta por la autoridad judicial.

Artículo 4.- Unidades beneficiarias

Son unidades beneficiarias, toda institución pública, registrada ante la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, que brinde servicios asistenciales, como los de salud, educación u otros servicios similares, que dependan del Gobierno Nacional, Regional, Local

o de Organismos Autónomos. También pueden ser consideradas unidades beneficiarias, aquellas instituciones privadas sin fines de lucro que brinden servicios asistenciales o sociales.

Artículo 5.- Cómputo de la Pena Limitativa de Derechos

5.1. De conformidad con lo establecido en el Código Penal, las penas de prestación a la comunidad se cumplen en jornadas de diez (10) horas semanales, y las limitaciones de días libres en permanencia de diez (10) horas semanales, los días sábados, domingos y/o feriados.

5.2. Las jornadas o actividades se computan sobre la efectividad del servicio o permanencia efectiva del condenado en los programas, conforme a la pena limitativa de derecho que fuese impuesta.

5.3. El tiempo destinado al refrigerio o descanso; el que se tome para la evaluación de sus aptitudes o diseño del plan individual de actividades; o, el que se tome como inducción o enseñanza previa, no será considerado para el cómputo de la pena.

CAPÍTULO II
EJECUCIÓN DE LAS PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

Artículo 6. - Ejecución de la Sentencia Condenatoria

El Juez competente, en el marco de la ejecución de la sentencia, debe impulsar el cumplimiento de la sanción bajo responsabilidad funcional. Para tal efecto, tiene las siguientes facultades:

a) Resolver todos los incidentes que se susciten durante la ejecución de las sanciones establecidas.

b) Realizar las comunicaciones dispuestas por ley y practicar las diligencias necesarias para su debido cumplimiento.

c) Controlar que la ejecución de la pena limitativa de derechos se encuentre dentro de los parámetros fijados en la sentencia condenatoria.

d) Revisar de oficio o a solicitud de parte el cumplimiento de la sentencia, mínimo cada dos meses, bajo responsabilidad.

e) Convertir o revocar, según corresponda y de conformidad con lo establecido en los artículos 53 y 55 del Código Penal, las penas limitativas de derecho por una de pena privativa de libertad, frente al abandono o incumplimiento injustificado de la pena impuesta; utilizando los apremios que la ley le faculta.

f) Sin perjuicio de verificar directamente el cumplimiento de la sentencia condenatoria, puede requerir a la unidad beneficiaria la información periódica que sea necesaria sobre los resultados y seguimiento del cumplimiento de la sentencia.

g) Emplazar al sentenciado a fin de que concurra dentro del plazo de ley a la unidad beneficiaria, para el cumplimiento oportuno de la pena impuesta.

h) Requerir a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, que informen periódicamente sobre el cumplimiento o incumplimiento (resistencia o abandono) de la pena impuesta.

i) Sancionar con multa no menor de cinco ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, a la unidad beneficiaria que se oponga o resista efectivizar la sanción impuesta o falte a su deber de informar al Juez cuando lo requiera, sin perjuicio de la acción penal que corresponda.

j) Sancionar con no menos de cinco ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de la acción penal que corresponda, al abogado o sentenciado que efectúe solicitudes o pedidos destinados a impedir o dilatar la concreción de la medida. Estas solicitudes son inadmisibles.

k) Las demás atribuciones que esta u otras leyes le asignen.

Artículo 7.- Contenido de la sentencia condenatoria

La sentencia condenatoria, sea firme o ejecutoriada, que impone una pena limitativa de derecho, sea esta de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, además de los requisitos exigidos por ley, debe consignar expresamente, bajo responsabilidad funcional, los siguientes presupuestos para su eficaz ejecución:

a) El número exacto de jornadas que el sentenciado debe de cumplir como pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

b) Dispondrá que el condenado se apersone dentro de los cinco (05) días hábiles de leída o notificada la sentencia, a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, que tengan jurisdicción geográfica del domicilio real donde resida el sentenciado, o donde ejerza su actividad laboral permanente, de ser el caso.

c) El apercibimiento expreso de convertir o revocar, según corresponda, la pena limitativa de derechos por una privativa de libertad, en caso el sentenciado se encuentre en la situación de resistencia o abandono.

Artículo 8.- Notificación de la sentencia condenatoria

8.1. Las sentencias condenatorias con penas limitativas de derechos se notifican al condenado y a los sujetos procesales:

a) En caso, que la sentencia haya sido emitida con presencia física del sentenciado, el Juez procede a notificarle en forma personal en dicho acto, conjuntamente con los sujetos procesales presentes.

b) En los demás casos la sentencia condenatoria se notifica dentro de las veinticuatro horas después de ser dictada, bajo responsabilidad funcional.

8.2. El Juez dispone la remisión de copias certificadas de la sentencia condenatoria, sea firme o ejecutoriada, en un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, para su obligatorio cumplimiento; sin perjuicio de indicar el domicilio con que se haya identificado el sentenciado. Asimismo, para mayor eficacia, se utiliza el fax, telegrama o correo electrónico y, eventualmente, podrá adelantarse telefónicamente el contenido del requerimiento para comenzar las acciones necesarias para el cumplimiento de la sentencia, sin perjuicio de la remisión posterior del mandamiento escrito en el plazo establecido.

Artículo 9.- Defecto de la notificación

9.1. Siempre que cause efectiva indefensión, la notificación no surtirá efecto cuando:

a) Haya existido error sobre la identidad de la persona notificada;

b) La disposición o la resolución haya sido notificada en forma incompleta;

c) En la diligencia no conste la fecha o, cuando corresponda, la fecha de entrega de la copia;

d) Si en la copia entregada falta la firma de quien ha efectuado la notificación.

9.2. El vicio en la notificación se convalida si el afectado procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la disposición o resolución, o si ésta, no obstante carecer de un requisito formal, ha cumplido su finalidad.

CAPÍTULO III
PROCEDIMIENTO Y CONTROL

Artículo 10.- Comunicación de la sentencia

El Juez competente remitirá copias certificadas de la sentencia a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

a) Cuando la sentencia ha sido leída en presencia física del sentenciado, y éste haya mostrado su conformidad, el Juez remitirá las copias certificadas en un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, bajo responsabilidad.

b) Cuando la sentencia ha sido recurrida, el Juez suspenderá su ejecución hasta que el superior en grado emita pronunciamiento final. Confirmada la sentencia y devuelto el expediente, el Juez Competente remitirá las copias certificadas en un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, bajo responsabilidad.

Artículo 11.- Responsabilidad de la Dirección de Medio Libre y sus órganos desconcentrados

Remitida la sentencia condenatoria, sea firme o ejecutoriada, que disponga la prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, debe cumplir lo siguiente:

a) Ubicar, previa evaluación, al condenado en una unidad beneficiaria, que previamente se encuentre inscrita como tal en su Registro, conforme a la evaluación realizada.

b) Garantizar las condiciones adecuadas para que el sentenciado cumpla con la prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.

c) Comunicar, bajo responsabilidad funcional, en forma célere y oportuna a la autoridad judicial sobre el cumplimiento o incumplimiento de los sentenciados a la prestación o permanencia a las penas limitativas de derechos.

Artículo 12.- Evaluación y ubicación del sentenciado

La Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, es el ente responsable de diseñar el plan individual de actividades de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres, debe realizar las siguientes acciones:

a) Procede a evaluar al sentenciado el mismo día que éste se apersone a dicha dependencia o, en su defecto, dentro de un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles; para lo cual se emitirá el respectivo Informe y Plan de Actividades del sentenciado, debiéndose remitir este Plan a la unidad beneficiaria, al fiscal y a la autoridad judicial competente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de realizada su evaluación.

b) La evaluación es efectuada por un psicólogo y una trabajadora social, que laboren en la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces. Para la evaluación del sentenciado se tendrá en cuenta las aptitudes, ocupación u oficio, edad, estado civil y otros criterios válidos que permitan la ubicación del sentenciado en una determinada unidad beneficiaria.

c) Culminada la evaluación respectiva, ubicará al sentenciado a pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres, en la unidad beneficiaria que corresponda, en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles.

d) Comunicará dentro de las veinticuatro (24) horas, bajo responsabilidad funcional, a la Unidad Beneficiaria que el condenado ha sido asignado a su unidad a efecto de cumplir con la pena de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.

Artículo 13.- Presentación del sentenciado ante la unidad beneficiaria

13.1. El sentenciado debe apersonarse a la unidad beneficiaria a la cual ha sido asignado, dentro de los cinco (05) días hábiles de haber sido evaluado y ubicado por la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, a fin de iniciar la prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

13.2. La unidad beneficiaria, comunica dentro de las veinticuatro (24) horas a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, la concurrencia o no del sentenciado dentro del plazo fijado.

Artículo 14.- Verificación del cumplimiento de la pena impuesta

La Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, a efectos de dar cumplimiento a la sentencia de pena limitativa de derechos, procederá a realizar lo siguiente:

a) Realiza visitas inopinadas a las unidades beneficiarias donde se viene ejecutando la prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

b) Supervisa el correcto cumplimiento de la prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

c) Informa cada dos (02) meses a la autoridad judicial competente, así como al Ministerio Público, sobre el avance de la ejecución del plan individual de actividades del sentenciado a prestación de servicios a la comunidad o al de limitación de días libres.

Artículo 15.- Responsabilidad de la unidad beneficiaria

La unidad beneficiaria, comunica dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, bajo responsabilidad funcional y/o administrativa, a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, sobre el avance, resistencia o abandono injustificado del sentenciado a penas limitativas de derechos. Para lo cual tendrá en cuenta lo siguiente:

a) Si el sentenciado no se apersona a la unidad beneficiaria para cumplir con la pena limitativa de derechos al día siguiente de haberse señalado como fecha de su presentación.

b) Si el sentenciado luego de iniciada la prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, no concurre a seguir cumpliendo con la pena impuesta.

c) Cuando el sentenciado ha cumplido con la totalidad de las jornadas de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.

Artículo 16.- Comunicación sobre el incumplimiento de la ejecución de la pena

La Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, comunicará bajo responsabilidad funcional, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas a la autoridad judicial y fiscal, cuando el condenado incurre en resistencia o abandono, según corresponda:

a) El sentenciado incurre en situación de resistencia cuando, no obstante haber sido notificado con la sentencia, no se presenta dentro del plazo establecido ante la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces; o habiendo sido evaluado y ubicado en una unidad beneficiaria, no se presenta en ésta para cumplir con la pena limitativa de derechos.

b) El sentenciado incurre en situación de abandono después de la segunda inconcurrencia consecutiva o tercera en forma alternada a la prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

Artículo 17.- Control jurisdiccional frente al incumplimiento de la ejecución de la pena

El Juez de oficio o ante el requerimiento fiscal, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de conocido la resistencia o abandono injustificado del sentenciado a la pena limitativa de derecho, se pronunciará sobre la conversión o revocación, previa audiencia a las demás partes.

Artículo 18.- Registro de sentenciados

18.1. La Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, llevará un registro de los sentenciados a prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, donde se consignará la información de avance, resistencia y abandono que tiene a su cargo.

18.2. La unidad beneficiaria, registrará en el cuaderno de control de asistencia de sentenciados a prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, la asistencia y permanencia del condenado en la unidad beneficiaria.

18.3. La unidad beneficiaria remite, cada treinta (30) días a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, copias del cuaderno de control de asistencia o la documentación equivalente. Asimismo, cuando corresponda, remite la constancia de haber realizado y culminado la prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Reglamentación

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en un plazo no mayor de noventa (90) días de promulgado el presente Decreto Legislativo, reglamentará la presente norma para una adecuada y eficaz aplicación de las penas limitativas de derechos. Asimismo, la reglamentación debe incluir los registros de condenados a penas limitativas de derechos como de unidades beneficiadas.

SEGUNDA.- Compromiso y convenios interinstitucionales

Las instituciones del Gobierno Nacional, Regional y Local; así como los demás organismos autónomos, coadyuvarán para el correcto cumplimiento de la presente norma, debiendo desarrollar acciones de articulación interinstitucional, según la zona geográfica.

En las provincias, distritos y localidades, donde el INPE no cuente con órganos desconcentrados de la Dirección de Medio Libre, la ejecución de las penas limitativas de derechos estará a cargo de las Municipalidades y la Policía Nacional del Perú. Para dichos efectos, el INPE celebrará convenios con los representantes de dichas instituciones. En el caso de la Policía Nacional el convenio se celebrará con el Ministerio del Interior, en lo que sea de su competencia.

TERCERA.- Interpretación

Cuando el Reglamento del Código de Ejecución Penal aprobado mediante Decreto Supremo 015- 2003-JUS y demás normas conexas, haga referencia al término "entidad receptora", esta debe entenderse al término "unidad beneficiaria", de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del presente Decreto Legislativo.

CUARTA.- Adecuación

Las instituciones que a la fecha de la promulgación de la presente norma, se encuentren inscritas como Entidades Receptoras, ante la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, pasarán automáticamente a ser denominadas "unidades beneficiarias".

QUINTA.- Adecuación de Directivas y Procedimientos

El Instituto Nacional Penitenciario, en un plazo no mayor de noventa (90) días de promulgado el presente Decreto Legislativo, debe adecuar sus Normas, Directivas y Procedimientos para dar cumplimiento al presente Decreto Legislativo.

SEXTA.- Financiamiento

Los gastos que demande la aplicación de la presente norma se ejecutan con cargo a los presupuestos institucionales de los pliegos involucrados, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

ÚNICA.- Modificación de los artículos 34 y 35 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo Nº 635

Modifícanse los artículos 34 y 35 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo Nº 635, de la siguiente manera:

"Artículo 34.- Prestación de servicios a la comunidad

34.1.La pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos.

34.2.La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales.

34.3.Los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados, domingos o feriados, de modo que no perjudiquen la jornada normal de su trabajo habitual.

34.4.El condenado puede ser autorizado para prestar estos servicios en los días hábiles semanales, computándose la jornada correspondiente.

34.5.Esta pena se extiende de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales, salvo disposición distinta de la ley.

34.6.La ley y las disposiciones reglamentarias correspondientes establecen los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios."

"Artículo 35.- Limitación de días libres

35.1.La limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales.

35.2.La pena de limitación días libres también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales.

35.3.Esta pena se extiende de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de limitación semanales, salvo disposición distinta de la ley.

35.4.Durante este tiempo, el condenado recibe orientaciones y realiza actividades adecuadas e idóneas para su rehabilitación y formación.

35.5.La ley y las disposiciones reglamentarias correspondientes establecen los procedimientos de supervisión y cumplimiento de la pena de limitación de días libres."

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA.- Derogación

Deróguese la Ley 27030, Ley de Ejecución de las Penas de Prestación de Servicios a la Comunidad y de Limitación de días libres, y su modificato-

ria Ley Nº 27935, así como su reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 022-2003-JUS.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de agosto del año dos mil quince.

OLLANTA HUMALA TASSO

Presidente de la República

PEDRO CATERIANO BELLIDO

Presidente del Consejo de Ministros

JOSÉ LUIS PÉREZ GUADALUPE

Ministro del Interior

ANA MARÍA SÁNCHEZ DE RÍOS

Ministra de Relaciones Exteriores Encargada del Despacho del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1322

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, mediante Ley Nº 30506, "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.", el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, por el término de noventa (90) días calendario;

Que, en este sentido, el literal b) del numeral 2 del artículo 2 del citado dispositivo legal, establece la facultad de legislar a efectos de reestructurar la política penitenciaria, optimizar los procedimientos de extradición y traslado de condenados; y modificar las normas sobre tratamiento del adolescente en conflicto con la ley penal y mecanismos alternativos para el cumplimiento de penas en general;

Que, mediante Ley Nº 29499, se estableció la vigilancia electrónica personal, como mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen éstos;

Que, mediante Decreto Supremo Nº 013-2010-JUS, se aprobó el Reglamento para la implementación de la vigilancia electrónica personal establecida mediante Ley Nº 29499; posteriormente mediante Decreto Supremo Nº 002-2015-JUS se modifica e incorporan artículos al referido reglamento;

Que, mediante Decreto Legislativo Nº 1229, que declara de interés público y prioridad nacional el fortalecimiento de la infraestructura y los servicios penitenciarios, se modificó la Ley Nº 29499, en lo que respecta a los supuestos de procedencia e incorpora supuestos de improcedencia a la misma;

Que, resulta necesario establecer un nuevo marco legislativo en relación a la Vigilancia Electrónica Personal a fin de regular la implementación pro-

gresiva de la norma, así como actualizar y sistematizar sus disposiciones para una mejor aplicación.

De conformidad con lo establecido en el literal b) del inciso 2 del artículo 2 de la Ley Nº 30506 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú; Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República; Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE REGULA LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

TÍTULO I
OBJETO, FINALIDAD, DEFINICIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1.- Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene como objeto regular la vigilancia electrónica personal como alternativa de restricción en las medidas coerción procesal, como un tipo de pena aplicable por conversión o su imposición en el otorgamiento de un beneficio penitenciario. Artículo

Artículo 2.- Finalidad

La finalidad del presente Decreto Legislativo es contribuir con la disminución de los niveles de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, a través de la vigilancia electrónica sobre personas procesadas o condenadas, disminuyendo los costos de medidas penales como el internamiento y efectivizando las medidas cautelares o de los beneficios penitenciarios y, con ello, reducir la reincidencia de aquellos que son monitoreados.

Artículo 3.- Definición y modalidades de la vigilancia electrónica personal

3.1. La vigilancia electrónica personal es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos.

3.2. Para el caso de procesados, la vigilancia electrónica personal es una alternativa de restricción de la comparecencia que será dispuesta por el juez a petición de parte como alternativa a la prisión preventiva o variación de la misma, a fin de garantizar la permanencia de los mismos en el proceso.

3.3. Para el caso de condenados, la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena, aplicable por conversión luego de impuesta una sentencia de pena privativa de libertad efectiva, que será dispuesta por el juez a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado.

3.4. Para el caso de condenados que obtengan los beneficios penitenciarios de semi libertad o liberación condicional, la vigilancia electrónica personal es un mecanismo de monitoreo que será impuesta por el juez, a solicitud de parte, a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado.

3.5. En cualquiera de estos casos, el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) es la entidad encargada de implementar y ejecutar la vigilancia electrónica personal, la cual se aplicará en forma progresiva y según las condiciones técnicas en el ámbito y territorio que señale el calendario oficial. Asimismo, el INPE realiza un seguimiento continuo sobre el cumplimiento del mecanismo de control, debiendo reportar al juez o al Ministerio Público sobre sus resultados, según corresponda, en caso se adviertan violaciones a las condiciones impuestas, a fin de adoptar las correspondientes acciones, según lo que se detalle en el reglamento del presente Decreto Legislativo.

Artículo 4.- Ámbito de aplicación

El presente Decreto Legislativo se aplica a los procesados y condenados que, además de cumplir con los requisitos previstos para su imposición, no se encuentren previstos en una de las causales de improcedencia previstos en el literal c) y d) del numeral 5.1 del artículo 5.

TÍTULO II
PROCEDENCIA, SOLICITUD Y REQUISITOS

Artículo 5.- Procedencia de la vigilancia electrónica personal

5.1. La vigilancia electrónica personal procede:

a) Para el caso de los procesados, cuando la imputación se refiera a la presunta comisión de delitos sancionados con una pena no mayor a ocho (08) años.

b) Para el caso de los condenados, que tengan impuesta una sentencia condenatoria de pena privativa de libertad efectiva no mayor a ocho (08) años

c) Están excluidos los procesados y condenados por los delitos tipificados en los artículos 107, 108, 108- A, 108-B, 108-C, 108-D, 121, 121-B, 152, 153, 153-A, 170 al 174, 176-A,177, 200, 279, 279-A, 279-B, 279-F, 296 al 297, 307, 317, 317-A, 317-B, 319, 320, 321, 325 al 333, 382, 383, 384, 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401 del Código Penal; por los delitos cometidos como miembro o integrante de una organización criminal o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella, conforme a los alcances de la Ley Nº 30077; por los delitos tipificados en el Decreto Ley Nº 25475 y sus modificatorias;

d) Tampoco procede para aquellos que tengan la condición de reincidentes o habituales; o cuando su internamiento sea consecuencia de la revocatoria previa de alguna pena alternativa a la privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio, suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o conversión de penas en ejecución de condena.

5.2. Para el otorgamiento de la vigilancia electrónica se da prioridad a:

a) Las personas mayores de sesenta y cinco años.

b) Las personas que tengan enfermedad grave, acreditada con pericia médico legal.

c) Las personas que tengan discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento.

d) Las mujeres gestantes.

e) Las mujeres con hijos (as) menores a tres años.

f) La madre o padre que sea cabeza de familia con hijo (a) menor de edad o con hijo(a) o cónyuge que tenga discapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado.

Artículo 6.- Solicitud

El procesado o condenado que se encuentre dentro de los supuestos de procedencia, puede formular una solicitud dirigida al juez que corresponda, a fin de acceder a la vigilancia electrónica personal, en los siguientes supuestos:

a) Para el caso de procesados, estos pueden solicitar la imposición de la vigilancia electrónica personal como alternativa a la prisión preventiva o variación de esta última de encontrarse interno. En estos supuestos, la vigilancia electrónica personal opera como una alternativa de restricción del mandato de comparecencia, de conformidad con el artículo 288, inciso 5, del Código Procesal Penal, promulgado por Decreto Legislativo Nº 957.

b) Para el caso de condenados, estos pueden solicitar la imposición de la vigilancia electrónica personal como alternativa a la pena privativa de libertad efectiva. En este supuesto, la vigilancia electrónica personal opera como un tipo de pena aplicable por conversión, de conformidad con el artículo 29-A del Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo Nº 635.

c) Para el caso de condenados, estos pueden solicitar la imposición de la vigilancia electrónica personal dentro del procedimiento para acceder a los beneficios penitenciarios. En este supuesto, la vigilancia electrónica personal opera como un mecanismo de monitoreo para la ejecución de la semilibertad o liberación condicional, de conformidad con los artículos 50 y 55 del Código de Ejecución Penal, promulgado por Decreto Legislativo Nº 654.

Artículo 7.- Requisitos

La solicitud, sin perjuicio de la información que se considere necesaria para fundamentar la misma, debe ser acompañada por los siguientes documentos:

a) Documentos que acrediten el domicilio o lugar señalado en el cual se cumplirá la medida;

b) Documentos que acrediten las condiciones de vida personal, laboral, familiar o social del procesado o condenado; en el caso de internos,

esta información es brindada por el INPE a través de la emisión de los informes sociales y psicológicos correspondientes;

c) Antecedentes judiciales y penales;

d) Documentos que acrediten estar inmerso (a) en alguna(s) de las prioridades establecidas en el artículo 5, si fuere el caso.

TÍTULO III
PROCEDIMIENTO

Artículo 8.- Audiencia sobre vigilancia electrónica personal

8.1. La procedencia de la vigilancia electrónica personal se determina en la audiencia que corresponda, según la normatividad vigente. Previo a la audiencia, se debe contar con el informe del INPE sobre la verificación técnica de su viabilidad en el domicilio o lugar señalado por el solicitante.

8.2. La vigilancia electrónica personal procede únicamente cuando medie la aceptación expresa del procesado o condenado en la audiencia que corresponda. Su no aceptación no limita a que el juez pueda evaluar las alternativas que establezca la legislación nacional sobre medidas cautelares, penas alternativas o distintas reglas de conducta. 8.3. Declarada la procedencia de la vigilancia electrónica personal, el juez instruye al procesado o condenado, sin perjuicio de establecerse como reglas de conducta, las obligaciones, restricciones y responsabilidades a las que tiene que sujetarse, así como de las consecuencias que acarrea su incumplimiento.

Artículo 9.- Contenido de la resolución judicial que dispone la vigilancia electrónica

La resolución judicial que dispone la vigilancia electrónica personal debe consignar expresamente, sin perjuicio de las reglas de conducta que la legislación nacional establece, las siguientes reglas para su eficaz ejecución, bajo responsabilidad funcional:

a) No variar el domicilio o lugar señalado desde el cual se ejecuta la medida de vigilancia electrónica personal, sin previa autorización judicial;

b) Comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la medida cuando fuere requerido para ello.

c) Permitir el acceso del personal del INPE al domicilio o lugar señalado donde se ejecutará la medida con la finalidad de evaluar el eficaz cumplimiento de aquella.

d) No manipular o dañar el mecanismo de vigilancia electrónica personal, por sí mismo o a través de terceros o mediante el uso de sistemas electrónicos o informáticos que impidan o dificulten su normal funcionamiento;

e) El cumplimiento oportuno del costo por el uso del dispositivo electrónico, de ser el caso;

f) El radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar señalado por el solicitante. De ser el caso, debe establecer las rutas, parámetros de desplazamiento, periodos de tiempo y horarios, siempre que contribuya a la reinserción o disminuya el peligro procesal;

g) La orden a la dependencia policial de la jurisdicción a la que pertenece el domicilio o lugar señalado por el procesado o condenado, frente a una alerta grave o muy grave comunicada por el INPE, para ubicar y detener al procesado o condenado sujeto a la medida;

h) El apercibimiento expreso de revocar la medida impuesta por una de internamiento definitivo, frente al incumplimiento de cualquiera de las reglas de conducta antes establecidas; y,

i) Las demás que considere importantes para una adecuada ejecución de la medida impuesta.

Artículo 10.- Notificación de la resolución que dispone la vigilancia electrónica personal

10.1. La resolución que dispone la vigilancia electrónica se notifica al procesado o condenado y a los demás sujetos procesales: a) En caso, que la resolución haya sido emitida con presencia física del procesado o condenado, el Juez procede a notificarle en forma personal en dicho acto, conjuntamente con los sujetos procesales presentes. b) En los demás

casos la resolución se notifica dentro de las veinticuatro horas después de ser dictada, bajo responsabilidad funcional.

10.2. El Juez dispone la remisión de copias certificadas de la resolución en un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, al INPE, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, para su obligatorio cumplimiento.

10.3. Para mayor eficacia en la ejecución oportuna de la medida impuesta, se utiliza el fax, correo electrónico u otro medio, y eventualmente puede comunicarse telefónicamente la parte resolutiva para iniciar las acciones necesarias a fin de dar cumplimiento a la medida, sin perjuicio de la remisión posterior del mandamiento escrito en el plazo establecido.

Artículo 11.- Diligencia de instalación

11.1. Cumplidos los requisitos establecidos en la presente norma e impuesta la vigilancia electrónica personal, se procede a su instalación. En tal sentido, el juez señala día y hora para dicha diligencia, la misma que no puede exceder de las cuarenta y ocho (48) horas de culminada la audiencia. Cuando se trate de un procesado o condenado que se encuentre interno en un establecimiento penitenciario, continúa recluido hasta que se haga efectiva dicha diligencia.

11.2. La diligencia de instalación debe realizarse en el domicilio o lugar señalado por el condenado o procesado. El personal del INPE es el responsable de dicha diligencia, siendo facultativo la presencia del abogado defensor o del fiscal. En ésta, se levanta un acta, la misma que además de la información que se considere pertinente, contiene lo siguiente:

a) Las generales de ley del procesado o condenado;

b) Información sobre el domicilio o lugar donde se cumplirá la medida, o será el punto de referencia para su radio de acción;

c) La información necesaria sobre el dispositivo electrónico y su correcto uso;

d) Las consecuencias del mal uso o manipulación del dispositivo electrónico, por él o por tercero, instruyéndosele sobre la emisión de alertas que ello conlleva;

e) La dependencia policial de la jurisdicción a la que pertenece el domicilio o lugar señalado por el procesado o condenado;

f) El tratamiento que deben recibir, por parte del INPE, cuando se trate de condenados a pena privativa de libertad bajo vigilancia electrónica personal o de aquellos que egresen por beneficios penitenciarios;

g) Toda aquella información que sea necesaria para su eficaz seguimiento y monitoreo;

11.3. Culminada la diligencia de instalación, el procesado o condenado debe suscribir el acta, dejándosele una copia de la misma. Asimismo, el personal del INPE, dentro de las veinticuatro (24) horas de realizada, remite el acta al fiscal o al abogado defensor, según corresponda, al juez que dictó la medida, así como al registro penitenciario.

Artículo 12.- Lugar y radio de ejecución de control

12.1. El juez señala el radio de acción sobre la base del domicilio o lugar señalado por el procesado o condenado. Asimismo, siempre que contribuya a la reinserción o reduzca el peligro procesal, de ser el caso, puede establecer rutas, parámetros de desplazamiento, periodos de tiempo y horarios, conforme al informe técnico de viabilidad remitido por el INPE.

12.2. El INPE realiza el seguimiento y monitoreo del cumplimiento eficaz de la medida adoptada, comunicando a la autoridad competente sobre las ocurrencias presentadas. El reglamento de la presente norma, así como las directivas que sean necesarias, señalan el tiempo de respuesta y acciones necesarias para tal fin.

Artículo 13.- Incumplimiento de las reglas de conducta

13.1. Si durante el periodo de ejecución de la vigilancia electrónica personal el procesado o condenado incumple con las reglas de conducta impuestas, el juez, según el caso, puede:

a) Amonestar al infractor, frente al incumplimiento de una regla de conducta impuesta o cuando el INPE comunique una alerta leve.

b) Revocar la medida impuesta y ordenar el internamiento en un establecimiento penitenciario si, durante la ejecución de la vigilancia electrónica personal, el procesado o condenado haya reincidido en la

comisión de un nuevo delito, se haya dictado prisión preventiva en un proceso distinto, haya infringido reiteradamente alguna regla de conducta, dañe el dispositivo o el servicio de tal manera que impida el monitoreo o control; o cuando el INPE haya comunicado una alerta grave o muy grave.

c) Comunicada la resolución que revoca la medida impuesta o cumplida que sea la misma, se procede a la diligencia de desinstalación del dispositivo electrónico, dentro de las veinticuatro (24) horas, bajo responsabilidad funcional.

13.2. Comunicado el incumplimiento de las reglas de conducta, el juez debe programar la audiencia donde se debatirá la revocatoria de la medida en un plazo no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, bajo responsabilidad funcional.

13.3. El reglamento de la presente norma regula las alertas leves, graves y muy graves.

Artículo 14.- Financiamiento de la vigilancia electrónica personal

14.1. El INPE es el responsable de la implementación de la vigilancia electrónica personal.

14.2. El costo del dispositivo electrónico y el servicio de vigilancia electrónica es sufragado íntegramente por el procesado o condenado.

14.3. El Juez, atendiendo los informes socioeconómicos del INPE podrá, excepcionalmente, eximir a los procesados o condenados total o parcialmente del pago de los costos antes mencionados.

14.4. El reglamento de la presente norma regula el procedimiento y oportunidad para la emisión de los informes socioeconómicos y los componentes que comprende el costo que debe asumir el procesado o condenado por la vigilancia electrónica personal, así como los plazos en que se debe realizar el pago correspondiente.

14.5. El incumplimiento de la obligación de pago acarrea la revocatoria de la medida y el internamiento definitivo del condenado o procesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la presente norma.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.– Vigencia de la norma

La presente norma entra en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según calendario oficial que será aprobado por Decreto Supremo y refrendado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Para tal efecto, el Sector Justicia está facultado a impulsar procedimientos de selección o asociaciones público privadas para su implementación.

El calendario oficial inicia con un plan piloto en un distrito judicial ubicado en el Departamento de Lima o en la Provincia Constitucional del Callao, que reúna las condiciones técnicas de viabilidad para su adecuada implementación, y solo se implementa para internos que se encuentren en calidad de procesados o condenados, conforme a los supuestos de procedencia regulados en el artículo 4 de la presente norma.

Posteriormente, a los 365 días de haberse implementado el piloto al que hace referencia en el párrafo precedente, entra en vigencia para los demás supuestos establecidos en la ley, conforme al calendario oficial.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en sesión de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, define el distrito judicial donde se implementa el primer plan piloto, sobre la base de la información que el INPE alcance. Dicha Comisión tiene un plazo de quince (15) días, desde la publicación de la presente norma, para su instalación y decisión correspondiente.

La Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal dispone, una vez elegido el Distrito Judicial donde se implementa el primer plan piloto, que la Comisión Distrital de Implementación del Código Procesal Penal adopte las medidas necesarias para su eficaz cumplimiento. Para tal efecto, la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, en coordinación con el INPE, asiste técnicamente a nivel distrital.

Segunda.- Apoyo de la Policía Nacional del Perú

La Policía Nacional del Perú apoya al INPE en la eficaz ejecución de la medida de vigilancia electrónica personal.

Tercera.- Directivas y protocolos

Autorícese al Sector Justicia a dictar las disposiciones que resulten necesarias para la adecuada implementación del presente Decreto Legislativo.

Cuarta.- Reglamento

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dentro de los sesenta (60) días calendario de publicada la presente norma, publica el reglamento de la presente norma.

Quinta.- Financiamiento

La implementación de lo establecido en el presente Decreto Legislativo se financia con cargo al presupuesto institucional de los pliegos involucrados, sin demandar recursos adicionales al tesoro público.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

ÚNICA.- Derogación de disposiciones legales

Deróganse los artículos 1, 2, 3, 3-A, 8, 9 y 10 de la Ley Nº 29499 y sus modificatorias, Ley que establece la vigilancia electrónica personal.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los cinco días del mes de enero del año dos mil diecisiete.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD

Presidente de la República

FERNANDO ZAVALA LOMBARDI

Presidente del Consejo de Ministros

MARÍA SOLEDAD PÉREZ TELLO

Ministra de Justicia y Derechos Humanos

APRUEBAN REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1322, QUE REGULA LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL Y ESTABLECE MEDIDAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN PILOTO

DECRETO SUPREMO Nº 004-2017-JUS

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante el Decreto Legislativo Nº 1322, publicado el 06 de enero de 2017, en el diario oficial El Peruano, se regula la vigilancia electrónica personal; Que, según lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1322, se otorga al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el plazo de sesenta (60) días para la elaboración del reglamento del citado Decreto Legislativo;

Que, la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, mediante sesión de fecha 23 de enero de 2017, acordó por unanimidad definir al Distrito Judicial de Lima como el distrito judicial donde se implementa el primer plan piloto, sobre la base de la información proporcionada por el INPE;

De conformidad con lo establecido en el numeral 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, el numeral 7 del artículo 25 de la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y la Ley Nº 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos;

DECRETA:

Artículo 1.- Aprobación de Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1322

Apruébase el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1322, Decreto Legislativo que regula la Vigilancia Electrónica Personal, el mismo que consta de dos (02) Títulos, siete (07) Capítulos, cuatro (04) Disposiciones Complementarias Finales y una (01) Disposición Complementaria Derogatoria, el mismo que como Anexo forma parte del presente Decreto Supremo.

Artículo 2.- Vigencia del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1322

El Decreto Supremo entra en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según calendario oficial que será aprobado por Decreto Supremo y refrendado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Artículo

Artículo 3.- Implementación de Plan Piloto

El Plan Piloto para la implementación del Decreto Legislativo Nº 1322 que regula la vigilancia electrónica personal es ejecutado en el Distrito Judicial de Lima. Artículo

Artículo 4.- Entrada en vigencia del Plan Piloto

La entrada en vigencia de la implementación del Plan Piloto se encuentra condicionada a la conclusión del proceso de implementación de todos los mecanismos logísticos y tecnológicos para la eficaz aplicación de la vigilancia electrónica personal. La conclusión del citado proceso es comunicada por el Instituto Nacional Penitenciario a la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal para su inicio.

Artículo 5.- Monitoreo y evaluación técnica del Plan Piloto

La Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal tiene a su cargo el monitoreo y evaluación del Plan Piloto. La Secretaría Técnica emite, dentro los seis (06) meses de iniciado el Plan Piloto, una evaluación técnica que permita establecer el Calendario Oficial para la implementación del Decreto Legislativo Nº 1322 en los demás distritos judiciales. Artículo

Artículo 6.- Difusión

A efectos de su difusión, el presente Decreto Supremo y su Anexo se publican en el portal del Estado Peruano (www.peru.gob.pe) y en el portal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (www.minjus.gob.pe), el mismo día de la publicación del presente Decreto Supremo en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 7.- Refrendo

El Decreto Supremo es refrendado por la Ministra de Justicia y Derechos Humanos.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Conservación de los datos derivados de la vigilancia electrónica

Los datos producidos por el monitoreo de la vigilancia electrónica son almacenados por un período no menor a cinco (05) años, estando a disposición de las autoridades judiciales y fiscales que los requieran y siempre que sean utilizados para investigaciones o procesos de índole penal. Una vez transcurrido el período descrito en el párrafo anterior, los datos obtenidos pueden ser eliminados.

Segunda.- Del seguimiento y monitoreo de la vigilancia electrónica personal

La Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal se encarga de realizar el seguimiento y monitorear la implementación de la vigilancia electrónica personal en todos los distritos judiciales, conforme al calendario oficial.

Tercera.- Protocolos y directivas de la vigilancia electrónica personal

Autorícese al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la elaboración y aprobación de protocolos y directivas para la implementación de la vigilancia electrónica personal.

Cuarta.- Adopción de medidas de implementación del Plan Piloto

La Comisión Distrital de Implementación del Distrito Judicial de Lima, a los diez (10) días de publicada la presente norma, convoca a la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal y al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) para adoptar las medidas necesarias y pertinentes para la adecuada implementación del Plan Piloto para la Vigilancia Electrónica Personal.

La Comisión Distrital de Implementación del Distrito Judicial de Lima conforma la subcomisión de procesos, capacitación y difusión a fin de implementar los lineamientos, directivas o protocolos necesarios para fortalecer el desarrollo del Plan Piloto.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única.- Derogación del Decreto Supremo Nº 013- 2010-JUS y del Decreto Supremo Nº 002-2015-JUS

Deróguense el Decreto Supremo Nº 013-2010-JUS, que aprueba el Reglamento para la implementación de la Vigilancia Electrónica Personal establecida mediante la Ley Nº 29499 y el Decreto Supremo Nº 002-2015-JUS, que modifica e incorpora artículos al Reglamento para la implementación de la Vigilancia Electrónica Personal establecida mediante la Ley Nº 29499, así como aquellas normas que hayan sido aprobadas al amparo de estos.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los ocho días del mes de marzo del año dos mil diecisiete.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD

Presidente de la República

MARÍA SOLEDAD PÉREZ TELLO

Ministra de Justicia y Derechos Humanos

REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1322 QUE REGULA LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Objeto

El presente Reglamento tiene por objeto regular la aplicación del Decreto Legislativo Nº 1322, Decreto Legislativo que regula la vigilancia electrónica personal, a fin de establecer el marco normativo que permita su implementación efectiva.

Artículo 2.- Alcance y ámbito de aplicación

La presente norma resulta aplicable a los procesados y condenados que se encuentren dentro de los supuestos de procedencia del artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 1322.

Artículo 3.- Principios

3.1. Son principios que orientan la aplicación de la vigilancia electrónica personal los siguientes:

a) Proporcionalidad.- Frente al internamiento, tomando en cuenta condiciones de mínima o mediana lesividad del hecho delictivo, las condiciones personales del agente que permitan prever una reinserción social más efectiva en medio libre, es favorable la concesión de la vigilancia electrónica personal a fin de evitar la prisionización, favoreciendo con ello la resocialización.

b) Individualización.- El juez, al momento de disponer la medida, establece las reglas de conducta y la modalidad de vigilancia electrónica personal según las condiciones personales, familiares y sociales de cada beneficiario. c) Eficacia.- La aplicación de la vigilancia electrónica personal, a través del seguimiento y monitoreo oportuno del beneficiario, permite asegurar el cumplimiento eficaz de las medidas cautelares personales, la condena y los beneficios penitenciarios.

3.2 Sin perjuicio de los principios establecidos en el numeral 3.1, en la aplicación de la vigilancia electrónica personal se tienen en cuenta las disposiciones establecidas en la Constitución Política del Perú, los tratados y estándares internacionales, así como las demás normas sobre la materia.

Artículo 4.- Definiciones

Para los efectos del presente Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

1. **Beneficiario.-** Es el procesado o condenado a quien el juez le concede la medida de vigilancia electrónica personal.
2. **Vigilancia electrónica personal.-** Es una medida ordenada por la autoridad judicial a pedido de parte, a favor de los procesados o condena-

dos que revistan las condiciones previstas en los supuestos de aplicación de la norma, con la finalidad de monitorear y controlar el tránsito dentro de un radio de acción o desplazamiento.

3. **Sistema de vigilancia electrónica personal.-** Es un conjunto de procedimientos integrados por herramientas de software, hardware, medios de comunicación, soporte técnico y equipos responsables.
4. **Centro de monitoreo.-** Es el espacio donde se realiza el seguimiento y monitoreo de la vigilancia electrónica personal, registrándose los eventos que esta genere en su ejecución.
5. **Dispositivo electrónico.-** Artefacto o aparato electrónico que porta el beneficiario de la vigilancia electrónica personal, el cual recolecta datos y los transmite hacia el centro de monitoreo.
6. **Informe de verificación técnica.-** Documento elaborado por el Instituto Nacional Penitenciario - INPE, por el cual se da cuenta de la viabilidad técnica y tecnológica de la medida en y desde el domicilio o lugar señalado por el solicitante.

TÍTULO II
DE LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

CAPÍTULO I
DEL PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO

Artículo 5.-Presupuestos

Para la aplicación de la vigilancia electrónica se requiere:

1. **Presupuestos técnicos.-** Disponibilidad, por parte del Estado, de los dispositivos electrónicos e informe favorable de verificación técnica emitido por el INPE.
2. **Presupuestos jurídicos.-** Supuestos de procedencia establecidos en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1322.
3. **Presupuestos económicos.-** Costos del servicio, los mismos que son asumidos según las condiciones socioeconómicas del beneficiario, salvo

que por orden judicial sea exonerado total o parcialmente de dicho pago.

Artículo 6.- Lugar y radio de acción de ejecución de la vigilancia electrónica personal

6.1 El juez, atendiendo a los presupuestos antes mencionados, podrá establecer los siguientes radios de acción y desplazamiento:

1. **Vigilancia electrónica dentro del perímetro del domicilio.-** por el cual se establece que el beneficiario no podrá salir del perímetro de su domicilio o lugar señalado, donde cumplirá la medida, pudiendo restringir ciertas áreas del mismo. Para tal efecto, se toma en cuenta el informe de verificación técnica emitido por el INPE. El beneficiario puede solicitar ante el Juez mediante escrito fundamentado la variación del domicilio o lugar señalado donde cumplirá la medida, sujetándose a las mismas condiciones que para el otorgamiento inicial de la medida y siempre que contribuya a la eficacia de su seguimiento y monitoreo.

2. **Vigilancia electrónica con tránsito restringido.-** por el cual, además del perímetro del domicilio antes señalado, se permitirá el desplazamiento por rutas, sujetas a ciertos parámetros, tiempos y horarios que determine el Juez sobre la base del informe de verificación técnica emitido por el INPE. Esta modalidad permite que el beneficiario se desplace a establecimientos de salud, centro de estudios, centros laborales u otros lugares que han sido previamente programados y autorizados por el juez.

6.2 Ambas modalidades se dictan de acuerdo a las características de cada beneficiario y siempre que permitan el cumplimiento de la finalidad para la cual fue impuesta la medida de vigilancia electrónica personal, esto es, evitar el peligro procesal para el caso de los procesados o coadyuvar a la reinserción social para el caso de condenados. Rige para ambas alternativas, las normas que regulan las medidas cautelares, la ejecución de las penas y de beneficios penitenciarios, según corresponda.

6.3 En ningún caso pueden imponerse restricciones que afecten o puedan afectar el bienestar de la persona.

Artículo 7.- Procedimiento para la aplicación de la vigilancia electrónica personal respecto de los procesados

7.1 Para el caso de procesados, la vigilancia electrónica personal procede como una alternativa a la prisión preventiva por comparecencia restrictiva o cesación de la prisión preventiva, de conformidad con los artículos 272, 283 y 288, inciso 5 del Decreto Legislativo 957.

7.2 El procesado o el fiscal, dentro de las cuarenta y ocho horas para su programación o dentro de la audiencia respectiva, pueden solicitar la aplicación de la vigilancia electrónica como medida de comparecencia restrictiva o cesación de la prisión preventiva, cuando se cumplan los presupuestos para la misma. En ambos casos requiere consentimiento expreso del beneficiario.

7.3 Previa a la audiencia, se cuenta con el informe de verificación técnica. En su defecto, el juez puede suspender la audiencia, a fin de recabar el informe de verificación técnica expedido por el INPE, antes de que se cumpla el plazo de ley para resolver su situación jurídica.

7.4 Remitido el informe de verificación técnica elaborado por el INPE y con los elementos presentados por el solicitante, el juez decide si concede o no la vigilancia electrónica personal, emitiendo la resolución correspondiente, debiéndose consignar expresamente, bajo responsabilidad funcional, lo señalado en el artículo 9 del Decreto legislativo 1322.

7.5 Establecida la procedencia de la vigilancia electrónica personal, el Juez dispone que se lleve a cabo la diligencia de instalación en el día o, en su defecto, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas. Cuando se trate de un procesado que se encuentra interno en un establecimiento penitenciario, continúa recluido hasta que se haga efectiva dicha diligencia.

Artículo 8.- Tramitación de la vigilancia electrónica personal respecto de condenados.

8.1 Para el caso de condenados, la vigilancia electrónica personal procede como un tipo de pena, aplicable por conversión sea en el juicio oral o durante la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva impuesta, o como un mecanismo de monitoreo de los beneficios penitenciarios de

semi libertad o liberación condicional otorgados, de conformidad con el artículo 29-A del Decreto Legislativo 635 y los artículos 50 y 55 del Decreto Legislativo 654.

8.2 Para el caso donde la vigilancia electrónica se aplique como un tipo de pena por conversión en el juicio oral, las partes en la audiencia de juicio oral correspondiente, una vez expuestos los alegatos finales, pueden solicitar al Juez competente la aplicación de la vigilancia electrónica personal por conversión a razón de un día de pena privativa de libertad por un día de vigilancia. Asimismo, puede el Juez convertirla de oficio, debiendo previamente contar con la aceptación del procesado. También podrá solicitarse la vigilancia electrónica personal dentro del proceso especial de terminación anticipada o en la conclusión anticipada del juicio oral, debiendo constar en el acuerdo arribado por las partes. En ambos casos el acuerdo es sometido al control de legalidad por parte del juez competente.

8.3 Tratándose de los supuestos establecidos en el párrafo anterior, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos, de ser el caso, se debe acompañar el informe de verificaciones técnicas a cargo del INPE. En su defecto, el Juez suspende la audiencia por el plazo más breve para la remisión del citado informe. Para tales efectos, el INPE adopta las medidas del caso a fin de remitir dicho informe en el plazo establecido por el juez.

8.4 Cuando se trate de una conversión de pena privativa de libertad en ejecución de condena a vigilancia electrónica personal, ésta es solicitada por el interno por sí o mediante su abogado defensor al Juez competente, debiendo el INPE, a través del área que corresponda, facilitar los informes sociales y psicológicos establecidos en el literal b del artículo 7 del Decreto Legislativo Nº 1322.

8.5 Para el caso donde la vigilancia electrónica se aplique como un mecanismo de monitoreo del beneficio penitenciario de semilibertad o liberación condicional, el condenado puede solicitar al juez competente la aplicación de la vigilancia electrónica personal, conjuntamente a su solicitud de beneficio penitenciario. La vigilancia electrónica personal se aplicará por el tiempo que dure el beneficio penitenciario otorgado.

8.6 Recibida la solicitud de vigilancia electrónica por conversión de pena privativa de libertad en ejecución de condena o de beneficio penitenciario por parte del Juez, este verifica el cumplimiento de los requisitos, previo a la audiencia correspondiente, y dispone la remisión del informe de verificaciones técnicas expedido por el INPE.

8.7 Si el Juez competente decide la concesión de la medida de vigilancia electrónica personal, emite la resolución correspondiente, debiéndose consignar expresamente, bajo responsabilidad funcional, lo señalado en el artículo 9 del Decreto Legislativo 1322. Asimismo, dispone que se lleve a cabo la diligencia de instalación en el día o, en su defecto, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas. Cuando se trate de un interno en un establecimiento penitenciario, continúa recluido hasta que se haga efectiva dicha diligencia.

CAPÍTULO II
DE LA INSTALACIÓN, SEGUIMIENTO Y MONITOREO

Artículo 9.- Diligencia de instalación

9.1 La diligencia de instalación es de absoluta responsabilidad del INPE. Notificada la resolución que dispone la vigilancia electrónica personal, así como la fecha y hora de su instalación, el INPE procede a instalar el dispositivo electrónico en el domicilio o lugar señalado por el juzgador, dejándose registro de la misma en un acta, que deberá contener, sin perjuicio de aquello que se considere pertinente, lo establecido en el artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1322, bajo responsabilidad funcional, la cual será suscrita por el personal o responsable de campo y el beneficiario. Es facultativa la presencia y, por ende, la suscripción del acta por parte de la defensa o el fiscal.

9.2 Activado el dispositivo electrónico, se le asigna al beneficiario un operador que será el responsable de su monitoreo, así como de cualquier comunicación que sea necesaria para un eficaz control.

9.3. Dentro de las veinticuatro (24) horas de realizada la diligencia de instalación, el INPE remite el acta a las partes, al registro penitenciario, a la dependencia policial de la jurisdicción a la que pertenece el domicilio o lugar señalado, así como al juez que ordenó la medida, dejándose copia al beneficiario.

Artículo 10.- Seguimiento y Monitoreo.

10.1. El monitoreo implica el registro de los eventos que, durante la ejecución de la medida, son emitidos por el dispositivo electrónico de manera ininterrumpida. Estos son consolidados en informes que, mensualmente, son remitidos al fiscal o juez competente, salvo requerimiento distinto.

10.2. Los eventos que se registran están en relación con la información del correcto funcionamiento del sistema o transgresiones. Estas últimas son analizadas por personal del Centro de monitoreo y clasificadas como alertas de acuerdo al nivel de gravedad frente a la medida impuesta, acorde a lo señalado en el artículo 11 del Reglamento.

Artículo 11.- Niveles de alerta

11.1 El juez debe tener en cuenta los siguientes niveles de alerta en el control que ejerza el INPE, respecto de la utilización adecuada por parte del beneficiario del mecanismo de vigilancia electrónica personal:

a) Leve: Alerta emitida por el dispositivo al Centro de monitoreo que pretende advertir alguna anomalía técnica que puede ser producida por factores ajenos al beneficiario.

b) Grave: Alerta emitida por el dispositivo al Centro de monitoreo donde se advierte que el beneficiario ha iniciado acciones que atentan contra la continuidad del servicio, entre los que se contemplan violaciones al radio de acción, desplazamiento u horarios y tiempos, según sea el caso.

c) Muy grave: Alerta emitida por el dispositivo al Centro de monitoreo que reporta daños o acontecimientos irreversibles al dispositivo de vigilancia electrónica o al servicio que no permitan el monitoreo y control del beneficiario.

11.2. Las alertas deben ser comunicadas en el informe mensual que se remita al fiscal y juez, según corresponda. En caso de presentarse alguna de estas, el juez procede conforme a lo establecido en el artículo 13 del Decreto Legislativo 1322. Sin perjuicio de la comunicación antes descrita, las alertas leves determinan las acciones correctivas y de mejoramiento inmediatas por parte del INPE.

11.3. La información sobre las alertas es utilizada para el estricto cumplimiento del presente reglamento, debiendo mantenerse en reserva, con el pleno respeto de los derechos fundamentales de los beneficiarios, bajo responsabilidad.

CAPITULO III
REVOCATORIA DE LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

Artículo 12.- De la revocatoria

12.1. La medida de la vigilancia electrónica personal es revocada, si durante la ejecución de la misma, el procesado o condenado ha reincidido en la comisión de un nuevo delito doloso, se ha dictado prisión preventiva en un proceso distinto, ha infringido reiteradamente alguna regla de conducta, dañe el dispositivo o servicio de tal manera que impida el monitoreo o control o cuando el INPE haya comunicado una alerta grave o muy grave. La decisión de la revocatoria se decide por el juez en una audiencia.

12.2. La audiencia de revocatoria se realiza dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de comunicada o conocida alguna de las infracciones antes descritas, bajo responsabilidad funcional. Esta audiencia tiene el carácter de inaplazable y se realiza con presencia obligatoria del fiscal, la defensa y el beneficiario. Si este último se negare a estar presente o no es habido, la audiencia se lleva a cabo con presencia de su defensa. Rige lo dispuesto en el artículo 85 del Decreto Legislativo 957.

12.3. Determinada la revocatoria de la medida, procede a la diligencia de desinstalación del dispositivo electrónico y se ordena el internamiento en un establecimiento penitenciario.

CAPITULO IV
DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO A LOS BENEFICIARIOS CON VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

Artículo 13.- Del tratamiento penitenciario

Los beneficiarios de la medida de vigilancia electrónica personal comprendidos en el literal b del numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Legislati-

vo Nº 1322, deben participar de las actividades de tratamiento penitenciario a cargo del INPE a través de su Dirección de Medio Libre, con la finalidad que dichas actividades coadyuven en su proceso de resocialización.

Artículo 14.- Del tratamiento penitenciario como regla de conducta

El Juez, al emitir la resolución que otorga la medida de vigilancia electrónica, establece como regla de conducta la participación del condenado en las actividades de tratamiento penitenciario, a cargo del INPE. El incumplimiento de las mismas es informado por el INPE al Juzgado competente a fin que este adopte los correctivos correspondientes en audiencia, pudiendo revocar la medida impuesta cuando así lo considere, conforme al artículo 13 del Decreto Legislativo Nº 1322.

Artículo 15.- Tratamiento penitenciario especializado en materia de vigilancia electrónica personal

15.1. El INPE elabora un plan de seguimiento, tratamiento o asistencia a favor del beneficiario durante la ejecución de la medida de vigilancia electrónica personal, con la finalidad de que logre de manera progresiva y plena su inserción en la sociedad. Este plan podrá comprender las visitas del personal de INPE al domicilio o lugar señalado, así como a los lugares de desplazamiento autorizados, comunicaciones telefónicas, controles sobre actividades terapéuticas, entrevistas con el interno por parte de diferentes profesionales penitenciarios, entrevistas con miembros de la unidad familiar del interno, entre otras actividades propias del tratamiento penitenciario

15.2. El seguimiento y el monitoreo atienden a aquellas actividades de la persona que se encuentren estrictamente vinculadas a las reglas de conducta y al tratamiento de resocialización, por lo cual no podrán ser invasivas de actividades de carácter íntimo y personal.

CAPÍTULO V
FINANCIAMIENTO DE LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

Artículo 16.- Costos del servicio de vigilancia electrónica personal

El Estado asume los costos del servicio de vigilancia electrónica personal, total o parcialmente, según disposición judicial emitida en atención a

los informes socioeconómicos del INPE. Los montos son establecidos en la directiva correspondiente que deberá ser aprobada por Resolución Ministerial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El incumplimiento de los costos asumidos por parte del beneficiario, cuando así corresponda, determinan su revocatoria. La revocatoria por incumplimiento de pago no impide que la persona pueda solicitar posteriormente la medida.

CAPÍTULO VI
REGISTRO ESTADÍSTICO DE LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

Artículo 17.- Acceso a la información del centro de monitoreo y registro estadístico

A través del INPE, los jueces y fiscales tienen acceso a la información generada en el centro de monitoreo respecto a la cantidad de dispositivos de vigilancia electrónica disponibles y el nivel de comportamiento del beneficiario, siempre que dicha información sea requerida dentro del marco de una investigación o proceso penal.

El INPE es responsable del diseño e implementación del Registro Estadístico de Vigilancia Electrónica Personal -REVEP-, en el que se registra, entre otros datos, la información referida al número de dispositivos de vigilancia instalados, la frecuencia de uso, el promedio de tiempo de uso por solicitante, los niveles de alerta presentados, las ocurrencias más frecuentes, así como cualquier otra información para evaluar la eficacia, evolución y conveniencia de esta medida.

RESOLUCIÓN MINISTERIAL
Nº 0163-2016-JUS

Lima, 11 de julio de 2016

VISTO: El Proveído Nº 2056-2016-JUS/SG, de fecha 7 de julio del 2016, remitido por la Secretaría General del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Informe Nº 704-2016-JUS/OGAJ de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; y

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 4 de la Ley Nº 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señala que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es la entidad competente en materia de política penitenciaria;

Que, mediante Ley Nº 29499, se establece la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen éstos;

Que, mediante Decreto Supremo Nº 013-2010-JUS, se aprobó el "Reglamento para la implementación de la vigilancia electrónica personal establecida mediante la Ley Nº 29499"; asimismo, mediante Decreto Supremo Nº 002-2015-JUS se modificó e incorporó artículos al referido Reglamento;

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 0079-2016-JUS, de fecha 5 de abril de 2016, se creó el Grupo de Trabajo de naturaleza temporal encargado de la elaboración de los protocolos interinstitucionales y/o directivas necesarias para ejecutar la vigilancia electrónica personal que establece la Ley Nº 29499, estableciéndose que en un plazo de treinta (30) días después de dicha instalación, el Grupo de Trabajo deberá presentar los protocolos interinstitucionales y/o directivas correspondientes;

Que, asimismo, en el artículo 2 de la referida Resolución Ministerial se establece que el Grupo de Trabajo está conformado por: a) El Secretario General del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, o su representante, quien lo presidirá; b) El Presidente del Consejo Nacional Penitenciario o su representante; c) El Director General de la Dirección General de Políti-

ca Criminal y Penitenciaria o su representante; d) El Jefe de la Oficina de Gestión de Inversiones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o su representante; e) El Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o su representante;

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 0127-2016-JUS, de fecha 26 de mayo de 2016 se amplía el plazo establecido en el artículo 4 de la Resolución Ministerial Nº 0079-2016-JUS, en treinta (30) días, a efectos que el Grupo de Trabajo presente al Despacho Ministerial los referidos protocolos y/o directivas necesarias para ejecutar la vigilancia electrónica personal que establece la Ley Nº 29499;

Que, la elaboración de protocolos y/o directivas para la ejecución de la vigilancia electrónica personal atiende a la necesidad de establecer los flujos de procedimientos que implica la ejecución de la vigilancia electrónica, esto es, emisión de informes técnicos, instalación y desinstalación del dispositivo, así como reporte de alertas y actuación frente a las mismas;

Que, de conformidad con el inciso 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú; la Ley Nº 29809 Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobar los "Protocolos de ejecución de la vigilancia electrónica personal", en el marco de la Ley Nº 29499, que se encuentran en documento anexo al presente.

Artículo 2.- Disponer que los protocolos son de obligatorio cumplimiento por las áreas competentes en la ejecución de la vigilancia electrónica personal del Instituto Nacional Penitenciario y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Artículo 3.- Disponer que el anexo que contiene los "Protocolos de ejecución de vigilancia electrónica personal" aprobado en la presente Resolución sea publicado en el Portal del Estado Peruano (www.peru.gob.pe) y en el Portal Institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (www.minjus.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

DISPOSICIONES COMUNES A LOS PROTOCOLOS DE EJECUCIÓN DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

1.- Cuando en los protocolos se haga referencia a: Centro de Monitoreo, Centro de Soporte Técnico y Equipo de Campo, se debe entender por ellos a los componentes del sistema habilitado para la ejecución de la vigilancia electrónica personal.

2.- Toda orden o comunicación que reciba el Centro de Monitoreo del INPE (orden de emisión de informes técnicos de verificaciones domiciliarias, de instalación, desinstalación, entre otras que se requiera en el procedimiento de ejecución de la vigilancia electrónica personal), debe ser debidamente registrada en el software de monitoreo. Del mismo modo, todo cierre de orden de servicio que hubiere generado el Centro de Monitoreo debe ser registrada en el software de monitoreo y comunicada al INPE.

3.- Toda actuación realizada por algún componente del sistema de vigilancia electrónica (principalmente: centro de monitoreo, centro de soporte técnico y equipo de campo) en el procedimiento de ejecución de vigilancia electrónica, debe ser debidamente registrada en el software de monitoreo (verificaciones domiciliarias, instalación de dispositivo, desinstalación de dispositivo, atención de eventualidades, organización de equipo de campo, salida de equipo de campo, etc.).

4.- Las comunicaciones entre el Centro de Monitoreo y el área correspondiente del INPE, se deberán realizar mediante el sistema virtual habilitado para tales efectos. Sin perjuicio de que se efectivicen por vía documental, cuando así lo requiera el INPE.

5.- Frente a una eventualidad (alerta), el Centro de Monitoreo efectuará una llamada telefónica de manera inmediata al INPE comunicando la alerta de que se trate, sin perjuicio de la comunicación mediante el sistema virtual habilitado para tales efectos.

6.- El Centro de Monitoreo comunicará todo resultado de actuaciones ordenadas por el INPE, así como informes de alertas, a través del sistema virtual habilitado para tales efectos, tanto al INPE como al MINJUS.

7.- El equipo de campo, se conforma por el personal que establece el contrato y es acompañado - en todas las diligencias del proceso de ejecución de la vigilancia electrónica personal que se requiera (instalación, desinstalación, eventualidades)- por un personal que designa el INPE para tales efectos. Se exceptúa de esta disposición la diligencia de verificaciones domiciliarias.

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

PROCEDIMIENTO PARA EMISIÓN DE INFORMES TÉCNICOS DE VERIFICACIONES DOMICILIARIAS

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El personal de enlace del INPE recibe la comunicación del Juzgado penal correspondiente por la cual se le pone en conocimiento, por la vía más célere, de la resolución que ordena la elaboración del informe de verificaciones técnicas domiciliarias.	**INPE**
2)	Recibida esta notificación, el personal de enlace del INPE, debe verificar el plazo señalado por el Juez para la remisión del informe técnico, debiendo coordinar inmediatamente con el área correspondiente del INPE a fin que se emita la orden para la elaboración de dicho informe.	**INPE**
3)	El área correspondiente del INPE elabora la orden para la emisión del informe de verificaciones técnicas domiciliarias, debiendo adoptar las medidas necesarias para cumplir con la remisión del mismo, estableciendo el tiempo máximo para dar cumplimiento a ello, considerando los tiempos límites establecidos por el juez en la resolución y/o especialmente la audiencia para la cual se esté solicitando la aplicación de la medida.	**INPE**
4)	El área correspondiente del INPE remite al Centro de Monitoreo la orden de elaboración del informe técnico de verificaciones domiciliarias, precisando en ella los datos del procesado o condenado que solicita VEP, así como del domicilio señalado en la resolución y el tiempo máximo con que se cuenta para cumplir con la emisión del informe técnico.	**INPE**

5)	Recibida la orden del INPE, el Centro de Monitoreo ingresa la orden recibida en el software de monitoreo.	**Centro de Monitoreo**
6)	Ingresada la orden en el software de monitoreo, el Centro de Monitoreo procede a verificar el pago realizado por el solicitante a efectos de la elaboración del informe técnico de verificaciones domiciliarias. Si se verifica que el solicitante ha cumplido con efectuar el pago correspondiente, se genera la orden de servicio de verificaciones técnicas, comunicando al centro de soporte técnico. Si de la verificación se advierte que el solicitante no ha efectuado el pago en el plazo previsto, se procede a cerrar la orden emitida por el INPE, registrándose en el software de monitoreo.	**Centro de Monitoreo**
7)	El Centro de Soporte Técnico procede a designar al equipo de campo que se encargará de realizar las verificaciones técnicas, así como programa la visita al domicilio y/o puntos de desplazamiento del beneficiario, teniendo siempre en cuenta el plazo con el que cuentan para la remisión del informe técnico.	**Centro de Soporte Técnico**
8)	El equipo de campo designado visita el domicilio del solicitante verificando señal GPS, señal de telefonía móvil y factibilidad técnica; asimismo verifica la accesibilidad al lugar.	**Equipo de Campo**
9)	Con la información recabada, el equipo de campo elabora el informe técnico de verificaciones domiciliarias y lo remite al Centro de Monitoreo de manera inmediata, teniendo en cuenta el plazo establecido.	**Equipo de Campo**
10)	El Centro de Monitoreo recibe el informe técnico del Equipo de Campo, debiendo ingresarlo al software de monitoreo, en la orden de servicio generada, y lo remite de modo automático mediante el sistema virtual habilitado para tales efectos a las áreas correspondientes del INPE y del MINJUS.	**Centro de Monitoreo**
11)	Recibido el Informe técnico, el área correspondiente del INPE verifica que el mismo cumpla con los requisitos mínimos exigidos para la elaboración del informe, luego de lo cual procede a remitirlo al Juzgado que ordenó su elaboración, en el plazo establecido por el éste en su resolución.	**INPE**

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

PROCEDIMIENTO PARA EMISIÓN DE INFORMES SOCIALES Y PSICOLÓGICOS EMITIDOS POR INSTITUCIONES PRIVADAS O PÚBLICAS EXTERNAS AL INPE

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El procesado o condenado interno en un Establecimiento Penitenciario solicita autorización (de manera directa o a través de su abogado), al área correspondiente del INPE, para que se le brinden las facilidades de acceso al E.P. a una institución privada con el fin que ésta elabore el informe social y/o el informe psicológico que requiera para adjuntar a la solicitud de vigilancia electrónica personal. El solicitante debe indicar con precisión el nombre o razón social de la institución privada o pública a la que desee se le brinden tales facilidades.	**Solicitante**
2)	Recibida la solicitud, **el área correspondiente del INPE**, verifica en primer lugar si la institución privada o pública para la cual el solicitante se gestione autorización de acceso, está oficialmente reconocida por el Ministerio de Salud y/o por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.	**INPE**
3)	Verificada esta condición, si la institución reúne el requisito de estar debidamente acreditada, entonces **el área correspondiente del INPE,** emite la autorización correspondiente, corriendo traslado de ello al solicitante y/o a su abogado defensor, de ser el caso, así como a la institución autorizada.	**INPE**
4)	Si el **área correspondiente del INPE** determina que la institución no está reconocida oficialmente para emitir los informes sociales y psicológicos que el procesado o condenado requiere, entonces notifica al procesado o condenado y/o a su abogado defensor de ser el caso, indicando el motivo de la denegatoria.	**INPE**
5)	Con la autorización emitida, el solicitante a través de su abogado defensor, coordina la fecha en que se llevará a cabo la visita de los especialistas al E.P en que se encuentra interno el procesado o condenado, a fin que se proceda a la elaboración de los informes sociales y/o psicológicos.	**Solicitante**

6)	Llegada la fecha coordinada, la institución autorizada ingresa al E.P en que se encuentra el interno, el INPE brinda las facilidades que se requieran para que se proceda a realizar los informes sociales y psicológicos del interno en un ambiente adecuado y habilitado por el E.P. para tales efectos.	**INPE**
7)	Las instituciones privadas o públicas oficialmente reconocidas que participen en la elaboración de los informes sociales y psicológicos de los procesados o condenados internos en el E.P., deberán tener en cuenta los informes de seguimiento psicológico y social de éstos, a cargo del INPE, cuya apreciación u obtención, deberá ser coordinada a través del área correspondiente de esta institución.	**Institución Privada o Pública oficialmente reconocida**
8)	Cuando se trate de un informe social y/o psicológico elaborado para una solicitud de beneficio penitenciario con vigilancia electrónica personal, la institución remitirá los informes a la Secretaría del Consejo Técnico Penitenciario a fin que sean adjuntados al expediente que elabore para tales efectos.	**INPE**

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

INSTALACIÓN DEL DISPOSITIVO DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El INPE recibe copia certificada de la resolución emitida por el Juzgado Penal correspondiente que otorga el mecanismo de vigilancia electrónica personal al procesado o condenado.	**INPE**
2)	El personal designado del INPE, verifica si en la resolución emitida por el Juez competente se ha establecido un plazo determinado para llevar a cabo la diligencia de colocación, debiendo adoptar las medidas necesarias para cumplir con dicha diligencia tratándose de tiempos cortos.	**INPE**
3)	En caso no se hubiere establecido plazo en la resolución, debe tener en cuenta que tiene cinco (05) días como máximo, después de emitida la resolución para	**INPE**

	cumplir con la diligencia de colocación; de modo que, tratándose de esta situación, coordina con el Centro de Soporte Técnico, a fin de establecer fecha y hora para la instalación del dispositivo, incluyéndola en la orden de instalación.	
4)	El área correspondiente del INPE elabora la orden para que se proceda a la instalación del mecanismo y la remite al Centro de Monitoreo.	**INPE**
5)	Recibida la orden del INPE, el Centro de Monitoreo la registra en el software de monitoreo y procede a verificar el pago realizado por el solicitante por concepto del servicio de instalación del dispositivo de vigilancia electrónica personal.	**Centro de Monitoreo**
6)	Si se verifica el pago efectuado por el solicitante, el Centro de Monitoreo genera una orden de servicio para la instalación del mecanismo en el software de monitoreo, en caso contrario se cierra la orden, registrándose en el software de monitoreo, comunicando de ello al INPE.	**Centro de Monitoreo**
7)	Comunicado el incumplimiento del pago, el INPE comunica inmediatamente al Juzgado Penal que otorgó la medida de tal situación.	**INPE**
8)	Generada la orden de servicio y verificado el pago del solicitante, el Centro de Soporte Técnico procede a designar al personal que se encargará de la instalación del dispositivo de vigilancia electrónica personal, teniendo en cuenta el plazo con el que cuentan (según resolución judicial) para la diligencia de colocación.	**Centro de Soporte Técnico**
9)	Teniendo en cuenta la fecha y hora señaladas, el equipo de campo, acompañado del representante designado por el INPE, se constituyen al domicilio del solicitante procediendo a verificar en primer lugar los datos de identidad del procesado o condenado a quien se le colocará el dispositivo. Esta verificación se hace corroborando los datos consignados del beneficiario en RENIEC (verificación en línea), entre otros recursos.	**Equipo de Campo**
10)	Seguidamente prueba el funcionamiento del dispositivo. Realizada esta prueba el equipo de campo coloca el dispositivo en la muñeca o tobillo del beneficiario y se comunica paralelamente con el Centro de Monitoreo para el registro de los datos del beneficiario y dispositivo de vigilancia electrónica instalado. Con ello se da inicio al monitoreo del dispositivo.	**Equipo de Campo**

11)	Luego de instalado el dispositivo de vigilancia electrónica personal en el beneficiario, el equipo de campo lo instruye sobre el uso y funcionamiento del dispositivo; asimismo entrega al beneficiario un Manual de Usuario, que debe contener información básica y necesaria sobre el empleo del dispositivo, y cómo actuar frente a las eventualidades.	**Equipo de Campo**
12)	Habiendo efectuado los pasos anteriores, el equipo de campo procede a elaborar el Acta de Instalación del dispositivo de vigilancia electrónica personal, la misma que debe describir las circunstancias en que se desarrolla el acto de instalación del dispositivo.	**Equipo de Campo**
13)	El Acta de Instalación debe ser firmada por todos los concurrentes a la diligencia de colocación.	**Equipo de Campo**
14)	Culminada con su labor, el equipo de campo remite el Acta de Instalación al Centro de Monitoreo.	**Equipo de Campo**
15)	Recibida el acta de instalación, el Centro de Monitoreo la registra en el software correspondiente y remite a las áreas correspondientes del INPE y el MINJUS, a través del sistema virtual habilitado para tales efectos.	**Centro de Monitoreo**
16)	El área correspondiente del INPE registra una copia del acta de instalación y elabora informe al Juzgado que otorgó el mecanismo, remitiéndolo al mismo por la vía más célere, dando cuenta de la diligencia de colocación desarrollada y adjuntando el Acta de Instalación.	**INPE**

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

DESINSTALACIÓN DEL DISPOSITIVO DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL POR REVOCATORIA DEL MECANISMO

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El área correspondiente del INPE recibe del Poder Judicial la copia certificada de la resolución que revoca el mecanismo de vigilancia electrónica impuesto.	**INPE**
2)	Con dicha comunicación, el área correspondiente del INPE procede a elaborar inmediatamente la orden de desinstalación del mecanismo y finalización del servicio de monitoreo, señalando fecha y hora para la diligencia (que no excederá de las 24 horas de	**INPE**

	recepcionada la resolución judicial) y designando al personal de esta institución que acompañará al equipo de campo en la diligencia de desinstalación, remitiéndola al Centro de Monitoreo.	
3)	Recibida la orden del INPE, el Centro de Monitoreo la registra en el software de monitoreo y procede a generar la orden de desinstalación y finalización del servicio.	**Centro de Monitoreo**
4)	Generada la orden de desinstalación y finalización del servicio de monitoreo, el Centro de Soporte Técnico procede a designar al equipo de campo que se encargará de la desinstalación del dispositivo de vigilancia electrónica personal, teniendo en cuenta la fecha programada en coordinación con el INPE.	**Centro de Soporte Técnico**
5)	En la fecha y hora programada, el equipo de campo en compañía del personal designado del INPE, se constituyen al domicilio o punto de ubicación del beneficiario, verificando en primer lugar los datos de identidad del procesado o condenado a quien se desinstalará el dispositivo. Esta verificación se hace corroborando los datos consignados del beneficiario en su ficha de RENIEC (verificación en línea), entre otros recursos.	**Equipo de Campo**
6)	Realizada la verificación descrita en el paso anterior, el equipo de campo procede a retirar el dispositivo de la muñeca o tobillo del beneficiario; paralelamente se comunica con el centro de monitoreo a fin que se culmine con el monitoreo del dispositivo.	**Equipo de Campo**
7)	El equipo de campo elabora el **Acta de Desinstalación** del dispositivo de vigilancia electrónica personal, la misma que debe describir las circunstancias en que se desarrolla el acto de desinstalación del dispositivo. El acta debe ser firmada por todos los concurrentes a la diligencia.	**Equipo de Campo**
8)	Culminada con su labor, el equipo de campo remite el Acta de Desinstalación al Centro de Monitoreo, el que una vez recibida el acta, la registra en el software correspondiente.	**Equipo de Campo**
9)	Recepcionada y registrada el Acta de Desinstalación, el Centro de Monitoreo la remite a las áreas correspondiente del INPE y del MINJUS, a través del sistema habilitado para tales efectos.	**Centro de Monitoreo**

10)	El INPE, una vez recibida el acta, procede a registrarla en el archivo correspondiente y remitir el informe respectivo al Juzgado que otorgó el mecanismo (en el plazo máximo de tres días de haber efectuado la diligencia), dando cuenta de la diligencia de desinstalación desarrollada, adjuntando el acta correspondiente.	**INPE**

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

DESINSTALACIÓN DEL DISPOSITIVO DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL POR CUMPLIMIENTO DEL PLAZO DE LA MEDIDA IMPUESTA

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El área correspondiente del INPE verifica que se encuentra próximo a cumplirse el plazo de imposición de la medida, condena o beneficio con vigilancia electrónica personal al beneficiario, debiendo precisar la fecha exacta en que ésta se cumple.	**INPE**
2)	Con dicha verificación, el área correspondiente del INPE procede a coordinar con el Centro de Monitoreo la fecha y hora en que se programará la desinstalación del dispositivo en el domicilio del beneficiario, teniendo en cuenta la fecha en que se cumplirá o cesará la medida, siendo que la desinstalación deberá efectuarse, en todo caso, dentro de las 24 horas del último día en que se cumple la medida efectivamente.	**INPE**
3)	Con las coordinaciones efectuadas, el área que corresponda del INPE elabora la orden de finalización del servicio de monitoreo, para que se proceda a la desinstalación del mecanismo y la remite al **Centro de Monitoreo. En dicha orden** el INPE designa al personal de esta institución que acompañará al equipo de campo en la diligencia de desinstalación.	**INPE**
4)	Recibida la orden de finalización del servicio de monitoreo, el Centro de Monitoreo la registra en el software de monitoreo y procede a verificar si el solicitante ha efectuado el pago por dicho concepto.	**Centro de Monitoreo**

5)	Verificado dicho concepto, el Centro de Monitoreo genera la orden del servicio de desinstalación en el software y pone fin al monitoreo del dispositivo instalado al beneficiario comunicando de dicha actuación al Centro de Soporte Técnico.	**Centro de Monitoreo**
6)	Recibida esta comunicación, el Centro de Soporte Técnico procede a designar al equipo de campo que se encargará de la desinstalación del dispositivo de vigilancia electrónica personal, teniendo en cuenta el plazo con el que cuentan (según orden de INPE), que no deberá exceder de 24 horas.	**Centro de soporte técnico**
7)	En la fecha y hora señalada, el equipo de campo en compañía del personal designado del INPE, se constituyen al domicilio o punto de ubicación del beneficiario, verificando en primer lugar los datos de identidad del procesado o condenado a quien se desinstalará el dispositivo. Esta verificación se hace corroborando los datos consignados del beneficiario en RENIEC (verificación en línea), entre otros recursos.	**Centro de soporte técnico**
8)	El equipo de campo procede a retirar el dispositivo de la muñeca o tobillo del beneficiario.	**Equipo de Campo**
9)	El equipo de campo procede a elaborar el **Acta de Desinstalación** del dispositivo de vigilancia electrónica personal, la misma que debe describir las circunstancias en que se desarrolla el acto de desinstalación del dispositivo. El acta debe ser firmada por todos los concurrentes a la diligencia.	**Equipo de Campo**
10)	Culminada con su labor, el equipo de campo remite el Acta de Desinstalación al Centro de Monitoreo, el que una vez recibida el acta, la registra en el software correspondiente y en el sistema virtual habilitado para tales efectos.	**Equipo de Campo**
11)	Recepcionada y registrada el Acta de Desinstalación, el Centro de Monitoreo la registra en el software correspondiente y remite a las áreas correspondientes del INPE y el MINJUS a través del sistema virtual habilitado para tales efectos.	**Centro de Monitoreo**
12)	El INPE, una vez recibida el acta, procede a registrarla en el archivo correspondiente y remitir el informe respectivo al Juzgado que otorgó el mecanismo (en el plazo máximo de tres días de haber efectuado la diligencia), dando cuenta de la diligencia de desinstalación desarrollada, adjuntando el acta correspondiente.	**INPE**

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

ACTUACIÓN FRENTE A LA EVENTUALIDAD: VIOLACIÓN DE CERCA VIRTUAL EN LA MODALIDAD DE RESTRICCIÓN AL PERÍMETRO DEL DOMICILIO

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El Centro de Monitoreo recibe la alerta de violación de cerca virtual en la modalidad de restricción al perímetro de domicilio.	**Centro de Monitoreo**
2)	Inmediatamente de recibida dicha alerta, el Centro de Monitoreo realiza una llamada al beneficiario (a través del dispositivo) a fin de tomar contacto con él y determinar la medida a adoptar.	**Centro de Monitoreo**
3)	Si el beneficiario contesta la llamada, se le deberá advertir que está transgrediendo la modalidad impuesta, debiendo solicitarle seguidamente que brinde detalles sobre la ocurrencia (**motivo de la transgresión**). Si el beneficiario justificara su transgresión en alguna autorización especial otorgada judicialmente, el centro de monitoreo deberá verificar la efectiva existencia de la misma. De verificarse no registrará reporte de alerta.	**Centro de Monitoreo**
4)	Con el reporte de la alerta y con la información brindada por el beneficiario, siempre que no sea justificable en autorización especial, y el Centro de Monitoreo procede a elaborar inmediatamente el "Informe de Violación de Cerca Virtual en la Modalidad de restricción al perímetro del domicilio", registrando dicha incidencia.	**Centro de Monitoreo**
5)	El informe elaborado es remitido al **área correspondiente del INPE**, la que una vez recibido el informe debe proceder a elaborar a su vez un informe en base a lo comunicado por el Centro de Monitoreo, dirigido al Juzgado que otorgó el mecanismo, a fin que proceda conforme a Ley.	**INPE**
6)	El **área correspondiente del** INPE o a través del personal de enlace, se remite el informe al Juzgado penal que otorgó la medida.	**INPE**
7)	Si el beneficiario no contestara la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo, a través del dispositivo, se procederá a efectuar una llamada telefónica al teléfono fijo del domicilio del beneficiario en el que viene cumpliendo la medida impuesta.	**Centro de Monitoreo**

8)	Si el beneficiario contesta la llamada al teléfono fijo, el centro de monitoreo procederá conforme a los pasos anteriores descritos.	**Centro de Monitoreo**
9)	Si el beneficiario no contestara la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo a través del dispositivo, ni la llamada telefónica al domicilio en que viene cumpliendo la medida; se registrará esta incidencia, generándose una orden de servicio en el software de monitoreo que es comunicada inmediatamente al Centro de Soporte Técnico. Del mismo modo esta alerta se comunica de inmediato al INPE.	**Centro de Monitoreo**
10)	Recibida la comunicación del Centro de Monitoreo, el Centro de Soporte Técnico procederá a designar un equipo de campo a fin de realizar visita domiciliaria al domicilio del beneficiario, programando la visita correspondiente de manera inmediata.	**Centro de Soporte Técnico**
11)	El equipo de campo realiza la visita al domicilio del beneficiario en el plazo señalado. Una vez que se constituye en el domicilio, verifica si el mismo se encuentra o no en el interior del mismo.	**Equipo de Campo**
12)	Si el equipo de campo verifica que el beneficiario se encuentra en el radio de acción impuesto (perímetro de su domicilio), entonces procede a corroborar su identidad. Esta verificación se hace corroborando los datos del beneficiario consignados en su ficha de RENIEC (verificación en línea), entre otros recursos. Seguidamente levanta las observaciones correspondientes y toma razón de lo que señale el beneficiario.	**Equipo de Campo**
13)	Con la información recabada, el equipo de campo elabora un acta en la que debe detallar las incidencias suscitadas desde su constitución al domicilio del beneficiario, así como de las circunstancias en que se le encontró y lo referido por éste. En esta situación, el acta es remitida al centro de monitoreo por la vía más célere.	**Equipo de Campo**
14)	Recibida el acta del equipo de campo, el centro de monitoreo registra esta eventualidad y procede conforme a los pasos 4, 5 y 6 del presente protocolo.	**Centro de Monitoreo**
15)	Si de la visita del equipo de campo al domicilio del beneficiario, se verifica que éste no se encuentra en su domicilio, el equipo realiza de inmediato una llamada telefónica al centro de monitoreo comunicando dicha incidencia, confirmando la alerta emitida.	**Equipo de Campo**

16)	Una vez realizada la comunicación, el equipo de campo elabora un acta, detallando las circunstancias de su constitución al domicilio del beneficiario, así como todo lo apreciado en dicha diligencia y la remite al Centro de Monitoreo.	**Equipo de Campo**
17)	Recibida la comunicación del equipo de campo, el Centro de Monitoreo se comunica inmediatamente, por la vía más célere con el área correspondiente del INPE, a fin de informar de la alerta emitida resaltando que de la visita efectuada por el equipo de campo no se ubicó al beneficiario en su domicilio; remitiendo el acta del equipo de campo vía correo.	**Centro de Monitoreo**
18)	Recibida la comunicación del centro de monitoreo, el área correspondiente del INPE se comunica inmediatamente con el personal de enlace de la PNP a fin que proceda conforme al "Protocolo de actuación interinstitucional ante la alerta de Huida del radio de acción o de desplazamiento" y se cumpla con la resolución judicial que ordena la ubicación y retención del beneficiario. Del mismo modo, se comunicará al Poder Judicial, según corresponda.	**INPE**

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

ACTUACIÓN FRENTE A LA EVENTUALIDAD: BAJO NIVEL DE BATERIA

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El Centro de Monitoreo recibe la alerta de "Bajo nivel de batería"	**Centro de Monitoreo**
2)	Inmediatamente de recibida dicha alerta, el Centro de Monitoreo realiza una llamada al beneficiario (a través del dispositivo) -dentro de los tres minutos siguientes de haberse recibido la alerta- a fin de tomar contacto con él y determinar la medida a adoptar.	**Centro de Monitoreo**
3)	Si el beneficiario contesta la llamada, se le advertirá que se está produciendo la alerta de batería baja, debiendo exhortarlo a cargarla inmediatamente, recordándole los compromisos asumidos en el acta de la diligencia de otorgamiento así como los efectos negativos que se pueden generar con su incumplimiento.	**Centro de Monitoreo**

4)	Si el Centro de Monitoreo verifica que la alerta ha desaparecido, esto es, que el dispositivo ya no registra un nivel bajo de batería, solicita al beneficiario que brinde detalles de la ocurrencia (**motivo de la alerta**).	**Centro de Monitoreo**
5)	Con la información brindada por el beneficiario, el Centro de Monitoreo registra dicha incidencia en el software de monitoreo; comunicando además el reporte de esta alerta al área correspondiente del INPE.	**Centro de Monitoreo**
6)	Recibido el reporte de esta alerta, el área correspondiente del INPE lo registra y determina, atendiendo a las circunstancias si lo comunica de manera inmediata al Poder Judicial o si por el contrario lo comunica en el informe mensual.	**INPE**
7)	Si el beneficiario no contesta la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo a través del dispositivo, efectuará una llamada al teléfono fijo del domicilio o al teléfono móvil del beneficiario.	**Centro de Monitoreo**
8)	Si el beneficiario contesta la llamada, el centro de monitoreo procederá conforme a los pasos 3, 4 y 5 del presente protocolo.	**Centro de Monitoreo**
9)	Si el beneficiario no contestara la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo a través del dispositivo, ni la llamada telefónica al domicilio en que viene cumpliendo la medida; se registrará esta incidencia, generándose una orden de servicio en el software de monitoreo que es comunicada inmediatamente al Centro de Soporte Técnico. Del mismo modo esta alerta se comunica de inmediato al INPE.	**Centro de Monitoreo**
10)	Recibida la comunicación del Centro de Monitoreo, el Centro de Soporte Técnico procederá a designar un equipo de campo a fin de realizar una visita al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario, programando la visita correspondiente de manera inmediata.	**Centro de Soporte Técnico**
11)	El equipo de campo realiza la visita en el plazo señalado. Una vez que se constituye en el domicilio o punto de desplazamiento autorizado, verifica si el beneficiario se encuentra o no en el mismo.	**Equipo de Campo**
12)	Si el equipo de campo encuentra al beneficiario en el domicilio o punto de desplazamiento autorizado, procede a verificar la identidad del mismo. Esta verificación se hace corroborando los datos del beneficiario consignados	**Equipo de Campo**

	en su ficha de RENIEC (verificación en línea), entre otros recursos. Seguidamente levanta las observaciones correspondientes y toma razón de lo que señale el beneficiario.	
13)	Realizadas las verificaciones de identidad del beneficiario, el equipo de campo procede a evaluar el estado del dispositivo de vigilancia electrónica personal, debiendo establecer si la causa que originó la alerta de batería baja es atribuible al beneficiario o a un defecto del dispositivo o del servicio de vigilancia electrónica personal.	**Equipo de Campo**
14)	Si de la evaluación realizada, se advierte que la causa es atribuible a algún problema técnico en el dispositivo o el servicio que imposibilite su monitoreo y que requiera de reparaciones o cambios, el equipo de campo puede: reinstalarlo, cambiarlo o realizarle las reparaciones necesarias para el óptimo funcionamiento.	**Equipo de Campo**
15)	Cuando resulte necesario, por las especiales reparaciones que requiera el dispositivo, el equipo de campo puede retornar al centro de soporte técnico, debiendo proporcionar al beneficiario un dispositivo de vigilancia electrónica personal en calidad de préstamo, para que siga reportando señal al Centro de Monitoreo. En este supuesto, el equipo de campo debe devolver el dispositivo reparado o entregar uno nuevo al beneficiario dentro del plazo de 24 horas (máximo 4 horas), desde que el centro de soporte técnico registró la orden de servicio.	**Equipo de Campo**
16)	De las diligencias descritas en los pasos 11 al 15, el equipo técnico elabora un acta en el domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario, estableciendo con claridad la causa que generó la alerta (atribuible al beneficiario o a un defecto en el dispositivo o el servicio de monitoreo), así como la medida adoptada (reparación, cambio por uno nuevo, reinstalación) y el tiempo en que llevó a cabo la diligencia. El acta es firmada por todos los intervinientes (equipo de campo, beneficiario y los que se encontraren presentes al momento de su elaboración) y remitida al Centro de Monitoreo.	**Equipo de Campo**
17)	Con el acta remitida por el equipo de campo, el Centro de Monitoreo procede a elaborar el "Informe de eventualidad de batería baja", registrando dicho informe en el software de monitoreo y remitiéndolo además por vía regular al área correspondiente del INPE.	**Centro de Monitoreo**

18)	El área correspondiente del INPE, atendiendo a las circunstancias descritas en el informe, debe determinar si comunica de inmediato al Poder Judicial (cuando la alerta haya sido producto de acciones realizadas por el beneficiario que hayan atentado contra la continuidad del servicio) o si lo comunica en el informe mensual, por tratarse de una anomalía en el dispositivo.	**INPE**
19)	Si de la visita del equipo de campo al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario se verifica que éste no se encuentra en dichos lugares, se comunica telefónicamente de manera inmediata al centro de monitoreo. Seguidamente elabora un acta precisando dicha circunstancia y la remite al centro de monitoreo por la vía más célere.	**Equipo de Campo**
20)	Recibida la comunicación del equipo de campo, el Centro de Monitoreo se comunica inmediatamente por la vía más célere con el área correspondiente del INPE, a fin de informar de la alerta emitida resaltando que, de la visita efectuada por el equipo de campo, no se ubicó al beneficiario en su domicilio o punto de desplazamiento autorizado y remite el acta del equipo a través del sistema virtual habilitado para tales efectos.	**Centro de Monitoreo**
21)	Recibida la comunicación del centro de monitoreo, el área correspondiente del INPE se comunica inmediatamente con el personal de enlace de la PNP a fin que proceda conforme al "Protocolo de actuación interinstitucional ante la alerta de Huida del radio de acción o de desplazamiento" y se cumpla con la resolución judicial que ordena la ubicación y retención del beneficiario. Del mismo modo, se comunicará al Poder Judicial, según corresponda.	**INPE**

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

ACTUACIÓN FRENTE A LA EVENTUALIDAD: PÉRDIDA DE CONECTIVIDAD CON EL CENTRO DE MONITOREO

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El Centro de Monitoreo recibe la alerta de "pérdida de conectividad con el centro de monitoreo".	**Centro de Monitoreo**

2)	Inmediatamente de recibida dicha alerta, el Centro de Monitoreo realiza una llamada al beneficiario (al teléfono fijo de su domicilio o al teléfono móvil) a fin de tomar contacto con él y determinar la medida a adoptar. Esta llamada se realiza dentro de los tres minutos de reportada la alarma.	**Centro de Monitoreo**
3)	Si el beneficiario contesta la llamada, se le deberá advertir que se está reportando una alerta por pérdida de conectividad, debiendo solicitarle brindar detalles de esta ocurrencia a la vez que intenta establecer conexión con el dispositivo.	**Centro de monitoreo**
4)	Si el centro de monitoreo verifica que la alerta ha desaparecido, entonces con la información brindada por el beneficiario, registra dicha incidencia en el software de monitoreo y remite informe al INPE.	**Centro de Monitoreo**
5)	Habiendo tomado contacto con el beneficiario, el Centro de Monitoreo intenta conectarse con el dispositivo de vigilancia electrónica. Si consigue reestablecer la conexión y la alerta desaparece, se registrará la incidencia en el software de monitoreo comunicando además al área correspondiente del INPE.	**Centro de monitoreo**
6)	Si no se consigue establecer conexión o si el beneficiario no contesta la llamada telefónica, el Centro de monitoreo genera una orden de servicio que debe ser registrada en el software de monitoreo comunicando al Centro de Soporte Técnico.	**Centro de Soporte Técnico**
7)	Recibida la comunicación, el Centro de Soporte Técnico designa un equipo de campo y programar una visita al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario.	**Centro de Soporte Técnico**
8)	El equipo designado realiza la visita, en el horario programado (dentro de las cuatro horas como máximo de reportada la alerta), al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario.	**Equipo de Campo**
9)	Si el equipo de campo, encuentra al beneficiario en el domicilio o punto de desplazamiento autorizado, procede a verificar la identidad del mismo. Esta verificación se hace corroborando los datos del beneficiario consignados en su ficha de RENIEC (verificación en línea), entre otros recursos. Seguidamente levanta las observaciones correspondientes y toma razón de lo que señale el beneficiario.	**Equipo de Campo**

10)	Realizadas las verificaciones de identidad del beneficiario, el equipo de campo procede a evaluar el estado del dispositivo de vigilancia electrónica personal, debiendo establecer si la causa que originó la pérdida de conectividad es atribuible al beneficiario o a un defecto del dispositivo o del servicio de vigilancia electrónica personal.	**Equipo de Campo**
11)	Si de la evaluación realizada, se advierte que la causa es atribuible a algún problema técnico en el dispositivo o el servicio que imposibilite su monitoreo y que requiera de reparaciones o cambios, el equipo de campo puede: reinstalarlo, cambiarlo o realizarle las reparaciones necesarias para el óptimo funcionamiento.	**Equipo de Campo**
12)	Cuando resulte necesario, por las especiales reparaciones que requiera el dispositivo, el equipo de campo puede retornar al centro de soporte técnico, debiendo proporcionar al beneficiario un dispositivo de vigilancia electrónica personal en calidad de préstamo, para que siga reportando señal al Centro de Monitoreo. En este supuesto, el equipo de campo debe devolver el dispositivo reparado o entregar uno nuevo al beneficiario dentro del plazo máximo de 24 horas desde que el centro de monitoreo registró la orden de servicio.	**Equipo de Campo**
13)	De las diligencias descritas en los pasos 7 al 11, el equipo técnico elabora un acta en el domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario, estableciendo con claridad la causa que generó la alerta (defecto del dispositivo, daño al mismo ocasionado por el beneficiario u otros), así como la medida adoptada (reparación, cambio por uno nuevo, reinstalación) y el tiempo en que llevó a cabo la diligencia. El acta es firmada por todos los intervinientes (equipo de campo, beneficiario y los que se encontraren presentes al momento de su elaboración) y remitida al Centro de Monitoreo.	**Equipo de Campo**
14)	Con el acta remitida por el equipo de campo, el Centro de Monitoreo procede a elaborar el "Informe de Pérdida de conectividad con el centro de monitoreo", registrando dicho informe en el software de monitoreo y comunicado al INPE.	**Centro de Monitoreo**
15)	El área correspondiente del INPE, atendiendo a las circunstancias descritas en el informe, debe determinar si comunica de manera inmediato al Poder Judicial (cuando la alerta haya sido producto de acciones realizadas por el	**INPE**

	beneficiario que hayan atentado contra la continuidad del servicio) –por configurar ello una alerta muy grave-, o si lo comunica en el informe mensual, por tratarse de una anomalía en el dispositivo.	
16)	Si de la visita del equipo de campo al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario se verifica que éste no se encuentra en dichos lugares, se comunica telefónicamente de manera inmediata al centro de monitoreo. Seguidamente elabora un acta precisando dicha circunstancia y la remite al centro de monitoreo por la vía más célere.	**Equipo de Campo**
17)	Recibida la comunicación del equipo de campo, el Centro de Monitoreo se comunica inmediatamente por la vía más célere con el área correspondiente del INPE a fin de informar de la alerta emitida resaltando que, de la visita efectuada por el equipo de campo, no se ubicó al beneficiario en su domicilio o punto de desplazamiento autorizado y remite el acta del equipo a través del sistema virtual habilitado para tales efectos.	**Centro de Monitoreo**
18)	Recibida la comunicación del centro de monitoreo, el área correspondiente del INPE se comunica inmediatamente con el personal de enlace de la PNP a fin que proceda conforme al "Protocolo de actuación interinstitucional ante la alerta de Huida del radio de acción o de desplazamiento" y se cumpla con la resolución judicial que ordena la ubicación y retención del beneficiario. Del mismo modo, se comunicará al Poder Judicial, según corresponda.	**INPE**

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

ACTUACIÓN FRENTE A LA EVENTUALIDAD: SENSOR DE CHOQUE ACTIVADO

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El Centro de Monitoreo recibe la alerta de "Sensor de choque activado"	**Centro de Monitoreo**
2)	Inmediatamente de recibida dicha alerta, el Centro de Monitoreo realiza una llamada al beneficiario (a través del dispositivo) -dentro de los tres minutos siguientes de	**Centro de Monitoreo**

	haberse recibido la alerta- a fin de tomar contacto con él y determinar la medida a adoptar.	
3)	Si el beneficiario contesta la llamada, se le advertirá que se está produciendo la alerta de sensor de choque activado, debiendo solicitarle que brinde detalles de la ocurrencia (**motivo de la alerta**); seguidamente se le exhortará a cumplir con los compromisos asumidos en el acta de la diligencia de otorgamiento del mecanismo; asimismo se le recordará los efectos negativos que le puede generar la alerta reportada.	**Centro de Monitoreo**
4)	Si el centro de monitoreo verifica que la alerta ha desaparecido, entonces con la información brindada por el beneficiario, registra dicha incidencia en el software de monitoreo, comunicando además al área correspondiente del INPE en el reporte de alertas.	**Centro de Monitoreo**
5)	Recibido el reporte de esta alerta, el área correspondiente del INPE procede a registrarla y determina, atendiendo a las circunstancias descritas en el reporte, si comunica al Poder Judicial de manera inmediata o si por el contrario lo comunica en el informe mensual.	**INPE**
6)	Si el beneficiario no contesta la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo a través del dispositivo, realizará una llamada al teléfono fijo del domicilio o al teléfono móvil del beneficiario.	**Centro de Monitoreo**
7)	Si el beneficiario contesta la llamada, el centro de monitoreo procederá conforme a los pasos 3, y 4 del presente protocolo.	**Centro de Monitoreo**
8)	Si el beneficiario no contestara la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo a través del dispositivo, ni la llamada telefónica al domicilio en que viene cumpliendo la medida; se registra esta incidencia, generándose una orden de servicio en el software de monitoreo que es comunicada inmediatamente al Centro de Soporte Técnico. Del mismo modo esta alerta se comunica de inmediato al INPE.	**Centro de Monitoreo**
9)	Recibida la comunicación del Centro de Monitoreo, el Centro de Soporte Técnico procederá a designar un equipo de campo a fin de realizar una visita al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario, programando la visita de manera inmediata.	**Centro de Soporte Técnico**

10)	El equipo de campo realiza la visita en el plazo señalado. Una vez que se constituye en el domicilio o punto de desplazamiento autorizado, verifica si el beneficiario se encuentra o no en el mismo.	**Equipo de Campo**
11)	Si el equipo de campo encuentra al beneficiario en el domicilio o punto de desplazamiento autorizado, procede a verificar la identidad del mismo. Esta verificación se hace corroborando los datos del beneficiario consignados en su ficha de RENIEC (verificación en línea), entre otros recursos. Seguidamente levanta las observaciones correspondientes y toma razón de lo que señale el beneficiario.	**Equipo de Campo**
12)	Realizadas las verificaciones de identidad del beneficiario, el equipo de campo procede a evaluar el estado del dispositivo de vigilancia electrónica personal, debiendo establecer si la causa que originó la alerta de sensor de choque activado es atribuible al beneficiario o a un defecto del dispositivo o del servicio de vigilancia electrónica personal.	**Equipo de Campo**
13)	Si de la evaluación realizada, se advierte que la causa es atribuible a algún problema técnico en el dispositivo o el servicio que imposibilite su monitoreo y que requiera de reparaciones o cambios, el equipo de campo puede: reinstalarlo, cambiarlo o realizarle las reparaciones necesarias para el óptimo funcionamiento.	**Equipo de Campo**
14)	*Cuando resulte necesario, por las especiales reparaciones que requiera el dispositivo, el equipo de campo puede retornar al centro de soporte técnico, debiendo proporcionar al beneficiario un dispositivo de vigilancia electrónica personal en calidad de préstamo, para que siga reportando señal al Centro de Monitoreo. En este supuesto, el equipo de campo debe devolver el dispositivo reparado o entregar uno nuevo al beneficiario dentro del plazo máximo de 24 horas desde que el centro de soporte técnico registró la orden de servicio.*	**Equipo de Campo**
15)	De las diligencias descritas en los pasos 11 al 14, el equipo técnico elabora un acta en el domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario, estableciendo con claridad la causa que generó la alerta (atribuible al beneficiario o a un defecto en el dispositivo o el servicio de monitoreo), así como la medida adoptada (reparación, cambio por uno nuevo, reinstalación) y el tiempo en que	**Equipo de Campo**

	llevó a cabo la diligencia. El acta es firmada por todos los intervinientes (equipo de campo, beneficiario y los que se encontraren presentes al momento de su elaboración) y remitida al Centro de Monitoreo.	
16)	Con el acta remitida por el equipo de campo, el Centro de Monitoreo procede a elaborar el "Informe de eventualidad de sensor choque activado", registrando dicho informe en el software de monitoreo y remitiéndolo además por vía regular al área correspondiente del INPE.	**Centro de Monitoreo**
17)	El área correspondiente del INPE, atendiendo a las circunstancias descritas en el informe, debe determinar si comunica de inmediato al Poder Judicial (cuando la alerta haya sido producto de acciones realizadas por el beneficiario que hayan atentado contra la continuidad del servicio) o si lo comunica en el informe mensual, por tratarse de una anomalía en el dispositivo.	**INPE**
18)	Si de la visita del equipo de campo al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario se verifica que éste no se encuentra en dichos lugares, se comunica telefónicamente de manera inmediata al centro de monitoreo. Seguidamente elabora un acta precisando dicha circunstancia y la remite al centro de monitoreo por la vía más célere.	**Equipo de Campo**
19)	Recibida la comunicación del equipo de campo, el Centro de Monitoreo se comunica inmediatamente por la vía más célere con el área correspondiente del INPE, a fin de informar de la alerta emitida resaltando que, de la visita efectuada por el equipo de campo, no se ubicó al beneficiario en su domicilio o punto de desplazamiento autorizado y remite el acta del equipo a través del sistema virtual habilitado para tales efectos.	**Centro de Monitoreo**
20)	Recibida la comunicación del centro de monitoreo, el área correspondiente del INPE se comunica inmediatamente con el personal de enlace de la PNP a fin que proceda conforme al "Protocolo de actuación interinstitucional ante la alerta de Huida del radio de acción o de desplazamiento" y se cumpla con la resolución judicial que ordena la ubicación y retención del beneficiario. Del mismo modo, se comunicará al Poder Judicial, según corresponda.	**INPE**

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

ACTUACIÓN FRENTE A LA EVENTUALIDAD: NO SE DETECTA MOVIMIENTO

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El Centro de Monitoreo recibe la alerta de "No se detecta movimiento"	**Centro de Monitoreo**
2)	Inmediatamente de recibida dicha alerta, el Centro de Monitoreo realiza una llamada al beneficiario (a través del dispositivo) -dentro de los tres minutos siguientes de haberse recibido la alerta- a fin de tomar contacto con él y determinar la medida a adoptar.	**Centro de Monitoreo**
3)	Si el beneficiario contesta la llamada, se le advertirá que se está produciendo la alerta de *No se detecta movimiento*, debiendo solicitarle que brinde detalles de la ocurrencia (**motivo de la alerta**); seguidamente se le exhortará a cumplir con los compromisos asumidos en el acta de la diligencia de otorgamiento del mecanismo; asimismo se le recordará los efectos negativos que le puede generar la alerta reportada.	**Centro de Monitoreo**
4)	Si el centro de monitoreo verifica que la alerta ha desaparecido, entonces con la información brindada por el beneficiario, registra dicha incidencia en el software de monitoreo, comunicando además al área correspondiente del INPE en el reporte de alertas.	**Centro de Monitoreo**
5)	Recibido el reporte de esta alerta, el área correspondiente del INPE procede a registrarla y determinar, atendiendo a las circunstancias descritas en el reporte, si comunica al Poder Judicial de manera inmediata o si por el contrario lo comunica en el informe mensual.	**INPE**
6)	Si el beneficiario no contesta la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo a través del dispositivo, realizará una llamada al teléfono fijo del domicilio o al teléfono móvil del beneficiario.	**Centro de Monitoreo**
7)	Si el beneficiario contesta la llamada, el centro de monitoreo procederá conforme a los pasos 3, y 4 del presente protocolo.	**Centro de Monitoreo**
8)	Si el beneficiario no contestara la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo a través del dispositivo, ni la llamada telefónica al domicilio en que viene cumpliendo	**Centro de Monitoreo**

	la medida; se registra esta incidencia, generándose una orden de servicio en el software de monitoreo que es comunicada inmediatamente al Centro de Soporte Técnico. Del mismo modo esta alerta se comunica de inmediato al INPE.	
9)	Recibida la comunicación del Centro de Monitoreo, el Centro de Soporte Técnico procederá a designar un equipo de campo a fin de realizar una visita al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario, programando la visita de manera inmediata (**no deberá exceder de 4 horas de producida la alerta).**	**Centro de Soporte Técnico**
10)	El equipo de campo realiza la visita en el plazo señalado. Una vez que se constituye en el domicilio o punto de desplazamiento autorizado, verifica si el beneficiario se encuentra o no en el mismo.	**Equipo de Campo**
11)	Si el equipo de campo encuentra al beneficiario en el domicilio o punto de desplazamiento autorizado, procede a verificar la identidad del mismo. Esta verificación se hace corroborando los datos del beneficiario consignados en su ficha de RENIEC (verificación en línea), entre otros recursos. Seguidamente levanta las observaciones correspondientes y toma razón de lo que señale el beneficiario.	**Equipo de Campo**
12)	Realizadas las verificaciones de identidad del beneficiario, el equipo de campo procede a evaluar el estado del dispositivo de vigilancia electrónica personal, debiendo establecer si la causa que originó la alerta de manipulación indebida del dispositivo es atribuible al beneficiario o a un defecto del dispositivo o del servicio de vigilancia electrónica personal.	**Equipo de Campo**
13)	Si de la evaluación realizada, se advierte que la causa es atribuible a algún problema técnico en el dispositivo o el servicio que imposibilite su monitoreo y que requiera de reparaciones o cambios, el equipo de campo puede: reinstalarlo, cambiarlo o realizarle las reparaciones necesarias para el óptimo funcionamiento.	**Equipo de Campo**
14)	Cuando resulte necesario, por las especiales reparaciones que requiera el dispositivo, el equipo de campo puede retornar al centro de soporte técnico, debiendo proporcionar al beneficiario un dispositivo de vigilancia electrónica personal en calidad de préstamo, para que	**Equipo de Campo**

	siga reportando señal al Centro de Monitoreo. En este supuesto, el equipo de campo debe devolver el dispositivo reparado o entregar uno nuevo al beneficiario dentro del plazo máximo de 24 horas desde que el centro de soporte técnico registró la orden de atención.	
15)	De las diligencias descritas en los pasos 11 al 14, el equipo técnico elabora un acta en el domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario, estableciendo con claridad la causa que generó la alerta (atribuible al beneficiario o a un defecto en el dispositivo o el servicio de monitoreo), así como la medida adoptada (reparación, cambio por uno nuevo, reinstalación) y el tiempo en que llevó a cabo la diligencia. El acta es firmada por todos los intervinientes (equipo de campo, beneficiario y los que se encontraren presentes al momento de su elaboración) y remitida al Centro de Monitoreo.	**Equipo de Campo**
16)	Con el acta remitida por el equipo de campo, el Centro de Monitoreo procede a elaborar el "Informe de eventualidad de no se detecta movimiento", registrando dicho informe en el software de monitoreo y remitiéndolo además por vía regular al área correspondiente del INPE.	**Centro de Monitoreo**
17)	El área correspondiente del INPE, atendiendo a las circunstancias descritas en el informe, debe determinar si comunica de inmediato al Poder Judicial (cuando la alerta haya sido producto de acciones realizadas por el beneficiario que hayan atentado contra la continuidad del servicio) o si lo comunica en el informe mensual, por tratarse de una anomalía en el dispositivo.	**INPE**
18)	Si de la visita del equipo de campo al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario se verifica que éste no se encuentra en dichos lugares, se comunica telefónicamente de manera inmediata al centro de monitoreo. Seguidamente elabora un acta precisando dicha circunstancia y la remite al centro de monitoreo por la vía más célere.	**Equipo de Campo**
19)	Recibida la comunicación del equipo de campo, el Centro de Monitoreo se comunica inmediatamente por la vía más célere con el área correspondiente del INPE, a fin de informar de la alerta emitida resaltando que, de la visita efectuada por el equipo de campo, no se ubicó al beneficiario en su domicilio o punto de desplazamiento autorizado y remite el acta del equipo a través del sistema virtual habilitado para tales efectos por la contratista.	**Centro de Monitoreo**

20)	Recibida la comunicación del centro de monitoreo, el área correspondiente del INPE se comunica inmediatamente con el personal de enlace de la PNP a fin que proceda conforme al "Protocolo de actuación interinstitucional ante la alerta de Huida del radio de acción o de desplazamiento" y se cumpla con la resolución judicial que ordena la ubicación y retención del beneficiario. Del mismo modo, se comunicará al Poder Judicial, según corresponda.	**INPE**

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

ACTUACIÓN FRENTE A LA EVENTUALIDAD: MANIPULACIÓN INDEBIDA DEL DISPOSITIVO DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El Centro de Monitoreo recibe la alerta de "Manipulación Indebida del dispositivo de vigilancia electrónica personal".	**Centro de Monitoreo**
2)	Inmediatamente de recibida dicha alerta, el Centro de Monitoreo realiza una llamada al beneficiario (a través del dispositivo) -dentro de los tres minutos siguientes de haberse recibido la alerta- a fin de tomar contacto con él y determinar la medida a adoptar.	**Centro de Monitoreo**
3)	Si el beneficiario contesta la llamada, se le advertirá que se está produciendo la alerta de manipulación indebida del dispositivo, debiendo solicitarle que brinde detalles de la ocurrencia (**motivo de la alerta**); seguidamente se le exhortará a cumplir con los compromisos asumidos en el acta de la diligencia de otorgamiento del mecanismo; asimismo se le recordará los efectos negativos que le puede generar la alerta reportada.	**Centro de Monitoreo**
4)	Si el centro de monitoreo verifica que la alerta ha desaparecido, entonces con la información brindada por el beneficiario, registra dicha incidencia en el software de monitoreo, comunicando además al área correspondiente del INPE, en el reporte de alertas.	**Centro de Monitoreo**

5)	Recibido el reporte de esta alerta, el área correspondiente del INPE lo registra y determina, atendiendo a las circunstancias si lo comunica de manera inmediata al Poder Judicial o si por el contrario lo comunica en el informe mensual.	**INPE**
6)	Si el beneficiario no contesta la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo a través del dispositivo, efectuará una llamada al teléfono fijo del domicilio o al teléfono móvil del beneficiario.	**Centro de Monitoreo**
7)	Si el beneficiario contesta la llamada, el centro de monitoreo procederá conforme a los pasos 3, y 4 del presente protocolo.	**Centro de Monitoreo**
8)	Si el beneficiario no contestara la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo a través del dispositivo, ni la llamada telefónica al domicilio en que viene cumpliendo la medida; se registra esta incidencia, generándose una orden de servicio en el software de monitoreo que es comunicada inmediatamente al Centro de Soporte Técnico. Del mismo modo esta alerta se comunica de inmediato al INPE.	**Centro de Monitoreo**
9)	Recibida la comunicación del Centro de Monitoreo, el Centro de Soporte Técnico designa un equipo de campo a fin de realizar una visita al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario, programando la visita correspondiente de manera inmediata.	**Centro de Soporte Técnico**
10)	El equipo de campo realiza la visita en el plazo señalado. Una vez que se constituye en el domicilio o punto de desplazamiento autorizado, verifica si el beneficiario se encuentra o no en el mismo.	**Equipo de Campo**
11)	Si el equipo de campo encuentra al beneficiario en el domicilio o punto de desplazamiento autorizado, procede a verificar la identidad del mismo. Esta verificación se hace corroborando los datos del beneficiario consignados en su ficha de RENIEC (verificación en línea), entre otros recursos. Seguidamente levanta las observaciones correspondientes y toma razón de lo que señale el beneficiario.	**Equipo de Campo**
12)	Realizadas las verificaciones de identidad del beneficiario, el equipo de campo procede a evaluar el estado del	**Equipo de Campo**

	dispositivo de vigilancia electrónica personal, debiendo establecer si la causa que originó la alerta de manipulación indebida del dispositivo es atribuible al beneficiario o a un defecto del dispositivo o del servicio de vigilancia electrónica personal.	
13)	Si de la evaluación realizada, se advierte que la causa es atribuible a algún problema técnico en el dispositivo o el servicio que imposibilite su monitoreo y que requiera de reparaciones o cambios, el equipo de campo puede: reinstalarlo, cambiarlo o realizarle las reparaciones necesarias para el óptimo funcionamiento.	**Equipo de Campo**
14)	Cuando resulte necesario, por las especiales reparaciones que requiera el dispositivo, el equipo de campo puede retornar al centro de soporte técnico, debiendo proporcionar al beneficiario un dispositivo de vigilancia electrónica personal en calidad de préstamo, para que siga reportando señal al Centro de Monitoreo. En este supuesto, el equipo de campo debe devolver el dispositivo reparado o entregar uno nuevo al beneficiario dentro del plazo de 24 horas (máximo 4 horas), desde que el centro de soporte técnico registró la orden de servicio.	**Equipo de Campo**
15)	De las diligencias descritas en los pasos 11 al 15, el equipo técnico elabora un acta en el domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario, estableciendo con claridad la causa que generó la alerta (atribuible al beneficiario o a un defecto en el dispositivo o el servicio de monitoreo), así como la medida adoptada (reparación, cambio por uno nuevo, reinstalación) y el tiempo en que llevó a cabo la diligencia. El acta es firmada por todos los intervinientes (equipo de campo, beneficiario y los que se encontraren presentes al momento de su elaboración) y remitida al Centro de Monitoreo.	**Equipo de Campo**
16)	Con el acta remitida por el equipo de campo, el Centro de Monitoreo procede a elaborar el "Informe de eventualidad de manipulación indebida del dispositivo de vigilancia electrónica personal", registrando dicho informe en el software de monitoreo y remitiéndolo además por vía regular al área correspondiente del INPE.	**Centro de Monitoreo**

17)	El área correspondiente del INPE, atendiendo a las circunstancias descritas en el informe, debe determinar si comunica de inmediato al Poder Judicial (cuando la alerta haya sido producto de acciones realizadas por el beneficiario que hayan atentado contra la continuidad del servicio) o si lo comunica en el informe mensual, por tratarse de una anomalía en el dispositivo.	**INPE**
18)	Si de la visita del equipo de campo al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario se verifica que éste no se encuentra en dichos lugares, se comunica telefónicamente de manera inmediata al centro de monitoreo. Seguidamente elabora un acta precisando dicha circunstancia y la remite al centro de monitoreo por la vía más célere.	**Equipo de Campo**
19)	Recibida la comunicación del equipo de campo, el Centro de Monitoreo se comunica inmediatamente por la vía más célere con el área correspondiente del INPE, a fin de informar de la alerta emitida resaltando que, de la visita efectuada por el equipo de campo, no se ubicó al beneficiario en su domicilio o punto de desplazamiento autorizado y remite el acta del equipo a través del sistema virtual habilitado para tales efectos.	**Centro de Monitoreo**
20)	Recibida la comunicación del centro de monitoreo, el área correspondiente del INPE se comunica inmediatamente con el personal de enlace de la PNP a fin que proceda conforme al "Protocolo de actuación interinstitucional ante la alerta de Huida del radio de acción o de desplazamiento" y se cumpla con la resolución judicial que ordena la ubicación y retención del beneficiario. Del mismo modo, se comunicará al Poder Judicial, según corresponda.	**INPE**

PROTOCOLO DE EJECUCIÓN

ACTUACIÓN FRENTE A LA EVENTUALIDAD: RETIRO DEL DISPOSITIVO

Paso	Descripción del procedimiento	Gestor
1)	El Centro de Monitoreo recibe la alerta de "Retiro de dispositivo"	**Centro de Monitoreo**

2)	Inmediatamente de recibida dicha alerta, el Centro de Monitoreo realiza una llamada al beneficiario (a través del dispositivo) –dentro de los tres minutos siguientes de haberse recibido la alerta– a fin de tomar contacto con él y determinar la medida a adoptar.	**Centro de Monitoreo**
3)	Si el beneficiario contesta la llamada, se le advertirá que se está produciendo la alerta de *Retiro de Dispositivo*, debiendo solicitarle que brinde detalles de la ocurrencia (**motivo de la alerta**); seguidamente se le exhortará a cumplir con los compromisos asumidos en el acta de la diligencia de otorgamiento del mecanismo; asimismo se le recordará los efectos negativos que le puede generar la alerta reportada.	**Centro de Monitoreo**
4)	Si el centro de monitoreo verifica que la alerta ha desaparecido, entonces con la información brindada por el beneficiario, registra dicha incidencia en el software de monitoreo, comunicando además de manera inmediata, al área correspondiente del INPE, el reporte de la alerta con el informe correspondiente.	**Centro de Monitoreo**
5)	Recibido el reporte de esta alerta, el área correspondiente del INPE procede a registrarla y comunicar al Poder Judicial de manera inmediata, de ser el caso.	**INPE**
6)	Si el beneficiario no contesta la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo a través del dispositivo, realizará una llamada al teléfono fijo del domicilio o al teléfono móvil del beneficiario.	**Centro de Monitoreo**
7)	Si el beneficiario contesta la llamada, el centro de monitoreo procederá conforme a los pasos 3, y 4 del presente protocolo.	**Centro de Monitoreo**
8)	Si el beneficiario no contestara la llamada efectuada por el Centro de Monitoreo a través del dispositivo, ni la llamada telefónica al domicilio en que viene cumpliendo la medida; se registra esta incidencia, generándose una orden de servicio en el software de monitoreo que es comunicada inmediatamente al Centro de Soporte Técnico. Del mismo modo esta alerta se comunica de inmediato al INPE.	**Centro de Monitoreo**
9)	Recibida la comunicación del Centro de Monitoreo, el Centro de Soporte Técnico procederá a designar un equipo de campo a fin de realizar una visita al	**Centro de Soporte Técnico**

	domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario, programando la visita de manera inmediata (4 horas como máximo de reportada la alerta).	
10)	El equipo de campo realiza la visita en el plazo señalado. Una vez que se constituye en el domicilio o punto de desplazamiento autorizado, verifica si el beneficiario se encuentra o no en el mismo.	**Equipo de Campo**
11)	Si el equipo de campo encuentra al beneficiario en el domicilio o punto de desplazamiento autorizado, procede a verificar la identidad del mismo. Esta verificación se hace corroborando los datos del beneficiario consignados en su ficha de RENIEC (verificación en línea), entre otros recursos. Seguidamente levanta las observaciones correspondientes y toma razón de lo que señale el beneficiario.	**Equipo de Campo**
12)	Realizadas las verificaciones de identidad del beneficiario, el equipo de campo procede a evaluar el estado del dispositivo de vigilancia electrónica personal, debiendo establecer si la causa que originó la alerta de manipulación indebida del dispositivo es atribuible al beneficiario o a un defecto del dispositivo o del servicio de vigilancia electrónica personal.	**Equipo de Campo**
13)	Si de la evaluación realizada, se advierte que la causa es atribuible a algún problema técnico en el dispositivo o el servicio que imposibilite su monitoreo y que requiera de reparaciones o cambios, el equipo de campo puede: reinstalarlo, cambiarlo o realizarle las reparaciones necesarias para el óptimo funcionamiento.	**Equipo de Campo**
14)	Cuando resulte necesario, por las especiales reparaciones que requiera el dispositivo, el equipo de campo puede retornar al centro de soporte técnico, debiendo proporcionar al beneficiario un dispositivo de vigilancia electrónica personal en calidad de préstamo, para que siga reportando señal al Centro de Monitoreo. En este supuesto, el equipo de campo debe devolver el dispositivo reparado o entregar uno nuevo al beneficiario dentro del plazo máximo de 24 horas desde que el centro de soporte técnico registró la orden de servicio.	**Equipo de Campo**

15)	De las diligencias descritas en los pasos 11 al 14, el equipo técnico elabora un acta en el domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario, estableciendo con claridad la causa que generó la alerta (atribuible al beneficiario o a un defecto en el dispositivo o el servicio de monitoreo), así como la medida adoptada (reparación, cambio por uno nuevo, reinstalación) y el tiempo en que llevó a cabo la diligencia. El acta es firmada por todos los intervinientes (equipo de campo, beneficiario y los que se encontraren presentes al momento de su elaboración) y remitida al Centro de Monitoreo.	**Equipo de Campo**
16)	Con el acta remitida por el equipo de campo, el Centro de Monitoreo procede a elaborar el "Informe de eventualidad de retiro de dispositivo", registrando dicho informe en el software de monitoreo y remitiéndolo además por vía regular al área correspondiente del INPE, de manera inmediata.	**Centro de Monitoreo**
17)	El área correspondiente del INPE, atendiendo a las circunstancias descritas en el informe, debe determinar si comunica de manera inmediato al Poder Judicial (cuando la alerta haya sido producto de acciones realizadas por el beneficiario que hayan atentado contra la continuidad del servicio) –por configurar ello una alerta muy grave–, o si lo comunica en el informe mensual, por tratarse de una anomalía en el dispositivo.	**INPE**
18)	Si de la visita del equipo de campo al domicilio o punto de desplazamiento del beneficiario se verifica que éste no se encuentra en dichos lugares, se comunica telefónicamente de manera inmediata al centro de monitoreo. Seguidamente elabora un acta precisando dicha circunstancia y la remite al centro de monitoreo por la vía más célere.	**Equipo de Campo**
19)	Recibida la comunicación del equipo de campo, el Centro de Monitoreo se comunica inmediatamente por la vía más célere con el área correspondiente del INPE, a fin de informar de la alerta emitida resaltando que, de la visita efectuada por el equipo de campo, no se ubicó al beneficiario en su domicilio o punto de desplazamiento autorizado y remite el acta del equipo a través del sistema virtual habilitado para tales efectos.	**Centro de Monitoreo**

20)	Recibida la comunicación del centro de monitoreo, el área correspondiente del INPE se comunica inmediatamente con el personal de enlace de la PNP a fin que proceda conforme al "Protocolo de actuación interinstitucional ante la alerta de Huida del radio de acción o de desplazamiento" y se cumpla con la resolución judicial que ordena la ubicación y retención del beneficiario. Del mismo modo, se comunicará al Poder Judicial, según corresponda.	**INPE**

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1382

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, mediante Ley N° 30823, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado, por un plazo de sesenta (60) días calendario;

Que, el literal b) del numeral 4 del artículo 2 del citado dispositivo legal establece la facultad de legislar para fortalecer el marco jurídico para la prevención y protección de violencia contra la mujer y grupo familiar, así como de víctimas de casos de acoso, acoso en espacios públicos, tentativa de feminicidios, feminicidio, violación sexual y violación sexual de menores de edad, así como para la sanción efectiva ante la comisión de dichos delitos;

Que, resulta necesario incorporar en la legislación procesal penal precisiones normativas, a fin de fortalecer la lucha contra el feminicidio y la violencia sexual; proteger a mujeres, niñas, niños y adolescentes de tales formas de violencia y sancionar los delitos de forma efectiva, en concordancia con la gravedad de la vulneración de derechos;

De conformidad con lo establecido en el literal b) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley N° 30823, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado, y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 161 Y 471 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, PROMULGADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 957

Artículo 1.- Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto eliminar los efectos de la confesión sincera en los delitos de feminicidio y contra la libertad sexual, así como los efectos de la terminación anticipada en el delito de feminicidio, para la aplicación de una pena proporcional en relación con la afectación de los bienes jurídicos protegidos por dichos delitos.

Artículo 2.- Modificación de los artículos 161 y 471 del Código Procesal Penal

Modifícanse los artículos 161 y 471 del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo Nº 957, en los términos siguientes:

"Artículo 161. Efecto de la confesión sincera

(...)

Este beneficio también es inaplicable en los casos de delitos previstos en los artículos 108-B, 170, 171, 172, 173 y 174, así como en sus formas agravadas previstas en el artículo 177 del Código Penal."

"Artículo 471. Reducción adicional acumulable

(...)

La reducción de la pena por terminación anticipada tampoco procede en el caso del delito previsto en el artículo 108-B del Código Penal."

Artículo 3. Refrendo

El presente Decreto Legislativo es refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, y la Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

Única. Solicitudes en trámite

La presente norma no resulta aplicable a las solicitudes de confesión sincera y de terminación anticipada en trámite.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintisiete días del mes de agosto del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO
Presidente del Consejo de Ministros

VICENTE ANTONIO ZEBALLOS SALINAS
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

ANA MARÍA MENDIETA TREFOGLI
Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

JURISPRUDENCIA

ACUERDO PLENARIO Nº 1-2008/CJ-116

REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Su-

premo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los Plenos Jurisdiccionales Distritales, Regionales y Nacional de Magistrados de lo Penal realizados en Arequipa, Lima e Iquitos entre los años dos mil siete y junio de dos mil ocho, que analizaron y decidieron sobre los alcances hermenéuticos de las Leyes número 28726 y 28730, en lo que atañe (**1**) a las circunstancias de reincidencia y habitualidad (artículos 46°, incisos 12 y 13, 46° B, 46° C, y 69° del Código Penal); así como (**2**) al concurso real de delitos (artículos 50° y 51° del Código Penal). Particularmente en lo referente a sus presupuestos y requisitos legales, así como sobre sus efectos en la determinación de la pena concreta.

Dado que la sentencia del Tribunal Constitucional número 0014-2006-PI/TC, del diecinueve de enero de dos mil siete, declaró la constitucionalidad de las reformas legales que introdujeron las aludidas circunstancias, corresponde ahora al Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia definir las reglas más idóneas para su adecuada aplicación, partiendo, para ello, de la evaluación de los siguientes problemas:

a. La operatividad paralela de las mismas circunstancias de reincidencia y habitualidad en disposiciones legales con funciones diferentes: artículos 46°, incisos 12 y 13, del Código Penal (circunstancias genéricas y comunes); y, 46° B y 46° C del citado Código (circunstancias cualificadas de agravación).

b. La eficacia de las agravantes cualificadas de los artículos 46° B y 46° C del Código Penal sobre reincidencia y habitualidad para la determinación judicial de la pena concreta.

c. Implicancias de los efectos de la agravante cualificada del artículo 46° C del Código Penal sobre habitualidad frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos de los artículos 50° y 51° del mismo Código.

d. Elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46° B del Código Penal sobre reincidencia y 46° C del citado Código sobre habitualidad

e. Determinación de la pena en caso de concurrencia de la circunstancia cualificada del artículo 46° A del Código Penal, con las previstas en los artículos 46° B o 46° C del mismo Cuerpo de Leyes.

f. Límites de la penalidad derivada de las agravantes de los artículos 46° B y 46° C del Código Penal

g. Eficacia de los antecedentes penales en los casos de reincidencia según los artículos 46° B y 69° *in fine* del Código Penal.

4°. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Prado Saldarriaga, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6°. El órgano jurisdiccional en una sentencia penal 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

corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida ("individualización de la sanción").

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.

7º 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 sólo 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. Lo cual 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.

En un nivel operativo y práctico la determinación judicial de la pena tiene lugar a través de etapas. Generalmente se alude a dos etapas secuenciales.

En la primera etapa, el Juez debe determinar la pena básica. Esto es, 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 108º se reprime el delito de asesinato consignando sólo el extremo mínimo de la pena que se señala en quince años. Para conocer el máximo se deberá recurrir al artículo 29º que contempla como límite genérico de las penas privativas de libertad temporales treinta y cinco años.

En la segunda etapa, 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 46º, 46º A, 46º B y 46º C del Código Penal y que estén presentes en el caso penal.

8º. Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridici-

dad 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 aquellas que pueden operar con cualquier delito, por ejemplo las circunstancias previstas en el artículo 46º del Código Penal. Esta clase de circunstancias sólo permiten graduar la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por la pena básica. En cambio las circunstancias cualificadas, si bien pueden operar también con cualquier delito, como el caso del artículo 46º A del Código Penal, ellas disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena y 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*"). Será hasta este nuevo máximo legal la pena básica y dentro de la cual el juez deberá determinar la pena concreta.

9º. Un aspecto importante en la relación circunstancias y determinación judicial de la pena, es el que corresponde a la concurrencia de circunstancias en un caso penal. Esto es, que en la causa puedan estar presentes varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes o, simultáneamente, circunstancias agravantes y atenuantes. 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 circunstancia concurrente. Esto es, toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta.

Por tanto, a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor. Igualmente, 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 de aumento y disminución de la sanción, pudiendo situarse la pena concreta en el ámbito medio de la pena básica (González Cussac, José L.: *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal*, Universidad de Valencia, Valencia, mil novecientos ochenta y ocho, página doscientos veintidós).

Sin embargo, es pertinente destacar que la concurrencia simultánea o sucesiva de varias circunstancias sólo 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 (artículo 297º, inciso 4, del Código Penal) y escaso volumen del objeto de acción del delito (artículo 298º del Código Penal).

10º. La deficiente técnica legislativa que se detecta en la redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos en los artículos 46º A y 46º B del Código Penal debe subsanarse por el juez para aplicar con sentido de equidad dichas disposiciones. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional deberá recurrir a criterios de interpretación de la ley penal que tomen en cuenta la finalidad del legislador, los antecedentes legislativos nacionales y extranjeros de la materia, así como la función dogmática y político criminal de las normas examinadas. Esto es, el juez deberá de aplicar -en lo pertinente de modo integrado- los métodos teleológico, histórico y sistemático de interpretación de la ley penal que reconoce la doctrina a fin de alcanzar un resultado hermenéutico razonable, útil y legítimo. Como advierte la doctrina: *"El intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver"* (Hurtado Pozo, José: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, dos mil cinco, página doscientos veinte y siguientes).

En este contexto, la reincidencia y la habitualidad, como circunstancias cualificadas de agravación, deben aplicarse tomando en cuenta su función represiva diferenciada, así como la distinta construcción normativa y de efectividad punitiva que a cada una de ellas les ha dado el legislador. Sin embargo, el juez debe también, en lo posible, armonizar la eficacia de tales circunstancias con la que legalmente corresponde a las demás disposiciones del Código Penal preexistentes y posteriores a la Ley número 28726.

11º. La sucesión de leyes penales en el tiempo se rige por las exigencias del principio de legalidad y por el principio de favorabilidad frente a la duda razonable sobre su eficacia o alcance interpretativo. Estos criterios rectores,

plenamente seguidos por la doctrina penal y constitucional, resultan idóneos para resolver el conflicto normativo que se presenta entre los párrafos finales de los artículos 46º B del Código Penal sobre reincidencia y 69º del Código Penal sobre cancelación de antecedentes penales por cumplimiento de la pena impuesta. No obstante, como lo han destacado los expertos, en el examen de la favorabilidad de una ley penal frente a otra el Juez no debe limitarse a realizar un análisis meramente abstracto sino que él debe posesionarse dentro de las coordenadas específicas del caso concreto que debe resolver (Hurtado Pozo, José: *Obra citada*, página trescientos y siguientes).

12º. La reincidencia es, sin duda alguna, una institución muy polémica. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Esa calificación, como es evidente, tiene un alto valor simbólico social. El Tribunal Constitucional, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio.

Desde una perspectiva general se puede calificar de reincidente a quien por la repetición de hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el *plus* de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva.

Los requisitos para la calificación de reincidencia, en función a una interpretación gramatical y sistemática del artículo 46° B del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del artículo 69° del citado Código, en su versión establecida por la Ley número 28730, del trece de junio de dos mil seis, son los siguientes:

1. Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva.
2. Los delitos -se excluyen las faltas- antecedente y posterior han de ser dolosos. El delito posterior debe de cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.

3. No hace falta que el delito posterior esté en el mismo Título del Código, o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata, por consiguiente, de una reincidencia genérica.

4. El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad -condición básica para calificar de reincidente a un delincuente-, es de cinco años. Para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46°C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpetrarse "*...en un lapso que no exceda de cinco años*".

5. Es una circunstancia personal e incomunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.

Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos. El *primero*, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva -que establece la fecha exacta de la excarcelación-; en defecto de uno o ambos documentos registrales, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El *segundo*, como la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales. Por tanto, no puede establecerse de oficio, sin el debate procesal respectivo, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción.

Respecto de la medida de la pena al reincidente es de indicar lo siguiente:

A. La especialidad de la agravación de la pena por reincidencia se fundamenta básicamente, como ya se indicó, por razones de prevención especial -vida del autor anterior al delito- y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho -no representa una causa de aumento de culpabilidad- (Choclán Montalvo, José Antonio: *Individualización judicial de la pena*, Editorial Colex, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página ciento noventa y siete). Si la culpabilidad es un principio

estructural básico del Derecho penal, una de sus consecuencias es la función limitadora de la pena que debe cumplir dicho principio.

B. Establecida la calidad de reincidente del agente, y como la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento una pena merecida por otro hecho punible anterior y ya sancionado, el órgano jurisdiccional deberá determinar hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad concreta –primera operación adicional–. Es evidente que las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué empezar y, en su caso, agotar el tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

   El marco penal adecuado a la culpabilidad por el hecho debe ir referido necesariamente a un concreto autor y a las circunstancias del hecho realizado; y, hasta dicho límite, no hay ya razones para excluir las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor, esto es, evitar su recaída en el delito (JAÉN VALLEJO, MANUEL: *Justicia penal contemporánea,* Editorial Librería Portocarrero, Lima, dos mil dos, página cincuenta y nueve).

C. Dentro del marco establecido por la culpabilidad: determinación de un marco, necesariamente ampliado en sus posibilidades legales en virtud del artículo 46° B del Código Penal, tiene lugar la segunda operación adicional -efectos punitivos concretos de la reincidencia-, con la que culmina la individualización de la pena.

   En este nivel se ha de tener en cuenta que la culpabilidad por el hecho pudo agravarse por haberse rebelado el autor contra normas sociales cuya validez le queda clara por medio de una condena anterior por un nuevo delito doloso. Sin embargo, la agravación de la pena sólo se producirá cuando el sujeto manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídico afectado y que no ha sido impresionado por la pena anterior, al punto de evidenciar que la sanción impuesta no le ha conducido a llevar un comportamiento social adecuado a la norma. Por lo que debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor, reincidente, que no haya tomado como advertencia la anterior condena [así, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del dieciséis de enero de mil novecientos setenta y nueve, BverfGE 50, 125 ss].

13°. Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en torno a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación:

a. *Sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias en disposiciones legales con funciones diferentes.* Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional.

b. *Sobre la eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación judicial de la pena concreta.* La condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el *nuevo máximo de la pena básica* será el límite fijado por el artículo 46° B para dicho tipo de agravante (*un tercio o una mitad por encima* del máximo original).

c. *Sobre la operatividad de la agravante cualificada del artículo 46° C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos.* Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada se deberán aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en el lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los artículos 50° y 51° del Código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo 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 sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena

privativa de libertad por condena anterior. Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el artículo 111º del Código Penal de mil novecientos veinticuatro. Además resulta similar al considerado por el artículo 46º C del Código Penal vigente para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser de igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente

En cuanto a la habitualidad, ella se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo. Además la habitualidad requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza. Esta especialidad en la reiterancia indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

e. *Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de circunstancias cualificadas del artículo 46º A, con las previstas por los artículos 46º B o 46º C.* Si concurrieran las agravantes cualificadas del artículo 46º A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las de reincidencia o habitualidad se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el artículo 46º 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 46º B y 46º C.* En coherencia con los límites punitivos fijados en los artículos 29º, 46º A, 50º y 51º 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 sólo se aplicará dicha pena.

g. *Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia según los artículos 46º B y 69º in fine.* La reforma del artículo 69º del Código Penal, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo lugar mediante la Ley número 28730, del trece de mayo de

dos mil seis. Esto es, cuatro días después que la Ley número 28726 que introdujo el artículo 46° B del Código Penal sobre la agravante de reincidencia. Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así el párrafo *in fine* del nuevo texto del artículo 69°, donde se dispone que "*La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena.*", derogó el párrafo final del artículo 48° B del Código Penal que establecía que *"A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados"*. De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley número 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 sólo 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.

III. DECISIÓN

14°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

15°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° y 13°, literales *a, b, c, d, e, f,* y *g,* para la configuración de las agravantes por reincidencia y habitualidad, así como para la determinación de la pena concreta en tales casos.

16° PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Or-

gánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

17. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss. Gonzales Campos / San Martín Castro / Villa Stein / Lecaros Cornejo / **Prado Saldarriaga** / Rodríguez Tineo / Valdez Roca / Rojas Maraví / Ponce De Mier / Molina Ordoñez / Santos Peña / Vinatea Medina / Príncipe Trujillo / Pariona Pastrana / Zecenarro Mateus / Calderón Castillo / Urbina Ganvini.

ACUERDO PLENARIO Nº 4-2009/CJ-116

DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CONCURSO REAL DE DELITOS

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto

de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el concurso real de delitos y la pena que corresponde imponer en estos casos. En especial, la concreción de los criterios para su identificación jurídico material y las reglas que le son inherentes para la determinación de la pena, así como el ámbito del poder de definición penológica del órgano jurisdiccional en orden al objeto del debate y las potestades que resultan cuando media recurso acusatorio.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores San Martín Castro y Prado Saldarriaga, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *El concurso real de delitos.*

6°. El artículo 50° del Código Penal -en adelante, CP- regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [Villavicencio Terreros, Felipe: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo.

El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos.

Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de delitos independientes.

C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto–, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [García Cavero, Percy: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los

presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

7°. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado "principio de acumulación". El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito –límites mínimo y máximo o pena básica– en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

   En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

   Finalmente, el artículo 50° CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería

la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

8°. Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51° CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: *X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluido él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública.* Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185° CP), falsedad documental (artículo 427° CP) y lesiones graves (artículo 121° CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves.

Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de delitos.

B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.

C. Unidad de autor.

9°. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un sólo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [Hurtado Pozo, José: *Manual de Derecho Penal. Parte General* I, 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, Página 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51° CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50° CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51° CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

§ 2. *El concurso real de faltas.*

10°. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50°-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según este artículo: "*Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado*".

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.

B. Pluralidad de faltas independientes.

C. Pluralidad de personas perjudicadas.

D. Unidad de autor.

11°. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente *"...infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,..."*.

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50°-A CP: *"...será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado."*. Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50° y 51° CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una *"pena privativa de libertad prevista"*, la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro Tercero del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440°.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440° CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441° CP o contra el patrimonio del artículo 444° CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia -pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes- que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales.

Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50º-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y que era el siguiente: *"Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado"*. La redacción proyectada aludía, pues, a un "delito" y no una falta, por lo que sí era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50°-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial El Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, página 403452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: "*Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado*".

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantas faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad.

En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas la penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34º CP (*ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales*) y 440º.4 CP (*ciento ochenta días-multa*), respectivamente.

§ 3. *Acusación fiscal y congruencia.*

12°. La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225°.2 del Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACPP- y 349°.1-b del Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-). Un requisito formal de la acusación es, precisamente, su exhaustividad y concreción -debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225° ACPP o 349°.1 NCPP-. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión.

La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 21° y 22° CP, y artículos 136° ACPP o 161° NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48°/50° CP).

Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, dedicado a la aplicación de la pena-. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos -concurso ideal, concurso real, delito continuado y delito masa-, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados [Quintero Olivares, Gonzalo: *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, página 747].

13°. Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión -así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes en el ámbito de la pena- debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación procesal o de información judicial -cuyo

eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos-.

El planteamiento de la tesis, según el artículo 285°-A ACPP, sólo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Sólo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal -inmutable en sí mismo- y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado.

Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación.

Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos -por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate-. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aun cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto -de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas-, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna.

Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico jurídicos mayores a la teoría del delito, pues ésta se cumple sin ninguna complejidad en relación con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer [Quintero Olivares, Gonzalo, *Obra citada*, página 748].

14°. El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350°.1 NCPP, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes -y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser deducida de oficio por el Tribunal- la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección -casos de una acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal-. El artículo 374°.1 NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. El artículo 387°.2 NCPP otorga al Fiscal la facultad solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones justificativas para hacerlo. Éste sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal.

15°. Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el Fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena.

Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e individualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Ésta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España.

16°. Los artículos 225° y 273° ACPP y 349°.1 y 387°.1 NCPP exigen que el Fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285°-A.4 ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada. El artículo 397°.3 NCPP, sin embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El *petitum* o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego –y en la concepción asumida por el NCPP– tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de la organización del Estado [Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel: *La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal.* En: Revista del Poder Judicial, Edición CGPJ, Madrid, Iberius, 2004, página 30].

El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

17°. El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal -por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria-.

En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer

la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.

No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo -que es la pauta legal fijada por el NCPP-, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).

Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal [Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel: *Obra citada,* página 33].

18°. Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal *Ad Quem*.

Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el Fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del Fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha valer cuando formuló acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50° CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aún cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal.

Si, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la

pena impuesta no es compatible con el marco penal legalmente establecido -incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50° CP-, en aplicación del principio de interdicción de la reforma peyorativa (artículos 300°.1 ACPP y 409°.3 NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso.

III. DECISIÓN

19°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

20°. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 18°.

21°. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

22°. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

SS. Gonzales Campos / **San Martín Castro** / Lecaros Cornejo / **Prado Saldarriaga** / Rodríguez Tineo / Valdez Roca / Barrientos Peña / Biaggi Gómez / Molina Ordoñez / Barrios Alvarado / Príncipe Trujillo / Barandiarán Dempwolf / Neyra Flores / Calderón Castillo / Zevallos Soto

ACUERDO PLENARIO Nº 5-2009/CJ-116

PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA: ASPECTOS ESENCIALES

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supre-

mos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre diversos aspectos del proceso especial de terminación anticipada. En concreto, sobre su viabilidad en la etapa intermedia del proceso común u ordinario, la posibilidad de emitir sentencia absolutoria a pesar de existir un acuerdo entre las partes, los criterios para determinar la aplicación del beneficio de rebaja de un sexto sobre la pena, los alcances de la aplicación de la atenuación excepcional por confesión sincera, y la procedencia y alcances, en su caso, de la apelación del auto que desaprueba el acuerdo de terminación anticipada y de la sentencia anticipada.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Neyra Flores, quien, con la intervención del señor San Martín Castro, expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada.*

6°. La terminación anticipada es un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada. Su regulación, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, Sección V, artículos 468°/471°, del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACPP-, se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél.

Por tanto, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso de terminación anticipada o las disposiciones y su estructura procesal.

§ 2. *El tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el NCPP*

7°. El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias. Así fluye de lo dispuesto en el artículo 468°. 4 y 5 NCPP. Al haberse regulado para todo tipo de delitos -ámbito de aplicación general- y sometido sus reglas a una pauta unitaria, es obvio que, por razones de coherencia normativa y de primacía de la ley posterior que reemplaza un instituto legal determinado, las disposiciones del NCPP han venido a reemplazar a las disposiciones procesales penales especiales, tales como las Leyes número 26320 y 28008. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros -Ley número 28008-, las normas de contenido relevantemente penal material y las reglas procesales específicas vinculadas a las primeras y al modo cómo se han regulado estos

delitos siguen rigiendo, tal es el caso de los literales c), d) y e), y los cinco párrafos finales del artículo 20°.

8°. El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada -sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado- [fase inicial], hasta la realización de la audiencia respectiva [fase principal] y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipada [fase decisoria]. Es claro, por lo demás, que audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

Es condición de la realización de la citada audiencia que la solicitud de terminación anticipada pase el examen judicial de admisibilidad y procedencia. Además, el Juez ha de revisar si el imputado tiene debido conocimiento de los alcances y consecuencia del acuerdo al que puede llegar -es, precisamente, el segundo paso de la audiencia, inmediatamente después de la presentación de los cargos por la Fiscalía-. El consentimiento del imputado, visto el carácter dispositivo de la pretensión o los efectos que entraña, ha de ser libre, voluntario -sin presiones o amenazas-, informado, prestado con el auxilio de un abogado defensor, y con pleno conocimiento de lo que hace o deja de hacer y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo.

9°. Si es que las partes arriban a un acuerdo -que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad-, corresponde al Juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena.

10°. El control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes:

A. El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible.

B. El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad -esto es lo que se denomina 'pena básica'-. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil -siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil- y de las consecuencias accesorias.

C. La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente -probabilidad delictiva- **(i)** de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y **(ii)** que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

11°. El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del *quantum* de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses legítimos de la víctima. Por consiguiente, sólo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo.

12°. El análisis que corresponde al Juez Penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales concernidas es ciertamente distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el Juez en el proceso común luego del juicio oral. En este último el Juez aprecia y valora los actos de prueba y puede aplicar criterios como el *in dubio pro reo* para absolver al imputado, lo que en cierta medida no es posible en el proceso de terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocimos para su conformación sobre la base del consenso procesal.

Es claro, atento a lo expuesto, que el Juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque

una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

§ 4. ***Beneficios en el proceso especial de terminación anticipada.***

13°. La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica -definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes-, como al establecimiento de la pena concreta o final -que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad-.

El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba -juicios de legalidad y razonabilidad de la pena-, corresponde realizar al Juez.

14°. El artículo 471° NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Ésta última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161° NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación.

Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre ésta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte -es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada-. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efecto de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión.

§ 5. *Recursos en el proceso especial de terminación anticipada.*

15°. Uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley. Integra el presupuesto procesal objetivo del recurso. En este sentido, cada recurso tiene su propia regulación, pues está diseñado para cada situación específica, en cuya virtud no se admite un recurso cuando corresponde otro, lo que es propio del principio de singularidad.

El gravamen o agravio integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso. La admisión de un recurso está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte procesal concernida o impugnante. Ésta, como consecuencia del principio dispositivo -eje esencial del sistema de recursos en toda clase de procesos jurisdiccionales-, debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado, que debe provenir de la parte resolutiva de la resolución judicial.

16°. El artículo 468°.7 NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales –se entiende fuera de Fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo–. Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general establecida por el artículo 416°.1 NCPP, que determina como objeto impugnable en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia –literal b)– o, en su caso, los que causen gravamen irreparable –literal e)–.

No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416°.1. b) y e) NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido

proceso en el ámbito del derecho al recurso -pluralidad de la instancia- respecto de las decisiones que causan estado.

§ 6. *Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común*

17°. Dentro de la estructura del proceso común, la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal.

El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular –etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero–. Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal (artículo 468°.1 NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación, acto de postulación que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada.

18°. El artículo 350°.1.e) NCPP autoriza a las partes procesales, distintas del Fiscal, instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad, entendido en sentido amplio. Se discute si esta norma permitiría que en sede de etapa intermedia se instaure el proceso de terminación anticipada, bajo el entendido de que este último expresa un criterio de oportunidad procesal.

Ya se ha dejado sentado las diferencias sustantivas entre el proceso especial de terminación anticipada y la etapa intermedia del proceso común. El primero tiene como eje el principio del consenso y una de sus funciones es la de servir a la celeridad procesal, mientras que la segunda tiene como elemento nuclear el principio de contradicción y el cuestionamiento –en la medida de lo posible y como alternativa más fuerte de la potestad de control de la legalidad de que está investido el órgano jurisdiccional– de la pretensión

punitiva del Ministerio Público. El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca, en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas procesales, sólo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o 'criterios' contemplados en el artículo 2° NCPP. Los mecanismos alternativos que buscan respuestas basadas en la idea del consenso (terminación anticipada, conformidad procesal y colaboración eficaz), por su propia especificidad y singularidad, unido a los controles jurisdiccionales que corresponde realizar, están sometidos a un procedimiento determinado, que no tiene las características, alcances y metodología de la audiencia preliminar de control de la acusación.

Por otro lado, es de acotar que cuando el citado artículo 350°.1.e) NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, sólo remite al artículo 2° NCPP. La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el artículo 230° del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo "criterios de oportunidad", los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado artículo 2° NCPP.

19°. A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no sólo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos que permite el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471° NCPP por no cumplir su finalidad político criminal.

20°. La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concernido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de

terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal.

Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de esta audiencia, pues como señala el artículo 468°.3 NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible.

21°. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo I.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139°.14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal.

III. DECISIÓN

22°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

23. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° al 21°.

24°. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

25°. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

SS. Gonzales Campos / **San Martín Castro** / Lecaros Cornejo / Prado Saldarriaga / Rodríguez Tineo / Valdez Roca / Barrientos Peña / Biaggi Gómez / Molina Ordoñez / Barrios Alvarado / Príncipe Trujillo / Neyra Flores / Barandiarán Dempwolf / Calderón Castillo / Zevallos Soto

ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116

NUEVOS ALCANCES DE LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema en los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y

de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la conclusión anticipada del debate oral, previsto en el artículo 5° de la Ley número 28122. Específicamente resolvió abordar la institución procesal de la conformidad; y, en concreto, la oportunidad procesal para acogerse a la conformidad, las posibilidades existentes para declarar la conformidad parcial, la convocatoria como testigo del imputado conformado, el alcance de los efectos vinculantes de la conformidad del acusado, la medición de la pena en relación con la conformidad y la confesión, y la conformidad y el objeto civil del proceso penal.

4°. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad [con un voto en contra respecto al primer y cuarto punto de la decisión], se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *La conformidad. Alcances generales.*

6°. El artículo 5° de la Ley número 28122 incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la conformidad, de fuente hispana. En su virtud, estipuló que una vez que el Tribunal de mérito inste al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia conformada respectiva.

Sólo será posible, al margen de la denominada "conformidad absoluta" [hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil; es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se limita al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas], pero siempre en ese marco de aceptación de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios -prueba instrumental y alguna diligencia documentada preconstituida-, acerca de la pena y reparación civil -de su entidad o de su cuantía- ("conformidad limitada o relativa").

Asimismo, el numeral 4) del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar lugar a una "conformidad parcial", según algún o algunos acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que "*...la Sala estime que [no] se afectaría el resultado del debate oral*".

7°. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1766-2004/Callao, del veintiuno de septiembre de dos mil cuatro, (**1**) diferenció lo que debe entenderse por 'confesión' como medio de prueba y 'confesión' como admisión de los cargos contenidos en la acusación fiscal de cara a la conformidad procesal, más allá de que la Ley utilizó el mismo vocablo para ambas instituciones. Igualmente, (**2**) afirmó la potestad del Tribunal, con independencia de la posición adoptada por el imputado y su defensa –si opta por la conformidad absoluta o la conformidad limitada– de poder fijar la pena con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad –siempre, claro está, que no rebase el pedido de pena del Ministerio Público, pues ese límite se corresponde con una de

las características favorables de esa institución–. También (3) reconoció que el Tribunal de mérito, si advierte que el hecho aceptado es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación, puede dictar la sentencia que corresponda.

Por otro lado, dicha Sala en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 2206-2005/Ayacucho, del doce de julio de dos mil cinco, precisó que las sentencias conformadas no están precedidas del veredicto o "cuestiones de hecho", y aclaró que la aplicación del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós genera un procedimiento en el que no existe actividad probatoria alguna dirigida a verificar las afirmaciones de las partes.

8°. El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley antes citada, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso -en concreto, del juicio oral- a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.

Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre es unilateral –no es un negocio procesal, salvo la denominada "conformidad premiada" establecida en el artículo 372°, apartado 2), del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto prescribe "*...el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena...*" –. Además, es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa –de doble garantía–, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada –en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra–.

9°. Lo expuesto significa, desde la estructura de la sentencia y de la función que en ese ámbito corresponde al órgano jurisdiccional, que los hechos no se configuran a partir de la actividad probatoria de las partes –ese período del juicio oral, residenciado en la actuación de los medios de prueba, senci-

llamente, no tiene lugar–. Los hechos vienen definidos, sin injerencia de la Sala sentenciadora, por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa.

La sentencia, entonces, no puede apreciar prueba alguna, no sólo porque no existe tal prueba, al no ser posible que se forme a partir de una específica actividad probatoria, por lo demás inexistente, sino además porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones realizadas en la etapa de instrucción. Se da en este caso una "predeterminación de la sentencia".

La sentencia, en la medida en que está precedida de un acto procesal de aceptación de los hechos, tanto en el plano objetivo como subjetivo, y de su relevancia jurídico penal, con las consecuencias que le son propias, sólo puede apreciar desde el imputado la libertad, la voluntariedad –sin vicios del consentimiento-, la plena capacidad -si tiene o no limitadas sus capacidades intelectivas– y el conocimiento racional e informado de la naturaleza de la acusación que acepta, de la limitación o restricción de sus derechos e intereses legítimos, derivados de una declaración judicial de culpabilidad y de la consiguiente imposición de una sanción penal y reparación civil, así como de los derechos e instrumentos de defensa a los que está renunciando. Ello obliga al Tribunal, como paso inicial de su poder de apreciación de la aceptación de los cargos y acogimiento a la conformidad, no sólo a un examen de las características y situación del propio imputado, sino al previo ejercicio de su deber de instrucción; es decir, de informar objetivamente los alcances de la institución de la conformidad, sin formular promesas o condicionar la respuesta del imputado a un determinado tratamiento procesal o punitivo, en el entendido que una desviación de ese deber entrañaría una constricción irrazonable o una promesa indebida que viciaría el consentimiento con la consiguiente ineficacia de la conformidad.

10°. Superado ese nivel de control, el Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.

Los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, sino le vienen impuestos al juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes al Tribunal y a las partes. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita de actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal.

En consecuencia, es inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado -es de insistir- supone que ha quedado fijado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos [es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este momento procesal]. Ello, además, provocaría una indefensión a las partes frente al Tribunal sentenciador por introducir un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica que la institución importa (*vinculatio facti*).

§ 2. *Oportunidad procesal de la conformidad*

11°. La oportunidad procesal en que tiene lugar la conformidad está claramente estipulada en la Ley Procesal Penal. El emplazamiento al imputado y su defensa, de cara a la posible conformidad, constituye un paso necesario del período inicial del procedimiento del juicio oral. Su definición determinará si se pone fin al acto oral con la inmediata expedición de una sentencia conformada, evitándose el período probatorio y, dentro del período decisorio, el paso de alegato de las partes respecto a la actividad probatoria desarrollada en el juicio –obviamente inexistente cuando se produce la conformidad procesal–.

En atención a que una de las notas esenciales de la conformidad, como acto procesal, es su carácter formal, debe cumplir con las solemnidades requeridas por la ley. Si la conformidad procesal persigue evitar el procedimiento probatorio del juicio oral en aras de la inmediata finalización de la causa, es obvio que una vez que se emplazó al imputado y su defensa para

que se pronuncien acerca de los cargos objeto de acusación, y ambos se expresaron negativamente al respecto, ya no es posible retractarse luego que se dio inicio formal al período probatorio.

Extraordinariamente pueden presentarse, sin duda, algunas excepciones a esa regla general, uno de cuyos motivos podría ser la concurrencia de vicios procedimentales o vicios en el emplazamiento o en la respuesta del imputado o de su defensa. Pero la condición o límite necesario siempre estará definido por la apertura y entrada al periodo probatorio que consolida la lógica contradictoria del juicio oral, esto es, con el inicio efectivo del examen o declaración del imputado, como primer paso de la actuación probatoria. La exigencia del cumplimiento del trámite de conformidad antes de la práctica de la prueba evita, precisamente, que pueda optarse por esa institución a partir de la fuerza o sentido indicativo de algunas de las diligencias acreditativas practicadas o por realizarse; y, con ello, impedir conductas fraudulentas o especulativas.

§ 3. *La conformidad parcial. Reglas de ruptura de la unidad del juicio*

12°. La Ley acepta la posibilidad de una "conformidad parcial". Es factible que en una causa que se sigue contra una pluralidad de imputados, unos se acojan a la conformidad y otros la rechacen. A partir de ese reconocimiento, el numeral 4) del artículo 5° de la Ley número 28122, estatuye que: "*Si son varios acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respecto a éstos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos...*". No hay lugar a dudas y, como tal, la norma debe cumplirse irremediablemente.

La Ley, empero, autoriza a no aceptar la conformidad parcial cuando "*...la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral*" -parte final del citado numeral 4) del artículo 5° de la Ley número 28122-. La interpretación de esa frase, de cara a los derechos de los imputados, conformados y no conformados, debe atender a los fines de la institución -uno de los cuales es el principio de aceleramiento procesal y el otro es el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas para el conformado- y a la meta de esclarecimiento del proceso penal, aspecto último en que tendrá una especial relevancia las características de los cargos objeto de dilucidación y la posición que sobre ellos han adoptado las partes acusadas.

13°. Si se tiene en cuenta que el imputado conformado acepta o reconoce los hechos que se le atribuyen y que sobre su acaecimiento no cabe discusión, observación o debate alguno *-vinculatio facti-*, de suerte que el órgano jurisdiccional se limita a incorporarlos como tal en la sentencia conformada, en principio, no existe obstáculo procesal para que la situación jurídica de un imputado se resuelva mediante una sentencia conformada y, finalizado ese trámite, prosiga la causa para dilucidar la situación jurídica de los imputados no conformados, aun cuando se trate del mismo hecho o delito *-conexidad objetiva* o, mejor dicho, pluralidad de objetos desde el punto de vista subjetivo-; es decir, cuando se les atribuya cargos por autoría, instigación o complicidad de un mismo hecho delictivo, y estén presentes en la audiencia. Cabe puntualizar que en el proceso penal no existe la figura del *litis consorcio pasivo necesario*, pues la posición de cada imputado se considera con total independencia de los otros -no hay comunidad de suerte para todos los copartícipes, la responsabilidad penal es siempre individual-, a cuyo efecto se entiende que en sede penal existirán tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación.

El presupuesto de un juzgamiento independiente estará presente, que es la perspectiva normal de una acusación, cuando existan elementos fácticos para enjuiciar el delito con autonomía y juzgar separadamente a cada imputado. Si se presentan estas condiciones, entonces, cabe individualizar la responsabilidad que se atribuye a cada copartícipe, por lo que el órgano judicial estará facultado a decidir sin necesidad de contar con la voluntad concurrente de los restantes copartícipes.

En suma, si los hechos están clara y nítidamente definidos en la acusación, si el relato fáctico delimita perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe, no existe problema alguno para ese tratamiento autónomo, en cuya virtud no se "*...afectaría el resultado del debate oral*".

§ 4. *Imputado conformado y declaración en el juicio contradictorio.*

14°. Si, como es legalmente posible, cabe la "conformidad parcial", es del caso decidir si el imputado que aceptó los cargos, y contra quien se expidió una sentencia conformada, está en aptitud de declarar en el juicio que

continúa con los restantes acusados que invocaron, con plena legitimidad, su derecho a la contradicción de la imputación.

En principio, si bien las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no están específicamente reguladas como medio de prueba en el Código de Procedimientos Penales -aunque indirectamente otras leyes, materiales y procesales, hacen referencia a su declaración-, lo cierto es que no está prohibida: los datos que aquél pueda proporcionar, en sí mismos, no vulneran garantías o derechos de ninguna parte procesal y pueden contribuir a esclarecer los cargos. Por lo demás, en señal de su aceptación y valorabilidad, tanto la jurisprudencia vinculante de este Supremo Tribunal –Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco– como, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal -artículo ciento cincuenta y ocho, apartado dos- señalan pautas para apreciar el testimonio que aquéllos pueden presentar cuando atribuyen participación criminal a otras personas en los mismos hechos en que resultaron involucrados. No es razonable negar a priori la importancia y utilidad que puede importar a la justicia las declaraciones de las personas a quienes se atribuyen la comisión de delitos con la participación de otras, ello sin perjuicio de la desconfianza o sospechas que merezca su versión y, por tal motivo, de los ulteriores controles y especiales cuidados que exija el juicio de fiabilidad o credibilidad respectivo.

En consecuencia, más allá de las dificultades que entraña la actuación y la apreciación del testimonio del coacusado, de naturaleza híbrida entre la testimonial –al que se parece en cuanto a los modos y a los medios de convocatoria del interesado– y la declaración como imputado –en orden a sus garantías formales–, tal como ha sido definido por la Casación Italiana [Sentencia del tres de junio de mil novecientos ochenta y seis], su admisibilidad está plenamente consolidada, tanto más si no es de negar que la información que puede brindar en el juicio está basada en un conocimiento extraprocesal de los hechos objeto de acusación, de la cual el juzgador puede extraer elementos necesarios para la formación de su convicción en orden a la participación en el hecho delictivo del sujeto o sujetos distintos del que depone.

15°. El coimputado, respecto de un testigo, es obvio decirlo, tiene una distinta posición procesal a la que van aparejadas una serie de derechos y obligaciones, como sería la obligación de veracidad para los testigos y el de-

recho al silencio de los coimputados. El criterio de delimitación –entre testigo e imputado– que es de asumir sobre el particular es el de la "alteridad" de quien declara respecto de los sujetos que intervienen en el proceso: del órgano jurisdiccional y de las partes, esto es, de su diferente posición en el proceso penal. Como el coimputado ostenta el status formal de imputado y presta declaración en esa condición, como parte procesal, en consecuencia, el *régimen jurídico* de su declaración debe ser el de acusado. Esa es la regla general.

Ahora bien, en función de ese mismo criterio, y trasladando el análisis al caso que nos ocupa, fijado el enjuiciamiento por separado entre imputados conformados y no conformados, el régimen jurídico respecto del cual han de ser sometidos variará si los últimos, al momento de su declaración, son ajenos o no al proceso, si están o no excluidos del mismo. Expedida una sentencia de conformidad, en tanto haya adquirido firmeza, los citados copartícipes y condenados ya no son parte -han sido excluidos del ulterior juicio-; además, están protegidos por la cláusula del *ne bis in idem*, en cuya virtud la sentencia conformada no puede anularse ni ser revisada en su perjuicio. Siendo así, el régimen jurídico que le son aplicables es el establecido para los testigos, con la misma obligación de concurrir, y sometido a las mismas consecuencias penales que cualquier otro testigo si es que mintiera [en igual situación estarán, desde luego, coimputados sobreseídos o absueltos con anterioridad]. Otra cosa, por cierto, que permanece latente, son las sospechas que puedan merecer sus declaraciones.

§ 5. *Efectos vinculantes de la conformidad*

16°. Ante una conformidad, en virtud a los intereses en conflicto, la posición del Tribunal como destinatario de esa institución, no puede ser pasiva a los efectos de su homologación; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente. Si bien está obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita -vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (*vinculatio facti*)-, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (*vinculatio criminis* y *vinculatio poena*) se relativiza en atención a los principios antes enunciados. El juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada y la pena

propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal.

En tal virtud, respetando los hechos, el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción [principio de audiencia bilateral]. Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención -completa o incompleta- o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria -por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal, o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad- o, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción -que integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso-, está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales [en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión que le lesionaría su posición en el proceso], a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos, incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el Tribunal no puede dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes [interdicción de resolver *inaudita parte*].

La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación –solo desde sus perfiles jurídicos, mas no fácticos– y dictar una sentencia conformada, siempre es compatible con un control *in bonam partem*, respecto del que sólo se exige audiencia a las partes. Empero, si se advierten otros errores, tales como omisión de considerar -a partir del relato fáctico- una circunstancia agravante o la posibilidad de un tipo legal distinto, más grave, que requiere indagación, debate probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes -control *in malam*

partem-, sólo corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral.

En cuanto a la individualización de la pena, el Tribunal –por configurar una tarea exclusivamente judicial, inherente a ella– tiene una amplia libertad, dentro del marco jurídico del tipo legal en cuestión [pena abstracta], para dosificarla conforme a las reglas establecidas por los artículos 45° y 46° del Código Penal, cuyo único límite, aparte de no introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal -explicable por la propia ausencia de un juicio contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el Fiscal o de oficio, planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita-.

Más allá del respeto a la exigencia de promover la intervención de las partes sólo cuando se presentan las circunstancias anteriormente señaladas -que importan una preceptiva aminoración de la respuesta punitiva-, vinculada a la aplicación de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22°, y 25°, segundo párrafo, del Código Penal, el Tribunal puede proceder, motivadamente, a graduar la proporcionalidad de la pena en atención a la gravedad o entidad del hecho y a las condiciones personales del imputado.

17°. Si, como se ha estipulado, procede la "conformidad parcial" en los términos del inciso 4) del artículo 5° de la Ley número 28122, resta determinar los efectos de la sentencia conformada respecto de la sentencia expedida en el juicio contradictorio que tiene lugar inmediatamente después de culminar el trámite de conformidad.

La regla es que no existe extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, la cual sólo y exclusivamente afecta a la persona contra quien se dictó el fallo correspondiente. Por esta razón lo resuelto en ella no se extiende a un tercero -a los acusados que prosiguen la causa al no acogerse a la conformidad- ni, por ende, la condena impuesta en la sentencia conformada compromete a los acusados como copartícipes del mismo hecho o que condicionan a esa decisión anterior su libertad y defensa. La falta de eficacia subjetiva de un fallo firme, dice Cortés Domínguez -entre otros-, tiene lugar incluso en aquellos supuestos (1) en los que sea factible hablar de relaciones o situaciones penales prejudiciales heterosubjetivas, (2) de interdependencia por la conexidad probatoria -unidad parcial o total en el campo fáctico de

ambos supuestos enjuiciados, o (3) en los que un hecho jurídico declarado en una primera sentencia entra a formar parte del supuesto de hecho de la conducta delictiva que se enjuicia en un segundo proceso.

Por consiguiente, aun cuando es de valorar la existencia de la sentencia conformada, nada impedirá que sobre los hechos -si existe identidad- no sólo se realice prueba plena y total, sino que también se llegue a resultados valorativos totalmente opuestos [así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo Español del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho].

18°. Afirmada esta concepción, el Tribunal de mérito en el proceso incoado a continuación de la expedición de la sentencia conformada tiene libertad para decidir como corresponda en orden a la actividad probatoria desplegada y a las nuevas valoraciones que pueda realizar, incluso podría -si se cumplen los presupuestos normativos correspondientes, tanto materiales cuanto procesales- variar la tipificación del hecho o tener un juicio jurídico distinto, desde diferentes planos, que el contenido en la sentencia conformada.

Un interrogante que se abre paso en estas circunstancias es si cabe extender esa decisión, en caso sea más favorable que la sentencia conformada, para 'mejorar' la situación jurídica de los imputados que se acogieron a la conformidad. Ahora bien, si se tiene en cuenta que se trata de una sentencia firme, toda modificación respecto a la existencia del juicio de hecho, vinculada a la valoración de la prueba actuada en el segundo proceso, no tiene otra opción que abordarse vía acción de revisión penal. Empero, si sólo se trata de un cambio de tipificación más favorable, resta analizar si, analógicamente, podría aplicarse el artículo 322° del Código de Procedimientos Penales, que se circunscribe ya no a una absolución sino a una pena atenuada.

La norma en cuestión dice: "*Cuando el Tribunal Correccional o la Corte Suprema, en sus respectivos casos, fallen en una causa contra reos que fueron ausentes y en la que se expidió sentencia contra los reos presentes, podrán revisar la sentencia de los condenados, con el fin de atenuar la pena, si hubiere lugar por los datos nuevos que resulten*". Si bien, en el presente caso, no se está ante una sentencia derivada de un mismo proceso en el que primero se resolvió la causa contra reos presentes y, luego, ante la puesta a Derecho de reos ausentes, se expidió otra sentencia, obviamente distinta de la anterior en función a los datos nuevos resultantes del ulterior enjuiciamiento, lo cierto es que, al igual

que aquélla, se trata de un mismo proceso que derivó en dos juzgamientos sucesivos que decidieron la situación jurídica de acusados que se encontraban en diferente posición -ya no por ausencia sino por no acogimiento a la conformidad-, en el último de los cuales surgió la presencia de datos nuevos determinantes de un cambio favorable respecto de la respuesta punitiva.

Para establecer si existe analogía entre las dos situaciones -ante la no regulación en el caso de imputados conformados y no conformados-, no sólo es de rigor advertir la semejanza o similitud de situaciones fácticas. Debe concurrir entre ambas una identidad del fundamento –la razón de ser o *ratio legis*–; deben coincidir en el caso concreto las bases o fuentes que sirven de fundamento al citado artículo 322° del Código Adjetivo. Siendo así, será del caso utilizar la denominada "analogía *legis*" como método de integración jurídica, en la medida que la regla del artículo 322° del Código Adjetivo cumpla con los requisitos antes esbozados.

Si se asume la flexibilidad necesaria para analizar la presencia de la analogía, se tiene que lo esencial de la disposición examinada es dar una respuesta atenuatoria –basada en el *favor rei*– a todos los procesos en que se juzga sucesivamente a diversos imputados cuando en el último juzgamiento se advierten datos nuevos que autorizan una solución más favorable -que es una regla jurídica de carácter general que está en la esencia del sistema punitivo-, que importe una atenuación de la pena en comparación con la primera sentencia. Tal situación, de presentarse en el sucesivo juzgamiento contra los acusados no conformados, obviamente, exigiría una extensión a los reos conformados: la igualdad esencial, de imprescindible concurrencia, es evidente.

En ambos casos se lleva a cabo un segundo enjuiciamiento y en ellos surgen nuevos datos que modifican en sentido favorable la apreciación de los hechos juzgados, por lo que ante una idéntica situación de hecho (surgimiento de nuevos datos en un segundo juzgamiento contra copartícipes) debe existir una misma respuesta jurídica.

Por lo expuesto, es de concluir que no sólo cabe que en el segundo juzgamiento las respuestas jurídicas pueden diferir con las del primer juzgamiento, sino que además es posible revisar in *bonam partem* la primera sentencia para atenuar la pena.

§ 6. *Conformidad y confesión sincera*

19°. El tema de la confesión y de la consiguiente atenuación excepcional de la pena por debajo del mínimo legal prevista para el delito cometido, tal como estatuye el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales [dice, en lo pertinente, el citado precepto: "*...la confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso...*"], genera determinados problemas interpretativos y aplicativos con la institución de la "conformidad procesal", en tanto que el texto del artículo 5°. 2) de la Ley número 28122 explícitamente hace referencia a "*...la confesión del acusado,* ...".

La confesión, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo que se le atribuye. Como declaración que es debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad –comprobación a través de otros recaudos de la causa–).

En la conformidad procesal el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Sólo se le pide, si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o un relato circunstanciado de los hechos -que es lo típico de una declaración ante la autoridad de cara a la averiguación de los hechos o a la determinación de las afirmaciones de las partes, según la etapa procesal en que tiene lugar-, aceptar los cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico penales, a fin de obtener un pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia de conformidad. Ello ha permitido sostener a un sector de la doctrina procesalista que la conformidad es una forma de confesión prestada al inicio del juicio oral o una especie de confesión cuando concurren determinados requisitos.

La conformidad consta de dos elementos materiales: **a**) el reconocimiento de hechos: una declaración de ciencia a través de la cual el acusado reconoce su participación en el delito o delitos que se les haya atribuido en la acusación; y, **b**) la declaración de voluntad del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consciente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídico penales y civiles derivadas del delito.

20°. Empero, más allá del juicio de valorabilidad y de los criterios de apreciación de la confesión como medio de prueba -que no integra el ámbito

de este Acuerdo Plenario-, lo relevante en el presente caso consiste, de un lado, en determinar si existe equivalencia entre el artículo 5°.2 de la Ley número 28122 y el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, y, de otro lado, si necesariamente la invocación a la conformidad por el imputado y su defensa merecerá una pena atenuada.

En cuanto al *primer punto*, cabe decir que existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión como medio de prueba y el rol que cumple en las diferentes fases del procedimiento penal respecto de la conformidad, pues más allá de la no exigencia del relato circunstanciado de los hechos acusados –propio de la declaración autoinculpatoria que se da en sede preliminar, del sumario y del plenario–, se da una declaración de ciencia por la que se reconocen los hechos atribuidos. Esto último, de cara a los efectos penológicos respectivos –de cumplirse los requisitos adicionales vinculados a la sinceridad–, permitirá apreciar confesión –conforme al citado artículo 136° del Código de Procedimientos Penales– si es que el acusado se encontraba en calidad de reo ausente y se presenta al juicio oral acogiéndose a la conformidad [aunque será del caso relativizar su entidad atenuatoria, conforme se verá más adelante, en orden a su relevancia, pues sólo se aligera –con mayor o menos nivel de profundidad– el trámite de las sesiones del plenario, sin perjuicio de reconocer que en todo caso constituye un acto de auxilio a la justicia].

Respecto al *segundo punto*, y atento al principio que informa el procedimiento de la conformidad, es posible concluir que tal acogimiento, en sí mismo, determina la aminoración de la pena. Es de tener presente, al respecto, el proceso especial de terminación anticipada, que expresa un criterio de oportunidad y se basa en el principio del consenso, que da lugar a una conclusión anticipada de la causa con una decisión final que le pone término, como es el caso de este procedimiento. En ese proceso se reconoce legalmente una consecuencia premiada, con independencia de la confesión sincera [véase la concordancia de los artículos 161° y 471° del Nuevo Código Procesal Penal en relación con el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales].

21°. Cabe aclarar, desde el punto de vista de la pena, que el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales instituye una circunstancia atenuante de carácter excepcional de la responsabilidad penal, cuya *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que ésta sea rele-

vante para efectos de la investigación de los hechos [la ley, en estos casos, premia aquellos comportamientos que, de alguna manera, contribuyen a aliviar los costes y esfuerzos de una investigación criminal: razones objetivas de utilidad para el proceso], a la par que evidencia una voluntad de colaboración, de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer el hecho delictivo. De esta forma se reduce los agravios que inevitablemente se producen a la víctima y aminora la tensión social que el delito ocasiona; ese solo comportamiento, se afirma por algún autor, produce un cierto restablecimiento de la armonía y del equilibrio del sistema.

Desde una perspectiva político criminal, las regulaciones que sobre la materia, tiene expuesto el Tribunal Supremo Español, buscan incitar al autor del delito a realizar una pronta confesión del hecho que permita la identificación de su autor desde el primer momento y facilite el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes que en el mismo haya concurrido (Sentencia número 118/92, del cuatro de febrero de dos mil dos).

Desde una perspectiva global el referido artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, exige la sinceridad de la confesión, que equivale a una admisión (1) completa –con cierto nivel de detalle que comprenda, sin omisiones significativas, los hechos en los que participó–, (2) veraz –el sujeto ha de ser culpable sin ocultar datos relevantes del injusto investigado–, (3) persistente –uniformidad esencial en las oportunidades que le corresponde declarar ante la autoridad competente– y (4) oportuna –en el momento necesario para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación–, a la que se aúna, a los efectos de la cuantificación de la pena atenuada, (5) su nivel de relevancia.

Es obvio, por consiguiente, que si el imputado antes, en sede de investigación, negó los cargos y, luego, llegado el momento culminante del proceso, en el juicio oral, los admite, ya nada queda por investigar, entonces, la confesión plenaria sólo podrá tener una relativa o escasa influencia en torno a la determinación e individualización de la pena, pero no puede considerarse como un elemento atenuante de la responsabilidad penal con entidad para rebajar la pena por debajo del mínimo legal.

De igual manera, si la confesión se configura por el dato objetivo de la realización de actos de colaboración útiles a la investigación del delito –a par-

tir de la información que se proporciona–, a los efectos de la atenuación excepcional debe comprenderse en ella la investigación preliminar, en especial la policial –que por lo general es el pórtico o puerta de entrada al esclarecimiento de los hechos–. La autoridad facultada para recibir la declaración de un imputado puede ser la Policía o el Fiscal [a los solos efectos, claro está, de valorar la posibilidad de la atenuación y la utilidad de la misma de cara a los objetivos que persigue]. Es más, el artículo 1°, literal 10), de la Ley número 27934, prescribe que la Policía está autorizada a recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados, y el artículo 62° del Código de Procedimientos Penales prescribe que las declaraciones en sede preliminar, llevadas a cabo con intervención del Ministerio Público, serán apreciadas conforme al artículo 283° del citado Código.

22°. Si, como se ha dejado sentado, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136° de la Ley Procesal Penal con el artículo 5° de la Ley número 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a quienes se acojan a la conformidad. Para ello es de invocar analógicamente el artículo 471° del nuevo Código Procesal Penal [es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente en todo el territorio nacional]. Dicha norma prescribe: "*El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión*".

La viabilidad de la analogía, con la consiguiente aplicación a la conformidad del artículo 471° del referido Código, ante la presencia de una laguna jurídica en la conformación legal del artículo 5° de la Ley número 28122, tiene lugar ante una racionalidad que es sustantivamente igual o semejante en sustancia –que no identidad–entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada.

Los rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos –el principio del consenso comprende ambos institutos procesales, aunque en diferente intensidad y perspectiva–, con la consiguiente conclusión de la causa con una sentencia anticipada que pone fin al proceso, sobre la base de una disposición del imputado a la aceptación de los cargos objeto de imputación, lo que desde una perspec-

tiva político criminal, legislativamente aceptada, determina una respuesta punitiva menos intensa. Si bien es cierto la oportunidad procesal en que se llevan a cabo, los controles judiciales que importan y la mayor intensidad de colaboración de la primera frente a la segunda, no son los mismos, tales diferencias no eliminan la semejanza existente y su común punto de partida.

Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, sin perjuicio de la confesión, que de presentarse se acumula al primero.

23°. El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la individualización de la pena, impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. No es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término.

Como se sabe el método de reducción de la pena en el caso de terminación anticipada [artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal] constituye un último paso en la individualización de la misma. En efecto, fijada la pena con arreglo a los artículos 45° y 46° del Código Penal –luego de haber determinado el marco penal abstracto [pena abstracta] y, a continuación, el marco penal concreto como consecuencia de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y concurso de delitos–, la cual debe ser identificada en la sentencia conformada, corresponde, como última operación, disminuirla en un sexto. El Tribunal debe ser muy claro en diferenciar los dos momentos finales: la pena que correspondería sin la reducción por acogerse a la terminación anticipada, y, luego, la pena resultante de aplicar la reducción del sexto de la misma.

Empero, según lo expuesto en el primer párrafo, en los supuestos de conformidad procesal la reducción no puede ser de un sexto. Necesariamente ha de tratarse de un porcentaje menor. Así las cosas podrá graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal.

§ 8. *Conformidad y objeto civil*

24°. Otro tema relevante de la conformidad está vinculado al objeto civil del proceso penal. Como quiera que en el proceso penal nacional -más allá de los matices propios que contienen el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal- se produce una acumulación heterogénea de acciones: la penal y la civil, y esta última necesariamente deberá instarse y definirse en sede penal -con los alcances y excepciones que la ley establece-, en tanto en cuanto puede generar un daño patrimonial a la víctima, un daño reparable.

Como se está ante una institución de naturaleza jurídico-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido, y se proyecta, en cuanto a su contenido, a lo establecido en el artículo 93° del Código Penal, procesalmente está informada por los principios dispositivo y de congruencia.

La vigencia de los indicados principios, a tono con la naturaleza privada -y, por ende, disponible- de la responsabilidad civil *ex delicto,* determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.

25°. En esta perspectiva, es evidente que si existe una pretensión civil alternativa, ejercitada conforme a lo dispuesto en el artículo 227° del Código de Procedimientos Penales, el imputado deberá referirse a ella en el marco de la responsabilidad civil que le corresponde admitir. En ese ámbito, por imperio de la garantía de tutela jurisdiccional –artículo 139°.3 de la Constitución–, se debe dar plena intervención a la parte civil.

Ahora bien, de no mediar acuerdo o aquiescencia de los interesados y, en ese caso, de no ser suficiente la mera lectura de la prueba documental y de las actuaciones documentadas –como establece el inciso 3) del artículo 5° de la Ley número 28122–, en la medida que el artículo 227° del Código ritual autoriza la actuación de prueba testifical y pericial para justificar la pretensión civil de la víctima, sin perjuicio de la prueba que en ese ámbito haya podido proponer la Fiscalía conforme al inciso 5) del artículo 225° del mismo Código, el Tribunal podrá fallar respecto de la responsabilidad penal y disponer la continuación del proceso para la actuación probatoria respecti-

va, en tanto se requiera una indagación, concreción probatoria y alegaciones ulteriores sobre ella.

La cesura del juicio que se establece, pretorianamente impuesta, deriva del respeto a la garantía de tutela jurisdiccional a favor de la víctima y de la imperiosa evitación de la indefensión material que le puede acarrear una decisión sin prueba, no obstante su necesidad procesal. La interpretación constitucional de la institución de la conformidad –específicamente del inciso 3) del citado artículo 5° de la Ley número 28122– desde los numerales 3) y 14) del artículo 139° de la Ley Fundamental, que reconocen las garantías procesales de tutela jurisdiccional y defensa procesal, así lo impone.

Esta conclusión no sólo no está prohibida por la ley, sino que no la tergiversa -no es incompatible con ella-, pese al silencio legislativo o, mejor dicho, a la presencia de una laguna legal. Si en una misma causa es posible, para un supuesto, dictar una sentencia conformada, y para otro, emitir –luego de la prosecución del juicio, bajo perspectivas de contradicción efectiva– una segunda sentencia; entonces, no existe impedimento alguno que se profiera una segunda sentencia, precedida de un juicio en forma, referida ya no a los objetos penal y civil –que es el supuesto anterior, contemplado en el numeral 4) de la Ley número 28122–, sino circunscripta exclusivamente al objeto civil, y sólo para los imputados conformados –es la regla, por lo demás, que ha establecido el apartado 5) del artículo 372° del Nuevo Código Procesal Penal–.

26°. Por último, es materia de discusión en el ámbito de la responsabilidad civil la determinación del monto y los obligados a cubrirlo cuando se trata de una pluralidad de copartícipes -codelincuencia-, varios de los cuales no se han sometido a la conformidad procesal. Sobre el particular, en los marcos de una sentencia conformada, es de tener en consideración dos aspectos sustanciales: el *primero*, referido a los alcances de la sentencia conformada: ésta sólo comprenderá a los imputados que se someten a la conformidad; y, el *segundo*, circunscrito al monto de la reparación civil, el cual está en función al daño global irrogado, bajo la regla de la solidaridad entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados (artículo 95° del Código Penal).

Siendo así, el Tribunal fijará el monto de la reparación civil de modo global [la cantidad en cuestión siempre será única, no puede dividirse], de

suerte que como ésta es solidaria si existieran copartícipes –y no mancomunada–, al emitirse condena contra ellos en el juicio sucesivo, si así fuera el caso, tal suma no variará y sólo se les comprenderá en su pago. Es posible, sin embargo, que en el juicio contradictorio la determinación del monto puede variar en virtud a la prueba actuada. En ese caso tal variación, de más o de menos, no puede afectar al fallo conformado, al haber quedado firme o ganado firmeza. Por consiguiente, la variación sólo puede alcanzar a los acusados comprendidos en la condena objeto del juicio contradictorio.

III. DECISIÓN

27°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

28°. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a veintitrés, la siguiente:

1) El Tribunal, en el procedimiento de conformidad, no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias descritos por el Fiscal y aceptados por el imputado y su defensa. Tampoco puede pronunciarse acerca de la existencia o no de las pruebas o elementos de convicción.

2) La oportunidad procesal para que el acusado se acoja a la conformidad es cuando se le emplace en el período inicial y, siempre, antes que se inicie propiamente el período probatorio del juicio oral.

3) La conformidad parcial está expresamente autorizada por la ley. Es posible un juzgamiento independiente para los acusados no conformados, que se producirá siempre que los hechos estén clara y nítidamente definidos en la acusación, y el relato fáctico que contiene la acusación delimite perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe.

4) El imputado conformado puede declarar en el juicio contradictorio seguido contra los acusados no conformados. El régimen jurídico de su

declaración variará si al momento de su intervención en el juicio son ajenos o no al proceso -criterio de la alteridad-.

5) El Tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados. No sólo tiene un deber de instrucción o información, también tiene poderes de revisión *in bonam partem* respecto a su configuración jurídica, dentro de los límites del principio acusatorio y del respeto al principio de contradicción, y, en consecuencia, está autorizado a dictar la sentencia que proceda. Asimismo, puede dosificar la pena dentro del marco jurídico del tipo legal en aplicación de los artículos 45° y 46° del Código Penal.

6) La sentencia conformada no tiene efectos extensivos o prejudiciales sobre la sentencia dictada en el juicio contradictorio. Si en el juicio contradictorio surgen datos nuevos que favorezcan la situación jurídica de los reos conformados, en el fallo que se dicte puede revisarse la sentencia con el fin de atenuar la pena.

7) Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados, cuya *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos. No obstante ello, la conformidad, de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte.

8) La conformidad sobre el objeto civil está informada por los principios dispositivo y de congruencia. Si no se cuestiona la reparación civil no es posible modificarla. Debe respetar la pretensión civil alternativa de la parte civil. Es posible, si fuera el caso, la cesura del juicio para la actuación de pruebas en aras de la determinación de la reparación civil. Debe tomarse en cuenta para su concreción la suma global y la regla de la solidaridad en los supuestos de codelincuencia. La variación del monto de la reparación civil en la segunda sentencia no altera la fijada en la sentencia conformada.

29°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

30°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss. GONZALES CAMPOS / **SAN MARTÍN CASTRO** / VILLA STEIN / LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / RODRÍGUEZ TINEO / VALDEZ ROCA / ROJAS MARAVÍ / PONCE DE MIER / MOLINA ORDOÑEZ / SANTOS PEÑA / VINATEA MEDINA / PRÍNCIPE TRUJILLO / PARIONA PASTRANA / ZECENARRO MATEUS / CALDERÓN CASTILLO / URBINA GANVINI

ACUERDO PLENARIO Nº 2-2008/CJ-116

ALCANCES DE LA PENA DE INHABILITACIÓN

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Su-

premo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la pena de inhabilitación. Específicamente resolvió abordar los alcances de la pena de inhabilitación, la extensión y tiempo de duración de la inhabilitación, tanto principal como accesoria, así como las exigencias procesales para su imposición.

4°. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Rodríguez Tineo, y se incluyó al señor Prado Saldarriaga quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal*

6°. La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria

o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

7°. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho -se basa en la incompetencia y el abuso de la función- (artículos 39° y 40° del Código Penal).

La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aun cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177°, 181°-B y 398° del Código Penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

§ 2. *Contenido de la pena de inhabilitación*

8°. El artículo 36° del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39° del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36°.

En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar

claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena

§ 3. *Duración y cómputo de la pena de inhabilitación*

9°. El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisible consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39° del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38° de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

10°. La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la "naturaleza de las cosas", por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

A. Taxativamente, de conformidad con el inciso 6) del artículo 36° del Código Penal, modificado por la Ley número 29106, la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años.

B. El inciso 8) del artículo 36° del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos -no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido-.

C. Respecto del inciso 1) del artículo 36°-del Código Penal: "*Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular*", como la norma alude a una relación de derecho público e indica "privación", es de entender que el penado pierde el cargo, no sólo su ejercicio -privación de titularidad-. Se trata por tanto de una privación definitiva -no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara Jacobo López Barja de Quiroga-. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos desde que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: Zaffaroni/Slokar).

§ 4. *Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación*

11°. El artículo 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el artículo 225°.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273° del aludido Código prescribe que la acusación oral del Fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el Tribunal en el ejercicio de su poder de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la Ley, específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación.

Por otro lado, el artículo 285° de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe im-

poner la pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que ésta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y las penas accesorias.

La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el Fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé el artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2°.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es ésta la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan.

El principio acusatorio sólo exige, en relación con la acusación, la (1) congruencia fáctica: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo caso la correlación es absoluta ("vinculación fáctica"); y, (2) la congruencia jurídica: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa ("vinculación jurídica").

La congruencia cuantitativa, en función al *petitum* del Fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285°-A. Desde esta perspectiva, aunque el Fiscal tiene el deber de concretar la pena, tal fijación no vincula al Tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento.

Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la vinculación penológica es relativa, pues el artículo 397°.3 estipula, bajo la condición de su legalidad –tiempo y extensión–, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el Fiscal. En este último supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente, una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso, reconoce al Fiscal una facultad específica de delimitar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales.

12°. Respecto de la solicitud de pena del Fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas, según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de acusación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación.

En cuanto al primer problema:

A. Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37° el Código Penal establece que la pena de inhabilitación -según su importancia y rango- puede ser impuesta como principal o accesoria. La pena de inhabilitación principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de inhabilitación accesoria, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39° del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que "*...el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley*". Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40° del Código Penal.

B. Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad.

C. Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si ésta -en el presente caso la inhabilitación- está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla.

D. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas.

E. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículos 39° y 40°) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del Fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga *ex officio iudex* pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo.

13°. El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión. Sobre el particular es de acotar lo siguiente:

A. El artículo 46°, primer párrafo, del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo

B. No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no fijan específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo 38° del citado Código.

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111° segundo y último párrafo, 117°, 121°-A, 124° segundo párrafo, 122°-A, 124°, 153°-A, 155°, 157°, 169°, 170°, 177°, 181°-A, 181°-B, 183°-A, 200°

cuarto párrafo, 222°, 223°, 225°, 237°, 243°, 243°-C, 247° *in fine*, 259°, 260°, 274°, 296°, 296°-A, 297°, 300°, 303°-B, 316°. 1 y 2, 317° *in fine*, 318°, 318°-A penúltimo párrafo, 320°, 323° *in fine*, 324°, 376°-A, 393°, 394°, 395°, 396°, 398°, 399°, 400°, 401°, 409°-B y 450°-A .

En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un Capítulo o Título: Por ejemplo, los artículos 353° –delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional–, 360° -delitos contra la Voluntad Popular-, 426° -delitos cometidos por Funcionarios Públicos y delitos contra la Administración de Justicia-, 432° -delitos de falsificación de documentos-, y 436° -delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales En la legislación penal complementaria, existen tipos legales con esa misma característica en la Ley número 28008 -delitos aduaneros-, artículo 10°. b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 -delitos de terrorismo-, artículos 5° y 6°-A.

En lo que respecta a la pena de inhabilitación accesoria ella tiene fijado su tiempo de duración exclusivamente en el artículo 39° del Código sustantivo.

C. En todos los supuestos mencionados, como necesariamente el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación –en el propio tipo delictivo o en los artículos 38° y 39°– la omisión de su especificación no es relevante desde el principio acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de proscripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida en que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.

D. Por lo general, tratándose de la pena de inhabilitación principal el tipo delictivo específica los derechos objeto de privación, suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artículo 36° del Código Penal. Sólo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de inhabilitación: artículos 170° del Código Penal y 5° del Decreto Ley número 25475. En todos estos casos rige el mismo principio del literal anterior: la omisión del Fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa

o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esa consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia, la fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el Tribunal aplique rigurosamente la ley.

E. Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos comprendidos cuanto al tiempo de duración. El Tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la inhabilitación los derechos que fueran pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, no el acusatorio. No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de desvinculación. En este caso, como es obvio, debe extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.

14°. Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el Tribunal *A Quo*. En el conocimiento del recurso impugnatorio el Tribunal *Ad Quem* tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300°.1 del Código de Procedimientos Penales y 409°.3 del Código Procesal Penal.

Las omisiones incurridas por el Tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello, claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el Fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del Tribunal de Revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11° y 12°.

§ 5. *Ejecución de la pena de inhabilitación*

15°. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Éste último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:

A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368° del Código Penal).

B. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030° y 2032° del Código Civil.

C. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36°. 1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.

D. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36°. 1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.

E. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.

F. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

G. Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como –si correspondiere– a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

H. Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

16°. El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente -nacional, regional o municipal- y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión -claro está- de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente.

III. DECISIÓN

16°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8° al 16°.

18°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

19°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss. Gonzales Campos / San Martín Castro / Villa Stein / Lecaros Cornejo / **Prado Saldarriaga** / **Rodríguez Tineo** / Valdez Roca / Rojas Maraví / Ponce De Mier / Molina Ordoñez / Santos Peña / Vinatea Medina / Príncipe Trujillo / Pariona Pastrana / Zecenarro Mateus / Calderón Castillo / Urbina Ganvini

ACUERDO PLENARIO Nº 7-2009/CJ-116

PERSONAS JURÍDICAS Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los

Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los problemas suscitados con motivo de la aplicación de las medidas contra las personas jurídicas, previstas en el artículo 105° del Código Penal de 1991 -en adelante CP-, modificado por el Decreto Legislativo número 982, en tanto que se advierte que sus disposiciones no son aplicadas y desarrolladas jurisprudencialmente como corresponde. Ante tales defectos, en especial porque la ley material no desarrolló suficientemente los presupuestos básicos para su debida implementación y porque en los Distritos Judiciales que siguen rigiéndose por el Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACPP- el legislador no implementó disposiciones sobre el particular, resulta conveniente que este Supremo Tribunal fije los criterios o directivas indispensables para su correcta utilización en sede judicial.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Prado Saldarriaga, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Problemática actual*

6°. El CP incorporó sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas y las denominó consecuencias accesorias. Con esta decisión político criminal la legislación nacional procuraba establecer un inédito nivel de respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde resultase involucrada una persona jurídica. Lo cual, por lo demás, se adhería a una consolidada tendencia en el derecho comparado [Klaus Tiedemann: *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Editorial Grijley, Lima, 2007, página 92 y ss.].

7°. Sin embargo, a más de dieciocho años de vigencia del CP el desarrollo jurisprudencial producido en torno a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no ha resultado relevante ni satisfactorio. Efectivamente, la imposición judicial y concreta de estas sanciones ha permanecido, todo ese tiempo, ignorada o muy alejada de la praxis funcional de la judicatura penal en todas las instancias. Esta constatación resulta trascendente en la actualidad, pues el artículo 105° CP, luego de las modificaciones introducidas el año 2007 por el Decreto Legislativo 982, dispone preceptivamente la aplicación jurisdiccional de estas consecuencias accesorias siempre que se verifiquen los requisitos y presupuestos que dicha norma establece.

8°. Dos factores concurren etiológicamente en la explicación de tal actitud de los jueces nacionales. En primer lugar, la ausencia de reglas específicas de determinación y fundamentación en el CP, que sólo enumera las sanciones aplicables y señala de modo muy general los presupuestos generales para su utilización concreta. Y, en segundo lugar, la carencia de normas procesales precisas en el ACPP, que no han sido objeto de una ley complementaria en armonía con las exigencias de la ley penal material, para emplazar e incorporar procesalmente a las personas jurídicas involucradas con un hecho punible. El necesario desarrollo normativo ha sido cumplido por el nuevo Código Procesal Penal de 2004 -en adelante, NCPP-, pero, como se sabe, su vigencia es progresiva y no comprende hasta el momento varios Distritos Judiciales.

§ 2. *Algunos aspectos dogmáticos generales*

9°. En el Código Penal las consecuencias accesorias se encuentran ubicadas en el Capítulo II del Título VI del Libro Primero - Parte General.

Únicamente los artículos 104° y 105° CP se refieren a consecuencias accesorias que pueden recaer sobre una persona jurídica, siempre que ésta resulte vinculada o beneficiada con la comisión o encubrimiento de un delito. Sin embargo, estas dos disposiciones aluden a consecuencias accesorias con distintas funciones y efectos. Efectivamente, en el artículo 104° CP se regula una especie de responsabilidad civil subsidiaria que deberá afrontar la persona jurídica ante las limitaciones económicas de sus funcionarios o dependientes vinculados en la comisión de una infracción penal. Y en el artículo 105° CP se detalla un amplio catálogo de sanciones que se aplicarán a estos entes colectivos.

10°. La problemática dogmática y procesal que corresponde evaluar en este Acuerdo Plenario se remitirá, exclusivamente, a la segunda de tales normas, pues la primera, si se cumplen sus presupuestos y en lo que fuera pertinente, cabe incorporarla en sede procesal con arreglo a las normas sobre el tercero civilmente responsable. Al respecto, cabe señalar, conforme lo ha resaltado uniformemente la doctrina nacional, que los antecedentes del artículo 105° CP se remontan al Proyecto de Código Penal de setiembre de 1989 (artículos 103° a 105°), que tuvo como fuente legal extranjera al Anteproyecto de Código Penal español de 1983 (artículos 136° a 138°).

11°. Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales [Percy García Cavero: *Lecciones de Derecho Penal Parte General,* Editorial Grijley, Lima, 2008, página 757 y ss.]. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas -desde su actividad, administración u organización- con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución. [Laura Zúñiga Rodríguez: *Las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del artículo 105° CP: Principales Problemas de Aplicación.* En: Anuario de Derecho Penal 2003, página 484 y ss.].

12°. Es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39° CP. No son, pues, un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesoria, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo [Laura Zúñiga Rodríguez: *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el artículo 105° CP, a más de quince años de su vigencia.* En: Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal (José Hurtado Pozo, editor), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 493 y siguientes]. Se trataría, pues, de una especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias.

§ 3. *Alcances y limitaciones del artículo 105° CP*

13°. Actualmente, luego de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo número 982, el artículo 105° CP tiene la siguiente estructura normativa:

> *"Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:*
>
> 1. *Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.*
> 2. *Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.*
> 3. *Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.*
> 4. *Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*
>
> *La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.*
>
> *Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.*

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

14°. Del citado artículo es posible señalar que el Juez debe imponer consecuencias accesorias siempre que se verifique en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente:

A. Que se haya cometido un hecho punible o delito.

B. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito.

C. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito.

Ahora bien, en dicha norma coexisten cuatro clases de consecuencias accesorias que el juez penal puede imponer a una persona jurídica. Cada una de las cuales tiene distinta configuración y efectividad. Resulta, por tanto, necesario identificar, seguidamente, sus principales características y funciones.

15°. Las consecuencias jurídicas previstas en el citado artículo 105° CP, tienen las siguientes características y funciones:

A. El inciso 1) dispone la clausura temporal o definitiva de locales o establecimientos. Es decir, regula sanciones que afectan el funcionamiento de los ambientes físicos e inmuebles en los cuales la persona jurídica realiza sus actividades organizacionales y operativas. Cuando la clausura sea temporal no puede durar más de cinco años. Es importante precisar que para que proceda esta medida el local o establecimiento tiene que haber servido para la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento del delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Editorial Idemsa, Lima, 2001, páginas 310 y 311].

B. El inciso 2) considera la disolución de la persona jurídica. Es la sanción más grave que se podría imponer a un ente colectivo [JOSÉ HURTADO POZO: *Personas jurídicas y responsabilidad penal.* En: Anuario de Derecho Penal 1996, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, página 148. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Obra citada*, páginas 488/499]. Por tanto, la disolución debe de quedar reservada, entre otros casos, para aquellos donde la propia constitución, existencia y operatividad de

la persona jurídica, la conectan siempre con hechos punibles, situación que generalmente ocurre con las denominadas personas jurídicas de fachada o de papel. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino un evidente defecto de origen de la organización. Pero, también, cabe disponer la disolución de la persona jurídica, en supuestos donde se identifique una alta probabilidad de que aquella vuelva a involucrarse en delitos o peligrosidad objetiva de la persona moral.

C. El inciso 3) regula la suspensión de actividades de la persona jurídica. Esta sanción sólo puede ser impuesta con carácter temporal y sin exceder a dos años. La suspensión de actividades puede ser total o parcial. Sin embargo, ella, en su opción parcial, deberá recaer solamente sobre aquellas actividades estratégicas u operativas específicas que se relacionaron con el delito cometido o con su *modus operandi* y efectos [Julio César Espinoza Goyena: *La persona jurídica en el nuevo proceso penal. En: El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2005, página 329]. La suspensión total deberá justificarse por la absoluta naturaleza ilícita del quehacer ejercido por la persona jurídica.

D. Por último, el inciso 4) contiene la prohibición de realizar actividades futuras de aquellas que involucraron a la persona jurídica con la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible. Esta modalidad de consecuencia accesoria puede ser temporal o definitiva. En el primer caso la prohibición no puede extenderse más allá de cinco años. Con esta sanción se afecta la operatividad posterior al delito del ente colectivo. Tiene, pues, un claro sentido de inhabilitación para su desempeño futuro. No obstante, el alcance de esta sanción es limitado y especial, pues no puede extenderse hacia otras actividades no vinculadas con el delito.

16°. En el artículo 105° CP no existen reglas de determinación que orienten la aplicación judicial, así como la justificación interna o externa de las decisiones jurisdiccionales que impongan las distintas consecuencias accesorias que dicha norma contempla. No obstante, esta limitación normativa puede ser superada, de modo transitorio, recurriendo a la implementación judicial de los criterios adoptados, para tal efecto, por el artículo 110° del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la

Comisión Especial Revisora creada por Ley número 29153 [Véase: Congreso de la República: Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal, J&O Editores Impresores SAC, Lima, 2009], en tanto en cuanto sus postulados en modo alguno son implicantes con los establecidos por el vigente CP y constituyen reglas de desarrollo plenamente derivadas desde los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados positivamente en el Título Preliminar del Código Penal. Por tanto, corresponde utilizarlos en todo proceso de determinación judicial, cualitativa y cuantitativa, de las consecuencias accesorias que deban imponerse en un caso concreto.

Tales criterios son los siguientes:

A. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.

B. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.

C. La gravedad del hecho punible realizado

D. La extensión del daño o peligro causado.

E. El beneficio económico obtenido con el delito.

F. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.

G. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

H. La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

17°. Es pertinente destacar que por su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias imponen que su aplicación judicial observe, también, con justificada racionalidad, las exigencias generales que derivan del principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso. En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la *necesidad especial* de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso *sub judice* y según los criterios de determinación anteriormente detallados.

Ello implica, pues, que excepcionalmente, el Juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición.

Por lo demás, cabe recordar que estas opciones jurisdiccionales no son ajenas a nuestra legislación vigente y se expresan normativamente en el sentido y función del artículo 68° del Código Penal, al tratar de la exención de pena. No obstante, es de demandar siempre que esta clase de decisiones sean consecuencia de un riguroso análisis fáctico y normativo, y que ellas sean motivadas de manera específica y suficiente.

18°. En el artículo 105° CP también se incluyen salvaguardas a favor de los derechos de terceros: trabajadores y acreedores, los que pudieran resultar afectados con la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica. Por consiguiente, el Juez está autorizado por dicha norma para disponer, ante la autoridad competente, la intervención del ente colectivo sancionado hasta por dos años. Con esta medida se procura controlar o paliar los efectos transpersonales que, necesariamente, producirán la aplicación de una o más consecuencias accesorias, sobre el patrimonio o la estabilidad laboral de personas ajenas al quehacer ilegal de la persona jurídica o de sus órganos de gestión. Sin embargo, esta posibilidad de promover la intervención, por su propia naturaleza y operatividad, sólo debe utilizarse cuando se impongan consecuencias accesorias de efectividad temporal como la clausura de locales o la suspensión o prohibición de actividades.

Finalmente, el artículo 105° CP, en su último párrafo, declara que la imposición de consecuencias accesorias no será afectada o mediatizada por acciones fraudulentas u encubridoras, dirigidas maliciosamente a la frustración de la decisión judicial como *"El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria,..."*.

§ 4. *Consecuencias accesorias, persona jurídica y proceso penal.*

19°. En el ámbito procesal toca delinear las garantías y los procedimientos que deben viabilizar la aplicación judicial de consecuencias accesorias a una persona jurídica. En este espacio debe definirse el procedimiento más idóneo que asegure, con puntual observancia de los principios y garantías

procesales constitucionalmente relevantes, la presencia y la intervención en un proceso penal del ente colectivo; así como la identificación de las partes legitimadas y de las características fundamentales de una dinámica contradictoria que sea idónea para debatir, sin mengua de las garantías del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, la relevancia penal de la concreta intervención de una persona jurídica en el hecho *sub judice*.

En algunos sistemas jurídicos extranjeros es también la legislación material la que demanda la habilitación de este escenario procesal. Así, por ejemplo, en España el artículo 129º del Código Penal advierte que las consecuencias accesorias aplicables a una persona jurídica requieren de una audiencia previa donde ella pueda alegar, a través de sus representantes legitimados, lo que le sea favorable (*"El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias"*).

20°. En lo que atañe a nuestro sistema jurídico las consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. La persona jurídica, entonces, tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanan de las garantías de defensa procesal -derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación- y de tutela jurisdiccional -en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos-.

Con tal efecto, la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en sede de instrucción en una resolución judicial de imputación -en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario-, circunscripta a la posible aplicación de consecuencias accesorias, ello sin perjuicio de que concurrentemente pueda haber sido pasible de una imputación en el proceso civil acumulado como tercero civil. Es evidente que nadie puede ser acusado, sin antes haber sido comprendido como procesado o sujeto pasivo del proceso, a fin de que esté en condiciones razonables de ejercer el conjunto de derechos necesarios para afirmar su pretensión defen-

siva o resistencia: derecho a ser oído, a probar e intervenir en la actividad de investigación y de prueba, a alegar sobre los resultados de aquella actividad, y a impugnar.

Al respecto, el NCPP ya considera a la persona jurídica como un nuevo sujeto pasivo del proceso penal en el Titulo III, de la Sección IV, del Libro Primero. Pero ya no para afrontar únicamente eventuales responsabilidades indemnizatorias, directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible y que pueden concluir con la aplicación sobre ella de una sanción penal en su modalidad especial de consecuencia accesoria [Pablo Sánchez Velarde: *El nuevo proceso penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2009, página 80]. Esta orientación legislativa, además, dispone, para todo ello, la realización de un proceso penal de corte unitario que comprenderá tanto a personas naturales como jurídicas, aunque con formulación de cargos y requerimientos diferenciados en atención a la naturaleza particular del sujeto imputado y de las necesidades específicas del *thema probandum* que le conciernen [Julio César Espinoza Goyena, *Obra Citada,* página, 314].

21°. En el NCPP las normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90º/93º. Cada una de estas normas legisla aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a las personas jurídicas, así como sobre la actividad procesal que estas pueden desplegar.

La morfología y función de tales disposiciones es la siguiente:

A. El artículo 90º NCPP identifica a las personas jurídicas que pueden ser partes procesales y objeto de emplazamiento por la autoridad judicial. En él se fijan los presupuestos necesarios para el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en un proceso penal. Al respecto, el presupuesto esencial que exige dicha norma se refiere a la aplicación potencial sobre el ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias que contemplan los artículos 104º y l05º CP. Esta disposición también concede al Fiscal legitimación exclusiva para requerir ante la autoridad judicial dicho emplazamiento e incorporación procesal. Tal norma, por lo demás, no obsta a que, respecto del artículo 104° CP y en sus estrictos marcos, el actor civil tenga legitimación activa conforme a la concordancia de los artículos 11°, 104° y 105° NCPP.

B. El artículo 91º NCPP disciplina la oportunidad y la tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica como parte procesal. Esta norma señala que la solicitud de emplazamiento del Fiscal se debe formular ante el Juez de la Investigación Preparatoria, luego de comunicarle su decisión formal de continuar con las investigaciones y hasta antes de que se declare concluida la investigación preparatoria. En este artículo se detallan también los datos básicos de identificación que deberá contener la solicitud fiscal y que son los siguientes:

(i) La identificación de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etcétera).

(ii) El domicilio de la persona jurídica (sede matriz o filiales).

La solicitud, además, debe señalar, de modo circunstanciado, los hechos que relacionan a la persona jurídica con el delito materia de investigación. Por tanto, se debe referir la cadena de atribución que la conecta con acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible. Y, en base a todo ello, se tiene que realizar la fundamentación jurídica que justifique incluir al ente colectivo en el proceso.

La tramitación que deberá darse a la solicitud será la misma que detalla el artículo 8º NCPP para el caso de las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones.

C. El artículo 92º NCPP trata de la representación procesal de la persona jurídica. La norma establece que el órgano social de la persona jurídica debe designar un apoderado judicial. Sin embargo, se excluye de dicho rol a toda persona natural que esté comprendida en la misma investigación y bajo la imputación de los mismos hechos que determinaron el emplazamiento y la incorporación procesal de la persona jurídica. La norma dispone, además, un plazo de cinco días para que el órgano social de la persona jurídica cumpla con designar al apoderado judicial. Si al vencimiento de dicho plazo no se hubiera realizado tal designación la hará el Juez de la Investigación Preparatoria.

D. En el artículo 93º NCPP se detalla los derechos y garantías procesales que se reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal. Al respecto, se reconoce a la persona jurídica procesada, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, los mismos derechos y garantías que corresponden, en un debido proceso legal, a toda persona natural que

tiene la condición de imputado. Principalmente, el derecho a una defensa activa, a la posibilidad de contradicción procesal, a la impugnación dentro de la ley de toda resolución que la cause gravamen.

E. El apartado 2 del artículo 93° NCPP regula una situación especial de contumacia o rebeldía de la persona jurídica procesada la cual, sin embargo, en ningún caso, puede generar que se afecte o suspenda la continuación del proceso.

22°. La vigencia escalonada del NCPP en el país, como se ha destacado, limita la utilidad de las normas procesales alusivas a la persona jurídica y, por ende, dificulta la aplicación judicial de las consecuencias accesorias en muchos Distritos Judiciales. Por tal razón y tomando en cuenta las reglas y el procedimiento fijado por aquel para dicha finalidad, corresponde postular un conjunto de criterios operativos en aplicación directa de los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio, conforme a lo dispuesto, en lo pertinente en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso penal, a cuyo efecto se tendrá en consideración, en cuanto sea legalmente compatible con la estructura del ACPP, los siguientes criterios operativos, inspirados en el NCPP:

A. El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91°.1 NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del Juez Penal.

B. La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada persona jurídica, el Juez Penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92° NCPP.

C. La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral.

D. La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso,

solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica.

E. La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El Juez o Sala Penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

III. DECISIÓN

23°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

24°. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 11° al 22°.

25°. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

26°. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss. Gonzales Campos / San Martín Castro / Lecaros Cornejo / **Prado Saldarriaga** / Rodríguez Tineo / Valdez Roca / Barrientos Peña / Biaggi Gómez / Molina Ordoñez / Barrios Alvarado / Príncipe Trujillo / Barandiarán Dempwolf / Neyra Flores / Calderón Castillo / Zevallos Soto

EJECUTORIA VINCULANTE: R.N. N° 3864-2013-JUNÍN

Determinación judicial de penas principales conjuntas

Sumilla. En delitos sancionados con penas conjuntas, la concurrencia de reglas de bonificación procesal, como la conclusión anticipada de la audiencia, debe proyectar sus efectos de reducción de la pena, con igual eficacia porcentual sobre todas las penas aplicables.

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

Lima, ocho de septiembre de dos mil catorce.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la acusada MARIBEL VERÓNICA ANDRADE DA SILVA, contra la sentencia conformada de fojas trescientos cuarenta, del veintiocho de octubre de dos mil trece; y de conformidad en parte con el dictamen de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga.

CONSIDERANDO

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO IMPUGNATORIO

Primero. Que la procesada MARIBEL VERÓNICA ANDRADE DA SILVA, en su recurso formalizado de fojas trescientos ochenta y tres, alega que si bien al inicio del juicio oral se sometió a la conclusión anticipada del juicio oral prevista en el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, y admitió su responsabilidad en los hechos materia de imputación, el Tribunal de Instancia no ponderó que desconocía de la sustancia ilícita que trasladaba en la maleta que portaba, limitándose a aceptar el monto económico ofrecido, el cual necesitaba para tratarse de los males que la aquejaban, sin conocer de la antijuridicidad de su conducta (error de prohibición vencible o invencible), por lo que se configura en su caso una causal

de exculpación. Que ello se acredita con la documentación que adjunta a su recurso, por lo que solicita la anulación de la condena y pena impuesta y se le absuelva de los cargos imputados.

II. HECHOS IMPUTADOS

Segundo. Que en la acusación fiscal de fojas doscientos treinta y ocho, se atribuye a Maribel Verónica Andrade Da Silva, la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, en su modalidad de favorecimiento al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante actos de tráfico, en su forma agravada, en perjuicio del Estado peruano.

Que aproximadamente a las tres horas, del trece de agosto de dos mil doce, cuando personal policial de la División Antidrogas de Huancayo y del Control Ecológico de la Garita de La Oroya, intervino el vehículo de la Empresa de Transportes GM-Internacional, de placa de rodaje WdosM-novecientos cincuenta, procedente de Tingo María con destino a la ciudad de Lima y en su bodega se ubicó la maleta de lona, de color negro y plomo, marca Newest, la cual estaba asegurada con un candado marca Forte y tenía engrampado el tique de equipaje número veinticinco mil novecientos veintidós. Al abrirse dicha maleta se encontraron camuflados, entre una colcha polar, una almohada y un sacón, un total de veintiún paquetes de forma rectangular que contenían una sustancia blanquecina pulverulenta, con un peso de quince kilogramos con seiscientos noventa y tres gramos, que al ser sometida a la prueba de campo, arrojó positivo para clorhidrato de cocaína, como se registra en el informe pericial de química para drogas número nueve mil ciento uno/doce de fojas ciento setenta y dos. Al indagar la policía respecto al propietario de dicho equipaje, se verificó que pertenecía a la procesada Andrade Da Silva, quien viajaba en el asiento número cincuenta y cinco, con boleto de viaje número cero cero noventa y dos mil doce, al cual, además, le correspondía el tique de equipaje número veinticinco mil novecientos veintidós.

III. ABSOLUCIÓN DE LOS AGRAVIOS

Tercero. Que en el caso *sub lite*, se advierte que la pretensión impugnatoria de la recurrente está dirigida a obtener su absolución (exención de culpabilidad), porque habría incurrido en error de prohibición, al descono-

cer que trasladaba droga en la maleta que le entregó una persona de nombre Ambrosio Kárate lo que aceptó por el estado de necesidad que atravesaba, según la documentación que adjuntó a su recurso impugnatorio.

Cuarto. Que, sin embargo, al tratarse de una sentencia conformada, el Tribunal de Instancia no puede apreciar prueba alguna, no solo porque no puede generarse esta, sino, también, porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada a los cargos imputados, no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones que se realizaron en la etapa de instrucción. Que esto último constituye criterio jurisprudencial vinculante, establecido en el fundamento jurídico noveno, del Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho (Conclusión anticipada del juicio oral, pluralidad de acusados y ruptura del proceso); por lo que los agravios propuestos por la impugnante resultan infundados.

IV. GRADUACIÓN DE LAS PENAS DE MULTA E INHABI-LITACIÓN

Quinto. Que pese a no ser amparables los agravios planteados por la recurrente, encontrándose habilitado este Supremo Tribunal para revisar en lo que sea favorable al imputado las sanciones impuestas, cabe señalar que la parte especial del Código Penal incorpora delitos cuya penalidad está constituida por dos o más penas principales. A esta modalidad de conminación penal se le denomina "penas conjuntas". Su característica esencial radica en que, en estos casos, la pena concreta que se aplique al autor o partícipe del delito deberá incluir todas las penas principales conminadas por la Ley.

Sexto. La determinación judicial de la pena en su etapa de individualización de la pena concreta, define el estándar cualitativo y cuantitativo de la sanción que deberá cumplir el condenado sobre la base de las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso sub iúdice y que permitirán identificar la mayor o menor gravedad del hecho punible cometido; así como la mayor o menor intensidad de la culpabilidad que alcanza a su autor o partícipe. Por consiguiente, al tratarse de penas conminadas conjuntas, la pena concreta debe quedar integrada por todas las penas principales consideradas para el delito cometido y aplicadas sobre la base de las mismas circunstancias o reglas de reducción por bonificación procesal concurrentes. De tal forma que el resultado punitivo debe fijar la extensión y calidad de

cada una de las penas conjuntas en función al mismo examen y valoración realizado por el órgano jurisdiccional.

Séptimo. En atención a lo expuesto, no es explicable, en el presente caso, que el resultado punitivo en la pena privativa de libertad, en la de multa e inhabilitación, que integran la penalidad conjunta del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo doscientos noventa y seis, primer párrafo, del Código Penal, tengan una extensión concreta muy diferente una de otra. Esto es, que la pena privativa de libertad sea por debajo del mínimo legal; que la pena de multa sea equivalente al mínimo legal y que la pena de inhabilitación alcance el máximo legal.

Octavo. En consecuencia, pues se deben reducir proporcionalmente las penas de multa e inhabilitación en función a una extensión porcentual equivalente a la que se ha establecido para la pena privativa de libertad.

Sin embargo, cabe precisar también que al tener la pena de inhabilitación en el artículo treinta y ocho del Código Penal un estándar mínimo genérico de seis meses, la aplicación concreta de esta clase de pena para el caso sub iúdice debe graduarse prudencialmente, a fin de que no pierda su sentido y eficacia punitiva.

Noveno. En ese contexto, para la reducción proporcional de la pena de multa debe tomarse como base del cálculo porcentual, los diez años de privación de libertad impuestos a la recurrente, que representan un estándar por debajo del mínimo legal establecido para dicha clase de sanción.

Luego de haberse efectuado la operación correspondiente (regla de tres simple) se tiene que la diferencia de cinco años, de los diez años de privación de libertad y los quince años que fija la Ley como margen mínimo de punición, representan el treinta y tres punto treinta y tres por ciento de reducción que el Tribunal de Instancia estableció para la pena privativa de libertad; por lo que aplicando igual escala a la pena de multa, se obtiene, finalmente, ciento diecinueve días multa.

Décimo. Que al haberse establecido en esta resolución el procedimiento para determinar las penas de multa e inhabilitación, cuando concurran como penas conjuntas y principales, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo

autorizado por el inciso uno, del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales.

Décimo primero. Que en relación con la pena de multa el señor juez supremo Salas Arenas tiene un criterio distinto al que comparten los demás integrantes que suscriben esta ejecutoria, por lo que los fundamentos y efectos de su posición se consignarán en el correspondiente voto singular.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I) **Por unanimidad, NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas trescientos cuarenta, del veintiocho de octubre de dos mil trece, que condenó a MARIBEL VERÓNICA ANDRADE DA SILVA como autora del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas-favorecimiento al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante actos de tráfico en su forma agravada, en agravio del Estado peruano; y como tal le impuso diez años de pena privativa de libertad, fijando en la suma de cincuenta mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor de la parte agraviada.

II) **Por unanimidad, HABER NULIDAD** en el extremo que impuso a la condenada cinco años de pena de inhabilitación, conforme con el artículo treinta y seis, inciso dos, del Código Penal; reformándola: **FIJARON** un año de pena de inhabilitación.

III) **Por mayoría, HABER NULIDAD** en cuanto se impuso ciento ochenta días multa; reformándola: **IMPUSIERON** ciento diecinueve días multa, con una cuota dineraria diaria equivalente al veinticinco por ciento de su ingreso promedio diario.

IV) **Por unanimidad, NO HABER NULIDAD** en lo demás que al respecto contiene dicha sentencia.

V) **Por unanimidad, DISPUSIERON** que los fundamentos jurídicos cinco, seis, siete, ocho y nueve de esta Ejecutoria constituyen precedente vinculante. **ORDENARON** su publicación en el diario oficial *El Peruano*, y en el portal o página web del Poder Judicial. Y los devolvieron.

S.S. SAN MARTÍN CASTRO / **PRADO SALDARRIAGA** / RODRÍGUEZ TINEO / SALAS ARENAS / PRÍNCIPE TRUJILLO

EJECUTORIA VINCULANTE: R.N. N° 2116-2014-LIMA

Concurso real retrospectivo

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

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

Lima, veintisiete de agosto de dos mil quince

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

CONSIDERANDO

I. SOBRE LOS AGRAVIOS EXPUESTOS

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

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

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

c) Que no existe contradicción alguna en sus declaraciones.

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

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

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

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

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

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

II. RESPECTO DE LOS HECHOS IMPUTADOS

Segundo. En la acusación fiscal de fojas seiscientos setenta y ocho, se imputa a Rolando Simbala Bonilla, Hembert Vladimir Barrutia Bonilla, Élmer Rosas Almeyda o Ángel Francisco Pérez Romey y Prudencia Carrera Ruiz, haber incurrido en el delito de estafa. Que el hecho imputado habría ocurrido entre los días dos y diez de marzo de dos mil once, al haberse procurado para sí, un provecho ilícito pecuniario en perjuicio de Francisca Isabel Peña Tordoya, a quien indujeron y mantuvieron en error mediante

engaño. Que para perpetrar el acto ilícito se comunicaron vía telefónica con la agraviada y uno de ellos se identificó como abogado defensor de su hijo Luis Enrique Díez Peña, quien radica en los Estados Unidos, el mismo que presuntamente habría atropellado a una persona y por eso se encontraba recluido, por lo que le requirió una suma de dinero para asumir la defensa de su hijo y para pagar a los familiares de la víctima una supuesta reparación económica. Ante tal situación, la agraviada, convencida de lo que lo manifestado por Simbala Bonilla era cierto, en su estado de desesperación efectuó dos retiros de siete mil nuevos soles del Banco de la Nación y un préstamo de dos mil nuevos soles ante esta misma entidad bancaria; Finalmente, hizo entrega de los dieciséis mil nuevos soles a un sujeto no identificado, a petición de uno de los estafadores.

III. ABSOLUCIÓN DE LOS AGRAVIOS

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

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

Cuarto. En cuanto a la vinculación del encausado Barrutia Bonilla, si bien no se aprecia prueba directa alguna, cierto es que existen indicios sufi-

cientes y convergentes que acreditan su responsabilidad en el ilícito imputado, por los siguientes motivos:

a) Según el registro de llamadas entrantes al teléfono fijo de la agraviada Peña Tordoya, esta recibió dieciocho llamadas entre los días dos y siete de marzo de dos mil once, del teléfono celular número nueve nueve ocho dos cuatro uno nueve seis ocho (ver reporte de llamadas entrantes de fojas seis).

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

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

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

Quinto. Que en virtud a las afirmaciones expuestas y conforme lo sustentó el Colegiado Superior al emitir la sentencia materia de análisis —ver fundamento jurídico tercero—, existe un indicio de mala justificación en la versión exculpatoria del encausado Barrutia Bonilla; pues resulta ilógico e incoherente, de acuerdo con las reglas y las máximas de la experiencia, que una persona que se encuentra fuera de un establecimiento penitenciario solicite ayuda, en la forma como los encausados involucrados sostienen, a un interno del penal; por ello, también resulta absurdo sostener que desconocía del mal uso que su coencausado Rosas Almeyda daría a la línea telefónica; es más, si esta persona se encontraba recluida y, según el certificado de antecedentes penales que obra en autos, era un prontuariado delincuente que

registraba seis condenas por diversos delitos contra el patrimonio (véase fojas quinientos treinta y siete).

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

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

IV. SOBRE EL *QUANTUM* PUNITIVO IMPUESTO EN EL PRESENTE CASO

Octavo. No obstante lo expuesto, este Supremo Tribunal puede revisar, en lo que sea favorable al imputado, la sanción impuesta. En tal sen-

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

Noveno. Sin embargo, el órgano de fallo no advirtió que del certificado de registro penitenciario correspondiente se aprecia que la única condena que el sentenciado registra data de una fecha posterior a los hechos materia de análisis. Esto es, del veinte de julio de dos mil once, mientras que los hechos que originaron el presente proceso son de marzo de dos mil once. Por lo que, en el presente caso, se configura un concurso real retrospectivo, que según lo dispuesto en el artículo cincuenta y uno, del Código Sustantivo, se suscita cuando con posterioridad a una sentencia condenatoria se descubre otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado.

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

Décimo. El concurso real de delitos tiene lugar cuando un mismo agente, con varias acciones independientes, comete también, sucesivamente, varios delitos independientes. Como esclarece con precisión VILLAVICENCIO TERREROS[1]: "El concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y, por ello, constituye la contrapartida del concurso ideal". Este tipo de concurso de delitos requiere, pues, para su realización, de los siguientes requisitos: a) Pluralidad de acciones. b) Pluralidad de delitos independientes. c) Unidad de autor.

Décimo primero. Para la determinación de la pena concreta en el concurso real de delitos el texto original del artículo cincuenta, del Código Penal, regulaba el siguiente procedimiento: primero, para la determinación de

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

la pena básica se elegía la pena más grave de las conminadas para los delitos integrantes del concurso. Regía, pues, en esta primera fase, el Principio de Absorción. Luego, los demás delitos de menor gravedad eran considerados como circunstancias agravantes específicas que hacían posible definir la extensión de la pena concreta. Esto es, con ellos se podía graduar dicha pena, a fin de alcanzar la más severa represión. En esta operación complementaria primaba, pues, el denominado Principio de Asperación.

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

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

Tomando en cuenta, pues, su especial configuración y regulación legal, para que se produzca un concurso real retrospectivo de delitos se requiere: a) Pluralidad de delitos independientes. b) El juzgamiento sucesivo de los delitos en procesos diferentes. c) Unidad de autor.

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

Décimo quinto. En coherencia con dicho postulado, la modificación hecha al artículo cincuenta y uno, mediante la Ley veintiocho mil setecientos treinta, ha establecido que la pena concreta en estos casos debe construirse utilizando igual procedimiento que el contemplado para el concurso real de delitos. Por tanto, se sumarán las penas concretas parciales que se impongan por cada delito en cada nuevo juzgamiento a aquellas que fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Esta operación se repetirá hasta agotar el número de los delitos en concurso. Sin embargo, el resultado de la pena concreta total del concurso real retrospectivo tampoco podrá sustraerse a los mismos límites de validación señalados en el artículo cincuenta para el concurso real. Este procedimiento, además, fue ya enunciado por el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis (Cfr. fundamento jurídico octavo).

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

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ochocientos noventa, del treinta de enero de dos mil catorce, en el extremo que condenó a

Hembert Vladimir Barrutia Bonilla, como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de estafa, en perjuicio de Francisca Isabel Peña Tordoya, y como tal le fijó en veinte mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar junto con los demás sentenciados a favor de la parte agraviada.

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

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

S.S. SAN MARTÍN CASTRO / **PRADO SALDARRIAGA** / SALAS ARENAS / BARRIOS ALVARADO / PRÍNCIPE TRUJILLO

EJECUTORIA VINCULANTE: R.N. N° 2479-2016-ÁNCASH

Habitualidad y concurso real de delitos

Sumilla. Para efectos de la imposición de la pena concreta total, cuando se trate de un concurso real de delitos, deben adicionarse todas las penas concretas parciales correspondientes a cada delito cometido, tal y como lo dispone el artículo cincuenta, del Código Penal.

La comisión sucesiva de tres delitos configura la agravante cualificada de habitualidad, cuyos efectos punitivos regulados en el artículo cuarenta y seis-C no son incompatibles con los que genera el concurso real de delitos.

Lima, cuatro de abril de dos mil diecisiete

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por los encausados MANUEL SEGUNDO RODRÍGUEZ DIESTRA, NÉSTOR JOEL PÉREZ GÁLVEZ y MANUEL JESÚS CHIRINOS MARTÍNEZ; así como por el señor FISCAL DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DEL DISTRITO FISCAL DE ÁNCASH, contra la sentencia de fojas cuatro mil seiscientos noventa y nueve (tomo IV), del doce de agosto de dos mil dieciséis; de conformidad, en parte, con el dictamen del señor Fiscal de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga.

CONSIDERANDO

Primero. Que el encausado RODRÍGUEZ DIESTRA, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos cincuenta y cinco (tomo IV), alega que:

a) No existen elementos de prueba que lo vinculen con el delito imputado, pues no fue reconocido por la agraviada o testigos en rueda de personas.

b) Está acreditado que sus coencausados Romero Pérez, Chirinos Martínez, Méndez Acuña, Peralta Cueva y Simón Vargas, negaron de manera persistente conocerlo.

c) La acusada Castillo Horna (quien fue su pareja sentimental y con quien llegó a la ciudad de Huaraz) fue absuelta, a pesar de la sindicación formulada por la agraviada Rojas Caqui, quien le atribuyó supuesto reglaje en el Banco de Crédito.

d) En el registro personal no se le encontró suma de dinero alguna, menos aún en moneda norteamericana que supuestamente le sustrajeron a la agraviada.

e) Respecto al delito de uso de documento falso, el Colegiado no ponderó que la licencia de conducir número D dieciocho millones sesenta mil quinientos cincuenta y siete es auténtica, conforme con la constancia emitida por la Subgerencia de Transportes de la Gerencia Regional de Transportes y Comunicaciones de La Libertad.

En consecuencia, solicita que se le absuelva de los cargos imputados.

Segundo. Que la defensa técnica del imputado PÉREZ GÁLVEZ, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos sesenta y uno (tomo IV), sostiene que en el juicio oral no se ha demostrado que su defendido haya participado en los tres hechos materia de condena (del trece, dieciséis y diecinueve de noviembre de dos mil diez), ya que si bien el agraviado Luis Enrique Carpio Ricaldi lo sindica a nivel preliminar; no obstante, no hubo ratificación en la fase de instrucción ni en el plenario. Además, tampoco se ha demostrado el uso de arma de fuego ni la preexistencia del dinero sustraído, requisito indispensable para determinar la culpabilidad en los delitos contra el patrimonio. Por lo tanto, solicita la anulación de la sentencia y se disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Tercero. Que el procesado CHIRINOS MARTÍNEZ, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos sesenta y cuatro (tomo IV), alega que la sentencia infringió el debido proceso, la presunción de inocencia y la motivación de las resoluciones judiciales, porque se sustenta en la sindicación de la agraviada Rojas Caqui, la cual genera duda porque se prestó a nivel policial y no ha acreditado la preexistencia de los bienes sustraídos.

Afirma que el Colegiado aplicó erróneamente el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco, al no existir elementos periféricos que corroboren la sindicación de la presunta víctima.

En consecuencia, solicita que se revoque la condena impuesta y se le absuelva de los cargos imputados.

Cuarto. Que el señor FISCAL DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DEL DISTRITO FISCAL DE ÁNCASH, en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos setenta y cuatro (tomo IV), sostiene que el Tribunal de Instancia al absolver a los procesados de los robos perpetrados contra los agraviados Consorcio JC, empresa MV Contratistas Generales Sociedad Anónima Cerrada y Mildret Rojas Caqui, no tomó en cuenta la prueba indiciaria obtenida a través del operativo policial realizado por la DIVINCRI[2], donde se da cuenta de la intervención de todos los encausados y de la frustración de la tentativa de robo con agravantes en perjuicio de Fermín Pedro Sánchez Espíritu.

Dicho operativo se realizó a consecuencia de las denuncias que los agraviados realizaron, quienes señalaron que los robos fueron perpetrados por varios sujetos luego de haber retirado dinero del Banco de Crédito, con el uso de armas de fuego, motocicletas y un vehículo de color azul.

Quinto. Que en la acusación fiscal de fojas dos mil ciento ochenta y cinco (tomo II), se consignan los siguientes hechos:

1) En horas de la mañana del trece de noviembre de dos mil diez, Jhonny Santiago Colonia estacionó su vehículo en el frontis del colegio Santa Rosa, ubicado en la avenida Ramón Castilla, en Huaraz, con la finalidad de entregar la suma de treinta mil soles a su socio Luis Carpio Ricaldi, dinero que había retirado minutos antes del Banco de Crédito. Cuando ambos contaban el dinero, se presentaron cuatro sujetos provistos con armas de fuego, los encañonaron y despojaron de la suma indicada, dándose a la fuga con rumbo desconocido en dos motos lineales (una de color rojo y otra azul) que los esperaban a un costado del lugar con sus respectivos choferes.

2 La intervención fue realizada el uno de diciembre de dos mil diez y es descrita en la ocurrencia de calle común número trescientos treinta y nueve, de fojas uno (tomo I).

Por su parte, Luis Enrique Carpio Ricaldi reconoció a Néstor Joel Pérez Gálvez como la persona que lo encañonó con un arma de fuego en la cabeza, a la altura de la sien, en tanto otro sujeto (no presente en el acta de reconocimiento, de fojas sesenta y uno, tomo I) encañonó a Santiago Colonia a la altura de la cabeza.

El encausado Pérez Gálvez fue reconocido, además, por Juan Luis Villanueva Huamán y Melvin Bernett Romero Príncipe (según actas de fojas sesenta y siete, y sesenta y nueve, tomo I, respectivamente), quienes estaban en el interior del vehículo de los agraviados, por ser trabajadores de Consorcio JC.

Carpio Ricaldi reconoció (fojas setenta y cuatro, tomo I) la motocicleta lineal marca Sumoto, color azul con negro, que sirvió para que los autores del robo se dieran a la fuga.

2) Aproximadamente a las doce horas con treinta minutos, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, Lenina Maritza Meza Villarreal y José Enrique Parias Aguilar, se dirigieron al Banco de Crédito situado en la avenida Luzuriaga, en Huaraz, a fin de retirar dinero para el pago de proveedores y planilla de la empresa MV Contratistas Generales Sociedad Anónima Cerrada.

Luego de haber retirado ciento cuatro mil ochocientos soles se dirigieron a sus oficinas ubicadas en el jirón Bautista número ochocientos sesenta y nueve (Huaraz) y cuando Lenina Meza Villarreal abría la puerta, mientras que José Enrique Parias Aguilar esperaba en la vereda, observó a un sujeto que subía de oeste a este y a otra persona que venía de frente, procediendo esta última a apuntarle con una pistola y le ordenó voltearse bajo amenaza de muerte.

A continuación, con palabras groseras le quitó la maleta donde tenía el dinero y su celular; luego, a empujones le hizo subir las gradas y lo puso de espaldas en la puerta. Por su parte, la otra persona le arrebató la cartera a Lenina Meza Villarreal y le apuntó con el arma de fuego a la altura de la frente, para luego darse a la fuga con dirección a la avenida Gamarra abordo de un automóvil de color azul con placa amarilla, que empezaba con la letra "C" (así lo afirma Meza Villarreal).

Posteriormente, el uno de diciembre de dos mil diez, el agraviado Parias Aguilar reconoció plenamente a Néstor Joel Pérez Gálvez como el sujeto que el día de los hechos intervino en el robo, pues fue quien recibió la maleta con dinero arrebatado por un sujeto que tenía un arma de fuego (acta de reconocimiento de fojas sesenta y tres, tomo I).

Que si bien la agraviada Meza Villarreal no pudo reconocer a ninguno de los autores (fojas sesenta y cuatro, tomo I); no obstante, en su declaración (fojas veinticuatro, tomo I) sí reconoció el vehículo de color azul, marca Toyota de placa de rodaje número COB-ochocientos cuarenta y nueve, como el utilizado por los asaltantes.

3) Cerca de las doce del mediodía, del veintinueve de noviembre de dos mil diez, Mildret Rojas Caqui se constituyó al Banco de Crédito de Huaraz, con el objetivo de retirar ocho mil dólares americanos. Una vez que realizó dicha transacción guardó el dinero en su cartera de color verde, donde también llevaba mil soles, dos celulares, tarjetas de crédito y otros documentos.

Al salir del banco se encontró con su padre, Alfredo Rojas Alvino, y con él se dirigió a comprar repuestos y filtros en una tienda ubicada frente al estadio Rosas Pampa. Mientras cotizaban precios ingresaron al establecimiento dos personas de sexo masculino, quienes los amenazaron con armas de fuego si no entregaban el dinero.

La agraviada opuso resistencia y los asaltantes la golpearon con un arma de fuego a la altura de la frente, arrebatándole su cartera, donde tenía el dinero en efectivo y demás pertenencias.

La agraviada llegó a percatarse de que un sujeto los esperaba en una moto de color rojo, en la que huyeron con dirección norte; en tanto que el dueño de la tienda, Zambrano Macedo, pudo ver una moto de color azul.

Posteriormente, la agraviada reconoció a Néstor Joel Pérez Gálvez, Manuel Jesús Chirinos Martínez, Manuel Segundo Rodríguez Diestra y Yessenia Yamileth Castillo Horna, a quien vio en el interior del Banco de Crédito, cuando ingresó y salió. Sindica además al encausado Chirinos Martínez como la persona que ingresó a la tienda con un arma de fuego (acta de fojas setenta y uno, tomo I). Reconocimiento que también efectuaron los testigos Luis Alberto Fernández Rimapa y Niltow Alberto Villalva Campos.

4) A las diez de la mañana del uno de diciembre de dos mil diez, Fermín Pedro Sánchez Espíritu se constituyó al Banco de Crédito de Huaraz, de donde retiró veinte mil soles. Luego, junto con su esposa, se dirigió a la Notaría Valerio, ubicada en la avenida Luzuriaga de esta ciudad, sin darse cuenta que era observado y seguido por Manuel Ángel Méndez Acuña.

En su manifestación policial (fojas quince, tomo I) sostuvo que en el banco había una persona canosa y con gorro de color negro, que los miraba cuando retiraba el dinero y estaba acompañado de una persona gordita, a los que vio después en el interior de la Notaría Valerio junto con otras personas.

Posteriormente identificó a ambos implicados como Manuel Segundo Rodríguez Diestra y Manuel Jesús Chirinos Martínez, respectivamente, conforme con el acta de reconocimiento (fojas sesenta y cinco, tomo I). Asegura que al primero lo vio en la notaría con una señorita que vestía en ese momento pantalón azul, zapatillas y chompa de color beis, que tenía bordado en el pecho una flor (se trataba de la acusada Yessenia Yamileth Castillo Horna).

5) En atención a las denuncias recibidas, miembros de la DIVINCRI realizaron un operativo en las oficinas del Banco de Crédito. El uno de diciembre de dos mil diez, en horas de la mañana, se percataron de la presencia de un sujeto robusto, de cabello blanco (canoso) y tez trigueña, que en actitud sospechosa miraba constantemente todas las ventanillas. Fue identificado como Manuel Segundo Rodríguez Diestra, quien se percató del retiro de dinero que realizó el agraviado Sánchez Espíritu.

Al retirarse este, también Rodríguez Diestra se levantó repentinamente, de igual manera lo hizo la persona que lo acompañaba (de contextura delgada, tez blanca y estatura baja), identificado como Manuel Ángel Méndez Acuña; ambos comenzaron a utilizar sus teléfonos celulares.

El primero se dirigió al lado izquierdo del banco, perdiéndolo de vista el personal policial; mientras que Méndez Acuña persiguió apresuradamente al agraviado Sánchez Espíritu, quien se dirigía con su esposa a la Notaría Valerio. En esos momentos aparecieron los acusados Manuel Jesús Chirinos Martínez, Néstor Joel Pérez Gálvez y Roxana Maribel Simón Vargas, quienes luego de intercambiar palabras con el imputado Méndez Acuña ingresaron a la notaría, mientras que este último se dirigió a la plaza de armas de Huaraz, seguido por un personal policial.

Posteriormente, el encausado Rodríguez Diestra apareció por inmediaciones del local de Telefónica del Perú abrazado con la acusada Castillo Horna y ambos ingresaron presurosos a la notaría donde intercambiaron palabras con los demás imputados que estaban en el interior; circunstancias en que fueron capturados por personal policial de la DIVINCRI-Huaraz.

En dicha intervención se incautaron dos motocicletas, sin placas, de color azul, y un automóvil Toyota Corolla, color guinda, de placa de rodaje COF-cuatrocientos trece, con pertenencias en su interior.

6) Al ser intervenido el procesado Rodríguez Diestra, en el registro personal se le encontró entre sus pertenencias una licencia de conducir utilizada para manejar el vehículo de placa de rodaje COF-cuatrocientos trece, documento presuntamente falsificado, si se tiene en consideración que las dos motocicletas carecían de placas de identidad. No se descarta la participación de todos los acusados en la falsificación de la citada licencia de conducir, pues tienen como lugar de origen la ciudad de Trujillo, del departamento de La Libertad, y con dicho documento se trasladaron en el citado vehículo a esta ciudad.

Sexto. Que corresponde a este Supremo Tribunal pronunciarse con relación a las impugnaciones de los condenados Manuel Segundo Rodríguez Diestra, Néstor Joel Pérez Gálvez y Manuel Jesús Chirinos Martínez; así como respecto al medio impugnativo del representante del Ministerio Público.

En atención a que en este último se cuestiona la absolución de casi todos los encausados, respecto a los cuatro eventos delictivos atribuidos, corresponde resolver, en primer lugar, tal extremo de la sentencia recurrida.

Séptimo. Que del análisis de autos y los términos del citado medio impugnativo, se aprecia que los jueces de la Sala Penal Liquidadora Permanente de Huaraz, de la Corte Superior de Justicia de Áncash, no realizaron la debida apreciación de los cuatro hechos atribuidos a los procesados absueltos, ni compulsaron de forma apropiada todos los elementos de prueba que obran en autos; además que tampoco realizaron diligencias importantes para establecer su inocencia o responsabilidad.

Octavo. Que, en efecto, el Tribunal de Instancia, para justificar la sentencia impugnada (ver fundamento jurídico cinco.seis), esgrime motivación

insuficiente para ratificarla. Si bien admite como probada la responsabilidad penal del sentenciado Pérez Gálvez en los tres eventos criminales (mientras que los sentenciados Chirinos Martínez y Rodríguez Diestra solo serían culpables del evento ocurrido el veintinueve de noviembre de dos mil diez) no obstante, considera que existiría duda respecto a la participación de los imputados Romero Pérez, Méndez Acuña, Peralta Cueva, Castillo Horna y Simón Vargas, sin justificar de manera individual cómo se plasmaría dicha duda en cada uno de ellos; sobre todo si se tiene en cuenta que tal decisión comprendió a la acusada Castillo Horna, contra quien existe sindicación directa de la agraviada Mildret Rojas Caqui y de los testigos Luis Alberto Fernández Rimapa y Niltow Alberto Villalva Campos (ver acta de reconocimiento físico de persona de fojas setenta y uno, tomo I, en presencia del Fiscal Provincial).

Noveno. Que con relación a los robos perpetrados contra el Consorcio JC y la empresa MV CONTRATISTAS GENERALES SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA, no se ponderó que los acusados Romero Pérez, Chirinos Martínez, Rodríguez Diestra, Méndez Acuña, Peralta Cueva, Castillo Horna y Simón Vargas, tendrían vinculación con los sucesos criminales, porque fueron intervenidos por la autoridad policial el uno de diciembre de dos mil diez, como se advierte en la ocurrencia de calle común número trescientos treinta y nueve (tomo I); así como en el acta de reconocimiento de vehículo menor (fojas setenta y cuatro, tomo I), realizado por Luis Enrique Carpio Ricaldi, Melvin Bernett Romero Prince y Juan Luis Villanueva Huamán; y el acta de hallazgo (fojas noventa y ocho, tomo I) del vehículo de placa de rodaje COB-ochocientos cuarenta y nueve, en cuyo interior se encontró la cartera de la agraviada Lenina Maritza Meza Villarreal.

Décimo. Que respecto a la imputación por tentativa de robo con agravantes, en perjuicio de Fermín Pedro Sánchez Espíritu, también se incurre en error (ver fundamento jurídico cinco.siete). En efecto, según los términos de la acusación fiscal el ilícito no se llegó a consumar porque la autoridad policial montó un operativo realizado por la DIVINCRI el uno de diciembre de dos mil diez, y que está descrito en la ocurrencia de calle común número trescientos treinta y nueve, de fojas tres (tomo I); el mismo que permitió esclarecer los anteriores robos. Por tanto, la conducta desplegada por los imputados Romero Pérez, Chirinos Martínez, Rodríguez Diestra, Pérez

Gálvez, Méndez Acuña, Peralta Cueva, Castillo Horna y Simón Vargas, si configuraría un caso de tentativa inacabada.

Decimoprimero. Que en tal sentido, al no haberse esgrimido una adecuada motivación que justifique las absoluciones cuestionadas, se incurrió en causal de nulidad prevista en el inciso uno, del artículo doscientos noventa y ocho, del Código de Procedimientos Penales; por lo que es necesario que se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en el que se recabarán:

a) Las declaraciones de los agraviados Fermín Pedro Sánchez, Jhonny Santiago Colonia, Luis Carpio Ricaldi, Lenina Maritza Meza Villarreal, José Enrique Parias Aguilar y Mildret Rojas Caqui, a fin de que se ratifiquen en sus declaraciones policiales e identifiquen la participación o no, de cada uno de los imputados.

b) Los testimonios de Alfredo Rojas Albino, Jaime Ricardo Zambrano Macedo, Juan Luis Villanueva Huamán, Melvin Bernett Romero Prince, Luis Alberto Fernández Rimapa y Niltow Alberto Villalva Campos, para que se ratifiquen en sus declaraciones prestadas en el transcurso del proceso.

Decimosegundo. Que de conformidad con lo establecido en el último párrafo, del artículo trescientos uno, del Código Adjetivo, es de rigor rescindir la sentencia en dicho extremo y disponer que en un nuevo contradictorio, dirigido por otro Colegiado, se realicen las anotadas diligencias y las demás necesarias para el esclarecimiento cabal de los hechos.

Decimotercero. Que respecto a la impugnación de los acusados Pérez Gálvez y Chirinos Martínez, se advierte que su vinculación con los robos perpetrados está acreditada con la sindicación de los agraviados Luis Enrique Carpio Ricaldi, José Enrique Parias Aguilar y Mildret Rojas Caqui (ver actas de reconocimiento físico de persona de fojas sesenta y uno, sesenta y tres, y setenta y uno, tomo I, respectivamente); que para este Supremo Tribunal constituye elemento de cargo suficiente de culpabilidad al concurrir los presupuestos (incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia) señalados en el fundamento jurídico décimo, del Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco.

Decimocuarto. Que el agravio común de los recurrentes es que las víctimas no habrían acreditado la preexistencia del dinero sustraído, lo que se desvirtúa plenamente con el informe (fojas mil ochenta y ocho y siguien-

tes, tomo II) detallado de las transacciones que los agraviados realizaron en el Banco de Crédito, de la ciudad de Huaraz; por lo que las pretensiones impugnatorias de los recurrentes resultan infundadas.

Decimoquinto. Finalmente, con relación al recurso de nulidad del acusado Rodríguez Diestra, se tiene que su vinculación con los delitos imputados (robo con agravantes y uso de documento falso) están acreditados suficientemente con la sindicación de la agraviada Mildret Rojas Caqui (acta de reconocimiento de fojas setenta y uno, tomo I) y el dictamen pericial de grafotécnica número cero ochenta y ocho/dos mil diez (fojas setecientos noventa y seis, tomo I), donde se concluye que la muestra incriminada, licencia de conducir número D dieciocho millones sesenta mil quinientos cincuenta y siete, a nombre de Manuel Segundo Rodríguez Diestra; es un documento falsificado, mediante el sistema técnico de impresión *offset*.

Decimosexto. Que los agravios propuestos por el recurrente deben considerarse argumentos de defensa, en la medida que existe incriminación directa de la víctima, que se recabó con las garantías de Ley. Por su parte, la constancia expedida por la Subgerencia de Transportes de la Gerencia Regional de Transportes y Comunicaciones de La Libertad (fojas cuatro mil setecientos sesenta, tomo IV), es un documento informativo sobre quien es el titular de la licencia de conducir, lo cual no desvirtúa el mérito probatorio de la pericia practicada sobre el documento que la contiene, que resulta ser falso. Por tanto, su pretensión impugnatoria también resulta infundada.

Decimoséptimo. Que en tal sentido, al haberse enervado la presunción de inocencia que los encausados Manuel Segundo Rodríguez Diestra, Néstor Joel Pérez Gálvez y Manuel Jesús Chirinos Martínez ostentaban al inicio de la investigación judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo doscientos ochenta y cinco, del Código de Procedimientos Penales, se infiere que dichos extremos de la sentencia impugnada se encuentran conformes a Ley.

Decimoctavo. Sin perjuicio de ello, se advierten deficiencias en la dosificación de las penas impuestas a los encausados Pérez Gálvez y Rodríguez Diestra. Al respecto, cabe señalar que el Colegiado Superior, al analizar dicho aspecto (ver fundamento jurídico cinco.nueve) aplicó incorrectamente el sistema de tercios previsto en el artículo cuarenta y cinco-A, del Código Penal, al dosificar la sanción dentro del tercio intermedio, a pesar de haber

señalado la concurrencia de las circunstancias agravantes, la pena conminada por cada delito, el concurso real de delitos y los antecedentes penales que registran ambos procesados (ver certificados judiciales de fojas cuatro mil quinientos veinte y cuatro mil quinientos veinticinco, tomo IV, respectivamente).

Por tanto, no tomó en cuenta que al existir un concurso real de delitos se debieron adicionar las penas concretas parciales impuestas por cada delito integrante del concurso real, tal y como lo establece el artículo cincuenta, del Código Penal, y el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis.

En efecto, del análisis de los cargos formulados por el delito de robo con agravantes, cuya pena conminada es no menor de doce ni mayor de veinte años, se advierte la comisión reiterada de varios delitos de esta naturaleza, con relación al acusado Pérez Gálvez.

Respecto al imputado Rodríguez Diestra, se debió adicionar el delito de uso de documento falso, conminado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y multa.

Además, no se detecta la concurrencia de circunstancias atenuantes ni causales de disminución de punibilidad que justifiquen las penas privativas de libertad de dieciséis y dieciocho años, respectivamente; por lo que correspondería incrementarlas; sin embargo, al no haberlas cuestionado el representante del Ministerio Público, este Supremo Tribunal está inhabilitado de reformarlas en virtud del principio de prohibición de reforma en peor.

Decimonoveno. Cabe señalar que de la lectura de los supuestos fácticos delictivos atribuidos a los procesados, se advierte que estos fueron perpetrados los días trece, dieciséis y veintinueve de noviembre de dos mil diez. Por tanto, al haberse realizado tres robos con agravantes se configura la agravante cualificada de la habitualidad y de los efectos regulados en los párrafos segundo y tercero, del artículo cuarenta y seis-C, del Código Penal.

La presencia de esta agravante cualificada altera el límite punitivo establecido originalmente para el tercer delito perpetrado y se construye un nuevo marco punible. Esto último representa un incremento equivalente a una mitad sobre el máximo legal.

Cabe destacar también que estos efectos han sido igualmente desarrollados en el Acuerdo Plenario número uno-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis (Fundamento Jurídico trece, literal c). Es más, ellos no son incompatibles con la aplicación de las reglas del concurso real de delitos. No obstante, al no haber demandado el representante del Ministerio Público la aplicación de esta circunstancia agravante cualificada en su acusación escrita ni en su recurso de nulidad, le resulta vedado a este Supremo Tribunal corregir tan grave omisión.

Vigésimo. Que al haberse establecido en esta resolución la correcta aplicación del concurso real de delitos y de la circunstancia cualificada de habitualidad, en el momento de determinarse la pena final concreta corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno, del artículo trescientos uno-A, del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I) **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatro mil seiscientos noventa y nueve (tomo IV), del doce de agosto de dos mil dieciséis; que condenó a MANUEL SEGUNDO RODRÍGUEZ DIESTRA como autor del delito contra el patrimonio-robo con agravantes, en perjuicio de Mildret Rojas Caqui; y autor del delito contra la fe pública-uso de documento falso, en agravio del Estado-Ministerio de Transportes y Comunicaciones, como tal le impuso dieciséis años de pena privativa de libertad, así como treinta días multa a favor del Estado, y fijó la suma de mil quinientos soles que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de cada uno de los agraviados, a razón de quinientos soles para la primera y mil soles para la entidad agraviada.

II) **NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia, en el extremo que condenó a NÉSTOR JOEL PÉREZ GÁLVEZ como autor del delito contra el patrimonio-robo con agravantes, en perjuicio del Consorcio JC (representado por Jhonny Santiago Colonia y Luis Carpio Ricaldi), empresa MV CONTRATISTAS GENERALES SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA (representada por Lenina Maritza Meza Villarreal y

José Enrique Parias Aguilar) y Mildret Rojas Caqui; como tal le impuso dieciocho años de pena privativa de libertad, y fijó la suma de tres mil quinientos soles que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de cada uno de los agraviados, a razón de mil quinientos soles para los dos primeros y quinientos soles para la última agraviada.

III) **NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia, en el extremo que condenó a MANUEL JESÚS CHIRINOS MARTÍNEZ, como autor del delito contra el patrimonio-robo con agravantes, en perjuicio de Mildret Rojas Caqui, como tal le impuso quince años de pena privativa de libertad, y fijó la suma de quinientos soles que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada.

IV) **NULA** la misma sentencia, en los extremos que absolvió de la acusación fiscal a Roberto Carlos Romero Pérez, Manuel Jesús Chirinos Martínez, Manuel Segundo Rodríguez Diestra, Néstor Joel Pérez Gálvez, Manuel Ángel Méndez Acuña, Roller Antonio Peralta Cueva, Yessenia Yamileth Castillo Horna y Roxana Maribel Simón Vargas, por el delito contra el patrimonio-tentativa de robo con agravantes, en perjuicio de Fermín Pedro Sánchez Espíritu; que absolvió de la acusación fiscal a Roberto Carlos Romero Pérez, Manuel Jesús Chirinos Martínez, Manuel Segundo Rodríguez Diestra, Manuel Ángel Méndez Acuña, Roller Antonio Peralta Cueva, Yessenia Yamileth Castillo Horna y Roxana Maribel Simón Vargas, por el delito contra el patrimonio-robo con agravantes, en perjuicio del Consorcio JC (representado por Jhonny Santiago Colonia y Luis Carpio Ricaldi), empresa MV CONTRATISTAS GENERALES Sociedad Anónima Cerrada (representada por Lenina Maritza Meza Villarreal y José Enrique Parias Aguilar); y que absolvió de la acusación fiscal a Roberto Carlos Romero Pérez, Manuel Ángel Méndez Acuña, Roller Antonio Peralta Cueva, Yessenia Yamileth Castillo Horna y Roxana Maribel Simón Vargas, por el delito contra el patrimonio-robo con agravantes, en perjuicio Mildret Rojas Caqui; en consecuencia, **ORDENARON** se realice un nuevo juicio oral por otro Tribunal de Instancia, que debe observar lo señalado en los fundamentos jurídicos séptimo, octavo, noveno, décimo, decimoprimero y decimosegundo de esta Ejecutoria.

V) **DISPUSIERON** que los fundamentos jurídicos decimoctavo y decimonoveno, de esta Ejecutoria constituyen precedente vinculante. **ORDENARON** su publicación en el diario oficial *El Peruano*, y en el portal o página web del Poder Judicial. Y los devolvieron. Interviene la señora jueza suprema Chávez Mella, por licencia de la señora jueza suprema Barrios Alvarado.

S.S. SAN MARTÍN CASTRO / **PRADO SALDARRIAGA** / SALAS ARENAS / PRÍNCIPE TRUJILLO / CHÁVEZ MELLA

ACUERDO PLENARIO N° 4-2016/CIJ-116

ALCANCES DE LAS RESTRICCIONES LEGALES EN MATERIA DE IMPUTABILIDAD RELATIVA Y CONFESIÓN SINCERA

Lima, doce de junio de dos mil diecisiete.

Los Jueces Supremos de lo Penal, Integrantes de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.° Las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 179-2016-P-PJ, de 22 de junio de 2016, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del Señor Pariona Pastrana, realizaron el X Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2.° El X Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por las dos fases.

Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer los puntos de materia de análisis, que necesitaran una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda el examen de las propuestas temáticas que presentaron las entidades y los juristas, que se realizó entre los días 7 de julio al 7 de agosto de 2016. Se presentaron un total de 41 mociones. De ellas, en la sesión de 31 de agosto de 2016, se identificaron tres propuestas, que se oficializaron en los siguientes temas: **1.** Restricciones legales en materia de confesión sincera y responsabilidad restringida por edad. **2.** Participación del *extraneus* en

delitos especiales. **3.** Delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

En la sesión del 7 de setiembre se seleccionó a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en la Audiencia Pública.

3.° La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 29 de setiembre de 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de jueces supremos. Hicieron uso de la palabra en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores abogados, Juan Carlos Jiménez Herrera y José Antonio Caro John.

4.° La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de la designación de los jueces Supremos ponente. En la sesión de fecha cinco de octubre se designó a los señores San Martín Castro e Hinostroza Pariachi para las formulación de la ponencia referida a "las restricciones legales en materia de responsabilidad restringida por edad y confesión sincera".

Presentada la ponencia pertinente; integrada al Pleno como consecuencia de la creación de la Segunda Sala Penal Transitoria; tomado conocimiento de los informes orales a través del video de la audiencia pública; y realizadas diversas sesiones de presentación de la ponencia, análisis, debate, deliberación y votación, en la fecha se acordó proferir el presente Acuerdo Plenario.

5.° Este Acuerdo Plenario se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República- a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del Orden Jurisdiccional que integran.

Intervienen como ponentes los señores San Martín Castro e Hinostroza Pariachi.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Evolución Histórica

6.° El artículo 22 del Código Penal de 1991 estableció, expresamente, como eximente incompleta de responsabilidad penal, lo siguiente: "Podrá

reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción". Esta disposición, como se advierte de su tenor, no contemplaba ninguna excepción por razón del delito cometido.

No obstante, en las cuatro reformas sucesivas, desde la dación del Código Penal, se incorporaron progresivamente excepciones a esta eximente incompleta en atención a determinados delitos, considerados en atención a legislativos son los siguientes:

A. Ley número 27024, de 25-12-1998. En lo pertinente, agregó el artículo 22 del Código Penal un segundo párrafo, cuyo tenor literal es: "Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, u otro delito sancionado con pena privativa de la libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".

B. Ley Número 29439, de 19-11-2009. En el primer párrafo, añadió la frase siguiente: "[...], salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo".

C. Ley número 30076, de 19-08-2013. En el segundo párrafo adicionó como delitos excluidos los de "homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado y apología".

D. Decreto Legislativo número 1181, de 27-7-2015. En el segundo párrafo aumentó como delitos excluidos los de "criminalidad organizada, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, genocidio, desaparición forzada y tortura".

7.° El artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 24388, de 6-12-1985, estableció una bonificación procesal por confesión sincera. El segundo párrafo de esta norma estatuyó: "La confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal". Sin embargo, la Ley número 28760, DE 14-06-2006, introdujo una excepción en los

casos de confesión sincera:[...], salvo que se trate de los delitos de secuestro y extorsión previstos en los artículos 152 y 200 del Código Penal, respectivamente, en cuyo caso no opera la reducción".

En esa misma perspectiva, al artículo 161 del Código Procesal Penal reconoció tal bonificación procesal. Su redacción es: "Si la confesión, adicionalmente, es sincera y espontánea, salvo los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso, el juez, especificando los motivos que la hacen necesaria, podrá disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal". Sin embargo la Ley número 30076, del 19-8-2013, primero, unificó el régimen de la confesión sincera extendiendo la vigencia del artículo 161 del Código de Procesal Penal a todo el territorio nacional –derogó, por consiguiente, para todos los efectos, aun cuando en una determinada área territorial no está en vigor íntegramente el Código de Procesal Penal (v. gr.: Lima y Callao), el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales,- y, bajo el presupuesto de que la confesión debe ser, además, sincera y espontánea, estatuyó: "Este beneficio es inaplicable en los supuestos de flagrancia, de irrelevancia de la admisión de los cargos e atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso y cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal".

8.° Ambas normas: artículo 22 del Código Penal y artículo 161 del Código Procesal Penal, a final de cuentas, tienen una incidencia en la punibilidad. En el primer caso, se está ante una causal de disminución de la punibilidad –se construye desde la estructura del delito-, mientras que, en el segundo caso, se trata de una regla de reducción de la pena concreta por bonificación procesal, que apunta a la eficacia motivadora que ejerce para generar efectos de abreviación de la actividad procesal]; no se vinculan, como en el caso anterior, a juicios de valor propios de procedimientos de individualización de la pena ni a la verificación de defectos de estructura o realizaron del delito [Conforme: PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: Consecuencias JURÍDICAS DEL DELITO, Lima, 2016, pp. 245 y ss.].

2. Eximente imperfecta del artículo 22 del Código Penal

9.° El artículo 22 del Código Penal se erige en una eximente imperfecta radicada en la categoría culpabilidad. El primer elemento sobre el que

descansa el juicio de culpabilidad es la imputabilidad o capacidad de culpabilidad –condición previa e indispensable de la culpabilidad-. Esta tiene dos ámbitos; a) el sujeto no debe padecer graves anomalías psíquicas, que eliminen el grado mínimo de capacidad de auto denominación exigido por nuestro ordenamiento jurídico.

Por razones de seguridad jurídica, nuestro legislador no solo fijó en dieciocho años la edad mínima para la capacidad de culpabilidad (artículo 20.2 del Código Penal), sino que, el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años de edad, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción –el sujeto es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme con esa comprensión-, línea jurisprudencial uniformesiempre opera del mínimo legal hacia abajo [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Derecho Penal. Parte General, Lima, 2006, pp. 606 y 608].

10.° El fundamento de esa configuración jurídica estriba, hasta cierto punto, en que el individuo no alcanza la madurez de repente y a los individuos entre dieciocho y veintiún años no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente, pues su proceso de madurez no ha terminado, y, además, en que la edad avanzada del agente expresa un periodo de decadencia, de disminución de las actividades vitales, que desemboca en una etapa de degeneración que afecta a las facultades vitales, por lo que la capacidad de culpabilidad debe ser considerada como limitada [HURTADO José / PEADO Víctor: Manual de Derecho Penal Parte General, I, Lima, 2011, pp. 618-621].

11.° Las restricciones que se iniciaron en 1998 y prosiguieron con la última reforma legislativa de 2015 (véase fundamento jurídico sexto), están referidas a la comisión de veintiún modalidades delictivas, que pueden calificarse de muy graves. Estas se encuentran en el injusto penal: antijuricidad, no en la categoría culpabilidad. Luego es pertinente preguntarse si tales excepciones a la regla de disminución de la respuesta penal, son constitucionalmente admisibles desde el principio de igualdad ante la ley.

12.° La igualdad es un principio –derecho reconocido en el artículo 2, de la Constitución. Es tanto un desarrollo legislativo previo, cuanto un valor constitucional que informa todo el ordenamiento jurídico infra constitucional. La igualdad, como derecho público subjetivo, conlleva la alegación de discriminación, la cual implica una desigualdad que puede tener su origen

en un hecho, en la diferenciación de tratamiento legal no justificado constitucionalmente o, finalmente, en la aplicación de una ley que produzca un resultado inconstitucional. Es, como todo derecho subjetivo garantizado por la Constitución, un derecho garantizado *erga omnes,* frente a todos, lo que implica, como resultado, que todos los jueces tienen el poder –y el deber– de aplicar directamente las normas constitucionales en las controversias sometidas a juicio [Guastini, Riccardo: Lecciones de Derecho Constitucional, Lima, 2016, p. 308].

La doctrina constitucionalista tiene expuesto que se está ante una desigualdad ante la ley cuando ésta, ante dos supuestos de hecho idénticos, trata, de forma distinta, sin ninguna justificación, a diferentes sujetos. Los requisitos de la prohibición de discriminación, primero, no se trata de una lista cerrada de presupuestos, sino de todas aquellas situaciones que pueden producir un tratamiento diferenciado, que se traduzca en un perjuicio para personas o grupos; seguro, esta diferenciación no está justificada ni atiende a fines legítimos; y tercero, no supera el test de la racionalidad [BALAGUER CALLEJO, FRANCISCO y OTROS: Manual de Derecho Constitucional, I, Madrid, 2014, p p. 85-86].

En este último aspecto, es pertinente resaltar que frente al legislador el derecho a la igualdad impide que pueda configurar los supuestos de hecho de la norma, de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y por eso es discriminatoria (STCE número 96/1997, de 19 de mayo).

La diferencia de trato será lícita si resulta objetivamente justificada y razonable. En este último aspecto, se actuará conforme a la Constitución si la diferencia de trato es conforme a la finalidad perseguida, de suerte que evite resultados excesivamente gravosos o desmedidos (STCE número 117/1998, de 2 de junio). El test empleado para aplicar el artículo 2.2 de la Constitución es el juicio de razonabilidad –distinto del principio de proporcionalidad-, es decir, aquel que determina que la norma no sea absurda,

injustificada, arbitraria o falta de realismo [DIEZ PICAZO, LUIS: Sistema de Derechos Fundamentales, Madrid, 2013, pp. 187-188].

13.° En el presente caso, es necesario tomar en consideración, primero, que la disminución de la punibilidad está en función a la edad del agente cuando el delito, para lo cual se fija un criterio objetivo: entre 18 y 21 años y más de 65 años de edad, segundo, que esta disminución de la punibilidad esta residenciada en la capacidad penal como un elemento de la categoría culpabilidad; tercero, la referencia a delitos graves tiene como premisa, para la diferenciación, la entidad del injusto, esto es, la antijuridicidad penal de la conducta del agente, sin duda, una categoría del delito propia y distinta de la culpabilidad.

¿Es posible, entonces, una discriminación en el supuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal basado, como pauta de diferenciación en la entidad del delito cometido? Es decir, ¿si la misma persona dentro de ese rango de edades comete un delito no excluido se le atenuará la pena por debajo del mínimo legal, pero si perpetra un delito atenuación no será posible? ¿Es un factor relevante, en sí mismo o con relevancia propia, para desestimar la atenuación la entidad del delito cometido?

14.° La respuesta, sin duda alguna, es negativa: la Ley incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente. La antijuricidad penal se refiere a las conductas que son contrarias a las normas que rigen el Derecho Penal -típicas y no amparadas en una causa de justificación-, mientras que la culpabilidad se circunscribe el sujeto que comete esa conducta, respecto del que debe afirmarse que actuó pese a estar motivado por la norma que le impelía a adoptar un comportamiento distinto. Una atiende al hecho cometido –a su gravedad o entidad– y la otra a las circunstancias personales del sujeto.

Luego, si la edad del agente está referida a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general de la función de criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque el bien jurídico vulnerado, mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido, que tiene su propio baremo de apreciación.

15.° El grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa a la entidad del delito cometido. La disminución de la pena, según el presupuesto del hecho del artículo 22 del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano.

Por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado, en igual sentido, ya se ha pronunciado La Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en las consultas números 1260-2011, de 7-6-2011 y 210 y 2012, de 27-4-2012. Las exclusiones resultan inconstitucionales y los jueces penales ordinarios no deben aplicarlas.

3. Confesión sincera y disminución de la pena

16.° El artículo 161 del Código Procesal Penal, conforme con la última modificación establecida por la Ley Número 30076, de 19-08-2013 –que, finalmente, es la forma que debe ser objeto de examen por ser vigente en todo el país, sin perjuicio del régimen procesal respectivo–, instaura como regla general la disminución prudencial de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal en los casos de confesión. El aparato 2 del artículo 180 del Código acotado establece los requisitos de la confesión. Tres son las excepciones que el artículo 161 del Código Procesal penal reconoce a esta regla: 1. Flagrancia delictiva. 2. Irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso. 3. El agente tiene la condición de reincidente o habitual.

17.° Con carácter previo, es pertinente precisar sobre esta institución lo siguiente (i) Se está ante un supuesto de menor punibilidad, contemplado en el código Procesal Penal, lo cual, por cierto, no le resta su carácter sustantivo, y genérico para todas las figuras delictivas. (ii) Es, además, una institución de abolengo anglosajón que busca introducir un derecho premial supuestamente encaminado a fortalecer justicia. (iii) La aminoración que prevé la norma debe computarse a partir de la pena final obtenida, pues de lo contrario perdería su razón de ser, cual es beneficiar a aquellos delincuentes que han mostrado su voluntad de colaborar con la justicia [VELAZQUEZ, VELASQUEZ, FERNANDO: Derecho Penal. Parte General, Bogotá, 1997, p. 708].

18.° El fundamento de esta norma se encuentra en razones político-criminales, esto es, de pura utilidad, en el sentido de que, concretamente, la pena se atenúa porque colabora con administración de justicia. Se trata de razones pragmáticas y no étnicas [COBO DEL ROSAL, MANUEL y OTRO: Derecho Penal, Parte General, Valencia, 1999, pp. 910-911]. El fundamento, es de insistir, no puede verse en ninguna característica del delito, ya consumado, sino en la convivencia político – criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial [MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal. Parte General Barcelona, 2008, p. 617].

19.° La confesión, en su aspecto nuclear, importa el reconocimiento que hace el imputado de su participación en una actividad delictiva. Lo que se valora, en este supuesto, es la realización de actos de colaboración a los fines de la norma jurídica, por lo que se facilita el descubrimiento de los hechos y de sus circunstancias y autores. La confesión supone una especie de "premio" a quien colabora con la justicia en el descubrimiento que tiene relevancia penal y que le afecta como responsable. Como tal, es inaceptable una confesión no veraz (se proporciona una versión de lo ocurrido que no se corresponde con la realidad); por tanto, esta debe ajustarse a la realidad (no debe ser sesgada ni ocultar datos de relevancia), no debe contener desfiguraciones o falencias que perturben la investigación, y debe ser persistente (mantenerse a lo largo de todo el procedimiento). No es confesión cuando se reconoce lo "evidente", cuando so aporta dato alguno para el curso de la investigación; lo que se debe aportar, en suma, son datos de difícil comprobación (SSTSE números 43/2000, de 25 de enero; 1506/2002, de 19 de setiembre, 1346/2009, de 29 de diciembre; y, 817/1998, de 15 de junio).

20.° Las dos primeras excepciones, así catalogadas por la ley, son las de flagrancia delictiva y prueba evidente de los hechos y de la intervención del imputado en su comisión. En pureza, son más bien reglas esclarecedoras que integran la propia noción de confesión en clave de colaboración con la justicia. Se trata de formas de admisión de cargos irrelevantes para el curso de la investigación, pues sin necesidad de la confesión el hecho está probado sobre la base de las propias condiciones de la flagrancia delictiva o de una actividad probatoria ya consolidada. Tal confesión, por consiguiente, no aporta nada el esclarecimiento de los hechos: no hay confesión de lo evidente.

Estas precisiones están estrictamente vinculadas con el fundamento político criminal de la institución de la confesión sincera. Por ello, no es del caso formular reparo alguno al respecto, tanto desde el derecho fundamental a la igualdad como desde el principio de proporcionalidad.

21.° Distinto es el caso de exclusión de la disminución de la pena por confesión cuando se trata de un agente que "[...] tenga la condición de reincidente o habitual de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal".

La reincidencia o la habitualidad son ajenas por completo a la confesión de quien colabora con la justicia. El aporte de información relevante, difícil de encontrar sin la contribución del imputado en cuestión, es independiente de que este pueda ser primario o, de ser el caso, reincidente o habitual. La reincidencia y la habitualidad, más allá del debate jurídico existente acerca de su fundamento –que no es del caso plantear–, son circunstancias personales de naturaleza agravatoria, afincadas en la historia delictiva del imputado. Entonces, ¿tiene fundamento constitucional excluir la disminución de la pena en función de la reincidencia o habitualidad del imputado que admite los cargos y colabora con la justicia?

22.° Desde el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, no existe un factor o pauta de diferenciación objetiva y razonable entre la confesión y la condición de reincidente o habitual del confesante, que permita excluir a estos últimos de la atenuación de la penal. La agravación de la pena, en el segundo caso, está en función a un dato exclusivamente personal del imputado en relación con el delito cometido, mientras que la atenuación de la pena por confesión se sitúa en las exigencias pragmáticas de la colaboración del imputado con la administración de justicia. Esa ausencia de relación entre una y otra consecuencia jurídico penal –del criterio selectivo y diferenciador– torna injustificada constitucionalmente esta exclusión. No puede haber un tratamiento diferente si las circunstancias de exclusión responden a supuestos que no se refieren al objeto de la norma: colaborar con la justicia.

23.° De otro lado, desde el principio de proporcionalidad –que, al igual que el derecho fundamental a la igualdad, limita la discrecionalidad del legislador y lo obliga a que su potestad legislativa se realice dentro de los límites establecidos en la Constitución–, la norma examinada tampoco con el estándar requerido. En efecto, y siguiendo las pautas metodológicas

aceptadas por el Tribunal Constitucional en la STC número 12-2006-AL, FJ.32, de 15-12-2006, la limitación que entraña el citado artículo 161 del Código Procesal Penal al derecho de los reincidentes y habituales de acogerse a una disminución de la pena por su cooperación con la justicia, no es idónea para lograr el apoyo del imputado al esclarecimiento de la justicia –que sea reincidente o habitual no dice nada al respecto a su admisión de los cargos–, tampoco es necesaria porque el objetivo propuesto por la norma, por el contrario, se dificulta con ese impedimento y, finalmente, no es estrictamente proporcional porque no existe equivalencia entre el objeto de atender a la colaboración con la justicia y la exclusión impuesta, pues desalienta esa finalidad sin beneficio tangible alguno para la sociedad.

En consecuencia, el artículo 161 del Código Procesal Penal, en cuanto excluye de la diminución de pena por confesión a los reincidentes y habituales, no debe ser aplicado por los jueces ordinarios por vulnerar el derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad en relación con los derechos afectados por una indebida exclusión de la aminoración de pena.

III. DECISIÓN

24.° En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

ACORDARON

25.° ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9 al 15 y 17 a 23 del presente Acuerdo Plenario.

26.° PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

27.° DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas res-

pecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácticamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

28.° PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario *oficial El Peruano*. Hágase saber.

S.S. SAN MARTÍN CASTRO / PRADO SALDARRIAGA / PARIONA PASTRANA / SALAS ARENAS / BARRIOS ALVARADO / HINOSTROZA PARIACHI / PRÍNCIPE TRUJILLO / NEYRA FLORES / VENTURA CUEVA / SEQUEIROS VARGAS / FIGUEROA NAVARRO / PACHECO HUANCAS / CEVALLOS VEGAS / CHÁVEZ MELLA / CALDERÓN CASTILLO

RECURSO NULIDAD N° 761-2018-APURÍMAC

Intereses superior del niño: Causal de disminución de la punibilidad supra legal

Sumilla. El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene, se erige en una causal de disminución de la punibilidad supra-legal. En la medida en que el Código Penal no la incorporó como tal, el ordenamiento contempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la pena. La culpabilidad por el hecho se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe tener su proyección en la pena concreta, que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor.

Lima, veintiocho de mayo de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado ROEL LÓPEZ HUAMÁN contra la sentencia de fojas quinientos cincuenta y uno, de veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales A.C.P. y le impuso siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de dos mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. ***De la pretensión impugnativa del imputado***

PRIMERO. Que el encausado López Huamán en su recurso formalizado de fojas quinientos ochenta y tres, de doce de enero de dos mil die-

ciocho, instó la rebaja de la pena impuesta y la suspensión de su ejecución. Alegó que el Tribunal Superior no tomó en cuenta el interés superior del niño, pues con la agraviada tiene dos hijos y una relación convivencial estable; que la pericia psicológica evidenció que no padece de indicador de psicopatología; que siempre reconoció los hechos; que la agraviada señaló que las relaciones sexuales fueron consentidas y eran enamorados, así como que tienen dos menores hijos.

§ 2. *De los hechos objeto del proceso penal*

SEGUNDO. Que la sentencia de instancia declaró probado que el encausado López Huamán, de veintiún años de edad [Ficha Reniec de fojas ciento veintidós] y cobrador de combi, en marzo de dos mil trece conoció a la agraviada A.C.P., de trece años de edad, y luego de enamorarla en abril de ese año la citó en el parque de un pueblo joven de la ciudad de Abancay y la condujo a su cuarto, ubicado en la Asociación Daniel Alcides Carrión sin número, del Sector de Condebamba, en dicha ciudad – departamento de Apurímac, donde tuvieron relaciones sexuales, las cuales se repitieron en ese mismo lugar en mayo y junio de ese mismo año, a consecuencia de lo cual resultó embarazada. La agraviada A.C.P. dio a luz un niño el veinticuatro de febrero de dos mil catorce e inició una relación de convivencia con el encausado López Huamán, con quien tuvo otra hija el veintitrés de mayo de dos mil dieciséis [véase actas de nacimiento de fojas cuatrocientos treinta y cinco y cuatrocientos treinta y seis].

§ 3. *Del examen de la pretensión defensiva*

TERCERO. Que el encausado López Huamán desde que declaró en sede preliminar [fojas doce] y en todo el curso del proceso jurisdiccional [instructiva de fojas ciento veinticinco y declaración plenarial de fojas cuatrocientos cuarenta] reconoció que de mutuo acuerdo tuvo relaciones sexuales con la agraviada porque era su enamorada.

La agraviada A.C.P. en su declaración plenarial de fojas cuatrocientos sesenta y siete insistió en que se trató de sexo voluntario, que desde que estuvo embarazada en dos mil trece inició una relación de convivencia con el imputado, y que con él ya tiene dos hijos.

La relación de convivencia se confirma con el mérito del Informe Social de fojas cuatrocientos noventa y cuatro. Allí se indicó que el encausado y agraviada mantienen una convivencia estable con dinámica funcional y redes de soporte familiar –tienen dos menores hijos–, y es el imputado quien asume la responsabilidad económica, a cuyo efecto trabaja como taxista.

CUARTO. Que, ahora bien, no está en discusión el juicio de culpabilidad –comisión del injusto penal culpable– sino el de medición de la pena; luego, en virtud del principio devolutivo parcial en materia impugnativa, solo es pertinente un análisis sobre este último objeto.

1. Los criterios de determinación de la pena, desde el espacio punitivo fijado por el tipo penal, están desarrollados, básicamente, por los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, a partir de los cuales se hace uso del principio de proporcionalidad, en tanto garantía constitucional, de carácter transversal, anclada en cada derecho fundamental –la libertad personal en este caso– que guía el ámbito de restricción del mismo. A esta pauta legal, de los preceptos del Código Penal, sin embargo, corresponde igualmente determinar si se presentan circunstancias atenuantes privilegiadas –que no han sido recogidas positivamente en nuestra legislación–, causales de disminución de la punibilidad y/o reglas de reducción de la pena por bonificación procesal, en cuyo caso será posible la imposición de una pena por debajo del mínimo legal.

2. El literal c) del artículo 45 del Código Penal impone como criterio de fundamentación y determinación de la pena tomar en cuenta: "*Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan…*". En el presente caso es especialmente relevante que imputado y agraviada ya forman una efectiva unidad familiar y que tienen dos hijos menores de edad, que están bajo la dependencia económica del primero, el cual cumple sus obligaciones de padre. En esta misma línea, se tiene un principio básico del derecho del niño (artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve), consagrado internacionalmente, que importa que cuando sus derechos están comprometidos debe tomarse en cuenta sus intereses superiores: "*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen* […] *los tribunales* […], *una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".

3. El imputado está incurso en la regla de reducción de la pena por bonificación procesal de confesión sincera –la complejidad de la causa se enervó por su propia admisión y la colaboración que mantuvo con la justicia–, concretada en una disminución de la pena "*...a límites inferiores al mínimo legal* [...]". En consecuencia, corresponde invocar el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales –no es de aplicación el artículo 161 del Código Procesal Penal porque entró en vigor en los casos del Código de Procedimientos Penales a partir de la Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece–. De otro lado, es de atender a lo resuelto por el Acuerdo Plenario número 4-2016/CIJ-116, de cuatro de junio de dos mil diecisiete –que no acepta limitaciones o exclusiones a la aplicación de la institución de la confesión sincera–.

4. El superior interés del niño, en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y reprime a quien lo mantiene y protege –este hecho se ha probado más allá de toda duda razonable, que es lo que debe cumplirse en estos casos en aras de su viabilidad legal– se erige, por consiguiente, en una causal de disminución de la punibilidad supralegal. En efecto, en la medida en que el Código Penal no la incorporó como tal, el ordenamiento contempló la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño, de suerte que esta exigencia convencional no puede obviarse desde el Derecho penal, por lo que debe ser aplicada precisamente en este ámbito de medición de la pena. La culpabilidad por el hecho, por consiguiente, se disminuye sensiblemente en este supuesto, lo que debe tener su proyección en la pena concreta, a tono con pautas del Código Penal en este tipo de instituciones de una disminución siempre discrecional y razonable de la penalidad conminada para el delito, que debe operar por debajo del mínimo de la punibilidad legalmente establecida para el hecho punible o su autor. Se trata, desde la perspectiva de la dogmática penal, de una "causal de disminución de la punibilidad", necesariamente post delictiva, porque es intrínseca al delito desde la exclusión parcial de la categoría culpabilidad, en atención a su relación familiar positiva y, especialmente, al efecto lesivo sobre sus hijos menores de edad –quienes dependen del imputado y han venido sido acogidos y cuidados por él–.

5. En atención a lo expuesto, si se toma en cuenta la presencia de esta causal de disminución de la punibilidad supra-legal y la regla de reducción

de la pena por bonificación procesal de confesión sincera –en lógica de concurrencia y acumulación de beneficios punitivos–, es razonable fijar como sanción cuatro años de privación de libertad. Si se considera que se trata de una persona joven, trabajador, que mantiene a su familia –conviviente y dos hijos menores– y sin antecedentes, así como las propias circunstancias de comisión del hecho delictivo, es pertinente suspender la ejecución de la pena privativa de libertad –esta modalidad es suficiente para inferir que no volverá a cometer otro delito–.

El recurso defensivo debe ampararse y así se declara.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quinientos cincuenta y uno, de veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, en cuanto condenando a ROEL LÓPEZ HUAMÁN como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales A.C.P. le impuso siete años de pena privativa de libertad; reformándola: le **IMPUSIERON** cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende condicionalmente por el plazo de tres años, bajo las siguientes reglas de conducta: **a)** comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades; **b)** cumplir con el pago de la reparación civil; y, **c)** someterse al tratamiento psicológico que fije el Juez de la causa y según las posibilidades del Estado. En consecuencia, **ORDENARON** se oficie y curse las comunicaciones correspondientes y se **LEVANTEN** todas las medidas coercitivas dictadas en su contra, siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanada de autoridad competente. **II.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S.S. **SAN MARTÍN CASTRO** / PRADO SALDARRIAGA / PRÍNCIPE TRUJILLO / NEYRA FLORES / SEQUEIROS VARGAS

RECURSO CASACIÓN N° 1459-2017/LAMBAYEQUE

PONENTE: CÉSAR SAN MARTIN CASTRO

Reincidencia

Sumilla. 1. La clase de pena que puede dar lugar a la reincidencia ha ido variando con el tiempo. Inicialmente se trataba de una condena o, mejor dicho, pena privativa de libertad efectiva. La Ley número 30076 varió el presupuesto material de la reincidencia –texto que en este punto mantiene el precepto vigente, y aplicable al sub-lite, instituido por el Decreto Legislativo número 1181–, pues ya no mencionó la expresión: "condena privativa de libertad", sino consignó la frase: "una pena". Entonces, desde esa fecha, ya no se trata exclusivamente de la pena privativa de libertad, sino comprende toda clase de pena efectiva. 2. A los efectos del marco punitivo correspondiente, la reincidencia importa la asignación de nuevo extremo máximo para la pena conminada del nuevo delito cometido que, para el delito de hurto con agravantes, será equivalente a "[…] no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal"; la pena básica se extenderá del nuevo mínimo legal –que es el máximo fijado en el tipo penal, ahora convertido en mínimo– hasta este nuevo máximo legal: de seis años a diez años de pena privativa de libertad. 3. A los fines de individualización de la pena concreta, a continuación es de tener en cuenta los artículos 45-A y 46 del Código Penal.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veinte de setiembre de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de casación por infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por la defensa del acusado José Walter Rubio Campos contra la sentencia

de vista de fojas noventa y ocho, de ocho de agosto de dos mil diecisiete, que confirmando la sentencia conformada de primera instancia de fojas sesenta y seis, de trece de marzo de dos mil diecisiete, que lo condenó como autor del delito de hurto con agravantes en agravio de Deisy Herrera Torres a nueve años y un mes de pena privativa de libertad y al pago de doscientos cincuenta soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHOS

Primero. Que las sentencias de mérito, en virtud de la acusación fiscal y de la aquiescencia del imputado y su defensor, fijaron formalmente como hechos que el día veintinueve de enero de dos mil diecisiete, como a las diecisiete horas, el encausado Rubio Campos sustrajo la suma de doscientos cincuenta soles de la habitación de la agraviada, situada en el tercer piso del restaurante "El Gustón", ubicado en la avenida Salomón Vílchez Murga numero doscientos dieciséis, de la ciudad de Cutervo, departamento de Cajamarca, cuando aquella salió de la misma para realizar unas compras al primer piso de dicho local y dejó abierta la puerta de la habitación.

Segundo. Que la sentencia conformada de primera instancia de fojas sesenta y seis, de trece de marzo de dos mil diecisiete, condenó al imputado Rubio Campos como autor del delito de hurto agravado a nueve años y un mes de pena privativa de libertad y al pago de doscientos cincuenta soles por concepto de reparación civil.

En mérito del recurso de apelación interpuesto por el encausado Rubio Campos y culminado el trámite impugnativo, la Sala Descentralizada Mixta y de Apelación – Jaén de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque emitió la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, de ocho de agosto de dos mil diecisiete, que confirmó la referida sentencia conformada de primera instancia en todos sus extremos.

Contra esta sentencia de vista el encausado Rubio Campos promovió recurso de casación.

Tercero. Que el acusado Rubio Campos en su recurso de casación de fojas ciento tres, de veintidós de agosto de dos mil diecisiete, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional (derechos de

defensa y presunción de inocencia), vulneración de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial: artículos 429, incisos 1, 3 y 5, del Código Procesal Penal. Del mismo modo, solicitó el acceso excepcional al mencionado recurso de casación: artículo 427, numeral 4, del citado Código.

Cuarto. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas veintidós, de dieciséis de febrero de dos mil dieciocho, solo es materia de dilucidación en sede casacional:

A. Las causales de infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial: artículo 429, numerales 3 y 5, del Código Procesal Penal.

B. El examen casacional está circunscripto a determinar lo concerniente a la correcta interpretación y aplicación del artículo 46-B del Código Penal y el juicio de medición judicial de la pena.

quinto. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –con la presentación de alegatos ampliatorios por parte de la defensa del imputado recurrente–, se expidió el decreto de fojas cuarenta y uno, de quince de agosto de dos mil dieciocho, que señaló fecha para la audiencia de casación el día trece de setiembre último.

sexto. Que, conforme al acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa del imputado recurrente, doctor Freddy Enrique de los Ríos Espinoza. Concluida la audiencia, a continuación se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta en la misma fecha. Efectuada en mismo acto, tras el preceptivo debate, la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó este día.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Que la acusación fiscal de fojas veintiocho, de dos de febrero de dos mil diecisiete, calificó la conducta cometida por el encausado Rubio Campos como delito de hurto con agravantes (artículos 185 y 186 del Código Penal); además, señaló que es un reincidente. Por ello solicitó se le imponga la pena de diez años y ocho meses de pena privativa de libertad y doscientos cincuenta soles de reparación civil.

La sentencia conformada aceptó la calificación típica de la conducta juzgada y la condición de reincidente del imputado Rubio Campos. Igualmente, aceptó el monto de la reparación civil –extremo finalmente no impugnado–, pero redujo la pena a nueve años y un mes de privación de libertad.

Este criterio fue ratificado por la sentencia de vista. Citó, al respecto, la sentencia casatoria número 1150-2016/La Libertad, de veinte de marzo de dos mil diecisiete, que interpretó los alcances del artículo 46-B del Código Penal.

Segundo. Que, conforme ha quedado precisado, el delito de hurto con agravantes materia de autos se cometió el veintinueve de enero de dos mil diecisiete. Según la sentencia recaída en el proceso que se siguió contra el citado encausado Rubio Campos por delito de violación sexual de menor de edad, corriente a fojas cuarenta y nueve –del cuaderno de casación–, de veinticuatro de julio de dos mil trece, se le condenó a veinte años de pena privativa de libertad y se dispuso su inmediata ubicación y captura. Empero, la sentencia de vista respectiva, que corre a fojas sesenta y cinco –del cuaderno de casación–, de cinco de diciembre de dos mil trece [véase el informe de antecedentes penales de fojas cuarenta y ocho], si bien confirmó la condena revocó la pena y la fijó en cuatro años de privación de libertad efectiva, a la vez que la convirtió en doscientas cuatro jornadas de prestaciones de servicio a la comunidad, conforme al artículo 52 del Código Penal, y dispuso su excarcelación.

Tercero. Que, fijado el marco fáctico, la subsunción típica y las fechas de las sentencias en análisis, es de rigor determinar si se interpretó correctamente la circunstancia agravante cualificada de reincidencia y si la pena impuesta corresponde a esa previa determinación.

Al respecto, el artículo 46-B del Código Penal, según el Decreto Legislativo número 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince, vigente cuando se cometió el delito de hurto con agravantes, estatuye lo siguiente: "*El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente* [...].– *La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal– El plazo fijado para la reincidencia no es aplica-*

ble a los delitos previstos en los artículos [...] *186,* [...] *del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menor de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo legal,...*".

Es relevante puntualizar que la clase de pena que puede dar lugar a la reincidencia ha ido variando con el tiempo. Inicialmente –desde la Ley número 28726, de nueve de mayo de dos mil seis– se trataba de una condena o, mejor dicho, pena privativa de libertad efectiva (es decir, cumplida en todo o en parte). En las tres sucesivas reformas se mantuvo esta opción, hasta que la Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece, varió el presupuesto material de la reincidencia –texto que en este punto mantiene el precepto vigente, y aplicable al *sub-lite*, instituido por el Decreto Legislativo número 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince–, pues ya no mencionó la expresión: "*condena privativa de libertad*", sino consignó la frase: "*una pena*". Entonces, desde esa fecha, ya no se trata exclusivamente de la pena privativa de libertad, sino comprende toda clase de pena efectiva –después de haber cumplido en todo o en parte–, esto es, (***i***) penas privativas de libertad –que incluye la pena de vigilancia electrónica personal, incorporada por el artículo 29-A del Código Penal, según la Ley número 29499, de diecinueve de enero de dos mil diez–, (***ii***) penas limitativas de derechos y (***iii***) pena de multa (artículo 28 del Código Penal).

Sobre el particular cabe enfatizar que el Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116 tuvo como referencia el texto normativo que estipulada que uno de los presupuestos materiales de la reincidencia era una pena privativa de libertad. Con posterioridad al indicado Acuerdo Plenario se modificó tal presupuesto material para incluir toda clase de pena efectiva.

Cuarto. Que la pena de prestación de servicios a la comunidad, conforme al artículo 34 del Código Penal, según el Decreto Legislativo número 1191, de veintidós de agosto de dos mil quince, por su propia naturaleza, siempre es efectiva –la ejecución de esta pena ha sido desarrollada por el Decreto Supremo número 004-2016-JUS, de once de mayo de dos mil dieciséis–. Obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos, o en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales.

En el presente caso, el encausado Rubio Campos durante el procedimiento de apelación de sentencia fue capturado y estuvo cumpliendo provisionalmente la pena privativa de libertad impuesta en primera instancia (autorizado por el artículo 418, apartado 2, del Código Procesal Penal), como consta de la resolución de citación a la audiencia de apelación de fojas ochenta y nueve y del acta de la audiencia de apelación de fojas noventa y dos; además, en la propia sentencia de vista de fojas de fojas noventa y ocho, de ocho de agosto de dos mil diecisiete, al imponer, como conversión de la pena privativa de libertad efectiva, la pena de prestación de servicios a la comunidad dispuso su libertad. Luego, es de entender que ya estaba cumpliendo la pena respectiva, posteriormente sustituida o convertida.

No existe información en autos de que el imputado Rubio Campos se presentó a la autoridad penitenciaria para la implementación de la prestación de servicios comunitarios, pero a estos efectos es suficiente que antes estuvo preso –según el artículo 52 del Código Penal la conversión de la pena privativa de libertad es de siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad–.

Quinto. Que si se toma en cuenta la fecha de la sentencia de vista que impuso la pena convertida de prestación de servicios a la comunidad y ordenó la excarcelación del imputado y la fecha del nuevo delito cometido, este último se cometió antes de los cinco años del cumplimiento parcial de la pena de prestación de servicios comunitarios. En todo caso, es de aplicación el párrafo final del artículo 46-B del Código Penal que determina la inaplicación del plazo de cinco años antes referido. Por consiguiente, la reincidencia se ha producido.

Sexto. Que, a los efectos del marco punitivo correspondiente, la reincidencia importa la asignación de nuevo extremo máximo para la pena conminada del nuevo delito cometido que, para el delito de hurto con agravantes, será equivalente a "[…] *no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal*". Es decir, la pena básica se extenderá del nuevo mínimo legal –que es el máximo fijado en el tipo penal, ahora convertido en mínimo– hasta este nuevo máximo legal: de seis años a diez años de pena privativa de libertad.

A los fines de individualización de la pena concreta es de tener en cuenta los artículos 45-A y 46 del Código Penal. Al no concurrir circunstancias

agravantes genéricas ni atenuantes genéricas es de fijar la pena concreta dentro del tercio inferior; es decir, en el presente caso, entre seis años y siete años y cuatro meses. Atendiendo a la forma y circunstancias de la comisión del delito y a la culpabilidad por el hecho será del caso establecer como pena siete años de pena privativa de libertad. Sobre esa pena es de reconocer a continuación la aplicación de la regla de reducción de pena por bonificación procesal en los casos de conformidad procesal determinada por el Acuerdo Plenario número 5-2008/CJ-116, de suerte que la pena final será de seis años de privación de libertad.

Séptimo. Que el Tribunal Superior en materia del marco punitivo y determinación de la pena concreta y, luego, final, no interpretó correctamente los alcances de las disposiciones del Código Penal antes invocadas, por lo que el recurso de casación por infracción de precepto material debe ampararse parcialmente.

Respecto al motivo de casación de apartamiento de doctrina jurisprudencial no es del caso ampararlo porque el precepto legal que regulaba la reincidencia fue modificado, al contemplar como presupuesto para esta institución cualquier clase de pena, no solo la privativa de libertad.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el acusado José Walter Rubio Campos contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, de ocho de agosto de dos mil diecisiete. **II.** Declararon **FUNDADO** parcialmente el recurso de casación por infracción de precepto material promovido por José Walter Rubio Campos contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, de ocho de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando la sentencia conformada de primera instancia de fojas sesenta y seis, de trece de marzo de dos mil diecisiete, lo condenó como autor del delito de hurto con agravantes en agravio de Deisy Herrera Torres a nueve años y un mes de pena privativa de libertad; con lo demás que al respecto contiene. **III.** En consecuencia, **CASARON** la referida sentencia de vista; y, actuando como instancia: **REVOCARON** la sentencia conformada de primera instancia en la parte que impuso a José Walter Rubio Campos nueve años y un mes de pena privativa de libertad; reformándola: le **IMPUSIERON** seis años de

pena privativa de libertad, que computada desde el veintinueve de enero de dos mil diecisiete vencerá el veintiocho de enero de dos mil veintitrés. **MANDARON** se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que por ante el Juez de la Investigación Preparatoria se inicie la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **IV. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. **Hágase** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S. s.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CSM/amon

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.

2014 *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración de justicia*. Grijley. Lima.

AGUILERA B, Gustavo

2011 *La determinación judicial de la pena privativa de la libertad en la Ley 599 de 2000: Un estudio dogmático de los postulados jurídicos contenidos en los artículos 31, 55, 58,60, 61 y 269 del Código Penal Colombiano*. Revista de Derecho Principia Iuris Nº 16. Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.

ALAYO ORBEGOZO, Fernando

2018 *La pena de muerte sobre la mesa*. El Comercio. Edición del 12 de febrero.

ALAYO ORBEGOZO, Fernando

2018 *Violación: Crimen sin Castigo*. El Comercio. Edición del 11 de febrero.

ALMEYDA VELÁSQUEZ, Daniel Alonso

2018 *Proyecto alternativo de Título Preliminar para el Código Penal Peruano. Hacia el fin de las mitologías preventivas*. Actualidad Penal Nº 43. Enero.

MAURACH-GÖSSEL-ZIPF

2014 *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. Auflage. Teilband 2.C.F.Müller. Heildelberg.

ANTOLISEI, Francesco

1960 *Manual de Derecho Penal. Parte General.* UTEHA ARGENTINA. Buenos Aires.

AMADEO GADEA, Sergio y ROMERO SIERRA, Consuelo

2015 Código Penal. Doctrina Jurisprudencial y Comentarios. Primera Edición. FACTUM LIBRI. Madrid.

APECC

2013 Código Penal. 4ª. ed. Lima.

ARIEL DOTTI

1983 René. *Bases e alternativas para o sistema de penas.* Ed. Saraiva. Sao Paulo.

ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen

2015 *Regulación actual y proyecto de reforma de la suspensión y sustitución de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal Español.* Ángel Gaspar Chirinos-Raúl Martínez Huamán. Directores. Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Tendencias Actuales. Tomo II Gaceta Jurídica. Lima.

AVALOS RODRÍGUEZ, Carlos

2015 Determinación de la Pena. Nuevos Criterios. Gaceta Jurídica. Lima.

BACIGALUPO, Enrique

1978 Significación y Perspectivas de la Oposición Derecho Penal – Política Criminal. Revue Internationale de Droit Pénal. Nº 1.

BALBI, Mariela

2015 Entrevista a José Luis Pérez Guadalupe. Diario El Comercio. Edición del 14 de junio.

BALBUENA, Laura

2018 Violencia Sexual e Impunidad. El Comercio. Edición del 14 de febrero.

BESIO Hernández, Martín

2011 *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena.* Tirant Lo Blanch. Valencia.

BÖHM, María Laura y GUTIÉRREZ, Mariano H.

2007 *Compiladores. Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo.* Editores del Puerto. Buenos Aires.

BRAITWAITE, John & Philip Pettit

2015 *No sólo su Merecido. Por una Justicia Penal que vaya más allá del Castigo.* Siglo XXI editores. Buenos Aires.

BRICEÑO, Ana

2018 *El sicariato juvenil en el primer puerto.* El Comercio. Edición del 25 de febrero.

BRICEÑO, Ana

2017 *"Gringasho" Regresa a la Calle.* El Comercio. Edición del 1 de noviembre.

BRUNS, Hans-Jürgen

1985 *Das Recht der Strafzumessung: Eine Systematissche Dastellung für die Praxis.* 2. Neubearbeitete und Erweiterte Auflage. Carl Heymanns Verlag. K.G. Köln. Berlín. Bonn. München.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZABAL MALARÉE Hernán

1997 *Lecciones de Derecho Penal.* Volumen I. Editorial Trotta. Madrid.

CANCHO ESPINAL, Ciro J.

2017 *El quantum del dolor de la pena e imputación penal.* Elaboración Científica y Revisión Jurisprudencial. Editores del Centro. Lima.

CARRASCO JIMÉNEZ, Edison

2018 Panorama General del Sistema de Penas Sustantivas. Distinciones y Calificaciones. Actualidad Penal 48.

CHAMBILLA QUISPE, José Luis

2017 ¿"Resocialización como fin de la pena?. El Fin de la Pena en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 101, noviembre.

CHINCHAY, Maricarmen

2018 *Vuelve el Debate: ¿Castración Química para los Violadores?* La República. Edición del 10 de febrero.

CHIRINOS, Diego y CASTAÑEDA, Giovanna

2017 *La pena de muerte divide las aguas políticas.* El Comercio. Edición del 31 de octubre.

CHIRINOS, Diego y CASTAÑEDA, Giovanna

2017 *Los últimos tres condenados muerte en el Perú.* Ehelmutl Comercio. Edición del 31 de octubre.

CÓDIGO PENAL

1948 Ley Nº 4868. Edición Oficial. Taller Gráfico de la Penitenciaría Central. Lima.

CORNEJO, Ángel Gustavo

1936 *Parte General del Derecho Penal.* Tomo Primero. Librería e Imprenta de Domingo Miranda. Lima.

CORNELLI, Roberto

2012 *Miedo, Criminalidad y Orden.* Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires.

COSTA, Gino

2016 *Invertir en jóvenes en riesgo.* Diario El Comercio. Edición del 18 de enero.

CUELLO CALÓN, Eugenio

1973 *Derecho Penal.* Novena Edición. Reimpresión. Editora Nacional. México.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo

1999 *Prevención general e individualización judicial de la pena.* Ediciones Universitarias de Salamanca. Salamanca.

DEL ROSAL, Bernardo

2018 Publicado en Diario del Derecho. Editorial Justel. Edición del 8 de febrero.

DELMAS-MARTY, Mireille

2014 *Deshumanización del Derecho Penal.* En Securitismo y Derecho Penal. Por un Derecho Penal Humanista. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L.

1993 Alternativas a las Penas Cortas Privativas de Libertad en el Proyecto de 1992, en Política Criminal y Reforma Penal. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis

(s/f) Sanciones Adicionales a Delincuentes y Exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y Países Nórdicos Europeos. En Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos Desafíos del Sistema Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. German Small Arana.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis

2011 Derecho Penal Español. Parte General en Esquemas.3ª Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia.

DUFF, Antony

2014 Entrevista traducida por Antonella Di Marco. Lecciones y Ensayos Número 92.

EBERT, Carlos

2016 Crónica de un Fracaso Anunciado: Veinte Años de Inercia en las Cárceles Latinoamericanas. En Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos Desafíos del Sistema Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. German Small Arana. Ideas. Lima.

ENTRE EL APLAUSO Y LA VENGANZA

2018 Editorial del Diario El Comercio. Edición del 11 de febrero.

ESPINO PÉREZ, Julio D.

1988 *Código Penal.* Sétima Edición. Cultural Cuzco Editores. Lima.

ESPINOLA, Julio César

1976 *Código Penal Alemán*. Ediciones Despalma. Buenos Aires.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo

2002 Las Teorías Clásicas de la Pena, en Revista peruana de Ciencias Penales Nº 11.

FERRARI, Vincenzo

2014 *Funciones del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

GARCÍA CAVERO, Percy

2012 *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Jurista Editores. Lima.

GARCÍA SAYÁN, Diego

2018 *La muerte de la pena de muerte*. El País Internacional. Edición del 9 de febrero de 2018.

GARLAND, David

2010 *Castigo y Sociedad Moderna. Un Estudio de Teoría Social*. 1ª Edición.2ª Reimpresión. Siglo Veintiuno Editores. México.

GARLAND, David

2005 *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa Editorial. Barcelona.

GIACOMELLO, Corina

2014 *Propuestas de alternativas a la persecución penal y al encarcelamiento por delitos de drogas en América Latina*. IDPC. Universidad Autónoma de Chiapas. Junio.

GIL GIL, Alicia

2015 *Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena*. In Dret Número 4, octubre.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique

1979 *El sistema de penas en el futuro Código Penal*, en Doctrina Penal.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen

2011 *El Derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio.* En María Isabel Martínez Gonzáles (Dirección). El Acoso: Tratamiento Penal y Procesal. Tirant lo Blanch. Valencia.

GONZÁLES CUSSAC, José

1988 *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.* Universidad de Valencia. Valencia.

HASSEMER, Winfriend

1984 *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona.

HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson

2015 *Inseguridad Ciudadana. Estado de Inteligencia.* Diario El Comercio. Edición del 18 de diciembre.

HÖRNLE, Tatjana

2015 *Teorías de la Pena.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

HÖRNLE, Tatjana

2003 *Distribución de la Pena: El Papel de una Perspectiva de la Víctima.* En Victimología y Victimodogmática : Una Aproximación al Estudio de la Víctima en el Derecho Penal. ARA. Lima.

HÖRNLE, Tatjana

2001 *La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LIV.

HURTADO POZO, José

2016 *El Sistema de Control Penal.* Instituto Pacífico. Lima.

HURTADO POZO, José -Víctor Prado Saldarriaga

2011 *Manual de Derecho Penal.* 4ª Edición. Parte General. Tomo II. IDEMSA. Lima.

HURTADO POZO, José

1993 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial 1.* Homicidio. Ediciones Juris. Lima.

JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis

2015 *La Reforma Penal de 2015*. Editorial Dykinson. Madrid.

JAKOBS Günther

1995 *Derecho Penal. Parte General.* Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid.

JESHECK, Hans Heinrich-Thomas Weigend

2014 *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Volumen II. Traducción de la 5ª Edición Alemana a cargo de Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacifico. Lima.

JULIANO, Mario y ÁVILA, Fernando

2017 *Los fines de la pena y la modalidad de cumplimiento*. Ius Puniendi N.º1 Marzo-Abril.

KENNEDY, David M.

2016 *Disuasión y prevención del delito*. Reconsiderando la Expectativa de Pena. Marcial Pons. Madrid.

KESSLER, Gabriel

2011 *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires.

SCHÓNKE-SCHÓEDER

1976 *Strafgesetzbuch Komentar.* 18 Neubearbeitete Auflage. C.H. Becksche Verlagsbuchhandlug. München.

KURY. Helmut y Martin Brandenstein

2012 *Una "nueva punitividad" actitudes sancionadoras y política sancionadora.* Victimología. Buenos Aires.

LARRAURI, Elena

2015 *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Editorial Trotta. Madrid.

LARRAURI, Elena

1991 *Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal Español,* en Derecho Penal y Criminología Nº 43.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo

2010 Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Aranzadi S.A. Navarra.

LLORCA ORTEGA, José

(s/f) Manual de Determinación de la Pena Conforme al Código Penal de 1995. 4ª Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia.

MCNEILL, Fergus

2015 *Cuando el castigo es rehabilitación.* In Dret Número 3.

MANZANARES SAMANIEGO, José L.

1981 *Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto de Código* Penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

MAPELLI CAFFARENA, Borja

1998 *La pena de multa en el Derecho Penal Peruano.* Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 12. Edición Especial sobre el Código Penal Peruano.

MAQUEDA ABREU, María Luisa- Patricia Lorenzo Copello

2011 *El Derecho Penal en Casos. Teoría y Práctica.* 3ª Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia.

MARTÍN LUQUE, Martín

2015 *Evaluación del riesgo de violencia. Situación sobre la valoración de prognosis criminal.* Internacional E. Journal of Criminal Sciences. Reseach Reports 1Numero 9.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto

(s/f) *Sistema de Sanciones Penales en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Análisis Comparativo con España.* En Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos Desafíos del Sistema Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. German Small Arana.

MEINI, Iván

2009 *Notas sobre la inconstitucionalidad de la cadena perpetua.* En Imputación y Responsabilidad Penal. ARA Editores. Lima.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis

2018 *Concurso Real de Delitos: Determinación de la Pena.* Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 107. Lima.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis

2015 *Presupuesto Acusatorio. Determinación e Individualización de la Pena.* Proceso Penal. Jurista Editores. La medida del dolor. Lima.

MIKLOS, Tomás, JIMENEZ, Edgar y ARROYO, Margarita

2016 Prospectiva, Gobernabilidad y Riesgo Político. Editorial LIMU-SA. México.

MIRANDA ABURTO, Elder Jaime

2014 Prisión Preventiva, Comparecencia y Arresto Domiciliario en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Gaceta Jurídica. Lima.

MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes

1993 *Derecho Penal. Parte General.* Tirant Lo Blanch. Valencia.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan

2015 *Eficacia de la política criminal de drogas y la política alternativa de despenalización controlada.* Ángel Gaspar Chirinos-Raúl Martínez Huamán. Directores. Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Tendencias Actuales. Gaceta Jurídica. Lima.

NAVARRO CARDOSO, Fernando

2006 *Expulsión «Penal» de Extranjeros: Una simbiosis de Derecho Penal «Simbólico» y Derecho Penal del «Enemigo».* Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª Época. Nº 17.

NEYRA FLORES, José Antonio

2015 *Tratado de Derecho Procesal Penal.* IDEMSA. Lima.

OBSERVATORIO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL-INDAGA

2017 *Justicia juvenil diferenciada. Hacia una atención con mayores oportunidades para adolescentes en conflicto con la ley penal.* Consejo Nacional de Política Criminal. Lima.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso

2013 *Manual de Derecho Penal. Parte General.* 9ª Edición. Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá.

PAWLIK, Michael

2016 Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la Teoría de la Pena y del Delito en un Estado de Libertades. Atelier. Barcelona. 2016.

PAVARINI, Massimo

1980 Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario. Siglo XXI editores. México.

PELÁEZ BARDALES, José Antonio

2013 La ineficacia e Inutilidad de la Pena de Muerte. El Sistema Penal y su Aplicación. Libro Homenaje a Eduardo Mímbrela de los Santos. Adrus Editores. Lima.

PEÑA CABRERA, Raúl

1987 *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Tercera Edición. Volumen I. Sagitario. Lima.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl

2014 *Los Delitos Sexuales . Análisis Dogmático, Jurisprudencial y Criminológico.* Ideas Solución Editorial. Lima.

PEÑA CABRERA, Raúl

1995 *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General.* Tomo I. 2ª Edición. Grijley. Lima.

PÉREZ BEDOYA, Orlando de Jesús

2008 *Manual para la dosificación de la Pena.* Editorial Universidad Santiago de Cali. Cali.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel

2014 Problemas y Perspectivas de las Teorías Expresivas de la Pena. In Dret 4/2014. Barcelona, octubre.

PÉREZ MANZANO, Mercedes

2015 Fundamento y Fines del Derecho Penal. Una Revisión a la Luz de las Aportaciones de la Neurociencia. Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Tendencias Actuales. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima.

PINZÓN PINZÓN, Javier

2002 Individualización de las Penas Privativas de la Libertad. Editorial Ediciones Librería del Profesional. Bogotá.

PODER JUDICIAL

2008 Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Penal. Centro de Investigaciones Judiciales. Lima.

POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS MIGUEL, Miguel

2004 Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas. Grijley. Lima.

PRADO MANRIQUE, Bertha

2018 *La política criminal peruana: Una aproximación desde el modelo penal bienestarista.* Trabajo de Fin de Master. Universidad de Málaga. Málaga.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto

1999 *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia.* Palestra Editores. Lima.

2009 *Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal.* IDEMSA. Lima.

2010 *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios.* IDEMSA. Lima.

2012 *El Código Penal de 1991 y las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad.* Tercera Edición. APECC. Lima.

2015 *Determinación Judicial de la Pena.* Instituto Pacífico. Lima.

2016 *Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco* Legal. IDEMSA. Lima.

2017 *El Decreto Legislativo Nº 1243 y la pena de inhabilitación.* Ius Puniendi Nº 1.

PRATT, John

2006 *Castigo y Civilización. Una Lectura Crítica sobre las Prisiones y los Regímenes Carcelarios.* Gedisa Editorial. Barcelona.

PROYECTO DE LEY Nº 2584/ 2017-CR

2018 Presentado el 16 de marzo por el Grupo parlamentario de los "No Agrupados".

PROYECTO DE LEY Nº 1616/2012-PE

2012 Remitido por la Presidencia de la República con oficio Nº 227-2012-PR y recibido por el Congreso de la República el 18 de octubr. Exposición de Motivos.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada

1999 El Control del Arbitrio Judicial en la Individualización de la Pena. Cuadernos de Política Criminal Nº 69.

RANIERI, Silvio

1975 Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. Editorial Temis. Bogotá.

REDACCIÓN PAÍS

2018 Tragedias en Centros de Rehabilitación Juvenil. Diario El Comercio. Edición del 16 de febrero.

RIEGA VIRÚ, Yasmina

2016 Ejecución y Cumplimiento de la Pena de Prestación de Servicios a la Comunidad. Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nº 145 Enero-Abril.

RIVERA BEIRAS, Iñaki

2007 Derechos Fundamentales, Movimientos Sociales y "Cultura de la Resistencia". Para un Programa de Reducción Carcelaria (En España). María Laura Böhn y Mariano H. Gutiérrez (comps). Editores del Puerto. Buenos Aires.

RIVERA BEIRAS, Iñaki

2005 Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad. ANTHROPOS. Barcelona.

RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel

2016 Comportamiento Humano y Pena Estatal: Disuasión, Cooperación y Equida. Marcial Pons. Madrid.

RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel

2016 Comportamiento Humano y Pena Estatal: Disuasión, Cooperación y Equidad. Marcial Pons. Madrid.

ROXIN, Claus

2007 Cambios en la Teoría de los Fines de la Pena, en La Teoría del delito en la Discusión Actual. Grijley. Lima.

ROXIN, Claus

1997 Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid.

ROXIN, Claus

1981 Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. REUS S.A. Madrid.

ROXIN, Claus

1976 Derecho Penal. Problemas Básicos del Derecho Penal. REUS S.A. Madrid.

RUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo

2017 Sistema de Penas, Reglas de Determinación de la Pena y Suspensión de la Ejecución de la Pena. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra.

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo

2005 El Sistema de Penas y las Reglas de Determinación de la Pena tras las Reformas del Código Penal de 2003. 2º Edición. Editorial Aranzadi.

SAINZ CANTERO, José A.

1978 La Sustitución de la Pena de Privación de Libertad, en Estudios Penales y Criminológicos Nº II.

SAMPER PIZANO, Ernesto

2013 Drogas. Prohibición o Legalización. Una Nueva Propuesta. DEBATE. Bogotá.

SÁNCHEZ LAZARO, Fernando Guanarteme

(s/f) Una Teoría principialista de la pena.

SAN MARTÍN CASTRO, César E.

2015 Derecho Procesal Penal. Lecciones. INPECC-CENALES. Lima.

SERRA VILA, Alexander

2015 Actualidad de las Teorías de la Retribución en el Derecho Penal. Trabajo de Fin de Grado. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona.

TORRES, Juan Manuel

2013 Cuatro Caminos, Un Comienzo. Comentarios al Informe "El Problema de las Drogas en las Américas-2013" de la Organización de Estados Americanos. Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos. Lima.

TORRES CARO, Carlos Alberto

2011 El Nuevo Código Penal Peruano. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima.

UNCILLA GALÁN, Idoia

2015 La Suspensión de la Ejecución de las Penas Privativas de Libertad Tras la Reforma del Código Penal por la LO 1.

UGAZ, José

2017 La Propuesta Para Imponer la Pena de Muerte a Violadores de Niños ¿Otra vez Andrés? El Comercio. Edición del 6 de noviembre.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza

1999 *Panorama del sistema de penas de los Códigos Penales español y peruano*. Anuario de Derecho Penal 97/98.

VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia

1990 *Sustitutivos Penales y Proyectos de Reforma en el Derecho Penal Español.* Ministerio de Justicia. Madrid.

VAN DER MAAT, Bruno

2016 *Prácticas Antiguas para una Justicia Nueva.* Universidad Católica Santa María. Arequipa.

VÁSQUEZ DÁVILA, Lily

2007 *Ejecución y supervisión de las penas limitativas de derechos*, en Nuevos Criterios para la Determinación de la Pena. Centro de Investigaciones Judiciales. Lima.

VELÁSQUEZ, Fernando

2015 *La determinación de la sanción penal.* En AA.VV. Determinación Judicial de la Pena. Instituto Pacifico. Lima.

VELÁSQUEZ, Fernando

2009 *Derecho Penal. Parte General.* Cuarta Edición. Librería Jurídica COMLIBROS. Bogotá. 2009

VILLA STEIN, Javier

2014 *Derecho Penal. Parte General.* 4° ed. ARA Editores. Lima.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe

2014 *Derecho Penal. Parte Especial.* Volumen I. Grijley. Lima.

WACQUANT, Loïc

2010 *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social.* Gedisa Editores. Barcelona.

YSHIÍ MEZA, Luis Alejandro

2013 *La pena de inhabilitación en los delitos contra la administración pública.* Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo. IDEMSA. Lima. 2013

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

2012 *La Cuestión Criminal.* Grupo Editorial Planeta.3ª Edición. Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & Alejandro Aliaga y Alejandro Slokar

2000 *Derecho Penal. Parte General.* EDIAR. Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

1981 *La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo*, en Cuadernos de la Cárcel. Edición Especial de NO HAY DERECHO. Buenos Aires.

ZORIO VENTURA, Judith

2016 *Métodos e instrumentos de valoración de la peligrosidad criminal en el proceso penal.* Universitat Jaume I. Castellón.

ZIFFE, Patricia S.

1996 *Lineamientos de la determinación de la pena.* Ad-Hoc. Buenos Aires.

ZULOAGA, Lohitzune

2014 *El espejismo de la seguridad ciudadana. Claves de su presencia en la agenda política.* Catarata. Madrid.

ZYSMAN QUIRÓZ, Diego

2013 *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos.* Un estudio sobre las *United States Sentencing Guidelines.* Marcial Pons. Madrid.

ZYSMAN QUIRÓZ, Diego

2012 *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena.* Ediciones Didot. Buenos Aires.

La dosimetría del castigo penal o determinación judicial de la pena, constituye en la actualidad uno de los problemas más importantes de la dogmática penal. Sobre todo, por la utilidad comunicativa que ha adquirido el castigo penal en la sociedad posmoderna. Es por ello que dentro del abanico de las teorías expresivas y neoretribucionistas, que discuten contemporáneamente el proceder y los modos de producción cualitativo y cuantitativo del castigo penal que aplican los tribunales, se ha afianzado el interés de los juristas y sociólogos por dejar de lado los raciocinios tradicionalmente estereotipados y abstractos, para asumir, en cambio, evaluaciones críticas fundadas, sobre todo, en cuestiones y contrastaciones de naturaleza y validez empírica.

En un marco de predominio de las funciones punitivas dirigidas a la mitigación de la indignación social frente al crimen, la dosimetría de los castigos penales ha adquirido un significado psicosocial relevante, en tanto a través de ella se proyecta sobre la ciudadanía un mensaje político y objetivable de la actitud real que adopta el Estado ante las demandas urgentes de la colectividad por la aplicación de acciones concretas contra la inseguridad, la violencia, el crimen organizado y la corrupción al interior de las instituciones públicas.

ISBN: 978-612-47721-4-6



ideas
Solución Editorial