Nelson Salazar Sánchez
(Director)

Comentarios al Código Penal peruano

Parte General

Tomo III
§§ 47 - 105-A

66 DESTACADOS JURISTAS
EXTRANJEROS Y NACIONALES
COMENTAN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎(01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL PERUANO
Parte General

Tomo III

© Gaceta Jurídica S.A.
© Ysabel Lucía Abad Cancho / Alejo Amuchástegui / Constante Carlos Ávalos Rodríguez / Karl Borjas Calderón / Aldo Calcina Hancco / Noelia Corral Maraver / Victor Gabriel de Oliveira Rodriguez / Merly Edquén Olivera / Edward García Navarro / Daniel Huamán Castellares / Ernie Groisberg Huamaní Rivera / Pamela Cecilia Malaver Ayala / Omar Hugo Marticorena Collantes / Luis Miguel Mayhua Quispe / Julio César Morales Cauti / Raúl Pariona Arana / Carlos Parma / Miguel Pizarro Guerrero / James Reátegui Sánchez / Madelaine Reyes Gastelú / Roxanna Reyes Tello / Luis Miguel Reyna Alfaro / Carlos Ernesto Rodas Vera / Nelson Salazar Sánchez / Susan Adela Segura Valenzuela / Juan Carlos Tello Villanueva / Melissa Lizeth Terán Becerra

Director:
Nelson Salazar Sánchez

Primera edición: octubre 2019
2150 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2019-03927
ISBN Obra completa: 978-612-311-657-6
ISBN Tomo III: 978-612-311-660-6
Registro de proyecto editorial
31501221900309

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Karinna Aguilar Zegarra
Diagramación de interiores: Karinna Aguilar Zegarra

GACETA JURÍDICA S.A.
AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Octubre 2019
Publicado: noviembre 2019

Comentaristas

Abad Cancho, Ysabel Lucía (Perú)
Abogada en Derecho penal
(§ 60)

Alejo Amuchástegui (Argentina)
Universidad de Mendoza
(§§ 78, 79, 84, 90, 91)

Ávalos Rodríguez, Constante Carlos (Perú)
Abogado en Derecho penal
(§§ 102, 103)

Borjas Calderón, Karl (Perú)
Abogado en Derecho penal
(§§ 55, 56)

Calcina Hancco, Aldo (Perú)
Abogado en Derecho penal
(§ 49)

Corral Maraver, Noelia (España)
Profesora de Derecho penal, Universidad de Málaga
(§§ 52, 52-A, 53, 54)

De Oliveira Rodriguez, Victor Gabriel (Brasil)
Profesor de Derecho penal, Universidade de São Paulo
(§§ 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77)

Edquén Olivera, Merly (Perú)
Abogada en Derecho penal
(§ 57)

García Navarro, Edward (Perú)
Abogado en Derecho penal
(§ 51)

Huamán Castellares, Daniel (Perú)
Profesor de Derecho penal, Academia Nacional de la Magistratura

Huamaní Rivera, Ernie Groisberg (Perú)
Abogado en Derecho penal
(§ 58)

Malaver Ayala, Pamela Cecilia (Perú)
Asistente fiscal
(§ 59)

Marticorena Collantes, Omar Hugo (Perú
Abogado en Derecho penal
(§ 47)

Mayhua Quispe, Luis Miguel (Perú)
Profesor de Derecho penal, Universidad Privada los Andes (Huancayo)
(§§ 68, 70)

Morales Cauti, Julio César (Perú)
Abogado en Derecho penal
(§ 69)

Pariona Arana, Raúl (Perú)
Profesor de Derecho penal, Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(§§ 80, 81)

Parma, Carlos (Argentina)
Profesor de Derecho penal, Universidad de Mendoza
(§§ 78, 79, 84, 90, 91)

Pizarro Guerrero, Miguel (Perú)
Profesor de Derecho penal, Universidad Inca Garcilaso de la Vega
(§§ 85, 86, 87, 88)

Reátegui Sánchez, James (Perú)
Profesor de Derecho penal de la Academia Nacional de la Magistratura
(§ 62, 63, 64, 65, 66)

Reyes Gastelú, Madelaine (Perú)
Abogada en Derecho penal
(§ 104)

Reyes Tello, Roxanna (Perú)
Notaria pública
(§§ 50-A, 88-A, 105, 105-A)

Reyna Alfaro, Luis Miguel (Perú)
Abogado en Derecho penal
(§§ 62, 63, 64, 65, 66, 67)

Rodas Vera, Carlos Ernesto (Perú)
Abogado en Derecho penal
(§ 89)

Salazar Sánchez, Nelson (Perú)
Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional, Freiburg (Alemania)
(§§ 48, 50)

Segura Valenzuela, Susan Adela (Perú)
Abogada en Derecho penal
(§§ 80, 81, 82, 83)

Tello Villanueva, Juan Carlos (Perú)
Profesor de Derecho penal, Universidad Nacional Mayor de Cajamarca
(§§ 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101)

Terán Becerra, Melissa Lizeth (Perú)
Magíster por la Universidad Nacional de Cajamarca
(§§ 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101)

Presentación

La obra *Comentarios al Código Penal peruano* analiza los preceptos normativos del Código Penal de 1991. En tal sentido, todos los comentarios de los autores que participan en la presente edición se basan, fundamentalmente, en la interpretación de la ley penal vigente. Junto a ello, cada autor –de acuerdo a su criterio– ha recurrido al análisis de cuerpos normativos de índole constitucional, legal, infralegal e internacional, a efectos de –mediante una interpretación sistemática y teleológica de los mismos– desentrañar el correcto sentido o fin *(telos)* del correspondiente precepto legal objeto de comentario.

La elaboración de esta obra es expresión de mi experiencia académica en Alemania que me ha permitido dilucidar el rol fundamental que desempeñan las obras sistemáticas colectivas en la correcta interpretación de los diversos institutos jurídico-penales que están contenidos en el Derecho positivo. En Alemania y España, la importancia de este tipo de obras se refleja en las innumerables citas que realizan el BGH (Deutscher Bundesgerichtshoff), el TS (Tribunal Supremo) y la dogmática jurídico-penal. En Alemania, son ejemplos paradigmáticos de este tipo de producciones académicas las obras: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (8 tomos), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (13 tomos)*, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (6 tomos)*, *Schönke/Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch (1 tomo)*, etc. Por su parte, en España se encuentran diversas obras colectivas que analizan sistemáticamente el Código Penal español, entre las cuales destaca la obra *Comentarios al Código Penal español* (13 tomos).

Pues bien, esta producción académica se enmarca dentro de dicha línea. En tal sentido, la edición de los *Comentarios al Código Penal peruano* ha sido estructurada en ocho tomos, de los cuales tres corresponden a la Parte General y cinco a la Parte Especial. La publicación de toda la obra está programada en un plazo de tres años, cuya entrega se realizará en forma periódica, en 2019, 2020 y 2021, respectivamente. La edición del presente año (tomos I, II y III) corresponde a la Parte General, mientras que la Parte Especial (tomos IV, V, VI, VII y VIII) se editará durante el curso de los años 2020 y 2021; a saber, en el año 2020 se publicarán los tomos IV, V, VI, y en el año 2021 los tomos VII y VIII.

El presente libro está dirigido a jueces, fiscales, abogados, profesores y estudiantes de Derecho, pues su contenido está compuesto por conceptos que son una síntesis de categorías científico-abstractas y puntos de vista práctico-concretos. Ello significa que los comentarios que vierten los autores presentan no solo rigurosidad científica que será de gran importancia para profesores, investigadores y estudiantes en la elaboración de trabajos académicos (v. gr., libros monográficos, artículos, ensayos, tesis doctorales, tesis de maestría, etc.), sino también una gran utilidad práctica para jueces, fiscales y abogados en la solución de casos concretos. En virtud de ello, la elaboración de los comentarios ha sido encomendada no solo a profesores e investigadores de la dogmática jurídico-penal nacional y extranjera, sino también a destacados abogados penalistas, fiscales o jueces que se desempeñan en la praxis jurídica.

El diseño editorial de la presente obra ha sido realizado siguiendo el modelo de las diversas producciones colectivas sistemáticas existentes en Alemania en torno al Código Penal alemán (*deutsches Strafgesetzbuch*), en especial, las obras *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* y *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Ello se ve reflejado, entre otros, en tres tópicos: en primer lugar, destacan las abreviaturas que se encuentran en cada Tomo; en segundo lugar, están los sumarios, los cuales se encuentran al comienzo de cada comentario; por último, están los números marginales. Estos tres ítems permitirán al lector no solo ubicar con mayor rapidez y facilidad dentro del libro –y, sobre todo, al interior de cada comentario– los puntos que son de su interés, sino también una mejor comprensión del contenido e identificación de las fuentes bibliográficas y del significado de las abreviaturas que cada uno de los autores utilizan en sus respectivos comentarios.

El tomo (III) abarca desde el § 47 hasta el § 105-A. Dicho tomo comienza con los comentarios en torno al cómputo de la detención sufrida durante el proceso en la determinación de la pena (§ 47), al concurso ideal (§ 48) y real (50) de tipos penales, al delito masa y delito continuado (§ 49) y al concurso real de faltas (§ 51). Vinculados con la aplicación de la pena, se encuentran los Capítulos III, IV, V, VI y VII que están referidos a la Conversión de la pena (§§ 52-56), a la Suspensión de la ejecución de la pena (§ 57-61), a la Reserva del fallo condenatorio (§ 62-67), a la Exención de pena (§ 68) y a la Rehabilitación (§§ 69-70), respectivamente. En concordancia con lo anterior, aparece el Título IV del Libro Primero del Código Penal, que se ocupa de las Medidas de Seguridad (§§ 71-77). A continuación se encuentran los comentarios sobre el Título V, el cual está referido a la Extinción de la acción penal (§§ 78-84) y de la pena (§§ 85-88), a la Imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena (§ 88-A), a la Amnistía e Indulto (§ 89), a la Cosa Juzgada (§ 90) y a la Renuncia de la prescripción de la acción penal (§ 91). Finalmente,

se encuentran los comentarios a las instituciones contenidas en el Título VI, cuyos ítems son la Reparación Civil (§§ 92-101) y las Consecuencias Accesorias aplicables a las denominadas personas jurídicas (§§ 102-105-A).

Expreso mi sincera gratitud a los señores profesores, investigadores y abogados –peruanos y extranjeros– que comentan los diversos preceptos normativos correspondientes al presente tomo (III). Al grupo de autores peruanos pertenecen Aldo Calcina Hancco, Constante Carlos Ávalos Rodríguez, Carlos Ernesto Rodas Vera, Daniel Osarin Humán Castellares, Edward García Navarro, James Reátegui Sánchez, Juan Carlos Tello Villanueva, Julio César Morales Cauti, Karl Andrei Borjas Calderón, Luis Miguel Mayhua Quispe, Luis Miguel Reyna Alfaro, Madelaine Reyes Gastelú, Melissa Lizeth Terán Becerra, Merly Edquén Olivera, Miguel Pizarro Gerrero, Omar Hugo Marticorena Collantes, Pamela Cecilia Malaver Ayala, Raul Pariona Arana, Roxanna Reyes Tello, Susan Adela Segura Valenzuela, Ysabel Lucía Abad Cancho. Por su parte, dentro de los autores extranjeros se encuentran Alejo Amuchástegui (Argentina), Carlos Parma (Argentina), Noelia Corral Maraver (España), Victor Gabriel de Oliveira Rodriguez (Brasil).

Freiburg, 15 de septiembre de 2019

Nelson Salazar Sanchez
(Director)

Abreviaturas / Abkürzungen

- AA : acción de amparo
- Abr. : abril
- ADN : ácido desoxirribonucleico
- ADPCP : Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
- AI : acción de inconstitucionalidad
- AFDUAM : Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- AP : Acuerdo Plenario
- Art./ Arts. : artículo/artículos
- AT : Allgemeiner Teil.
- Aufl. : Auflage
- BGH : Bundesgerichtshof
- BGHSt : Strafsenat des Bundesgerichtshofs
- B.O. : Boletín Oficial
- CADH : Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Cap. : Capítulo
- Cas. : Casación
- CC : Código Civil
- CEDAW : Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- Cfr./Cf./Cfs. : Confróntese
- ChR2 : canalrodopsina-2
- cit. : cita/citado
- CJ : concordancia jurisprudencial
- Co. : compañia
- Comisión IDH : Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- CONAPOC : Consejo Nacional de Política Criminal
- Conf. : conferencia

- Const. : Constitución
- Coord. : coordinador
- Corte IDH : Corte Interamericana de Derechos Humanos
- CP/C.P. : Código Penal
- CPC : Cuadernos de Política Criminal
- CPC : Código Procesal Civil
- CPP : Código de Procedimiento Penal/Código Procesal Penal
- CPE : Constitución Política del Estado
- CR : Consejo Regional
- DAAD-CONICYT : Servicio Alemán de Intercambio Académico
- DF : Distrito Federal
- D. Leg. : decreto legislativo
- dic. : diciembre
- Dir. /dirs. : director/directores
- Doc. : documento
- Dr. : doctor
- Ed./ed./ Eds. : edición /ediciones
- Edit. : editorial
- E.I.R.L. : Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
- Ejec. Sup. : ejecutoria suprema
- Ene./Jan. : enero
- etc. : etcétera
- Exp. : expediente
- fasc. : fascículo
- feb./fev. : febrero
- ff. : folgenden
- FJ : foja
- Fs/ FL. : folios
- Fund. Jur. : fundamento jurídico
- GA : Goltdammer's Archiv für Strafrecht
- HC : hábeas corpus
- Ibíd. : ibídem (en el mismo lugar)
- idehpucp : Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

- inc./Inc. : inciso
- INCIPP : Instituto de Ciencia Procesal Penal
- INDRET : Revista para el Análisis del Derecho
- INEI : Instituto Nacional de Estadística e informática
- INPE : Instituto Nacional Penitenciario
- INPECCP : Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales
- ISSN : Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadas.
- JA : Juristische Ausbildung
- JEP. : Jurisdicción Especial para la Paz
- jun. : junio
- jul. : julio
- JuS : Juristische Schulung
- JZ : Juristische Zeitung
- Lh. : Libro Homenaje
- LK : Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
- Loc. cit. : en el lugar citado
- Ltda. : limitada
- m. : masculino
- May. : mayo
- MK : Münchener Kommentar
- MTC : Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú
- NCPP : Nuevo Código Procesal Penal
- NJW : Neue Juristische Wochenschrift
- Nm./nm./n. marg. : número marginal
- n. /N.°/núm./Nr./ No/N°/no/NUM : número
- NStZ : Neue Seitschrift für Strafrecht
- ONU : Organización de las Naciones Unidas
- Op. Cit. : opción citada
- OPS : Organización Panamericana de la Salud
- orig. : original
- org. : organizador
- p./ Pág. : página

- pp./págs. : páginas
- PA : proceso de amparo
- PAM : Prinzip der Alternativen Möglichkeiten
- PAP : principio de posibilidades alternativas
- párr. : párrafo
- p. ej. : por ejemplo
- PG : Parte General
- PJ : Poder Judicial
- PHC : proceso de hábeas corpus
- PI : proceso de inconstitucionalidad
- PIDCP/PIDCyP : Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- PNP : Policía Nacional del Perú
- Prof. : profesor
- PUCP : Pontificia Universidad Católica del Perú
- R. : recurso
- RAE : Real Academia Española
- R. Cas. : recurso de casación
- REDERECI : Registro Nacional de Deudores de Reparaciones Civiles
- Reg. de Pcia : Registro de la Propiedad de la Provincia (Bs. As.)
- R. Rev. : recurso de revisión
- Rev. : revista
- R. N. : recurso de nulidad
- R.N. N.° : recurso de nulidad número
- s./ ss. : siguiente/ siguientes
- S.A. : Sociedad Anónima
- SAC : Sociedad Anónima Cerrada
- Sept./set. : septiembre
- SOAT : Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito
- SUNAT : Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
- SUNARP : Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
- S.R.L. : Sociedad de Responsabilidad Limitada
- STC : Sentencia del Tribunal Constitucional
- StGB : Código Penal alemán

- t./T. : tomo
- TC : Tribunal Constitucional
- TCPBA : Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires
- Tít. : Título
- Trad. : traducción
- TS : Tribunal supremo
- UNED : Universidad Nacional de Educación a Distancia
- UNODC : Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
- USP : Universidad de São Paulo
- v. gr./Vgr. : verbigracia
- vid. : véase
- Vol./V. : Volumen
- Vor. : Vormerkung
- vs./ VS : versus
- ZStW : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

§ 47
Abono de la detención sufrida

Omar Hugo Marticorena Collantes
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Ubicación sistemática.....	1	17	VIII.	Intento fallido de reforma del artículo 47 del CP ...	25	24
II.	Antecedentes legislativos	3	18	IX.	La inconstitucionalidad decretada por el TC	30	25
III.	Exposición de motivos....	5	18	X.	Análisis del artículo 47 a la luz de la propuesta de-sustitución del CP.....	41	27
IV.	Alcances de la ley.....	6	18	XI.	Propia propuesta *de lege ferenda*.....	51	28
V.	La detención preventiva .	8	19	XII.	Bibliografía.....	56	29
VI.	Sobre las otras detenciones previstas en la legislación peruana	13	20				
VII.	El caso particular de la detención domiciliaria....	20	22				

§ 47.- Cómputo de la detención sufrida

"El tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención".

I. Ubicación sistemática

El artículo 47 del CP se encuentra situado dentro del Libro Primero, denominado "Parte General", del Título III, llamado "De las penas", Capítulo II, designado "Aplicación de la pena", del citado cuerpo normativo. 1

De su ubicación sistemática puede verse que este artículo está especialmente vinculado al momento de la imposición (o de aplicación) de la pena, instante en que el juzgador –por mandato expreso de la ley– debe abonar la detención que haya sufrido el procesado, conforme a las equivalencias de días de pena (privativa de la libertad, multa o limitativas de derechos) y de detención, allí señaladas. 2

II. Antecedentes legislativos

3 A decir de VILLAVICENCIO TERREROS[1], la fuente inmediata del artículo 47 del CP es el Proyecto del CP argentino de 1987 (Art. 23) y sus antecedentes nacionales se pueden encontrar en el Proyecto del CP de setiembre de 1989 (Art. 52), en el Proyecto del CP de julio de 1990 (Art. 53) y en el Proyecto del CP de enero de 1991 (Art. 47)[2].

4 Como un dato histórico, cabe mencionar que el CP peruano de 1924 (Art. 49) también establecía el abono de la detención sufrida en el momento de la imposición de la pena, aunque con "carácter facultativo"[3] y sin equivalencias de días de pena y de detención[4].

III. Exposición de motivos

5 La Exposición de Motivos del CP establece que el artículo 47 constituye una verdadera innovación, pues, a diferencia del carácter facultativo del artículo 49 del CP de 1924, la Comisión Revisora propuso, en este caso, que la reclusión (o detención) preventiva sea descontada "obligatoriamente" de la sanción impuesta a razón de un día de pena privativa de la libertad por cada día de detención[5].

IV. Alcances de la ley

6 De la Exposición de Motivos del CP se puede observar que el artículo 47 solo permite computar a favor del procesado el tiempo de la reclusión (o detención) preventiva y no de las "otras detenciones" previstas actualmente en el ordenamiento jurídico peruano. Sin embargo, ello no significa que la voluntad

(1) Según la Exposición de Motivos del Código Penal, Felipe Villavicencio Terreros fue colaborador de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Penal.

(2) *Vide,* VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Código Penal comentado y concordado*, pp. 201-202.

(3) Ponemos entre comillas el carácter facultativo del abono de la detención, pues la jurisprudencia de entonces ya indicaba que: "Si bien el art. 49 del CP 1924 estatuye que la deducción de la detención es potestativa, también lo es la Constitución en cuanto que ordena aplicar lo más favorable al reo, [por ese motivo] 'necesariamente' debe computarse dicho término de detención en la sentencia". Con referencia a la jurisprudencia de la época véase a: VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Código penal comentado y concordado. Op. Cit.,* p. 203.

(4) Concretamente, el artículo 49 del Código Penal peruano de 1924 establecía que: "La detención sufrida antes de dictarse la sentencia 'podrá' ser deducida de la duración total de la pena privativa de la libertad (...)".

(5) En palabras de BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES, esta era una tendencia que se advertía en los códigos penales de España, Rusia, Italia, Brasil, Colombia, Costa Rica y Cuba. Cfs. BRAMONT ARIAS, L. / BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., *Código Penal anotado*, p. 251.

del legislador haya sido excluir a las otras detenciones, sino que al momento de la promulgación y publicación del CP (3 y 8 de abril de 1991, respectivamente), aún no se encontraban previstas en el Perú otros tipos de reclusión distintas a la preventiva.

Así, siendo la reclusión (o detención) preventiva el punto central del artículo 47 del CP, corresponde iniciar el análisis del sentido y alcance de la ley a partir de dicha medida, para luego examinar la posibilidad de abonar también las otras detenciones que, conforme a la legislación actual, podría sufrir un procesado antes de su sentencia. 7

V. La detención preventiva

Una primera cuestión a mencionar es que, a lo largo de los años, el legislador peruano se ha referido a la reclusión preventiva con diversas denominaciones: "orden de detención" (Art. 79 del Código de Procedimientos Penales de 1940), "mandato de detención" (Art. 135 del Código Procesal Penal de 1991) y "prisión preventiva" (Art. 268 del Código Procesal Penal de 2004). 8

No es el propósito ahondar en el tema de la detención preventiva, sino resaltar sus aspectos o características más importantes, de modo que podamos identificar la ratio de la obligación de computar, a favor del procesado, la duración de esta medida al momento de la imposición de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por un día de detención sufrida. 9

De este modo, entre los aspectos más importantes de la detención preventiva corresponde mencionar el hecho de que se trata de una medida cautelar de naturaleza personal decretada, bajo determinadas condiciones(6), por una autoridad judicial antes de la emisión de la sentencia y que consiste en la privación de la libertad física(7) mediante la reclusión del procesado en un centro penitenciario con fines de aseguramiento del desarrollo (o éxito) del proceso y la eventual pena que podría imponerse(8). 10

(6) En el caso peruano, las causas y condiciones para privar a una persona de su libertad física mediante la imposición de una detención o prisión preventiva se encuentran expresamente contempladas en el artículo 135 y siguientes del Código Procesal Penal de 1991 (aún vigente en el Distrito Judicial de Lima para la mayoría de los delitos) y en el artículo 268 y siguientes del Código Procesal Penal de 2004 (vigente en casi todo el país).

(7) En palabras del Tribunal Constitucional, la libertad física de las personas debe ser entendida como libertad locomotora o de movimiento. Al respecto, véase en extenso las sentencias recaídas en los Expedientes N° 07051-2006-PHC/TC y N° 03213-2014-PHC/TC.

(8) *Vide,* Asencio Mellado, J., *Derecho procesal penal: estudios fundamentales*, p. 809.

11 Cabe señalar igualmente que la imposición de una detención antes de la emisión de una sentencia condenatoria, por sí misma, no constituye una medida de carácter ilegal, pues, como bien lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos[9], el ejercicio del derecho a la libertad física puede ser limitado o restringido por los Estados siempre que, de conformidad con el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se respeten las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

12 Lo más importante es que, si bien la detención preventiva no constituye una sanción punitiva[10], el hecho de que con su imposición se afecte severamente la libertad física mediante la reclusión temporal del imputado en las mismas condiciones que en la ejecución de la pena privativa de libertad es razón más que suficiente para justificar el sentido del carácter obligatorio del cómputo en favor del procesado del tiempo de detención preventiva sufrida, a razón de un día de pena privativa de la libertad por un día de detención. Sinceramente, no creo que alguien, de manera válida, pueda cuestionar el sentido de la obligatoriedad del abono y de su equivalencia. Tal vez la controversia pueda surgir en la posibilidad de abonar también los otros tipos de detenciones distintos a la prisión preventiva.

VI. Sobre las otras detenciones previstas en la legislación peruana

13 Ya se dijo líneas arriba que el motivo por el cual el legislador peruano del CP no hizo referencia, al menos en el texto original del artículo 47, a las otras reclusiones distintas a la detención preventiva fue porque simplemente estas no existían en nuestra legislación.

14 Sin embargo, en mérito a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1298, publicado el 30 de diciembre de 2016[11], en la actualidad coexisten con la prisión preventiva las denominadas "detención preliminar judicial" y "detención judicial en caso de flagrancia".

(9) *Vide,* Sentencia del caso Chaparro Álvarez, y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, numeral 53.

(10) En el mismo sentido véase la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1091-2002-HC, fundamento 8, caso Silva Checa.

(11) En virtud de este dispositivo se adelantó la vigencia, a nivel nacional, de los artículos del Código Procesal Penal de 2004, referidos a la detención preliminar judicial y a la detención judicial en caso de flagrancia.

Las causas y condiciones para imponer una detención preliminar judi- 15
cial o una detención judicial en caso de flagrancia se encuentran, de modo expreso, contempladas en los artículos 261 y 266 del Código Procesal Penal de 2004, respectivamente.

Si bien la duración de este tipo de detenciones no es equiparable a la de 16
la prisión preventiva (en los casos más graves solo puede durar un máximo de 10 días), ambas son también medidas decretadas judicialmente antes de la sentencia e importan igualmente la privación temporal de la libertad física con internamiento del imputado en un centro de detención (policial) o establecimiento transitorio diseñado para ese fin.

Tampoco es el propósito ahondar en lo concerniente a la detención preli- 17
minar judicial o en la detención judicial en caso de flagrancia, pero toda vez que ambas se caracterizan también por afectar gravemente la libertad física a través del internamiento del imputado en un centro de reclusión, no vemos, al menos inicialmente, un impedimento para que igualmente se deba abonar este tipo de detenciones al momento de la imposición de la pena, en la misma equivalencia señalada en el primer párrafo del artículo 47 del CP, es decir, a razón de un día de pena privativa de libertad por un día de detención preliminar o en caso de flagrancia. Quizás el obstáculo vendría por el hecho de que el artículo 47 del CP no prevé, en su tenor literal, los casos de detención preliminar judicial y de detención judicial en caso de flagrancia. No obstante, como ya se ha mencionado, ello no obedece a una elección del legislador peruano, sino al hecho de que para entonces estos tipos de detención no estaban regulados en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo demás, en aplicación de la analogía en *in bonam partem*, creo total- 18
mente posible el abono de la detención preliminar y de la detención en flagrancia al momento de la imposición de la pena a razón de un día de pena privativa de la libertad por un día de detención, sin necesidad de una reforma legislativa. Recuérdese que el CP peruano, en el artículo III del Título Preliminar, solo prohíbe la analogía cuando se utiliza para calificar el hecho como delito o falta, o para definir un estado de peligrosidad o determinar (en abstracto) la pena o la medida de seguridad que corresponde. Contrariamente, la analogía que se utiliza para eximir o atenuar la pena resulta absolutamente válida, en tanto no se oponga a lo dispuesto expresamente en la ley penal[12]. En el presente caso, la aplicación analógica serviría para atenuar la pena concreta y no

(12) García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 123.

contraviene el texto expreso del artículo 47 del CP, por lo que se trataría de una analogía enteramente válida.

19 Sumaría también a la posibilidad de abonar la detención preliminar en caso de flagrancia, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de la República, en lo que concierne a la interpretación de las normas penales, ha fijado, en la Ejecutoria Suprema del 3 de agosto de 1998, recaída en el Expediente N° 251-98, que: "Dentro de la interpretación de la ley se ha superado la teoría de la interpretación gramatical y textual, para los fines de administrar justicia, donde debe primar la interpretación teleológica y concordada de las leyes"(13). Con base en lo expuesto por el Alto Tribunal, queda claro que la finalidad o *telos* del legislador del CP no era excluir a las otras reclusiones distintas a la detención preventiva. Simplemente, estas otras detenciones no se encontraban reguladas en el ordenamiento jurídico nacional.

VII. El caso particular de la detención domiciliaria

20 A diferencia de la detención preliminar judicial y la detención judicial en flagrancia, la detención domiciliaria podría durar 9 meses, en algunos casos 18 meses y en otros hasta 36 meses, de allí que su tratamiento resulte más importante que las otras detenciones cuyos plazos máximos de duración, en los supuestos más graves, solo pueden alcanzar máximo los 10 días.

21 La detención domiciliaria se incorporó en la legislación peruana a través del artículo 143 del Código Procesal Penal de 1991, promulgado y publicado el 25 y 27 de abril de 1991, respectivamente, es decir, con fecha posterior al CP. En dicho dispositivo, la detención domiciliaria está regulada como una restricción al mandato de comparecencia, que podría decretar la autoridad judicial cuando: i) no corresponde la medida de detención preventiva; o ii) cuando se trata de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente. Como puede verse, en el Código Procesal Penal de 1991, aún vigente en el Distrito Judicial de Lima para la mayoría de los delitos, la detención domiciliaria está regulada como una alternativa a la detención preventiva, con carácter facultativo y que podría

(13) Con referencia a esta ejecutoria suprema, véase a: ROJAS VARGAS, F. / INFANTES VARGAS, A., *16 años de jurisprudencia sistematizada*, p. 54.

imponerse, en general, a cualquier persona cuando no corresponde la medida de detención preventiva.

Las características de la detención domiciliaria antes descritas han sufrido 22
un cambio radical con la promulgación y publicación del Código Procesal Penal de 2004, vigente en la mayoría de los distritos judiciales de la República. En dicho cuerpo normativo, si bien la detención domiciliaria se encuentra situada en el título referido a la comparecencia, no es más una restricción de esa medida, sino un sustituto de la detención preventiva, la cual debe ser impuesta, con carácter obligatorio a determinadas personas, cuando, pese a corresponder la prisión preventiva, el imputado: i) es mayor de 65 años de edad; ii) adolece de una enfermedad grave o incurable; iii) sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento; o iv) es una madre gestante.

Independientemente de si la detención domiciliaria es una alternativa o 23
un sustituto de la prisión preventiva, lo cierto es que dicha medida conlleva también una privación de la libertad física o de movimiento decretada por una autoridad judicial antes de la imposición de una pena, que comporta igualmente la reclusión del imputado, pero no en un centro penitenciario, sino en su domicilio o en custodia de otra persona. Ahora bien, el hecho de que la detención domiciliaria deba cumplirse en el domicilio del imputado o en otro lugar distinto a la cárcel hace, qué duda cabe, que la privación a la libertad física sufrida sea de menor intensidad que la prisión preventiva, sin embargo, ello no significa que entre una u otra detención no existan similitudes o que tampoco haya una grave afectación al derecho a la libertad de movimiento.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la STC Exp. 24
N° 1565-2002-HC/TC, fundamento 3, que: "No cabe duda de, que con la detención domiciliaria sucede algo semejante, aunque no con los alcances de la detención judicial preventiva: La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que esta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave (...)". Asimismo, en la STC Exp. N° 0731-2004-HC/TC, fundamento 7, el Máximo Intérprete de la Constitución peruana ha precisado que: "(...) la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo, permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante y evitando el 'contagio criminal' al que

se expone con la entrada a un establecimiento penitenciario. Sin embargo, no se puede desconocer que tanto la prisión provisional y la detención domiciliaria, se asemejan por el objeto, es decir, en tanto impiden a una persona autodeterminarse por su propia voluntad a fin de lograr asegurar la eficacia en la administración de justicia".

VIII. Intento fallido de reforma del artículo 47 del CP

25 El 3 de julio de 2005 se publicó la Ley N° 28568, la misma que modificó el artículo 47 del CP, en los siguientes términos:

26 "El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

27 Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva y domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención."

28 Como se puede observar, mediante la Ley N° 28568 se precisó que el artículo 47 del CP no solo se refiere a la detención preventiva, sino además a la detención preliminar y a la detención domiciliaria. Según el Diario de los Debates, la razón de esta precisión –en palabras del vicepresidente de la Comisión Dictaminadora– obedecía a la necesidad de sincronizar el CP con lo que proponía el Código Procesal Penal. Pese a sus buenas intenciones, el legislador nacional no reparó que, por ser la detención domiciliaria una afectación a la libertad física de menor intensidad que la detención preventiva, debía corresponderle una equivalencia distinta a la señalada en el texto sustitutorio. Esta situación generó una ola de críticas, ya que se sostenía que la nueva redacción del artículo 47 del CP, en lo referido a la detención domiciliaria, lo que buscaba realmente era favorecer a un determinado grupo de políticos que, en ese momento, sufrían detenciones domiciliarias debido a su vinculación en graves actos de corrupción y que, por entonces, se encontraban a puertas de ser sentenciados. Por esta razón, el 25 % del número legal de miembros del Congreso de la República demandó rápidamente la inconstitucionalidad del texto sustitutorio y, ante la crisis, el Legislativo, por Ley N° 28577 de fecha 9 de julio de 2005, no tuvo más remedio que retractarse casi de inmediato y restablecer la plena vigencia del texto primigenio.

29 Según la posición del presidente de la Comisión Dictaminadora, contenida en el Diario de los Debates, la derogación se efectuó sin perjuicio de una

posterior evaluación más amplía y con la opinión de todos los sectores involucrados en el estudio y modificación del CP, de modo que se pueda establecer algún tipo de equivalencia respecto al *quantum* que debía fijarse para el tiempo de la detención domiciliaria, cosa que –entiendo– no se ha podido realizar hasta la fecha, pues ni siquiera la detención domiciliaria se encuentra prevista en el actual texto del artículo 47 del CP.

IX. La inconstitucionalidad decretada por el TC

Ya se mencionó líneas arriba que como consecuencia de la aprobación del 30
texto sustitutorio del artículo 47 del CP, más del 25 % del número legal de miembros del Congreso de la República demandó, casi de forma inmediata, la inconstitucionalidad de la referida norma, principalmente en el extremo referido a la detención domiciliaria.

Si bien es cierto dicho texto sustitutorio fue derogado rápidamente por 31
el propio Congreso de la República, ello no fue obstáculo para que el TC fije su posición respecto a los alcances del artículo 47 del CP. Así, en la STC Exp. N° 0019-2005-PI-TC, publicada el 22 de julio de 2005, el Máximo Intérprete de la Constitución fijó, fundamentalmente, los siguientes criterios:

Primero: No existe vicio alguno de inconstitucionalidad en la exigen- 32
cia de que el tiempo de prisión preventiva sea computado a razón de "día por día" con la pena privativa de la libertad, ello a pesar de su distinta naturaleza.

Creo que este punto no requiere mayor debate, sin embargo, me parece 33
importante destacar lo señalado en esta sentencia constitucional (ver fundamento 8) respecto a que, más allá de los distintos presupuestos que justifican la imposición de una medida de detención preventiva y de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. Ello, no solo porque ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino porque, en los hechos, ambas medidas producen el mismo grado de limitación de la libertad física, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión.

Segundo: El arresto domiciliario y la prisión preventiva, aun cuando com- 34
parten la misma condición de medidas cautelares, son supuestos sustancialmente

distintos en lo que concierne a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad física.

35 Según la sentencia constitucional, en el caso del arresto domiciliario, el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances que en la pena privativa de libertad, pues no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión, tampoco se pierde la relación con el núcleo familiar y amical, en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; en general, se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario, ello porque, en buena cuenta, el hogar no es la cárcel.

36 Esta posición es igualmente correcta, sin embargo, el hecho de que la detención domiciliaria no incida sobre la libertad física en la misma intensidad que la prisión preventiva no significa que esta medida no afecte dicho derecho fundamental en forma grave, si bien no en la magnitud de la prisión preventiva, pero grave al fin. Y ello porque, tratando de utilizar el mismo razonamiento del Tribunal Constitucional, no es lo mismo afrontar un proceso en libertad (o con ciertas restricciones menores) a enfrentarlo con detención domiciliaria. Si en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[14] la libertad siempre es la regla y la limitación o restricción siempre la excepción, existen razones más que suficientes para legitimar el abono de la detención domiciliaria al momento de la imposición de la pena.

37 **Tercero**: La fórmula del 1x1 propuesta en el texto sustitutorio viola el principio de la igualdad en el tratamiento de las instituciones.

38 Es correcta también esta posición del Tribunal Constitucional. Según la sentencia, el principio de igualdad proscribe la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión: si la detención domiciliaria no es igual en cuanto a sus efectos que la detención preventiva, no se puede utilizar la misma fórmula de abono.

39 **Cuarto**: Declara la inconstitucionalidad de la frase "y domiciliaria" del primer párrafo del artículo 47 del CP, modificado por la Ley N° 28568.

(14) Cfs. numeral 53 *in fine* de la sentencia recaída en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de la libertad*, p. 8.

En este punto corresponde hacer algunas precisiones. Cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la frase "y domiciliaria", no dice que el abono de la detención domiciliaria sea inconstitucional, sino que lo es la equivalencia señalada en el texto sustitutorio del artículo 47 del CP. Al respecto, el TC precisa el sentido de su fallo en los siguientes términos: "Inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto". De esta manera, lo señalado por el TC no contraviene lo propuesto en el presente análisis respecto a la necesidad de que una posterior reforma del CP incluya expresamente el abono de la detención domiciliaria con una formula distinta a la propuesta en el texto sustitutorio. 40

X. Análisis del artículo 47 a la luz de la propuesta de sustitución del Código Penal

El texto sustitutorio del CP enviado al Congreso de la República por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el 4 de marzo de 2016 proponía, respecto al abono de la detención sufrida, lo siguiente: 41

> "Artículo 66.- El tiempo de la detención que haya sufrido el procesado se abona para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. 42
>
> Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computa a razón de cinco días de dicha pena por cada día de detención. 43
>
> El tiempo de detención domiciliaria que haya sufrido el procesado se abona para el cómputo de la pena impuesta a razón de tres días por un día de pena privativa de la libertad". 44

Tal y como puede verse, las novedades venían igualmente por el lado del aumento de la equivalencia del abono de la detención en los casos de pena de multa y limitativa de derechos (se aumentó de 2 a 5 días) y por la incorporación expresa de la detención domiciliaria con una nueva equivalencia distinta a los supuestos de la pena multa y limitativa de derechos. 45

Por su parte, el texto del CP revisado por el grupo de trabajo conformado por los representantes del Consejo Nacional de Política Criminal (Conapoc) ha mantenido casi la totalidad de la propuesta antes mencionada, con la salvedad de la equivalencia del abono de la detención domiciliaria. Concretamente, la propuesta revisada es la siguiente: 46

47 "Artículo 66.- El tiempo de la detención que haya sufrido el procesado se abona para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

48 Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computa a razón de cinco días de dicha pena por cada día de detención.

49 El tiempo de detención domiciliaria que haya sufrido el procesado se abona para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día por un día de pena privativa de libertad".

50 Adviértase que en el tercer párrafo se vuelve a la fórmula de equivalencia del abono de la detención domiciliaria que fue declarada inconstitucional. Quizás la explicación del grupo de trabajo pasa por señalar que la detención domiciliaria a la que hace referencia el texto revisado es la sustitutiva de la prisión preventiva prevista, con carácter obligatorio, en el Código Procesal Penal de 2004 y no aquella restricción a la comparecencia prevista, con carácter facultativo, en el Código Procesal Penal de 1991 que fue materia de revisión por parte del Tribunal Constitucional. Si esa es la respuesta del grupo de trabajo, me parece que el texto revisado también resulta razonable, aunque no acorde con toda la legislación vigente. Para evitar problemas aplicativos debería derogarse el articulado aún vigente del Código Procesal Penal de 1991 y disponerse la vigencia total del Código Procesal Penal de 2004.

XI. Propia propuesta *de lege ferenda*

51 Por sus similitudes con la prisión preventiva y, sobre todo, por su carácter grave, no observo razón alguna por la que debería excluirse a la detención domiciliaria de los alcances del artículo 47 del CP, de modo que debiera permitirse igualmente el abono de la detención domiciliaria sufrida al momento de la imposición de la pena. Quizás el problema pasa por establecer cuál sería la equivalencia que debe tomarse en cuenta para la realización del abono. Concuerdo en que, al ser una medida de menor intensidad que la prisión preventiva, no resultaría razonable descontar a razón de un día de pena privativa de la libertad por cada día de detención domiciliaria. También creo que dejar esa situación al arbitrio de los jueces podría generar inseguridad jurídica. Por esa razón, creo *de lege ferenda* que sería recomendable una modificación del artículo 47 del CP, de modo que se pueda incluir expresamente la detención domiciliaria y se pueda indicar la equivalencia para el abono. Aquí creo que no cabe la analogía como el caso de la detención judicial preliminar y de la detención judicial en caso de flagrancia.

Finalmente, respecto a la equivalencia, podría tomarse en cuenta el hecho 52
de que, para el legislador peruano, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 47 del CP, dos días de pena multa o limitativa de derechos (que no conllevan reclusión) valen por un día de detención preventiva. En esa lógica, dos días de detención domiciliaria (que sí implican encierro) deberían, mínimamente, equipararse a un día de prisión preventiva. No obstante, creo que una propuesta de este tipo podría generar un problema de igualdad, en el sentido de que dos instituciones absolutamente distintas no pueden ser tratadas como si fuesen idénticas. Claramente, la pena multa o la limitativa de derechos (por más que sustituyan a la pena privativa de la libertad) no son iguales a la detención domiciliaria, pues las primeras no implican reclusión. En ese sentido, la solución más armoniosa podría ser aquella que proponga que un día de prisión preventiva equivale a tres días de pena multa o limitativa de derechos, y que dos días de detención domiciliaria equivalen a un día de prisión preventiva.

De esta manera, una propuesta legislativa para la modificación del artículo 53
47 del CP podría ser la siguiente:

> "El tiempo de detención *preliminar, en flagrancia y preventiva* que haya 54
> sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. *En el caso de la detención domiciliaria, el abono se realizará a razón de un día de pena privativa de libertad por cada dos días de detención domiciliaria.*
>
> Si la pena *a imponerse* es la de multa o limitativa de derechos, la detención 55
> *preliminar, en flagrancia y preventiva* se computará a razón de tres días de dichas penas por cada día de detención *sufrida. En el caso de la detención domiciliaria, el abono se realizará a razón de dos días de pena multa o limitativa de derechos por cada día de detención sufrida*".

XII. Bibliografía

Asencio Mellado, José María, *Derecho procesal penal: estudios fundamentales*. Ins- 56
tituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Lima, 2016; Bramont Arias, Luis / Bramont-Arias Torres, Luis Alberto, *Código Penal anotado*. Revisado y concordado por María del Carmen García Cantizano. 4ª edición. Editorial San Marcos, Lima, 2001; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de la libertad*. San José de Costa Rica, 2010; García Cavero, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Grijley, 2008; Rojas Vargas, Fidel /

INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal: 16 años de jurisprudencia sistematizada.* 2ª edición. Idemsa, Lima, 2005; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código penal comentado y concordado.* Cultural Cuzco Editores. Lima, Perú, 1992.

§ 48
Concurso ideal de tipos penales

Nelson Salazar Sánchez
Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional Freiburg (Alemania)

Sumario

	Nm	P
Preliminares	1	31

§ 48.- Concurso ideal de delitos

"Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse esta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años".

Preliminares

Uno de los puntos más controvertidos es el concurso de delitos, sobre todo, porque en dicha problemática convergen diversas categorías y conceptos que, muchas veces, llevan a la confusión. La comprensión incorrecta de conceptos como "unidad" y "pluralidad" de acciones, "unidad" y "pluralidad" de hechos (típicos), etc., impide determinar, con un mínimo de racionalidad, no solo cuándo tiene lugar el concurso de delitos, sino también diferenciar entre las distintas formas de concurso de injustos penales. 1

La razón de ello estriba, entre otras, en dos cuestiones. Por un lado, en la diferente naturaleza que presenta en sí mismo el concepto de comportamiento (acción) utilizado en el ámbito de la teoría del concurso de delitos frente a los conceptos de comportamiento que rigen en el sistema de la teoría del delito[(1)] y en el Derecho procesal[(2)]. Por otro lado, en la frecuente confusión entre unidad y/o pluralidad de comportamientos y unidad y/o pluralidad de hechos (típicos). 2

Sobre la distinta naturaleza del concepto de comportamiento empleado en la teoría del concurso de delitos, la doctrina mayoritaria considera que dicho concepto posee naturaleza jurídico-penal, a saber, una naturaleza típica. Por 3

(1) Cfr. Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 10.
(2) Al respecto, Roxin, C. / Schünemann, B., *Strafverfahrensrecht*, § 20, Nm. 5.

el contrario, el concepto de comportamiento del sistema de la teoría del delito ostentaría una naturaleza natural, porque este –en cuanto solo establece los requisitos comunes mínimos de todas las conductas punibles[3]– incluiría tanto conductas típicas, como conductas extrapenales e incluso prejurídicas. Por tal razón, el concepto de comportamiento de la teoría del delito sería inadecuado a los ojos de la teoría del concurso de delitos. Algo similar ocurriría con el concepto de comportamiento del Derecho procesal, el cual comprende todo el proceso histórico que se consigna en la acusación conforme a una concepción natural o simple de la vida.

4 Por su parte, la confusión terminológica y conceptual de la categoría "unidad y/o pluralidad de acciones" con la categoría jurídico-penal "unidad y/o pluralidad de hechos (típicos)" se debe a que, muchas veces, se toman como sinónimos y en otras ocasiones –pese a diferenciarlas– se intercambian sus significados. Dicha confusión conduce bien a calificar la "unidad y/o pluralidad de hechos (típicos)" como "unidad y/o pluralidad de acciones" sin relevancia penal, bien a considerar todos los casos de "unidad y/o pluralidad de acciones" –en su mayoría sin relevancia penal– como "unidad y/o pluralidad de hechos (típicos)" jurídico-penalmente relevantes. Tal homologación o intercambio de significados no puede ser admitida, porque el legislador ha decidido (Arts. 48 y 50 CP) que solo algunos supuestos de "unidad de acción" y "pluralidad de acciones" –en tanto constituyen "unidad" (Art. 48 CP) y pluralidad (Art. 50 CP) de hechos, respectivamente– poseen relevancia penal. En efecto, si bien la "unidad" y "pluralidad" de hechos presuponen la realización de una "unidad" y "pluralidad" de acciones, respectivamente, ello no implica que tengan el mismo significado. Para que la "unidad" y la "pluralidad" de acciones constituyan las correspondientes "unidad" (concurso ideal) o "pluralidad" (concurso real) de hechos, dichas conductas deben infringir diversas normas jurídico-penales. Solo de esa manera adquirirán significado jurídico-penal y, por ende, darán lugar a los denominados concursos ideal y real de delitos.

5 A mi juicio, en contra de lo que sostiene la doctrina mayoritaria, tanto la "unidad y/o la pluralidad de acciones" como la "unidad y/o pluralidad de hechos típicos" poseen naturaleza jurídica. En tal sentido, la diferencia entre dichas categorías no radica en que la primera posee una naturaleza ontológico-natural y la segunda una naturaleza normativa, sino en la distinta naturaleza jurídica de cada una de ellas. A saber, mientras la primera tiene un carácter extrapenal, la segunda –al tratarse de hechos típicos– solo se restringe al

(3) Así, Jescheck, H. /Weigend, T., *AT*, § 66 I 2; Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 11.

contexto normativo jurídico-penal. Ello se debe a que el comportamiento con relevancia jurídica suele –no siempre– estar compuesto por una cadena de actos físicos individuales que forman ciertas unidades sociales de significado. Este contexto de significado jurídico-social determina, por un lado, qué actos individuales con sentido comunicativo pueden considerarse como una "unidad de acción" o como "pluralidad de acciones" y, por otro lado, cuándo dichos actos o comportamientos comunicativos con relevancia jurídica configuran un concurso (ideal, real o aparente) de tipos penales.

En el Código Penal peruano, el concurso de delitos está regulado en los 6
artículos 48, 49, 50, 50-A y 51-A continuación se analizan brevemente los ítems más importantes de dicha problemática.

§ 48
Concurso ideal de delitos

NELSON SALAZAR SÁNCHEZ
Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

Sumario

		Nm	P
I.	Concepto	1	35
II.	Clases de concurso ideal	4	36
	1. Concurso ideal homogéneo	5	36
	2. Concurso ideal heterogéneo	7	37
	3. Concurso ideal por abrazamiento (*Idealkonkurrenz durch Klammerwirkung*)	15	39
III.	Momentos de la configuración del concurso ideal	19	41
	1. Actos preparatorios (complicidad e instigación a un hecho principal único)	19	41
	2. Ejecución y consumación	23	42
	3. Entre consumación y agotamiento	27	43
IV.	Estructura del concurso ideal	27	43
	1. Unidad de "hecho"	28	44
	2. Pluralidad de normas menoscabadas	38	48
	3. Identidad de sujeto activo	42	49
V.	Consecuencias jurídicas del concurso ideal	43	50
	1. Criterios para determinar la imposición de pena	43	50
	2. Naturaleza de los criterios de valoración para la imposición de pena	45	50
	3. Límites cualitativos y cuantitativos de la imposición de pena	49	51
VI.	Bibliografía	52	52

§ 48.- Concurso ideal de delitos

"Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse esta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder der treinta y cinco años".

I. Concepto

Por concurso ideal (*Tateinheit* o *Idealkonkurrenz*) de tipos penales se entiende 1
a la convergencia de varios preceptos legales de la Parte Especial del Código Penal en los cuales se puede subsumir un comportamiento concreto (o varios) de un determinado autor y/o partícipe. En el Código Penal peruano, a diferencia de lo que sucede en códigos penales extranjeros (v. gr., el CP alemán), el

concurso ideal de delitos se presenta cuando la misma conducta infringe varias normas de comportamiento que están contenidas en diversos tipos penales[1].

2 La infracción de varias normas de comportamiento con una sola conducta implica la configuración de varios tipos penales; la infracción de la misma norma de comportamiento con varios actos comunicativos solo da lugar a la configuración de un tipo penal. Frente a dichos supuestos, el artículo 48 Código Penal establece la subsunción obligatoria de todos aquellos hechos típicos unitarios (aunque con pluralidad de actos) en un único tipo penal de los diversos tipos penales en que pueden encuadrarse los diferentes actos comunicativos unitarios. Así, por ejemplo, el engaño fraudulento realizado mediante el uso de un documento falso (Art. 196 CP ss.) o el aborto perpetrado por medio de puntapiés propinados en la región abdominal que ponen en peligro la vida de la embarazada (Art. 116 CP).

3 Ahora bien, del referido concepto de concurso ideal de delitos se deriva que la configuración de dicha clase de concurso tiene como presupuesto la existencia de hechos típicos unitarios (*Tateinheit*), pues el cumplimiento de la tipicidad objetiva y subjetiva de varios tipos penales con varios comportamientos (*Tatmehrheit*) da lugar a la configuración de un concurso real (*Realkonkurrenz*). En se contexto, es decisivo determinar cuándo tiene lugar la unidad de hechos típicos. De ello se ocupa el siguiente acápite.

II. Clases de concurso ideal

4 La doctrina alemana suele distinguir entre dos clases de concurso ideal: concurso ideal homogéneo (*gleichartige Idealkonkurrenz*)[2] y concurso ideal heterógeneo (*ungleichartige Idealkonkurrenz*)[3].

1. Concurso ideal homogéneo

5 Con el *nomen iuris* "concurso ideal homogéneo" se define la situación en que existe una "identidad total", la cual tiene lugar cuando una sola conducta comunicativa quebranta varias veces una misma norma jurídico-penal de comportamiento (*gleichartige Idealkonkurrenz*)[4]. Así, por ejemplo, existe concurso

(1) Heinrich, B., *AT II*, § 40, Nm. 1400; Kindhäuser, U., *AT*, § 47 Nm. 1; Krey, V. / Esser, R., *AT*, Achter Teil, Nm. 1394; Murmann, *AT*, § 31, Nm. 47; Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 70.
(2) Krey, V. / Esser, R., *AT* Achter Teil, Nm. 1394.
(3) Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 2.
(4) Frister, H., *AT*, § 30, Nm. 10; Heinrich, B., *AT II*, § 40, Nm. 1392; Krey, V. / Esser, R., *AT* Achter Teil, Nm. 1394.

ideal homogéneo cuando una persona dispara a varias personas y les causa la muerte o cuando coloca una granada y mata a varias personas al mismo tiempo. En tal sentido, la diferencia sustancial entre un cumplimiento simple de los presupuestos del tipo penal y un concurso ideal homogéneo solo radica en el tenor diferente de la infracción de la norma de comportamiento.

Un sector de la doctrina peruana considera que el Código Penal peruano 6
no acepta el concurso ideal homogéneo[5]; en su lugar, considera que, en dichos supuestos, existe un concurso ideal heterogéneo[6].

2. Concurso ideal heterogéneo

Se denomina concurso ideal heterogéneo (*ungleichartige Idealkonkurrenz*)[7] a 7
la realización de injustos penales en los que solo existe una "identidad parcial"[8], la cual ocurre cuando un mismo comportamiento configura varios tipos penales. Sobre dicha problemática, la jurisprudencia y parte de la doctrina alemana postulan que la identidad parcial de las acciones ejecutivas también fundamenta la configuración de un concurso ideal de tipos penales.

En torno a la determinación de la identidad parcial y, por consiguiente, 8
sobre el trato jurídico-penal que debe recibir esta modalidad de concurso ideal existen diversos puntos de vista, los cuales –por razones metodológicas vinculadas a la extensión del trabajo– han sido divididas en tres grupos.

La doctrina dominante[9] considera que las reglas del concurso ideal deben 9
aplicarse en todos los casos de concurso ideal heterogéneo, sea cual sea el bien jurídico lesionado y siempre que dichos bienes jurídicos pertenezcan a distintos sujetos pasivos[10]. Bajo dicha perspectiva, los resultados típicos causados por el lanzamiento de un artefacto explosivo en medio de una muchedumbre constituiría un concurso ideal heterogéneo[11], ya que en tal supuesto un solo

(5) Villavicencio Terreros, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 700.
(6) Ídem.
(7) Frister, H., *AT*, § 30, Nm. 10; Heinrich, B., *AT II*, § 40, Nm. 1393; Krey, V. / Esser, R., *AT*, Achter Teil, Nm. 1394.
(8) Así, por ejemplo, *BGHSt* 7, 149, 151.
(9) Cuello Contreras, J., "La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. La función de la normativa concursal". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 32, p. 64.
(10) Ibídem, p. 66; Jescheck H., / Weigend, T., *Tratado II*, p. 1013; Joshi Jubert, U., "Unidad de hecho y concurso medial de delitos". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* N° 2, p. 626.
(11) Cuello Contreras, J., "La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. La función de la normativa concursal". *Op. Cit.*, p. 64 ss.; Helmer, *GA* 1956, p. 68 ss.; Jescheck, H. / Weigend, T., *AT*, § 66 III 1; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, § 27, Nm. 9; Otto, *AT*, 7ª ed., § 23 II 2b aa.

comportamiento –en la medida que son lesionados diversos bienes jurídicos– configuraría diversos tipos penales. En consecuencia, el desvalor jurídico-penal de los diversos resultados típicos sí sería considerado para determinar la aplicación del tipo penal más grave.

10 Un sector minoritario de la doctrina alemana[12] sostiene que, en el concurso ideal heterogéneo, solo se lesiona un bien jurídico-penal, de modo que la solución correcta sería calificar el hecho como un solo injusto penal. En el ejemplo expuesto, el desvalor jurídico-penal de la producción de la muerte de varias personas, de las lesiones, del daño a la propiedad, etc., sería absorbido por el delito más grave, a saber, por el injusto penal de homicidio (o asesinato). Por tal razón, el desvalor jurídico-penal de los resultados típicos distintos a la muerte de las víctimas no se tomaría en cuenta para fundamentar la aplicación del tipo penal más grave, sino solo en el momento de la determinación de la pena prevista para el delito de homicidio. El fundamento de ello radicaría en que al autor no se le podrían imputar varios tipos penales, sino solo un injusto penal intensificado cuantitativamente.

11 Finalmente, un tercer grupo sostiene que la lesión heterogénea de diversos bienes jurídicos ocasionados por un solo comportamiento constituye concurso real de delitos[13]. Tal tesis se fundamenta en la homologación de "pluralidad de hechos típicos" con "pluralidad de resultados" y, por consiguiente, circunscribe la relevancia penal del comportamiento y la configuración de los diversos injustos penales en el desvalor del resultado.

12 Desde mi perspectiva, la "identidad parcial" de las diversas conductas típicas es de índole objetiva y tiene lugar cuando, por lo menos, una parte de la conducta unitaria contribuye a la realización del tipo penal de ambos delitos[14]. De ello se deriva que, para la configuración de la identidad parcial de las acciones ejecutivas, no es suficiente que exista una unidad subjetiva, es decir, que las conductas ejecutivas estén orientadas por un único fin; tampoco es suficiente que uno de los tipos penales configurados subsuma o cubra al otro (u otros); asimismo, no basta con que exista coincidencia temporal entre las conductas ejecutivas[15]; finalmente, no es suficiente que uno

(12) GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrech*, p. 273; MAURACH, Tratado II, p. 448.
(13) BAUMANN, W. / MITSCH, E., *AT* § 36 III 2; GROPP, W., *AT*, § 14, Nm. 44 f.; MAIWALD, *NJW* 1978, p. 301; ÉL MISMO, *JR* 1985, p. 513 s.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 723; MITSCH, W., *JuS* 1993, p. 388.
(14) ROXIN, C., *AT II*, § 33, Nm. 82.
(15) Es de otra opinión el *BGH*, para el que existe identidad parcial cuando las acciones individuales están relacionadas espacial y temporalmente, *vide BGHSt* 40, 75.

de los hechos típicos sea presupuesto material o medio para la configuración del otro u otros injustos penales.

En la línea argumentativa expuesta, también existe un concurso ideal hete- 13
rogéneo cuando, por ejemplo, un ladrón y un violador ejercen violencia sobre sus respectivas víctimas para apoderarse de su dinero o quebrantar su libertad sexual. En el primer caso, existiría un concurso ideal heterógeneo entre los tipos penales de robo (Art. 189 CP) y los tipos penales de lesiones (Art. 121 CP). En el mismo sentido, en el segundo caso, existiría concurso ideal entre un delito contra la libertad sexual (Art. 170 ss, CP) y los delitos de lesiones (Art. 122 ss, CP). En estos supuestos, el concurso ideal heterogéneo se configuraría a pesar de que solo existe una identidad parcial, porque la violencia ejercida por los autores sobre las víctimas –en tanto únicamente estuvo dirigida a la configuración de los delitos de robo y violación sexual– solo configuraría la identidad objetiva de los delitos de lesiones.

Bajo la misma lógica, no se configurará concurso ideal heterogéneo cuando 14
no exista identidad subjetiva entre las conductas ejecutivas. Ese sería el supuesto en que una persona, sin ánimos de matar y en forma ilegal, consigue un arma de fuego. Luego, en una discusión, la persona que posee el arma mata a otra. En dicho supuesto no existiría concurso ideal entre el delito de homicidio (Art. 106 CP) o asesinato (Art. 107 CP) y el delito de tenencia ilegal de armas (Art. 279 CP), sino concurso real de tales injustos penales[16].

3. Concurso ideal por abrazamiento (*Idealkonkurrenz durch Klammerwirkung*)

Igual que el concurso ideal homogéneo, el concurso ideal por abrazamiento 15
no se encuentra regulado en forma expresa en el artículo 48 del Código Penal. Tal forma de concurso ideal es una figura dogmática que ha sido desarrollada por la doctrina[17] y jurisprudencia[18] alemanas. En forma general, se puede decir que el concurso ideal por abrazadera es una consecuencia de vincular la configuración del concurso ideal al concepto de "unidad de hecho" (*Tateinheit*);

(16) En ese sentido, la Ejecutoria Suprema del 17/06/99, Exp. N° 1536-99, Tacna (cfr. Chocano Rodriguez, Reiner / Valladolid Zeta, Víctor, *Jurisprudencia penal. Ejecutorias penales de la Corte Suprema de Justicia (1997-2001)*. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 139).

(17) *BGH* (*NJW* 1952, p. 795 s.); Schönborn, *NJW* 1974, p. 734; BGH (*wistra* 1997, 61, 629; BGHR StGB, § 52 I, Klammerwirkung, Nr. 4.

(18) Geppert, K., *Jura* 1982, p. 370 s.; Jescheck, H. /Weigend, T., *AT*, § 67 II 3; Maurach, T. / Zipf, H. / Gössel, K., *AT II*, § 54, Nm. 74 ss.; Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 101; Wessels, J., / Beulke, W., *AT*, § 17, Nm. 780.

a partir de ello, se concibe el concurso ideal por abrazamiento como la "unidad de hecho por efecto abrazadera" (*Tateinheit durch Klammerwirkung*), el cual tendría lugar cuando la configuración de dos o más tipos penales, en sí mismos independientes, son una consecuencia (*Wirkung*) de la realización de una sola conducta que sirve de conector (*Klammer*) común de los injustos penales autónomos[19]. Tal conexión entre la conducta típica primigenia y las conductas típicas sobrevinientes configuraría la unidad de actos ejecutivos y, por lo tanto, el concurso ideal de tipos penales.

16 Bajo dicha perspectiva, constituyen supuestos de concurso ideal por abrazadera los siguientes casos: a) alguien conduce un automóvil en estado de ebriedad (Art. 274 CP) y durante dicha conducción colisiona con otro automovilista y causa lesiones corporales leves en los tripulantes (Arts. 122, 124 CP) y daño patrimonial mediante la avería del auto ajeno (Art. 205 CP); b) alguien, mediante el ejercicio ilegal de su profesión (Art. 363 CP), proporciona a un tercero un título profesional falso (Art. 427 CP) y con dicho acto estafa a su cliente (Art. 196 CP)[20]. En estos casos estaríamos frente a un concurso ideal en virtud de la existencia de "unidad de hecho por efecto abrazadera" (*Tateinheit durch Klammerwirkung*). En el primer caso, las dos conductas típicas independientes (lesiones y daños) constituirían una sola unidad de acción con la conducción en estado de ebriedad. Del mismo modo, en el segundo caso, también existiría unidad de acción, en la cual la estafa y la falsificación de documentos serían las conductas típicas autónomas abrazadas y el ejercicio ilegal de la profesión la conducta abrazadora.

17 Esta figura dogmática ha sido objeto de muchas críticas[21], entre las que sobresale la de índole político-criminal. Desde dicha perspectiva, no se acepta el concurso ideal por efecto abrazadera cuando las conductas típicas sobrevinientes (abrazadas) son más graves que la conducta típica precedente que sirve de medio conector de las conductas autónomas posteriores[22]. El argumento principal refiere que, en dichos casos, las conductas sobrevinientes abrazadas son tratadas injustificadamente en forma privilegiada, por el simple hecho de que están vinculadas a una unidad de acción de otro delito[23]. Por tal razón,

(19) Sternberg-Lieben, D. / Bosch, N., *SSK*, Vor. § 52 ss., Nm. 20/21.
(20) En el mismo sentido, Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 104.
(21) En ese sentido, Gropp, *AT*, § 14, Nm. 43; Jakobs, G., *AT*, § 33, Nm 12; Schmitt, R., *ZStW* 75, 1963, p. 48; Stratenwerth, *AT*, 4 ed., § 18, Nm. 33 s; Vogler, T., *LK*, § 52, Nm. 29.
(22) *BGHSt* 1, 67; *BGHSt* 33, 4.
(23) Maurach, T. / Zipf, H. / Gössel, K., *AT II. Op. Cit.*, p. 570 ss.; Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm.; Werle, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, p. 159.

el concurso por efecto abrazadera solo es aceptado en los supuestos en que las conductas autónomas posteriores son más leves o no muy graves respecto la conducta típica precedente[24].

Como alternativa de solución se ha planteado la teoría del desmembra- 18
miento[25], conforme a la cual dichos supuestos no deben valorase en forma unitaria, sino en forma autónoma o separada. En dicha línea, se niega la configuración del concurso ideal por efecto abrazadera y, en su lugar, se postula la configuración de un concurso real[26], por lo que las reglas aplicables a dicha constelación de casos serían las pertenecientes al concurso real; ello independientemente de si las conductas típicas autónomas sobrevinientes son más graves o más leves que la conducta típica precedente. Igual que la figura dogmática anterior, la teoría del concurso real por desmembramiento también ha sido criticada muy duramente; pues, entre otras cosas, se sostiene que dicha figura dogmática viola el principio *ne bis in idem*[27].

III. Momentos de la configuración del concurso ideal

1. Actos preparatorios (complicidad e instigación a un hecho principal único)

El primer momento del *iter criminis* en donde tiene lugar el concurso ideal 19
es la fase de actos preparatorios. En esta fase del delito, la configuración del concurso ideal está vinculada directamente con la problemática de la participación, es decir, con la instigación y la complicidad. En torno a dicha cuestión, surge la interrogante: ¿cómo debe calificarse la contribución del inductor y del cómplice cuando el autor realiza una pluralidad de conductas típicas?

Al respecto, existen básicamente dos posiciones. Por un lado, están quienes 20
fundamentan su punto de vista en el principio de responsabilidad por el hecho propio y, por otro lado, quienes basan su posición en el principio de accesoriedad de la participación. Para los primeros, lo determinante es el momento en

(24) Una clara explicación explicación se encuentra en ROXIN, C., *AT II*, § 33, Nm. 103; DERS. *HRR AT*, Fall 98. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán: *BGHSt* 1, 67.
(25) WARDA, *JuS* 1964, p. 88.
(26) *BGHSt* 1, 67.
(27) ÁLVAREZ POZO, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 324.

que se lleva a cabo la contribución del partícipe[28]; para los segundos, lo decisivo es el momento en que se lleva a cabo la conducta ejecutiva del autor[29].

21 En mi opinión, la criminalización de las conductas de participación no se fundamenta en el desvalor de un injusto ajeno (del autor), sino en el desvalor del injusto del propio partícipe. En tal sentido, la calificación de la contribución del partícipe a la realización de un delito debe realizarse en función del momento en que se configura el injusto de participación, independientemente si dicho momento coincide o no con el momento de la actuación del autor. A partir de ello, si el autor, después de haber recibido la contribución del partícipe, libremente decide realizar varias conductas típicas a espaldas del inductor o cómplice, tales conductas típicas sobrevinientes no afectan en absoluto a la contribución dada previamente por el instigador o cómplice[30].

22 En ese escenario, la calificación de la contribución del partícipe como concurso ideal o como concurso real dependerá de la naturaleza de su propia contribución, mas no de la actuación del autor. Por consiguiente, la contribución del partícipe realizada a nivel de los actos preparatorios configurará un concurso ideal cuando esta, ya *ex ante*, está vinculada con la realización de un hecho configurador de varios tipos penales. Ejemplo.

2. Ejecución y consumación

23 El segundo momento del *iter criminis* donde se configura el concurso ideal de delito es la ejecución (*Ausführungshandlung*). Esta es la fase principal, pues es aquí donde tiene lugar la configuración del mayor número de formas de concurso ideal. Ello se debe a que, como ocurre en todo delito, la relevancia penal de la mayoría de contribuciones a la realización de un delito cobra relevancia penal en la fase de ejecución (*Ausführung*) del injusto penal.

24 La doctrina y jurisprudencia alemanas postulan que la configuración del concurso ideal en la fase ejecutiva presupone la existencia, bien de una identidad total[31] (*supra* II.1), bien de una identidad parcial[32] (*supra* II.2). Mientras

(28) Díaz y García Conlledo, M., *La autoría en Derecho penal*, p. 754; Gómez Rivero, M., *La inducción a cometer el delito*, p. 56; Mezger, *Tratado de Derecho penal*, p. 363; Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 355.

(29) Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico en la inducción". *Op. Cit.*, p. 114; González Cussac, J., "Paradojas del caso Amedo". En: *Poder Judicial* N° 27, p. 47; Hartung, *SJZ* 1950, p. 327.

(30) Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, § 17, Nm. 758.

(31) Von Heintschel-Heinegg, B., *MK*, Band II, § 52, Nm. 105; Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 80.

(32) Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 82 ss.

que la identidad total fundamentará un concurso ideal homogéneo, la identidad parcial configurará un concurso ideal heterogéneo. Por el contrario, la falta de identidad (total o parcial) configurará un concurso real[33].

Como ejemplo de la configuración del concurso ideal de delitos en la fase ejecutiva –además de los ejemplos ya formulados en los ítems del concurso ideal homogéneo y en el concurso ideal heterogéneo– puede citarse el caso en que una persona configura un delito de estado (violación de domicilio) al entrar en una casa ajena para secuestrar a la persona titular de dicha vivienda[34]. 25

3. Entre consumación y agotamiento

En la doctrina[35] y jurisprudencia[36] de Alemania, existe una gran aceptación de la configuración del concurso ideal de delitos en la fase temporal comprendida entre la consumación (*Vollendung*) y el agotamiento (*Beendigung*). La unidad de "hecho" y, por lo tanto, la configuración del concurso ideal de delitos en esta fase del *iter criminis* tendría lugar a través de la denominada superposición. Casos por antonomasia de la configuración del concurso ideal en esta fase del *iter criminis* serían los supuestos en que el ladrón toma posesión de un auto para transportar el botín robado en una agencia bancaria[37]. En dicho supuesto, existiría concurso ideal entre el delito de hurto (Art. 185 CP) y el delito de robo (Art. 188 ss. CP), pese a que el hurto del automóvil se produjo después que el delito de robo ya se había consumado. 26

IV. Estructura del concurso ideal

Los elementos que estructuran el concurso ideal delitos se encuentran en el texto del artículo 48 CP. En torno a dicha problemática, algún sector de la doctrina sostiene que el referido texto legal contiene cuatro elementos que estructuran tal concurso de injustos penales. Estos elementos serían la identidad de acción, la identidad de sujeto activo, la pluralidad de normas menoscabadas y la identidad de sujeto pasivo. A mi juicio, son tres los elementos estructurales del concurso ideal de tipos penales que subyacen en el artículo 27

(33) *Vide infra* el comentario sobre el § 50 referido al concurso real (II, III).
(34) Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, § 17, Nm. 779.
(35) Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 89; Stratenwerth, *AT*, 4. Aufl., § 18, Nm. 31; Vogler, T., *LK*, § 52, Nm. 23; Warda, *JuS*, 1964, p 87; Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, § 17, Nm. 77.
(36) En ese sentido véase, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán: *BGHSt* 26 24 (27 s.); *BGH* (*NJW* 1992, p. 2103); *BGH* (*JZ* 1952, p. 899, *BGH* (*GA* 1995, p. 245 s.); *BGH* (*NStZ* 1993, p. 77).
(37) Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 82 ss.

48; dichos elementos son: la *unidad de hecho, la pluralidad de normas infringidas y la identidad de sujeto activo.*

1. Unidad de "hecho"

28 El concepto "unidad de hecho" no debe interpretarse como sinónimo de configuración del "hecho típico" por medio de la realización de un único acto voluntario, porque ello ocurre solo en forma muy eventual. Generalmente, la infracción de las normas de comportamiento (sea en el concurso ideal, sea en el concurso real) se lleva a cabo mediante la convergencia o realización de varios actos comunicativos de comportamiento[38]. Ello se debe a que –por regla general– los tipos penales vinculan la configuración de una conducta típica a varias acciones en sentido natural[39]. En consecuencia, "unidad de conducta" en sentido natural no equivale a "unidad de hecho" con sentido típico, como tampoco "unidad de hecho" significa la realización de un solo tipo penal[40]. Bajo la misma perspectiva, pluralidad de acciones en sentido natural tampoco es sinónimo de concurso real[41]. La configuración del concurso ideal requiere –además de la "unidad de hecho"– que el agente infrinja las normas de comportamiento de varios tipos penales[42] (vid. *infra* IV.2), lo que no ocurrirá cuando los hechos (o único hecho) configuran un único delito. Del mismo modo, la configuración del concurso real no se restringe a la realización de una pluralidad de actos o comportamientos naturales, sino a una pluralidad de hechos, cada uno de los cuales da lugar a un tipo penal distinto.

29 Así, por ejemplo, quien lanza un artefacto explosivo en una sala de reuniones realiza una conducta típica que no tiene nada que ver con el concepto de conducta natural[43]. En este caso, tal como –correctamente– lo entiende la doctrina mayoritaria[44], solo se habrán realizado una conducta en sentido natural; no obstante, es indudable que, en el plano jurídico (penal), dicho acto da lugar a varias conductas típicas, pues se habrán configurado los tipos penales de homicidio (Art. 106 CP), asesinato (Art. 107 CP), lesiones (Arts. 121 ss. CP), daños a la propiedad (Art. 200 CP), peligro común (Art. 273 CP), etc. En

(38) Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, § 17, Nm. 757; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 27, Nm. 7.
(39) Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, § 17, Nm. 759.
(40) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 27, Nm. 8.
(41) Maurach, R., *Tratado de Derecho penal.* Tomo II, pp. 449,461; Kindhäuser, U., *JuS* 1985, p. 101.
(42) Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 70.
(43) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 27, Nm. 9; Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, 31 ed., § 17, Nm. 758.
(44) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 27, Nm. 9.

sentido inverso, varios comportamientos en su acepción natural pueden configurar solo un hecho típico[45], por ejemplo, cuando alguien dispara varias veces a una persona (y/o diferentes personas). En dicho supuesto se habrán realizado varios comportamientos en el plano natural, pero solo una conducta típica en el ámbito jurídico-penal, la conducta típica de homicidio (Arts. 106 ss. CP).

Formulada la diferenciación entre unidad de acción (*Handlungseinheit*) y "unidad de hecho" (*Tateinheit*), es preciso dilucidar cómo se configura la "unidad de hecho con significado típico" en los ámbitos más problemáticos. 30

El primer ámbito paradigmático es el de los denominados *delitos de varios actos* y *delitos compuestos*, en los cuales el cumplimiento de los elementos normativos del tipo penal exige la realización de varios actos (naturales). Dentro de los delitos compuestos se encuentran el delito de robo y violación sexual, cuyas configuraciones típicas exigen, en el primer caso, el ejercicio de violencia, sustracción y apoderamiento (Art. 188 CP) y, en el segundo caso, el empleo de violencia y acceso carnal en contra de la voluntad de la víctima (Art. 170 CP). Unidad de hecho típico también existe cuando un cómplice contribuye con varias acciones a un único hecho principal. 31

En los delitos *permanentes (Dauerdelikte)* tales como la privación de libertad (Art. 152 CP) o la violación de domicilio (Art. 159 CP), todos los actos que sirven para fundamentar el establecimiento o mantenimiento del estado antijurídico son componentes de una sola "unidad de hecho"[46]. El problema de la "unidad de hecho" se presenta cuando esta coincide parcialmente con otra "unidad de hecho". Sobre esta cuestión, la doctrina mayoritaria[47] y la jurisprudencia[48] de Alemania sostienen que para la configuración de un concurso ideal de tipos penales es suficiente que la conducta ejecutiva del injusto permanente y la conducta ejecutiva del otro injusto se cubran parcialmente. Ejemplo, cuando, durante la conducción en estado de ebriedad, se atropella a algunos transeúntes y se causa lesiones[49]. En los casos en que la configuración de un delito permanente es el presupuesto de la configuración de otro delito (por ejemplo, se configura la violación de domicilio para cometer un delito de 32

(45) Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, 31 ed., § 17, Nm. 758.
(46) Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 93 s.
(47) Jakobs, G., *AT*, § 33, Nm. 10; Maurach, T. / Zipf, H. / Gössel, K., *AT II. Op. Cit.*, § 55, Nm. 72 f; Sanz Morán, Á., *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, pp. 157 ss, 216; Schmitt, R., *ZStW* 75, 1963, p. 47.
(48) *Vide GA* 1975, p. 54; *NJW* 1962, p. 2310; *NJW* 1982, p. 296; *NStZ* 1995, p. 300.
(49) Von Heintschel-Heinegg, B., *MK*, Band II, § 52, Nm. 90.

hurto o violación sexual), se considera que existe un concurso ideal[50] de tipos penales, siempre que el delito permanente haya sido cometido dolosamente (como medio) para otro fin delictivo[51] –en el ejemplo dado, cometer un hurto o una violación sexual–. En los demás casos, cuando el delito permanente es realizado en forma autónoma respecto del delito ocasional subsecuente (hurto, homicidio, violación sexual, etc.), existirá concurso real[52].

33 En los delitos de *comisión por omisión (Unechte Unterlassendelikte)* existirá unidad de hecho, bien cuando una sola omisión causa varios resultados típicos[53], bien cuando varias infracciones (o una sola) del deber de garante solo se realizan en un resultado típico[54]; es decir, pese a la omisión de varias posibilidades de rescate, solo se configura una omisión en sentido jurídico-penal[55]. Ejemplo de la configuración de un concurso ideal proveniente de una sola omisión es el supuesto en que un tren atropella a varios trabajadores ferroviarios, porque el guarda vía no activa la señal de advertencia[56]. Esa misma modalidad de concurso de delitos en comisión por omisión se presenta cuando el directorio de una empresa omite retirar el producto del mercado y, como consecuencia de ello, son perjudicados varios consumidores).

34 La situación es distinta cuando, como consecuencia de una sola omisión, tiene lugar la realización de varios resultados típicos[57]. En dicho escenario tendría que determinarse si todos los resultados –conjunta o independientemente– podían haberse evitado mediante la realización de un único comportamiento o de varios. En el primer caso, habrá unidad de hecho entre los diversos hechos punibles –y, por consiguiente, concurso ideal– siempre que al sujeto activo le hubiese sido posible evitar la configuración de cada uno de los tipos penales por medio del cumplimiento de un mismo deber[58]. Por el contrario, en el segundo caso, la infracción de varios deberes derivada de la necesidad de realizar varias conductas para impedir la producción de los resultados lesivos fundamenta un concurso real; ese sería el supuesto en que un padre, durante un incendio en su casa, no rescata a sus niños[59]. Lo mismo rige para

(50) Joshi Jubert, U., "Unidad de hecho y concurso medial de delitos". *Op. Cit.*, p. 628.
(51) Ídem.
(52) De esta manera, el Tribunal Supremo Federal alemán (*NJW* 1978, p. 2310).
(53) Von Heintschel-Heinegg, B., *MK*, Band II, § 52, Nm. 71.
(54) Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, § 17, Nm. 762.
(55) Sternberg-Lieben, D. / Bosch, N., *SSK*, Vor. § 52 ss., Nm. 28.
(56) Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, § 17, Nm. 762.
(57) Sternberg-Lieben, D. / Bosch, N., *SSK*, Vor. § 52 ss., Nm. 28.
(58) En sentido similar, Kindhäuser, U., *NJW* 1984, p. 1568.
(59) Dallinger, *MDR*, 1971, p. 361; Struensee, *JZ* 1971, p. 56.

los delitos de omisión propia (*echte Unterlassendelikte*)[60], en los supuestos en que se lesionan varios deberes de actuación.

Un ámbito no menos problemático es el contexto delictivo donde tienen 35
lugar *actos sucesivos e iterativos*. Tales actos constituyen una unidad de hecho típico cuando estos se basan en una decisión volitiva unitaria y son realizados dentro de un mismo acontecimiento.

Se trata de conductas sucesivas cuando el autor realiza *varios actos sucesi-* 36
vos (uno detrás de otro) que están orientados a la consecución de un fin delictivo ulterior[61]. Dentro de este ámbito se encuentran tanto la pluralidad de actos sucesivos que están vinculados con un injusto penal consumado[62] como la pluralidad de actos que están relacionados con un tentativa sucesiva[63]. Al primer grupo pertenece el caso en que, en un altercado, J derriba a K con la intención de matarlo y lo estrangula hasta dejarlo inconsciente; en dicho estado de inconsciencia, J le propina varios puntapiés y, finalmente, lo mata al golpearle la cabeza con un adoquín. En este supuesto, todos y cada uno de los actos sucesivos realizados por J son expresión de una decisión voluntaria unificada, cuyo fin es el ataque a la vida de K; en consecuencia, solo existe un hecho típico que está constituido por la infracción del deber jurídico-penal "no matar"[64]. En el ámbito de la tentativa sucesiva se encuentran los supuestos en que el autor fallidamente intenta alcanzar su objetivo mediante actos sucesivos[65]. Por ejemplo, cuando el victimario acecha repetidamente a su víctima para matarla, hasta que logra colocar el revólver en una posición idónea para disparar; no obstante, cuando va a disparar, pierde de vista a la víctima.

La configuración de la "unidad de hecho" en el caso de concurrencia de 37
actos iterativos se produce cuando el autor realiza una serie de *actos repetitivos* durante la ejecución del delito[66], los cuales solo intensifican cuantitativamente el menoscabo de la misma norma jurídico-penal y de la culpabilidad, pero no configuran distintos tipos penales[67]. Esta forma iterativa de configuración del concurso ideal se presenta, por ejemplo, en los delitos de lesiones, violación

(60) Así, Jescheck, H. / Weigend, T., *AT*, § 66 IV 2; Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 65.
(61) De esta manera, Baumann, W. / Mitsch, E., *AT*, § 36 III 2; Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 42; Sowada, C., "Probleme der natürlichen Handlungseinheit". En: *Jura* 1995, p. 247 s; Warda, *Oehler-FS*, 1985, pp. 242 s.
(62) Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, § 17, Nm. 763.
(63) Maiwald, 1964, p. 86.
(64) Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, § 17, Nm. 763a.
(65) Ídem.
(66) Rengier, R., *AT*, § 56, Nm. 16.
(67) Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 33.

sexual, injurias, hurto, etc.[68]. Ejemplo de esta constelación de casos es el supuesto de que alguien, durante la noche, irrumpe en una casa ajena y hurta dinero, joyas, pinturas y otros objetos de valor que encuentra en las diversas habitaciones[69]. El apoderamiento se lleva a cabo mediante el traslado de los bienes desde la casa hasta un automóvil que se encuentra en las inmediaciones, lo cual es realizado en varios actos repetidos. En este caso, el tipo penal de hurto (Art. 186 CP) queda consumado con cada uno de los actos individuales realizados por el sujeto activo. Pues bien, esta pluralidad de actos iterativos, debido a que todos y cada uno de ellos se basan en una decisión voluntaria unificada, conforman una "unidad de hecho"[70], ya que solo existe una única infracción de la norma jurídico-penal de comportamiento del delito de hurto agravado[71] (Art. 186 CP). Lo mismo rige para el uso repetido indebido de una tarjeta de crédito.

2. Pluralidad de normas menoscabadas

38 Este elemento se encuentra regulado en el artículo 48 del Código Penal bajo la oración "Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho (...)". Del presente texto legal se infieren tres cuestiones importantes en torno a la pluralidad de normas jurídico-penales.

39 En primer lugar, el artículo 48 exige que el comportamiento del sujeto activo (autor o partícipe) debe configurar varios tipos penales, pues es la única forma en que pueden existir varias disposiciones penales aplicables al mismo hecho. La aplicación de varias prescripciones penales presupone la configuración de varios tipos penales[72] (por lo menos dos), porque de lo contrario no puede hablarse de aplicación de varios tipos penales al mismo hecho, en tanto no se pueden aplicar tipos penales cuyas respectivas normas de comportamiento no han sido infringidas.

40 En segundo lugar, el texto legal de artículo 48 Código Penal es de carácter general, lo cual significa que da cabida al concurso ideal de toda clase de tipos penales[73]. Por consiguiente, pueden concurrir en la configuración de un

(68) Ibídem, § 33, Nm. 34.
(69) En sentido similar, *BGH* (*NStZ-RR*, 2009, p. 278 s.).
(70) Rengier, R., *AT*, § 56, Nm. 18.
(71) Geppert, K., *Jura* 2000, p. 600 s.; Sowada, C., *Jura* 1995, p. 247 ss., Tiedemann, *JuS* 1987, L 18.
(72) Heinrich, B., *AT II*, § 40, Nm. 1391; Murmann, *AT*, § 31, Nm. 47; Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 698.
(73) Von Heintschel-Heinegg, B., *MK*, Band II, § 52, Nm. 81.

concurso ideal de tipos penales dolosos, tipos penales imprudentes[74], tipos penales dolosos y tipos penales imprudentes[75], tipos penales de comisión, tipos penales de omisión (propia e impropia)[76], tipos penales de estado y tipos penales permanentes[77], tipos penales de lesión, tipos penales de peligro, tipos penales de lesión y tipos penales de peligro, tipos penales de infracción de deberes generales negativos[78], tipos penales de infracción de deberes especiales positivos[79], etc.

A diferencia del Código Penal alemán (§ 52 StGB), el Código Penal 41
peruano no contempla de forma expresa la configuración del concurso ideal (homogéneo) de tipos penales cuando el agente infringe varias veces las normas o norma de comportamiento de un mismo tipo penal. Como ya se dijo, mientras el artículo 48 del Código Penal establece que existe concurso ideal de tipos penales "cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho", el § 52 del StGB prescribe que el concurso ideal de tipos penales tiene lugar cuando "(1) el agente quebranta con la misma acción varias leyes penales o la misma varias veces (...) (2) cuando el agente, con la misma acción quebranta varias leyes penales (...)". A partir de esta diferente redacción del artículo 48 Código Penal, un sector de la doctrina peruana, erróneamente, considera que, en el sistema jurídico-penal peruano, no existe concurso ideal (homogéneo) en los supuestos en que, con un mismo comportamiento repetitivo, se configuran varias veces los elementos típicos de un mismo tipo penal.

3. Identidad de sujeto activo

Identidad de sujeto activo significa que debe ser solo un sujeto el agente 42
que cometa la acción única que genera la doble o múltiple desvaloración de la ley penal.

(74) Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 67 s.
(75) En terminología de la dogmática tradicional, este concurso se produce cuando el autor realiza una acción dolosa y esta desencadena resultados lesivos imprudentes. Son los denominados delitos preterintencionales. *Vide* el ejemplo de conducción en estado de ebriedad y las lesiones culposas causadas durante la conducción.
(76) Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 61 s.
(77) Ibídem, § 33, Nm. 93 s.
(78) Por delitos de "infracción de deberes generales negativos"; aquí se entiende los delitos que la doctrina denomina delitos de "dominio del hecho" o "de organización".
(79) Los delitos de "infracción de deberes especiales positivos" son los delitos que la doctrina mayoritaria denomina "delitos de infracción de deber".

V. Consecuencias jurídicas del concurso ideal

1. Criterios para determinar la imposición de pena

43 A nivel dogmático se han desarrollado diversos principios o criterios para determinar la sanción penal a imponer a los autores y/o partícipes que configuran hechos punibles en concurso ideal. Entre dichos principios se encuentran los de asperación, combinación (*Kombinationsprinzip*)[80] y absorción (*Absorptionsprinzip*)[81].

44 Desde mi perspectiva, en concordancia con la doctrina mayoritaria, el Código Penal peruano consagra los principios de absorción y acumulación (parcial). En virtud al principio de absorción, el artículo 48 Código Penal establece que, en el concurso ideal de tipos penales, la pena aplicable será aquella que corresponde al delito más grave[82]. Por su parte, en virtud del principio de acumulación, el mismo precepto normativo establece que la configuración del concurso ideal fundamenta la posibilidad de incrementar (acumular) la pena a los autores y/o partícipes hasta una cuarta parte del marco penal abstracto contemplado para el tipo penal más grave.

2. Naturaleza de los criterios de valoración para la imposición de pena

45 Los criterios arriba expuestos (V.1) que establece el artículo 48 del Código Penal para determinar la imposición de pena a autores y partícipes en el caso de concurso ideal poseen distinta naturaleza.

46 La absorción del desvalor de los injustos penales más leves –y, por ende, de sus respectivos marcos penales más benignos– por el marco penal del tipo penal más grave tiene naturaleza vinculante. Ello significa que tanto el juez como el fiscal están obligados a tomar en cuenta e invocar el principio de absorción en la fundamentación de sus sentencias y acusaciones, respectivamente. De lo contrario, la no valoración del criterio de absorción para determinar la imposición de una pena concreta en los supuestos de concurso ideal constituiría una clara violación del principio de debida motivación de las resoluciones judiciales.

(80) Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, § 17, Nm. 783.
(81) Ídem.
(82) En la literatura alemana Heinrich, B., *AT II*, § 40, Nm. 1397; Krey, V. / Esser, R., *AT*, Achter Teil, Nm. 1394; Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 93 s.

Ahora bien, la naturaleza obligatoria del principio de absorción de las 47
penas más leves por la pena más grave no significa que el juez y el fiscal siempre están obligados a imponer y/o solicitar el máximo de la pena más grave. Puede ocurrir que, pese a lo dispuesto por el artículo 48 Código Penal, en la configuración de un caso concreto de concurso ideal otros elementos que forman parte de la determinación de la pena (Arts. 21, 22, 45, 46 CP) obliguen a fijar la imposición de pena por debajo del máximo de la pena más grave contenida en uno de los tipos penales configuradores del concurso ideal. Atendiendo a dicha problemática, el artículo 48 no consagra una absoluta obligatoriedad de la absorción, sino una obligatoriedad relativa, pues –mediante la frase "hasta con el máximo de la pena más grave"– faculta al aplicador del Derecho, imponer una pena por debajo del máximo de pena más grave, cuando la ponderación de todos los elementos determinadores de la pena conducen a ello.

El principio de acumulación, por el contrario, posee una naturaleza facul- 48
tativa, porque el artículo 48 establece que quienes son competentes para solicitar (fiscal) o imponer (juez) una pena en el caso de concurso ideal pueden incrementar dicha pena *hasta en una cuarta parte del máximo de la pena más grave*. Del presente texto se infiere que el incremento de pena por encima del *quantum* penal abstracto más grave depende de la valoración del juez y del fiscal, de modo que si el fiscal no solicita el incremento de pena, el juez no podrá incrementarla, pese a que, desde su perspectiva, existan elementos fundados para imponer una pena agravada por encima del máximo legal del delito más grave; lo mismo ocurre cuando, pese a que el fiscal solicita un incremento de pena por encima del marco penal más grave, el juez considera que los hechos típicos cometidos no merecen dicho incremento de pena.

3. Límites cualitativos y cuantitativos de la imposición de pena

A nivel cualitativo, el artículo 48 Código Penal no establece restricción 49
alguna, por lo que, en principio, se pueden aplicar todas las penas que contempla el Código Penal. En tal sentido, el artículo 48 Código Penal permite la aplicación de penas privativas de libertad, penas restrictivas de la libertad, penas limitativas de derechos y pena de multa. Crucial, en este ámbito, es la determinación de qué pena es la pena más grave y, por lo tanto, la que absorbe a las demás en los supuestos en que los tipos penales concurrentes contienen diferentes clases de penas. A diferencia del Código Penal alemán –el cual establece algunas pautas para determinar la pena más grave en los

supuestos que concurren varias clases de penas (§ 52 *StGB*)– el artículo 48 del Código Penal peruano no ha fijado criterio de determinación alguno. Al parecer, el artículo 48 Código Penal solo se ha planteado la concurrencia ideal de tipos penales que contienen la misma clase de pena (pena privativa de libertad); por ello; prescribe que la pena que absorbe a las demás es la que posee un *quantum* de privación de la libertad más elevado.

50 Ante esta situación, soy de la opinión de que cuando concurren tipos penales que contienen distintas clases de penas, la determinación de la pena más grave debe realizarse no solo en función del *quantum*, sino también en relación a la clase de pena. Para lograr dicho cometido, por un lado, debe valorarse en forma conjunta la clase de pena (y, de ser el caso, las distintas clases de penas contempladas en un mismo tipo penal) y el *quantum* de las mismas; por otro lado, deben tomarse en consideración los valores constitucionales que fundamentan el sistema punitivo –en particular la diversa gravedad de las clases de penas contempladas en el artículo 28 CP–, pues estos, mediante una interpretación sistemática y teleológica del artículo 48 (conforme al artículo 28 CP y a la Constitución), pueden ayudar a dilucidar la pena más grave.

51 El límite cuantitativo de la imposición de pena en el caso de concurso ideal de tipos penales solo abarca a las penas privativas de libertad. Ello se encuentra consagrado en forma expresa en el artículo 48 CP, el cual establece que el incremento de pena –hasta la cuarta parte por encima del *quantum* más grave– no debe pasar los "treinta y cinco años". Nada dice respecto de las otras clases de pena, por lo que el límite cuantitativo de estas debe determinarse conforme a los principios generales que fundamentan y limitan la pena, por ejemplo, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, el principio de resocialización, etc.

VI. Bibliografía

52 Alvarez Pozo, María de la Palma, *El concurso ideal de delitos*, Granada, 2007; Baumann, Weber/Mitsch, Eisele, *Strafrecht*, 10ª ed., Bielefeld, 1995; Cuello Contreras, Joaquín, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos, *en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1979; Del Rosal Blasco, Bernardo, Sobre los elementos del hecho típico en la inducción, en: *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, Nr. 40, 1990; Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991; Fahl, Christian, Zur Bedeutung des Regeltatbildes für die Bemessung der Strafe, *ZStW* 111 (1999); Fahl, Christian, Zur Gesetzeskonkurrenz im Strafrecht, *JA* 1995; Frister,

Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., München, 2011; GEERDS, Friedrich, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, Hamburg*, Hamburg, 1961; GEPPERT, Klaus, *Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB) -Erster Teil: Allgemeine Grundlagen*, en: Jura 2000; GEPPERT, Klaus, Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB), in: *Jura* 1982; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Paradojas del caso Amedo, en: *Poder Judicial*, Nr. 27, 1992; GROPP, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. ed., Berlin/Heidelberg, 2001; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995; HARTUNG, *SJZ* 1950; HEINRICH, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, 2ª ed., Stuttgart, 2010; HEINTSCHEL-HEINEGG, § 52 Tateinheit, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK)*, Tomo II, München, 2017; HEGHMANNS, Michael, Die Subsidiarität der Unterschlagung – BGHSt 47, 243, *JuS* 2003; HELMER, *GA* 1956; JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin, 1993; JESCHECK, Hans Heirich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts/Allgemeiner Teil*, 5ª ed, Berlin, 1996; KÜHL, Cristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., München 2012; KÜHL, Cristian, Das leidige Thema der Konkurrenzen, *JA* 1978; KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Baden-Baden, 2011; KINDHÄUSER, Urs, Normverstoß und natürliche Handlungseinheit - BGH, *NJW* 1984; KLUG, Ulrich, Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz, en: *ZStW* 68 (1956); KREY Volker/ESSER, Robert, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Stuttgart, 2011; MAIWALD, *NJW* 1978; ÉL MISMO, *JR* 1985; MURMANN, Uwe, Grundkurs Strafrecht, München, 2011; MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, tomo II, Barcelona, 1962; MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, Tomo 2, 7ª ed., Heidelberg, 1989; MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, § 27, Nm. 9; MITSCH, Wolfgang, Konkurrenzen im Strafrecht, in: *JuS* 1993; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., 2004; OTTO, Harro, *Mitbestrafte Nachtat, straflose Nachtat und nicht strafbares Verhalten*, en: Jura, 1994; PENARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990; RENGIER, Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., München 2012; RISSING-VAN Saan, § 52 Tateinheit, in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK)*, Band I, 12ª ed., Berlin, 2006; ROXIN, Claus., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, I, 4ª ed. Band, München, 2003; ROXIN, Strafverfahrensrecht; ROXIN, Claus., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, II, Band, München, 2003; SÁNCHEZ-VERA, Gómez-Trelles, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlín, 1999; SANZ MORÁN, Ángel, J., *El concurso de delitos*, Valladolid, 1986; SCHMITT, Rudolf, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, en: *ZStW* 75 (1963); SCHÖNBORN, *NJW* 1974; STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, § 52 Tateinheit, in: *Schönke/Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch (SSK)*, 29 ed., München, 2014; SEHER, Gerhard, Zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre – Dogmatische Strukturen und Grundfälle, *JuS* 2004; SEIER, Die Gesetzeinheit und ihre Rechtsfolgen,

Jura, 1983; SOWADA, Christoph, Probleme der natürlichen Handlungseinheit, *Jura* 1995; SOWADA, Christoph, Die natürliche Handlungseinheit, *NZV* 1995; UJALA, Joshi Hubert, Unidad de hecho y concurso medial de delitos, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 45, 1992; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, LIMA, 2006; VOGLER, § 52, Tatinheit, in: *Leipziger Kommentar (LK)*, Band I, 12ª ed., Berlin, 2006; WERLE, Gerhard, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, Berlin, 1981; WESSELS, Jhannes/BEULKE, Werner, *Strafrecht Allgemeiner* Teil, 31 ed., Heidelberg, 2001; DALLINGE, *MDR*, 1971; STRUENSEE, *JZ* 1971; WARDA, *Oehler-FS*, 1985; TIEDEMANN, *JuS* 1987, L 18. KÖHLER, *AT*, 1997, S. 691; SAMSON/GÜNTHER, SK-StGB, Vor § 52, Nm. 93.

§ 48
Concurso aparente de tipos penales

Nelson Salazar Sánchez
Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional Freiburg (Alemania)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Concepto	1	55	2.	Principio de subsidiariedad	8	58
II.	Principios que rigen en el concurso aparente	3	56	3.	Principio de consunción	13	59
1.	Principio de especialidad	4	56	III.	Bibliografía	17	61

§ 48.- Concurso ideal de delitos

"Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse esta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder der treinta y cinco años".

I. Concepto

En el "concurso aparente" (*Scheinkonkurrenz*) de tipos penales, como su propio nombre lo indica, no existe un concurso, pues la situación objeto de controversia solo configura los presupuestos normativos de un tipo penal; los demás tipos penales únicamente contemplan algunas características generales de dicha situación, por lo que no pueden ser aplicados. Dicho de otra manera, existe una superposición de componentes normativos típicos entre los diversos tipos penales concurrentes, porque únicamente uno de ellos subsume en forma total el hecho, mientras que los otros solo en forma parcial. 1

Acertadamente, la doctrina dominante[1] sostiene que el concurso aparente de leyes se presenta cuando los elementos estructurales de un tipo penal general están contenidos en un tipo penal específico. Es decir, entre el tipo penal específico (menoscabado) y los tipos penales generales (aparentemente infringidos) existe una relación de especie-género, la cual evidencia que todos y cada uno de los elementos de los tipos penales generales también pertenecen al tipo 2

(1) Roxin, C., *AT*, § 33, Rn. 177; Köhler, *AT*, 1997, S. 691; Kühl, K., *AT*., § 21, Rn. 52; Rengier, R., *AT*, § 56, Rn. 26, 29.

penal especial[2], pero no a la inversa. En consecuencia, el tipo penal especial no solo contiene todos los elementos de los tipos penales generales, sino, además, elementos especiales. Ello conduce al desplazamiento de los tipos penales generales por el tipo penal específico, porque la única configuración típica que existe[3] es la que se fundamenta en la infracción de los deberes o normas de comportamiento jurídico-penales contenidas en el tipo penal especial[4].

II. Principios que rigen en el concurso aparente

3 La evitación de aplicar varios tipos penales en los casos de concurrencia aparente de leyes (*scheinbare Gesetz- oder Straftatbestandskonkurrenz*) se rige por tres principios: el principio de especialidad, el principio de consunción y el principio de subsidiariedad.

1. Principio de especialidad

4 Según un gran sector de la doctrina alemana, la aplicación del principio de especialidad viene en consideración cuando entre los tipos penales concurrentes existe una relación de subordinación (*Unterordnung*) o mejor dicho: inclusión[5]. Ello implica que todos los hechos que cumplen los elementos del tipo penal especial (*Sonderstraftatbestand*) o prevaleciente también se subsumen en el tipo penal básico (*Gemeinstraftatbestand*) o subordinado, sin que ello rija igualmente a la inversa[6]. Otro sector de la doctrina sostiene que el principio de especialidad se aplica cuando una disposición penal contiene todas las características de otra disposición, por lo que la realización del tipo penal especial también implica el cumplimiento de los presupuestos del tipo penal general[7]. Una tercera opinión refiere que se aplica el principio de especialidad cuando una ley penal presenta todos los elementos de otra disposición penal y se diferencia de esta por tener al menos una característica más que comprende los hechos desde un punto de vista más específico[8].

5 En ese contexto, la aplicación del principio "ley especial deroga a la ley general" (*spezielleres Gesetz geht den allgemeinen Gesetzen vor*) en el ámbito del

(2) Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung*, S. 209.
(3) Kühl, K., *AT.*, § 21, Rn. 51.
(4) Ídem.
(5) Von Heintschel-Heinegg, B., *MK*, Band II, § 52, Nm. 35.
(6) Ídem.
(7) Geppert, K., *Jura* 2000, p. 654; Klug, U., *ZStW* 68, 1956, p. 400; Wessels, J. / Beulke, W., *AT*, Nm. 788.
(8) Rissing-van Saan, R., *LK*, Vor § 52, Nm. 73; Heghmanns, M., *JuS* 2003, p. 955; Seher, G., *JuS* 2004, p. 482.

concurso aparente de tipos penales significa que el "tipo penal especial deroga a los tipos penales generales" (*speziellerer Straftatbestand geht den allgemienen Straftatbeständen vor*). En consecuencia, en la situación jurídica descrita, el tipo penal aplicable es el tipo penal especial, porque solo este contiene los elementos específicos (especiales) del supuesto de hecho; todos los tipos penales (generales), por el contrario, solo prevén algunos elementos del hecho típico y, por lo tanto, carecen de validez lógica y jurídica para ser aplicados.

Como ejemplos se pueden mencionar tres supuestos de delitos de infracción 6
de deberes especiales positivos: a) un funcionario comete un delito de peculado (Arts. 387 ss. CP); b) un administrador de una persona jurídica trasfiere ilegalmente a un tercero cosas que pertenecen a la representada (Art. 198 CP); c) Un funcionario de prisiones permite la fuga de presos del centro penitenciario que se encuentra a su cargo (Art. 414 segundo párrafo CP). Estos tipos penales de infracción de deberes especiales positivos tienen sus respectivas correspondencias típicas en los delitos de infracción de deberes generales negativos. Así, el tipo penal de peculado (Arts. 387 ss. CP) contiene el tipo penal común de apropiación ilícita (Art. 190 ss., 185 ss. CP); de la misma manera, el tipo penal de administración desleal de personas jurídicas (Art. 198 CP) abarca a la apropiación ilícita (Art. 190 ss. CP); de otro lado, la liberación de presos por parte de un funcionario (Art. 414 , 2 párrafo, CP) contiene al tipo penal común de favorecimiento a la fuga (Art. 414 , primer párrafo CP).

En esta constelación de casos no existe concurso ideal de delitos (*Idealkonku-* 7
rrenz), sino solo un concurso aparente de tipos penales (*scheinbare Straftatbestandskonkurrenz*). Y es que la infracción del deber especial positivo por el titular de dicho deber constituye un caso especial de infracción del deber general negativo por el mismo obligado especial[9]. Bajo dicha perspectiva, el funcionario público que administra caudales o efectos, el administrador de la persona jurídica y el funcionario de prisiones –cuando infringen sus respectivos deberes especiales positivos– no cometen al mismo tiempo un delito de infracción de deberes especiales positivos y un delito; de infracción de deberes generales negativos, sino solo un único delito: el delito de infracción de deberes especiales positivos. Pues, por exigencia del principio *lex specialis derogat legi generali*[10], los tipos penales de infracción de deberes especiales positivos –peculado (Art. 387 CP), administración desleal de personas jurídicas (Art. 198 CP) y liberación de presos cometida por funcionario de prisiones (Art. 414, segundo

(9) Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung. Op. Cit.*, S. 208.
(10) Von Heintschel-Heinegg, B., *MK*, Band II, § 52, Nm. 35; Roxin, C., *AT II*, § 33, Rn. 178.

párrafo CP)– desplazan a los tipos penales de infracción de deberes generales negativos –apropiación ilícita (Art. 190 ss. CP), hurto (Art. 185 ss. CP) y favorecimiento a la fuga (Art. 414 , primer párrafo CP)–.

2. Principio de subsidiariedad

8 La subsidiariedad (*subsidiarität*) se basa en la estructura lógica conceptual de la interferencia o interposición (*Interferenz oder Überschneidung*)[11]. Interferencia significa que existen dos tipos penales los cuales se superponen entre sí, de tal manera que hay casos que solo se subsumen en uno de ellos (tipo principal), pero no en el otro (tipo subsidiario); pero también casos que, encontrándose en el ámbito de superposición, son comprendidos por ambos tipos penales[12]. Esto es lo que metafóricamente se denomina como la imagen de dos círculos que se entrelazan en una intersección[13]. En consecuencia, subsidiariedad existe cuando de varios tipos penales relevantes solo se aplica uno de ellos, en la medida que el tipo penal principal ya no puede aplicarse (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)[14]. En pocas palabras, subsidiariedad significa que la aplicación del tipo penal subsidiario está supeditada a la inaplicación del tipo penal principal[15].

9 La subsidiariedad difiere fundamentalmente de la estructura de la especialidad. En la especialidad, no hay un caso que cumpla solo con los hechos especiales, pero no con los generales. Es cierto que en la subsidiariedad también hay un ámbito de superposición para situaciones que, al mismo tiempo, cumplen los presupuestos de ambos tipos penales. Sin embargo, a diferencia de la especialidad, en la subsidiariedad también hay casos que se subsumen solo en uno o en otro de los tipos penales, pero no en ambos. En el Derecho penal alemán, se encuentran los tipos penales de estafa (*Betrug*), previsto en el § 263 *StGB*, y captación óptima de rendimientos (*Erschleichen von Leistungen*) regulado en el § 265a *StGB*.

10 Existen diversos tipos de subsidiariedad, de los cuales destacan la subsidiariedad formal o expresa y la subsidiariedad valorativa o tácita.

11 Estamos frente a una subsidiariedad expresa o formal, cuando el propio tipo penal subsidiario establece que este será aplicable solo cuando el hecho

(11) Klug, U., *ZStW* 68, 1956, p. 406; Hruschka, *AT*, p. 839 s.
(12) Von Heintschel-Heinegg, B., *MK*, Band II, § 52, Nm. 42.
(13) Fahl, C., *JA* 1995, p. 656; Hruschka, *AT*, p. 839 ss.; Seier, J., *Jura*, 1983, p. 229.
(14) Von Heintschel-Heinegg, B., *MK*, Band II, § 52, Nm. 42.
(15) Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 190.

no configura otro tipo penal (principal) que contiene una pena más grave[16]. Esta clase de tipos penales tienen como fin político-criminal llenar un vacío de punibilidad. Ese es el caso del tipo penal de acciones de sabotaje contra medios de defensa (*Sabotagehandlungen an Verteidigungsmitteln*) del Código Penal alemán (§ 109e Abs. 5 . 373 *StGB*), el cual establece que "Quien culposamente cree el peligro previsto en los casos del inciso 1, con dolo o imprudencia en los casos del inciso 2, aunque sin conocimiento, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa, *cuando el hecho no esté amenazado en otras disposiciones con un castigo más grave*"[17].

Por su parte, la subsidiariedad tácita o material tiene lugar cuando el autor 12
realiza varios tipos penales, los cuales comprenden diferentes etapas o diferentes intensidades de ataque al mismo bien jurídico[18]. En el ámbito de las etapas del delito, la punibilidad autónoma de los actos preparatorios es subsidiaria frente a la punibilidad de la tentativa y consumación del hecho preparado; de la misma manera, la criminalización de la tentativa es subsidiaria frente a la consumación. Como ejemplos de esta clase de subsidiariedad se encuentran: el carácter subsidiario del tipo penal de coacciones (Art. 151 CP) frente a los tipos penales de secuestro (Art. 152 CP), trata de personas (Art. 153 CP), violación sexual (Art. 170 ss. CP), etc.; el carácter subsidiario del tipo penal de enriquecimiento ilícito (Art. 401 CP) frente a los tipos penales contra la administración pública (v. gr., Arts. 382 ss; 387 ss., 393 ss. CP); etc. En el plano de las diversas clases de intensidad del ataque al bien jurídico se encuentran, entre otras, dos constelaciones de casos: *en primer lugar*, está la subsidiariedad de la participación frente a la autoría[19], de la complicidad frente a la coautoría y de la instigación frente a la autoría mediata; *en segundo lugar*, se encuentra la subsidiariedad de la punibilidad del delito de omisión de socorro frente a la punibilidad de los delitos de comisión por omisión[20]; *en tercer lugar*, la subsidiariedad de los delitos imprudentes en defecto de los dolosos.

3. Principio de consunción

A diferencia de la especialidad, en la consunción no se trata de una inclu- 13
sión lógica, sino de una subsunción valorativa del tipo penal recesivo por el

(16) Von Heintschel-Heinegg, B., *MK*, Band II, § 52, Nm. 44.
(17) Junto al § 109e del *StGB* se encuentran, entre otros casos de subsidiariedad expresa, los siguientes tipos penales del Código Penal alemán: § 109f Abs. 1, Satz 1; § 125 Abs. 1; § 246 Abs. 1; etc.
(18) De esta manera, Samson/Günther, SK-StGB, Vor § 52, Nm. 93.
(19) Ibídem, Vor § 52, Nm. 94.
(20) Von Heintschel-Heinegg, B., *MK*, Band II, § 52, Nm. 48.

tipo penal dominante[21]. Por regla general es consumido el tipo penal concomitante más leve por el tipo penal más grave. Se suele hablar entonces de actos acompañantes, anteriores y posteriores copenados, que son calificados como concurso "real impropio" en el plano de la consunción[22]. Al contrario de lo que ocurre en el principio de especialidad, en la consunción, el delito consumido agrega un contenido de desvalor al evento delictivo[23]. Por ello, no es ilógico vincular una pena más alta al caso en que se cumplen los presupuestos típicos del hecho acompañado que al caso equivalente sin cumplimiento del hecho acompañante; por eso, Puppe aboga por un concurso ideal.

14 Como ejemplos clásicos de concurso aparente de tipos penales donde se aplica el principio de consunción se pueden mencionar, entre otros, los denominados casos acompañantes copenados y la cosanción de hechos anteriores y posteriores.

15 En el primer grupo se encuentran el tipo penal de robo agravado (Art. 189, incs. 1, 2, 4 y ss. CP) frente al delito de hurto agravado (Art. 186 , primer párrafo, inc. 1 y segundo párrafo, incs. 1 y 5 CP), y los tipos penales contra la vida independiente (Arts. 106 ss. CP) frente a los tipos penales de lesiones (Art. 121 ss. CP). En el primer caso, las tres modalidades de robo agravado previstas en el artículo 189 , incisos 1, 2, 4 ss. CP consumen a las tres modalidades de hurto agravado previstas en el (Art. 186 , primer párrafo, inc. 1 y segundo párrafo, incisos 1 y 5 CP). De la misma manera, los Arts. 106 ss. CP consumen al Art. 121 y ss. CP, por ejemplo, una persona muere después de varios días en el hospital a consecuencia de las lesiones graves causadas con disparos de arma de fuego que fueron realizados con dolo de matar. Aquí, los tipos penales de homicidio (Art. 106 ss. CP) consumen a los tipos penales de lesiones (Art. 121 ss. CP).

16 Como ejemplo de la consunción del hecho posterior por el hecho anterior se encuentran los tipos penales de estafa (Art. 196 CP) y apropiación irregular (Art. 192 CP); v. gr., cuando una persona se hace de un bien ajeno mediante engaño (hecho previo) y el autor de dicha estafa retiene indebidamente el bien obtenido (hecho posterior). En esa misma línea, se encuentra el supuesto de una violación sexual, en cuya realización se lesiona corporalmente a la víctima.

(21) Cfr. Fahl, C., *ZStW* 111, 1999, p. 166; Kühl, K., *JA* 1978, p. 480; Jescheck, H. / Weigend, T., *AT*, § 69 II 3; Roxin, C., *AT II*, § 33, Nm. 213; Maurach, T. / Zipf, H. / Gössel, K., *AT II. Op. Cit.*, § 55, Nm. 51.

(22) *Vide* Heghmanns, M., *JuS* 2003, p. 956; Otto, H., *Jura* 1994, p. 276.

(23) Fahl, C., *ZStW* 111, 1999, p. 166.

III. Bibliografía

Álvarez Pozo, María de la Palma, *El concurso ideal de delitos*. Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2007; Baumann, Weber / Mitsch, Eisele, *Strafrecht*. 10ª edición. Nomos, Bielefeld, 1995; Chocano Rodriguez, Reiner / Valladolid Zeta, Víctor, *Jurisprudencia penal. Ejecutorias penales de la Corte Suprema de Justicia (1997-2001)*; Cuello Contreras, Joaquín, "La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos. La función de la normativa concursal". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 32, Fasc./mes 2, 1979; Del Rosal Blasco, Bernardo, "Sobre los elementos del hecho típico en la inducción". En: *Cuadernos de Política Criminal* Nº 40, 1990; Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en Derecho penal*. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991; Fahl, Christian, "Zur Bedeutung des Regeltatbildes für die Bemessung der Strafe". En: *ZStW* 111, 1999; Fahl, Christian, "Zur Gesetzeskonkurrenz im Strafrecht". En: *JA* 1995; Frister, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5ª edición. C.H. Beck, München, 2011; Geerds, Friedrich, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrech*. Heitmann, Hamburg, 1961; Geppert, Klaus, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)". En: *Jura* 1982; Geppert, Klaus, "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB) -Erster Teil: Allgemeine Grundlagen". En: *Jura*, 2000; Gómez Rivero, María, *La inducción a cometer el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; González Cussac, José Luis, "Paradojas del caso Amedo". En: *Poder Judicial* Nº 27, 1992; Gropp, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2ª edición. Springer Verlag Berlin/Heidelberg, 2001; Heghmanns, Michael, "Die Subsidiarität der Unterschlagung - BGHSt 47, 243". En: *JuS* 2003; Heinrich, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*. 2ª edición. W. Kohlhammer, Stuttgart, 2010; Hruschka, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª edición, Berlín, 1988; Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª edición. De Gruyter, Berlin, 1993; Jescheck, Hans Heirich / Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5ª edición. Duncker & Humblot, Berlin, 1996; Joshi Jubert, Ujala, "Unidad de hecho y concurso medial de delitos". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Nº 2, 1992; Kindhäuser, Urs, "Normverstoß und natürliche Handlungseinheit - BGH". En: *NJW* 1984; Kindhäuser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5ª edición. Nomos, Baden-Baden, 2011; Klug, Ulrich, "Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz". En: *ZStW* 68, 1956; Krey, Volker / Esser, Robert, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª edición. Kohlhammer W., Stuttgart, 2011; Kühl, Kristian, "Das leidige Thema der Konkurrenzen". En: *JA* 1978; Kühl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7ª edición. Bücher, München 2012; Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. Ariel, Barcelona, 1962; Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz / Gössel, Karl, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. Tomo 2. 7ª edición. Müller, C. F., Heidelberg, 1989; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte*

17

general. 2ª edición. PPU, Barcelona, 1985; MITSCH, Wolfgang, "Konkurrenzen im Strafrecht". En: *JuS* 1993; MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*. C.H. Beck, München, 2011; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª edición. De Gruyter, Berlin, 2004; OTTO, Harro, "Mitbestrafte Nachtat, straflose Nachtat und nicht strafbares Verhalten". En: *Jura*, 1994; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Tecnos, Madrid, 1990; RENGIER, Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª edición. Bücher, München 2012; RISSING-VAN SAAN, Ruth, "§ 52 Tateinheit". En: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK)*, Band I, 12ª edición. De Gruyter, Berlin, 2006; ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. 4ª edicional. Band I-II, München, 2003; ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht*. 28. Aufl. C.H. Beck, München, 2014; SAMSON, Erich / GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,* Tomo II, 8ª edición; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung*. Unterlassen, Berlín, 1999; SANZ MORÁN, Ángel, *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*. Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986; SCHMITT, Rudolf, "Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht". En: *ZStW* 75, 1963; SEHER, GERHARD, "ZUR STRAFRECHTLICHEN KONKURRENZLEHRE - DOGMATISCHE STRUKTUREN UND GRUNDFÄLLE". EN: *JuS* 2004; SEIER, Jürgen, "Die Gesetzeinheit und ihre Rechtsfolgen". En: *Jura*, 1983; SOWADA, Christoph, "Probleme der natürlichen Handlungseinheit". En: *Jura* 1995; SOWADA, Christoph, "Die natürliche Handlungseinheit". En: *NZV* 1995; STERNBERG-LIEBEN, Detlev / BOSCH, Nikolaus. "§ 52 Tateinheit". En: SCHÖNKE, Werner / SCHRÖDER, Horst, *Kommentar zum Strafgesetzbuch (SSK)*. 29ª edición. C.H. Beck, München, 2014; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006; VOGLER, Theo, "§ 52". En: *Leipziger Kommentar (LK)*, Band I, 12ª edición. De Gruyter, Berlin, 2006; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd, "§ 52 Tateinheit". En: MIEBACH, Klaus (editor), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band II. 3ª edición. C. H. Beck, München, 2017; WERLE, Gerhard, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*. Duncker & Humblot, Berlin, 1981; WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 31ª edición. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001.

§ 49
Delito continuado y delito masa

ALDO CALCINA HANCCO
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Generalidades	1	63
II. Antecedentes	2	64
III. Delito continuado	5	65
IV. Requisitos del delito continuado	9	67
1. Requisitos objetivos	14	68
1.1. Pluralidad de acciones u omisiones	15	68
1.2. Igual norma violada	16	68
1.3. Unidad de sujeto activos	19	69
1.4. Unidad o pluralidad del sujeto pasivo.	20	69
2. Requisitos subjetivos.	22	70
V. Agravante del delito continuado	24	70
VI. Delito de masa	26	71
VII. Diferencia entre delito continuado y concurso real	30	72
VIII. Conclusiones	34	73
IX. Bibliografía	36	73

§ 49.- Delito continuado y delito masa

"Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos".

I. Generalidades

El contenido de este artículo es el delito continuado y delito masa y, 1
en primer término, resaltaremos de manera muy breve los antecedentes del artículo 49 (delito continuado), no sin antes precisar algunos conceptos elementales *–su concepto en sí, sus elementos, el delito masa y las diferencias con el concurso real homogéneo–* para mejor interpretación y aplicación del delito continuado y el delito masa, a efectos de no caer en una mera interpretación literal y asistémica.

Nullum teoría Sine práctica, Nullum práctica Sine teoría, en mérito a este aforismo, en el presente también nos apoyaremos de los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema, para una mejor argumentación y respaldo de seguridad jurídica de cara a aplicarse a los casos concretos en el litigio del día a día en cuanto al delito continuado y delito masa, nos referimos al: *Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116*, *Casación N° 1121-2016-Puno*, *R. N. N° 480-2017-Lima Norte* y *R. N. N° 2296-2017-Ventanilla*.

II. Antecedentes

2 El delito continuado desde sus orígenes en la época medieval ha sido formulado con una óptica más garantista, tratando de "evitar que el delincuente sea castigado con extrema severidad"(1), tal es así, fue creado con la finalidad de beneficiar al procesado y reo, al excluir sus varias acciones constitutivas de delitos, logrando evitar que se determinen o valoren con las reglas del concurso real y así solo se le determine o valore como si fuera por un solo acto delictual. La fundamentación de los orígenes del delito continuado son diversos en la doctrina internacional, dividiéndose en cinco posturas(2): como la "teoría de acción o de la ficción" (es creada por la ficción jurídica), la "teoría realista" (es producto de una teoría natural y no de una ficción), la "teoría realidad jurídica" (el delito continuado es la creación del derecho y de la que se junta por razones prácticas), la "teoría de la combinación" (en dos formas se presenta como una unidad de acción y como unidad de conducción de vida punible) y las "otras posturas" (como una realidad natural y jurídica). La teoría que se va aplicar para definir mejor el delito continuado es la mixta (objetivo y subjetivo)(3).

3 Inicialmente el delito continuado se ha introducido a la legislación peruana mediante el Proyecto de 1916, específicamente en su artículo 81 y, se mantuvo en el CP de 1924, en su artículo 107(4), en esa misma línea el legislador peruano ha visto por conveniente mantener el delito continuado en el actual CP del año 1991, en su artículo 49, siguiendo los lineamientos del CP de 1924.

4 El actual artículo 49 es el resultado de la evolución social y jurídica, calzando perfectamente en el aforismo *ubi societas, ubi ius* usualmente traducido

(1) Hurtado Pozo, J., *Manual del Derecho penal. Parte general*, p. 598.
(2) Velásquez Velásquez, F., *El delito continuado en el Código Penal peruano*, p. 3.
(3) *Ibídem*, p. 5.
(4) Prado Saldarriaga, V., *La reforma del delito continuado en la Ley 26683: ¿una solución al fraude colectivo?*, p. 1.

como "donde hay sociedad hay Derecho", significa de manera muy especial que "así como es la sociedad, así será el Derecho". De ello se interpreta que al espíritu de cada época responde toda la sociedad y por ende al Derecho penal, en ese entonces había una alarma social por el famoso caso CLAE (estafas en gran número por un mismo *modus operandi* de una supuesta entidad), es así que el 11 de noviembre de 1996, mediante Ley N° 26683, ha sido modificado el artículo 49, producto de varios intentos fallidos de proyectos de leyes, finalmente la modificación siguió el camino del CP español de 1995 (Art. 74). Esta nueva modificación del artículo 49 ahora implicaba quebrantar de manera sucesiva el mismo tipo penal igual *o semejante,* cometidos con los actos constitutivos de delito de la misma resolución criminal, considerados como un delito continuado. La misma que ahora debe entenderse como las violaciones de la misma ley penal cometidas en el mismo momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal[5].

III. Delito continuado

Por delito continuado se entiende aquellos hechos homogéneos realizados en diferentes momentos, con el común denominador de haber trasgredido sucesivamente *violaciones* de la misma ley por parte del mismo agente (en la misma condición a título de imputación). En la misma línea, Peña Cabrera define que: "el delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que trasgreden el mismo tipo legal"[6]. Y esta definición agarra sentido porque se van a juzgar varios actos, con ello quedan juzgados todos los actos parciales que posteriormente no pueden volver a ser juzgados por separado, se debe entender como un solo delito, he ahí la nomenclatura de "delito continuado", a efectos de que el procesado sea juzgado una sola vez[7]. Para determinar mejor el contenido del concepto del delito continuado es conveniente delimitar de manera previa sus elementos: a) los actos individuales deben dirigirse contra el mismo bien jurídico; b) los diversos actos particulares deben lesionar el mismo precepto penal o semejante; y la

(5) Villavicencio Terreros, F., *Derecho penal. Parte general*, 2002, p. 763. Citando al Pleno Jurisdiccional Penal, reunido en Ica, el 19 de noviembre de 1998, en su acuerdo número 2 (primera conclusión), señala: "Debe estimarse el hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones de la ley que corresponde a una única resolución criminal fraccionado en su ejecución".

(6) Villavicencio Terreros, F., *Derecho penal. Parte general*, 2006, p. 686. Citando a Raúl Peña Cabrera.

(7) En cambio, en el concurso ideal o formal de delitos, ocurre que sí se puede juzgar después de una sentencia siempre y cuando no se haya tomado en cuenta en el proceso penal.

c) identidad especifica del comportamiento delictivo, así como un nexo tiempo-espacial de los actos individuales[8].

6 Para entender mejor el delito continuado, vamos a extraer un ejemplo de la vida real, el mismo que ya ha sido resuelto por la Corte Suprema: "Se imputa al procesado M. M. M., haber realizado tocamientos indebidos a la menor L. E. P. T., aprovechando la confianza que esta le tenía por ser amigo de sus padres y su padrino (...), hecho que ocurrió por primera vez en el interior del inmueble de la agraviada (...), cuando la menor tenía doce años de edad (...). Se registra que el acusado, con el pretexto de que le revisaba su cuaderno, le tocaba las piernas, los glúteos (...). Asimismo, se le imputa al procesado M. M. M., haber abusado sexualmente de la menor de iniciales L. E. P. T. en varias oportunidades. La primera vez cuando la menor contaba con trece años de edad en el año dos mil once; en esa oportunidad la llevó con engaños y cerró la puerta, la sujetó a la fuerza y le introdujo su pene. La segunda vez se produjo cuando la menor contaba con trece años de edad, entre los meses enero y febrero del año dos mil doce, en el domicilio del procesado (...). La tercera vez fue el treinta y uno de marzo de dos mil trece, cuando la menor contaba con quince años de edad (...)".

7 Si bien es cierto que para ver si este ejemplo extraído de la realidad encuadra o no a un delito continuado, antes verificaremos si calza o no a los elementos del delito continuado; pues bien, en el presente caso se ha quebrantado la misma normativa o de *semejanza naturaleza*, hay una unidad normativa relativa (*semejante*), las acciones reiteradas en el tiempo han quebrantado la misma normativa (o de *semejante naturaleza*), y el común denominador ha sido el lesionar o *poner en peligro* al mismo bien jurídico protegido y al mismo titular de este bien jurídico; y estos actos reiterados en el tiempo obedecen a una misma resolución criminal y, por ende, todas las conductas se tipifican a un mismo tipo penal de igual dinámica (*comisiva u omisiva*). Por estos fundamentos la Corte Suprema indicó en este mismo caso (R. N. N° 480-2017-Lima Norte) en su decimoséptimo considerando que: "El delito contra la Libertad Sexual-Actos contra el Pudor, se subsume en el delito de Violación sexual de menor de edad, y constituye un delito continuado al tener la misma resolución criminal, por lo cual es pertinente absolver por dichos actos contra el pudor".

8 Queda claro que el delito continuado es la reiteración de la conducta delictiva del agente, es decir, la pluralidad de acciones cometidas en diversos

(8) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *El delito continuado en el Código Penal peruano. Op. Cit.*, p. 7.

momentos con la unidad de intención dirigida contra el mismo bien jurídico protegido[9]. El sentido y el contenido del delito continuado se fundamentan en razón de "evitar la determinación de las penas individuales para hechos individuales que han de juzgarse en el mismo tiempo[10], cuando se asemejan los hechos a los cuales se deben subsumir al delito continuado.

IV. Requisitos del delito continuado

Los requisitos que deben cumplir a efectos de configurarse como delito 9
continuado tienen lugar a varias acciones, cada una configuradora de una infracción penal, pero que, por una relación de continuidad[11], se considera "como si se hubiera cometido un solo delito"[12]. También la Corte Suprema nos ha ilustrado desarrollando los requisitos del delito continuado en dos recientes jurisprudencias, como la Casación N° 1121-2016-Puno y R. N. N° 480-2017-Lima Norte, las cuales comparten la misma postura que la doctrina nacional. La primera casación indica:

> "(...) los requisitos que se deben cumplir para la configuración del delito 10
> continuado son: 1) pluralidad de acciones delictivas –pasibles de individualización–; 2) afectación del mismo bien jurídico; 3) identidad de sujeto activo, es decir, se trata de un mismo sujeto infractor: y, 4) unidad de designio criminal"[13].

La segunda ejecutoria suprema indica que: 11

> "(...) El artículo 49 del Código Penal señala tres requisitos en el delito 12
> continuado: a) pluralidad de acciones u omisiones; b) unidad de resolución criminal; y, c) unidad de delito"[14].

Sin embargo, la doctrina nacional dominante también ha desarrollado las 13
dos exigencias componentes-requisitos –objetivos y subjetivos– *conditio sine qua non* el delito continuado, las que empezaremos a desarrollar a continuación:

(9) Gaceta Jurídica, "Recurso de Nulidad N° 1115-Lima". En: *El Código Penal en su jurisprudencia*, p. 138.
(10) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1091.
(11) García Cavero, P., *Derecho penal. Parte general.*, p. 794.
(12) Peña Cabrera, R., *Tratado de Derecho penal. Estudio pragmático de la parte general,* p. 546.
(13) Casación N° 1121-2016, Puno. Publicado el doce de julio de dos mil diecisiete. Magistrado ponente: Josué Pariona Pastrana.
(14) Recurso de Nulidad N° 480-2017, Lima Norte. Publicado el cuatro de septiembre de dos mil diecisiete. Magistrado ponente: José Luis Lecaros Cornejo.

1. Requisitos objetivos

14 Los requisitos objetivos como límite están compuesto por los siguientes elementos 1) pluralidad de acciones u omisiones, 2) igual norma violada, 3) unidad o pluralidad del sujeto pasivo y 4) bien jurídico no eminentemente personal –bienes jurídicos no personalísimos–.

1.1. Pluralidad de acciones u omisiones

15 El primer elemento es la pluralidad de acciones u omisiones –pluralidad de conductas típicas[15]–, la misma que debe entenderse como la realización de varias conductas reprochables y deben tenerse en cuenta los supuestos de unidad de acción. En otras palabras, la variedad de injustos penales cometidos por el agente, aparentemente se tendría la idea de valorarlas en forma separada por cada conducta delictiva, sin embrago, debe entenderse como delito continuado y valorarse en el campo de la antijuricidad material, la misma que debe ser considerada de manera plural como si fuera unitaria.

1.2. Igual norma violada

16 El segundo componente es la *igual norma violada* por las diferentes acciones delictivas corresponden a delitos iguales –varios quebrantamientos de la misma ley penal– (varias estafas, varios hurtos, etc.); sin embargo, la redacción actual del artículo 49 del CP, además de igual norma violada, admite que es suficiente que las normas sean semejantes.

17 La reforma de la Ley N° 26683, ha introducido al texto del artículo 49 del CP este criterio ("[...] o semejante naturaleza"), el mismo que abre las puertas a interpretar respecto a la semejanza, la que no necesariamente interesa que sean delitos diferentes –por ejemplo: estafa (Art. 196 CP), apropiación ilícita (Art. 190 CP), hurto (Art. 185 CP), receptación (Art. 194 CP)–. *Identidad* del precepto infringido (el mismo precepto penal) o *similitud* de los procesos infringidos (o procesos de igual o semejante naturaleza)[16].

18 Lo que importa es la afectación (lesión o puesta en peligro) del mismo bien jurídico protegido por las diferentes conductas, a ello la misma Corte

(15) Polaino Navarrete, M., *Derecho penal. Parte general,* p. 640. En la doctrina española el profesor Polaino considera la pluralidad de conductas típicas como elementos esenciales fijos sin los cuales, conforme a su propia naturaleza, no habría delito continuado.

(16) Ídem. El profesor indica que: "Son elementos esenciales alternativos que han de concurrir necesariamente, pero de manera alternativa".

Suprema ha indicado que es la unidad del bien jurídico. Pues bien, de los cuatro delitos mencionados, hay un común denominador: el bien jurídico protegido –el patrimonio–.

1.3. Unidad de sujeto activo

El tercer requisito adicionado por la Corte Suprema es la "unidad en el 19
sujeto activo"[17], la misma que debe entenderse que solo es posible si un solo agente comete la conducta típica comisiva u omisiva ya sea en uno o diferentes momentos. En este sentido, el R. N. N° 480-2017-Lima Norte indica que: "Respecto a la unidad de sujeto activo, el delito continuado solo es factible cuando se presenta un agente ejecutor único, esto es, se requiere uniformidad del sujeto que ejecuta la conducta típica; asimismo, los diversos actos o hechos –sean comisivos u omisivos–, sea que encajen completamente en el tipo penal respectivo o apenas impliquen un comienzo de ejecución de la conducta punible, conforman una sola conducta llevada a cabo en un determinado contexto social y animada por una finalidad también única"[18]. Además, cabe precisar que no solo sea el mismo sujeto activo que quebrante la norma penal en diversos momentos, sino que sea imputable a una misma intervención delictiva, lo que en otros términos sea aun a mismo título de imputación. Lo que se descartaría de plano es que el agente que quebrante la norma penal como autor y en otro momento quebrante a título de partícipe, ello no es admisible para un delito continuado.

1.4. Unidad o pluralidad del sujeto pasivo

En sentido contrario, no se admitirá el delito continuado cuando los actos 20
inciden sobre diferentes sujetos pasivos por ejemplo (*homicidio de diferentes personas, violación de distintas personas*). La propia Ley N° 26683, que reformó el artículo 49 del CP, precisa que la calificación como delito continuado "quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos". Ofensa típica que pueda incidir sobre *un sujeto pasivo único* o sobre *una pluralidad de sujetos pasivos* titulares del bien jurídico protegido[19].

Solo cuando se traten de bienes jurídicos que no son personales, por ejem- 21
plo aquellos delitos donde el bien jurídico sea el patrimonio o se ventilen temas

(17) Ídem.
(18) Recurso de Nulidad N° 480-2017, Lima Norte. Fundamento décimo quinto.
(19) Polaino Navarrete, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 640.

de la propiedad, no se requiere la identidad del titular del bien jurídico afectado para tramitar el delito continuado. La reforma de la Ley N° 26683 incorpora una circunstancia agravante "si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave", a ello se le conoce como delito masa.

2. Requisitos subjetivos

22 El contenido del elemento subjetivo que caracteriza al delito continuado solo implica aceptar *un dolo total o unitario* que comprenda la unidad de la finalidad y que abarque a la pluralidad de conductas. Por ejemplo, la persona (trabajador) que se va a llevar 40 perlas a razón de unas 2 perlas por día, hasta culminar de hurtar todas las perlas de su empleador, cambiando con unas falsas, ahí se nota la misma resolución criminal.

23 Para hablar de delito continuado es suficiente que el dolo unitario tenga lugar antes del agotamiento del primer acto por parte del agente.

V. Agravante del delito continuado

24 El ya mencionado delito continuado, previsto en el artículo 49 del CP, provee una agravante en la última parte del primer párrafo –en función al sujeto pasivo del hecho punible–, la misma que indica que: "(...) Si con dichas violaciones, el agente hubiera *perjudicado a una pluralidad de personas*, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave" (las negritas son nuestras).

25 La propia Corte Suprema en la Casación N° 1121-2016-Puno, ha indicado que "(...) ello es conocido en doctrina como *delito de masa o delito colectivo*, citada agravante requiere sancionar aquellas infracciones en que hay multiplicidad de perjudicados, ya que el *delito continuado* fue dirigido a un grupo indeterminado de personas a quienes se embauca con mismo artificio"[20]. Generalmente se da en los delitos de fraude colectivo a gran cantidad de sujetos pasivos y agraviados.

(20) Casación N° 1121-2016, Puno, fundamento décimo segundo.

VI. Delito de masa

El delito masa o *delito colectivo* es una figura del delito continuado, ello 26
explica por qué el legislador lo ha tipificado en el mismo artículo, por ende, debe entender que "se requiere enfatizar que el delito masa implica tener como sujeto pasivo a un conjunto de individuos que constituyen una colectividad, es decir, debe existir un número elevado de perjudicados para poder determinar la existencia de un delito masa"[21]. Esta agravante del delito continuado quiere sancionar a aquellas infracciones en que hay multiplicidad (cantidad) de sujetos pasivos y agraviados perjudicados.

Con la afirmación de la Corte Suprema queda claro que el delito masa es 27
la composición de los sujetos pasivos-masa deben ser plurales, o sea una multitud cuantiosa (conglomerado). El último inciso del artículo 49 del CP, en su primer párrafo, identifica la circunstancia agravante específica por la variedad –pluralidad– de personas perjudicadas por el delito continuado que ha ejecutado el agente, a ello se le denomina delito masa y tiene dos componentes que la Corte Suprema ha desarrollado como jurisprudencia vinculante mediante el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, fundamento jurídico séptimo, cuarto párrafo, el que ha desarrollado los elementos del delito masa a) la realización de un delito continuado; y, b) la pluralidad de personas perjudicadas por el delito[22].

Respecto a este último elemento que es el sustento del delito continuado 28
también la Corte Suprema se pronunció mediante el R. N. N° 2296-2017-Ventanilla: "(...) la pluralidad de agraviados configura el delito masa, circunstancia agravante específica del delito continuado que crea un nuevo marco penal abstracto"[23], al que se aplique el delito masa porque se ha embaucado con el mismo artificio a todo un grupo conglomerado de sujetos pasivos.

La salvedad que excluye la propia ley en la aplicación de un delito masa 29
solo en el caso de que "resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos" se estima como tales a la vida y la salud individual[24].

(21) Casación N° 1121-2016, Puno, fundamento décimo tercero.
(22) Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116: La prescripción de la acción penal en el delito continuado y por la condición del sujeto activo. Fundamento jurídico séptimo.
(23) Recurso de Nulidad N° 2296-2017, Ventanilla, publicado el veinticinco de enero de dos mil dieciocho, en su fundamento 3. 8.
(24) Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116. Ob. Cit.; también, Prado Saldarriaga, V., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, p. 144.

VII. Diferencia entre delito continuado y concurso real

30 La diferencia entre el delito continuado y el concurso real homogéneo radica en la *finalidad*, o sea en la *resolución criminal única* que es la matriz del delito continuado ya que en el concurso real tiene una finalidad para cada ilícito cometido. En esta misma línea la Corte Suprema se ha pronunciado mediante el R. N. N° 2296-2017-Ventanilla, que en sus fundamentos 3.3. y, 3.4 hizo una clara distinción entre el concurso real que homogéneo de delito y delito continuado:

31 "(...) En el *concurso real homogéneo,* hay pluralidad de delitos relacionados con infracciones de la misma especie. Pero estos delitos, salvo la vinculación que tienen a través de su autor (vinculación subjetiva), no guardan entre sí conexión alguna. Este tipo de concurso se halla establecido en el artículo cincuenta del Código Penal" (el resaltado es nuestro).

32 "(...), en el *delito continuado,* previsto en el artículo cuarenta y nueve del Código Sustantivo, la pluralidad de acciones homogéneas (infringen la misma norma penal o una de igual o semejante naturaleza), si bien se realizan en distinto tiempo, se dan en análogas ocasiones y todas responden a una misma resolución criminal. Hay una identidad específica del comportamiento delictivo, así como un nexo temporal-espacial de los actos individuales (el resaltado es nuestro).

33 Al margen de esta clara distinción realizada por la Corte Suprema, cabe precisar otras diferencias entre el delito continuado y el concurso real de delitos. "En el delito continuado, los delitos que se van a considerar como tal solo deben ser dolos, sin embargo, en el concurso real pueden concursar entre delitos dolosos e imprudentes. En el delito continuado se puede lesionar o poner en peligro bienes jurídicos homogéneos o semejantes, en cambio en el concurso real, se lesionan o se ponen en peligro bienes jurídicos homogéneos y heterohomogéneos. En el delito continuado se quebranta un igual o semejante tipo penal, en el concurso real se quebranta iguales o diferentes tipos penales. En el delito continuado siempre va ser de la misma resolución criminal, en cambio en el concurso real diferente resolución criminal. En el delito continuado, los sujetos pasivos pueden ser los mismos o diferentes, salvo que se traten de delitos que afecten bienes jurídicos personalísimos, casos en los que el sujeto pasivo tiene que ser el mismo de lo contrario no hay continuidad; sin embargo, en el concurso real, los sujetos pasivos pueden ser los mismos o diferentes en cualquiera de los casos. En el delito continuado el autor de los delitos debe haber participado bien como autor o bien como partícipe, pero

no con ambas calidades (si en uno fue autor y en otro partícipe no hay concurso), sin embargo, en el concurso real, pueden concursar todos los delitos, sea que haya participado como autor, coautor, cómplice, etc.".

VIII. Conclusiones

El contenido del delito continuado en la legislación peruana ha de descansar en la teoría mixta (objetivo y subjetivo) y ello comprende configurar con los siguientes elementos 1) pluralidad de acciones delictivas; 2) afectación del mismo bien jurídico; 3) identidad de sujeto activo y 4) unidad de designio criminal". Cumplidos estos requisitos, es aplicable el delito continuado. 34

El delito masa es la afectación a un conglomerado de sujetos pasivos y agraviados por una conducta delictiva y está compuesto por los siguientes elementos 1) la realización de un delito continuado y 2) pluralidad de personas perjudicadas por el delito. 35

IX. Bibliografía

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general.* Jurista Editores, Lima, 2012; HURTADO POZO, José, *Manual del Derecho penal. Parte general.* 2ª edición. Eddili, Lima, 1987; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general.* Marcial Pons, Madrid, 1995; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La reforma del delito continuado en la Ley 26683: ¿una solución al fraude colectivo?* Recuperado de fuente web <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/365/la-reforma-delito-continuado-ley26683.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (visto por última vez el 23 de febrero de 2019); PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Estudio pragmático de la parte general.* 3ª edición. Grijley, Lima, 1997; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú.* Gaceta Jurídica, Lima, 2000; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general.* Ara Editores, Lima, 2015; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *El delito continuado en el Código Penal peruano.* Recuperado de fuente web <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_16.pdf> (visto por última vez el 23 de febrero de 2019); VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2002; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2006. 36

§ 50
Concurso real de tipos penales

NELSON SALAZAR SÁNCHEZ
Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

Sumario

	Nm	P
I. Preliminares	1	75
II. Concepto	4	76
III. Clases de concurso real	5	77
IV. Estructura del concurso real	7	77
1. Unidad de sujeto activo	8	78
2. Pluralidad de hechos	10	78
3. Pluralidad de tipos penales configurados	11	79
4. Ausencia de conexión entre los hechos	13	79
5. Inexistencia de sentencia condenatoria previa o intermedia	14	79
V. Función del concurso real	16	80
VI. Consecuencias jurídicas del concurso real	17	81
1. Modelos de determinación de la pena	17	81
2. Acumulación de penas	19	81
VII. Bibliografía	25	83

§ 50.- Concurso real de delitos

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

I. Preliminares

En el concurso real subyacen dos temas centrales, uno de ellos es la con- 1
figuración de varios tipos penales independientes entre sí. En tal sentido, es *conditio sine quanom* determinar cuándo el contenido de injusto de los hechos punibles autónomos realizados configuran los elementos objetivos y subjetivos de distintos tipos penales. Un primer criterio de determinación es el de sucesión temporal, conforme al cual se deben valorar separadamente los hechos cuando estos han sido realizados de forma sucesiva y de inicio poseen unidades significativas diferentes. Ese sería el supuesto en que alguien golpea a la víctima con intención de arrebatarle su dinero y, luego, al verla indefensa, decide accederla carnalmente en contra de la voluntad de esta[1]. En este caso,

(1) En sentido similar, FRISTER, H., *AT*, 1ª ed., § 30, Nm. 6.

es evidente que los hechos han sido realizados en forma sucesiva y que cada uno de ellos tiene autonomía significativa y estructural; es decir, el delito de robo no subsume al delito de violación sexual y viceversa. Por consiguiente, los hechos tienen que ser valorados en forma separada(2).

2 Este criterio se vuelve inidóneo cuando los hechos no ocurren en forma sucesiva, sino en forma paralela. Por ejemplo, cuando durante la privación antijurídica de la libertad de movimiento de un tercero (secuestro), el autor lesiona a la víctima. En este supuesto, el criterio de sucesión temporal ya no tiene mayor relevancia para determinar si tales hechos configuran dos tipos penales diferentes o no, porque los hechos han sido realizados en forma simultánea. Sin embargo, la realización paralela (no sucesiva) de los hechos no impide calificar a los mismos como dos hechos autónomos diferentes –robo y lesiones– constitutivos de un concurso real de delitos. Pues la simultaneidad o coincidencia parcial de la configuración de los hechos típicos –v. gr., menoscabo de la integridad corporal mientras se lesiona la libertad de movimiento– no fundamenta sin más la absorción del desvalor del segundo injusto penal (lesiones) por el desvalor de injusto del primero.

3 El otro tema fundamental del artículo 50 CP es el de la imposición de la pena. Como se pone de manifiesto *infra* (VI), de *lege lata*, existen enormes dificultades para determinar la acumulación y el límite máximo de la pena total cuando las penas establecidas en los tipos penales cometidos en concurso real son de distinta clase.

II. Concepto

4 Se entiende por concurso real (*Tatmehrheit o Realkonkurrenz*) de delitos a la configuración de varios tipos penales por medio de varias conductas independientes, las cuales no se encuentran relacionadas entre sí. Expresado en opinión de la doctrina mayoritaria(3), el concurso real de delitos consiste en la realización de una pluralidad de hechos por un mismo sujeto, los cuales constituyen una pluralidad de delitos autónomos.

(2) ROXIN, C., *AT II*, § 33, Nm. 119 s.

(3) KINDHÄUSER, U., *AT*, 5ª ed., § 47 Nm. 31; KREY, V. / ESSER, R., *AT*, 4ª ed., Achter Teil, Nm. 1395; MURMANN, U., *AT*, § 31, Nm. 48; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, § 27, Nm. 54; ROXIN, C., *AT II. Op. Cit.*, § 33, Nm. 119.

III. Clases de concurso real

Como en el concurso ideal, también se pueden distinguir entre concurso real homogéneo (*gleichartige Realkonkurrenz*) y concurso real heteogéneo (*ungleichartige Realkonkurrenz*). El concurso real homogéneo tiene lugar cuando el sujeto realiza varias acciones independientes, las cuales configuran varias veces el mismo delito[4]. Por el contrario, el concurso real heterogéneo tiene lugar cuando, a través de varias conductas autónomas, se cometen varios tipos penales[5]. Ejemplo del concurso real homogéneo es el supuesto en que un sujeto mata a su vecino y dos días después mata a otra persona[6]. Ejemplo del concurso real heterogéneo es el caso en que un sujeto asalta un banco, al otro día mata a una persona y, posteriormente, accede carnalmente a una mujer[7]. 5

Junto a los dos tipos de concurso real expuestos, un sector de la doctrina también habla del denominado concurso real medial. Se trata de un grupo de supuestos en que existe una conexión psicológica entre dos o más hechos punibles sucesivos distintos, donde el primero constituye el presupuesto o medio para la realización del segundo; es decir, existe una relación teleológica de medio-fin. Ello elimina la posibilidad de una superposición del aspecto subjetivo de las diversas conductas típicas concurrentes. A partir de ello se considera que dicha constelación de casos no configura un concurso real, sino un concurso ideal de tipos penales[8]. 6

IV. Estructura del concurso real

De lo establecido por el artículo 50 y de lo desarrollado por la doctrina se infiere que la estructura del concurso real de tipos penales posee cinco elementos[9]: 1) unidad de sujeto activo; 2) pluralidad de hechos punibles o acciones; 3) pluralidad de normas violadas; 4) ausencia de conexión entre los hechos; o 5) inexistencia de sentencia condenatoria previa o intermedia. 7

(4) Frister, H., *AT. Op. Cit.*, § 30, Nm. 8; Roxin, C., *AT II. Op. Cit.*, § 33, Nm. 120; Sternberg-Lieben, D. / Bosch, N., *SSK*, § 53., Nm. 2; Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 (Numeral 6 del § 1 de los fundamentos jurídicos); Ejecutoria Suprema del 05-03-99, Exp. N° 4832-98, Tacna.

(5) Frister, H., *AT, Op. Cit.*, § 30, Nm. 8; Roxin, C., *AT II. Op. Cit.*, § 33, Nm. 120; Sternberg-Lieben, D. / Bosch, N., *SSK. Op. Cit.*, § 53, Nm. 2; Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 (Numeral 6 del § 1 de los Fundamentos Jurídicos).

(6) En sentido similar, Roxin, C., *AT II. Op. Cit.*, § 33, Nm. 120.

(7) En la misma línea, Ejecutoria Suprema del 28/06/04, r. n. N° 742-2004, Ayacucho (*vide* Castillo Alva, J., *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*. Tomo I, p. 464).

(8) Wessels, J. / Beulke, W., *AT. Op. Cit.*, § 17, Nm. 79.

(9) En sentido similar se pronuncia la Corte Suprema del Perú, *vide* Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, fundamentos jurídicos (§ 1).

1. Unidad de sujeto activo

8 Conforme a este requisito, la configuración del concurso real de tipos penales presupone que los hechos punibles deben ser realizados por un mismo sujeto activo[10]; ello es independiente de si la intervención del agente en la realización de tales hechos punibles es a título de autor (directo, mediato, coautor) o de partícipe (instigador o cómplice)[11] o si tal intervención tiene lugar en diferentes fases del *iter criminis*[12] (por ejemplo, en los actos preparatorios, ejecución o consumación).

9 La importancia de dicho requisito se evidencia en los supuestos en que la realización de los hechos punibles son realizados por una pluralidad de sujetos, los cuales intervienen de manera diferenciada en cada una de las fases del delito. Conforme al requisito analizado, el concurso real que puede surgir del exceso cometido por uno de los autores en el momento de la realización de los actos ejecutivos no tiene por qué imputarse a los demás intervinientes que están desvinculados de dicho exceso, porque ello implicaría confundir el concurso real de tipos penales con el concurso o intervención de personas en el delito.

2. Pluralidad de hechos

10 Este requisito es uno de los signos distintivos esenciales del concurso real de tipos penales que lo diferencia del concurso ideal. A diferencia del concurso ideal –cuyo fundamento es la "unidad de hecho" (*Tateinheit*)[13]–, el concurso real se configura en virtud de la "pluralidad de hechos" (*Tatmehrheit*)[14]. Pluralidad de hechos significa que el sujeto activo (autor o partícipe) lleva a cabo varios comportamientos que cumplen los presupuestos objetivos y subjetivos exigidos por tipos penales[15], sean estos de la misma o de diferente clase.

(10) Sternberg-Lieben, D. / Bosch, N., *SSK. Op. Cit.*, § 53, Nm. 1.
(11) Mantilla Nougués, M. / Rodríguez Pinzón, J., *Compendio de Derecho penal*, p. 260.
(12) Ibídem.
(13) Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 (Numeral 6° del § 1 de los Fundamentos Jurídicos).
(14) Sternberg-Lieben, D. / Bosch, N., *SSK. Op. Cit.*, § 53., Nm. 1, 3; Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 (Numeral 6 del § 1 de los Fundamentos Jurídicos).
(15) Sentencia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad del 31 de mayo de 2001. Exp. N° 98-0199-16070.

3. Pluralidad de tipos penales configurados

11 Pluralidad de normas jurídico-penales infringidas significa que cada uno de los múltiples comportamientos (hechos) realizados por el sujeto activo configuran –en forma autónoma– diversos tipos penales[16]. Ello se debe a que en el concurso real –a diferencia del concurso ideal– los diversos tipos penales configurados no se superponen entre sí.

12 Por configuración de varios tipos penales se entiende el cumplimiento tanto de la imputación objetiva como de la imputación subjetiva. Ello es una exigencia de los artículos 11, 12, 14 y VII del Código Penal, los cuales vinculan la fundamentación de los tipos penales –consumados o tentados– a la creación de riesgos no permitidos que son realizados en forma dolosa o imprudente; es decir, proscriben responsabilidad objetiva.

4. Ausencia de conexión entre los hechos

13 La ausencia de conexión entre los diversos hechos punibles significa que estos no deben estar relacionados ni con el concurso aparente de leyes ni con el concurso ideal[17], porque de existir cualquiera de estas relaciones la imposición de pena a los autores o partícipes de tales hechos punibles se regirá por las reglas del concurso aparente o del concurso ideal[18].

5. Inexistencia de sentencia condenatoria previa o intermedia

14 Conforme a este requisito, para que exista concurso real es necesario que se trate de un caso en el que el sujeto activo de varios delitos es juzgado en un mismo proceso judicial[19] y ante un mismo tribunal[20]. De lo contrario, si entre los distintos delitos media una sentencia condenatoria firme o ejecutoriada, se excluye el concurso real[21], toda vez que si se cumplen los requisitos exigidos por los artículos 46-B y 46-C, se estaría ante la configuración de la reincidencia[22] o habitualidad. En efecto, mientras la configuración de la reincidencia o habitualidad depende de que el agente ya haya sido sentenciado por

(16) Murmann, U., *AT. Op. Cit.*, § 31, Nm. 48.
(17) Heintschel-Heinegg, B., *MK*, § 53, Nm. 8.
(18) Kindhäuser, U., *AT. Op. Cit.*, § 47 Nm. 31.
(19) Sternberg-Lieben, D. / Bosch, N., *SSK. Op. Cit.*, § 53., Nm. 1; Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 (Numeral 6° del § 1 de los Fundamentos Jurídicos).
(20) Heintschel-Heinegg, B., *MK. Op. Cit.*, § 53, Nm. 8.
(21) Rissing-van Saan, R., *LK*, § 55, Nm. 12; Sternberg-Lieben, D. / Bosch, N., *SSK. Op. Cit.*, § 53, Nm. 7. También el BGH 43 34.
(22) Mañalich, J., *La reiteración de hechos punibles como concurso real*, p. 505.

uno o más delitos dolosos que le son imputables al momento en que realiza un nuevo delito (reincidencia)[23] o más de dos hechos punibles (habitualidad)[24], la configuración del concurso real implica que el sujeto activo no ha sido condenado por alguno de los injustos penales que se le atribuye en el momento que ha realizado el nuevo o nuevos hechos punibles.

15 Esta tesis encuentra su respaldo en lo normado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 124 y por el artículo 33 del Código Procesal Penal de 2004, los cuales establecen que, en el concurso real de delitos –donde unos injustos penales son más graves que otros–, el proceso penal corresponde al delito más grave. A partir de ello, un sector de la doctrina sostiene que también existe concurso real en el ámbito procesal.

V. Función del concurso real

16 En el plano teórico, la función del concurso real es de índole residual o subsidiario, porque dentro de su ámbito solo se subsumen los supuestos no abarcados ni por un tipo penal único (concurso aparente) ni por varios tipos penales (concurso ideal)[25]. La cuestión es distinta en la praxis, porque en dicho ámbito se suele utilizar *prima facie* el concurso real, mientras que el concurso ideal y el concurso aparente solo en forma complementaria.

(23) "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... 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".

(24) Al respecto, el Art. 46-C del Código Penal establece que "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... 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".

(25) Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español II*, § XVIII, Nm. 124; Kindhäuser, U., *AT. Op. Cit.*, § 47 Nm. 31.

VI. Consecuencias jurídicas del concurso real

1. Modelos de determinación de la pena

A nivel dogmático existen dos modelos de determinación de la pena en el concurso real de delitos. El primero de ellos postula la denominada "Asperation" que se expresa mediante la adición de las penas menos graves para el endurecimiento de la pena más severa[26]. El segundo, aboga por la "acumulación material" que consiste en la sumatoria de cada una de las penas concretas correspondientes a cada uno de los diversos hechos punibles concurrentes[27]. 17

El artículo 50 original del CP de 1991 establecía la fórmula de la acumulación jurídica, pues consagraba que, en el caso de concurso real de delitos, se impondría la pena del delito más grave[28]. Atendiendo a ello, la determinación de la pena conjunta tenía dos momentos: en el primero, el juez tenía que precisar una pena para cada delito concurrente y, de ellas, elegir la pena más grave; en el segundo, el juez tenía que aplicar no solo la pena correspondiente al delito más grave, sino, además, tenía que agravar esta última en virtud del desvalor jurídico-penal subyacente a la configuración de los otros injustos penales. Este modelo fue reemplazado por el artículo 3 de la Ley N° 28730[29], el cual ha introducido la fórmula de la acumulación de penas, que consiste en la sumatoria de las penas concretas determinadas por el juez para cada uno de los delitos cometidos[30]. 18

2. Acumulación de penas

En el concurso real, el artículo 5 del CP peruano solo consagra la acumulación de penas privativas de libertad. Sobre dicha problemática, el mencionado precepto legal establece una sumatoria simple de las penas que corresponden a los tipos penales cometidos. Tal acumulación de penas se rige por dos elementos: 19

(26) Heintschel-Heinegg, B., *MK. Op. Cit.*, § 53, Nm. 5; Roxin, C., *AT II. Op. Cit.*, § 33, Nm. 123.

(27) Mañalich, J., *La reiteración de hechos punibles como concurso real. Op. Cit.*, p. 507; Roxin, C., *AT II. Op. Cit.*, § 33, Nm. 123.

(28) Al respecto, el texto original del Art. 50 del Código Penal de 1991 prescribía que, "Cuando concurran varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48".

(29) Ley publicada el 13 de mayo de 2006.

(30) En el mismo sentido, García Cavero, *Derecho penal PG*, 2012, 787;

20 En primer lugar, la sumatoria de penas privativas de libertad está vinculada a los *quantum* concretos fijados por el juez en la sentencia condenatoria, más no a los marcos penales abstractos establecidos en cada tipo penal; ello significa que el juez, en un primer momento, tendrá que establecer en forma expresa el *quantum* de pena privativa de libertad para cada delito cometido[31] y, a continuación –mediante la suma de todas las penas concretas–, deberá establecer el tiempo total de privación de libertad que corresponde al sentenciado por todos los delitos cometidos[32].

21 En segundo lugar, la acumulación de las penas privativas de libertad está sujeta a tres límites temporales. El primero exige que el máximo total de pena no supere el doble de la pena del delito más grave[33]. Dicho elemento es importante para limitar la pena en supuestos en que los tipos penales cometidos tienen marcos penales cuantitativos similares y la acumulación total de las penas concretas puede llevar a triplicar o cuadruplicar la pena del delito más grave, que podría constituir un quebrantamiento del principio de proporcionalidad de las penas. Lo que no está claro es si el artículo 50 se refiere al doble de la pena más grave establecida en el marco penal abstracto o al *quantum* concreto de pena más grave fijada por el juez; por ello, desde un punto de vista *de lege ferenda*, el legislador debe precisar mejor dicha cuestión. El segundo señala que el *quantum* máximo de las penas acumuladas no puede exceder los 35 años[34]. Este margen es un complemento del primero, porque impide acumular las penas concretas fijadas para cada delito por encima de los 35 años, cuando el doble de la pena del delito más grave es superior dicho margen temporal. En tal sentido, la segunda exigencia evita una posible colisión entre los artículos 29 y 50. Finalmente, el tercero –que prescribe solo la imposición de la pena de cadena perpetua cuando alguno de los delitos configurados en concurso real se encuentra reprimido con dicha sanción[35]– no hace más que reflejar la imposibilidad material de incrementar la pena privativa de libertad más allá del tiempo de vida del sujeto activo. Si la pena de cadena perpetua termina cuando muere el sentenciado, no tiene razón de ser incrementar la pena mediante acumulación.

(31) FRISTER, H., *AT. Op. Cit.*, § 30, Nm. 6; en el mismo sentido, Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 (Numeral 7 del § 1 de los Fundamentos Jurídicos).
(32) FRISTER, H., *AT. Op. Cit.*, § 30, Nm. 6; Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 (Numeral 7° del § 1 de los Fundamentos Jurídicos).
(33) Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 (Numeral 7 del § 1 de los Fundamentos Jurídicos).
(34) Ídem.
(35) Ídem.

Ahora bien, a diferencia de otros códigos penales –v. gr., el *StGB* alemán (§§ 53, 54)– el CP peruano no establece –al menos no de forma expresa– la acumulación de las penas *restrictivas de libertad*, *limitativas de derechos* y de *multa*. Dicho de forma más específica, el artículo 50 contiene un vacío en torno a la forma en que debe determinarse la pena más grave y cómo debe configurarse la acumulación conjunta de las diferentes clases de penas contenidas en los tipos penales cometidos en concurso real. Así por ejemplo, el artículo 50 no establece parámetro alguno cuando concurren: 1) varias penas de multa, b) varias penas limitativas de derechos, c) varias penas restrictivas de la libertad, d) penas privativas de la libertad y de multa, e) penas privativas de libertad y limitativas de derechos, f) penas limitativas de derechos y de multa, g) penas privativas de libertad, limitativas de derechos y multa. 22

Ante tal situación, soy de la opinión de que artículo 50 debe ser reformulado en el extremo acotado; es decir, el legislador debería establecer algunos parámetros generales que orienten la determinación judicial de la acumulación de penas de distinta naturaleza. De ese modo se superaría el actual riesgo de que la acumulación de las penas de distinta clase se lleve a cabo en forma arbitraria. 23

Por lo demás, en torno a la prescripción de la acción penal, el artículo 80 del CP establece que, en caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada injusto penal. 24

VII. Bibliografía

CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*. Tomo I; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*. Tomo II; FRISTER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* 1ª ed., München, 2006; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*. 2012; HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo II, München, 2005; KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5ª edición. Nomos, Baden-Baden, 2011; KREY, Volker / ESSER, Robert, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª edición. Kohlhammer W., Stuttgart, 2011; MANTILLA NOUGUÉS, Mario / RODRÍGUEZ PINZÓN, Julián Hernando, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Santa Fe de Bogotá, 1999; MAÑALICH, Juan Pablo, *La reiteración de hechos punibles como concurso real, en Política Criminal*, Vol. 10, 2015; MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. 6ª edición. Barcelona, 2005; MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*. C.H. Beck, München, 2011; RISSING-VAN SAAN, Ruth, § 55, en: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch* (LK), Band I, 12ª 25

edición. De Gruyter, Berlin, 2006; ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat.* 4ª edición. Tomo II, München, 2003; STERNBERG-LIEBEN, Detlev / BOSCH, Nikolaus. "§ 52 Tateinheit". En: *Schönke, Werner / Schröder, Horst, Kommentar zum Strafgesetzbuch* (SSK). 29ª edición. C.H. BECK, München, 2014; Wessels, Johannes / Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil.* 31ª edición. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001.

§ 50-A
Concurso real de faltas

ROXANNA REYES TELLO
Notaria Pública
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Concepto	1	85
II. Análisis dogmático del concurso real de faltas	3	86
1. Clases de concurso real de faltas	3	86
2. Estructura del concurso real de faltas	4	86
a) Unidad de sujeto activo	5	87
b) Pluralidad de hechos	6	87
c) Pluralidad de personas menoscabadas y pluralidad de tipos penales configurados	7	87
III. Consecuencias jurídicas	10	88

§ 50-A.- Concurso real de faltas[1]

"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".

I. Concepto

Del texto legal se infiere que el concurso real de faltas consiste en la realización 1
de varios comportamientos autónomos o independientes entre sí. A diferencia del concurso real de delitos –en el que la pluralidad de comportamientos o hechos constituyen una pluralidad de delitos autónomos en virtud a que tales conductas infringen varios tipos penales de distinta índole–, en el concurso real de faltas la pluralidad de comportamientos –si bien perjudican a varias personas– solo infringen el mismo precepto penal o varios preceptos de igual o semejante naturaleza.

Atendiendo a ello, la doctrina sostiene que la diferencia entre el concurso real 2
de delitos y el concurso real de faltas es de índole cualitativa y cuantitativa, porque, mientras en el concurso real de delitos existe tanto un mayor desvalor

(1) Artículo incorporado por el § 2 de la Ley N° 29407, publicada el 18/09/2009, en el diario oficial *El Peruano*.

del comportamiento debido a que se infringen varios tipos penales (aspecto cualitativo) como un mayor desvalor del resultado que se fundamenta en la gran intensidad cuantitativa de la lesión (aspecto cuantitativo), en el concurso real de faltas existe un menor desvalor del comportamiento y un menor desvalor del resultado, los cuales están vinculados al quebrantamiento de un mismo injusto penal (o de varios tipos penales de la misma naturaleza) y al pequeño *quantum* ontológico de la lesión, respectivamente. En dichas diferencias radica el porqué en el concurso real de faltas los autores y partícipes son sancionados con la pena prevista para el tipo penal que corresponde a las faltas cometidas en concurso real.

II. Análisis dogmático del concurso real de faltas

1. Clases de concurso real de faltas

3 En el plano teórico es posible la identificación de dos tipos de concurso real de faltas: el concurso real homogéneo (*gleichartige Realkonkurrenz*) y el concurso real heterogéneo (*ungleichartige Realkonkurrenz*). El concurso real homogéneo de faltas tiene lugar cuando la pluralidad de conductas antijurídicas quebrantan las normas jurídico-penales de comportamiento de un mismo tipo penal(2). La existencia de dicho concurso se lleva a cabo cuando el sujeto realiza varias acciones independientes, las cuales –como ya se dijo anteriormente– quebrantan varias veces el mismo tipo penal. Ello es una consecuencia de lo prescrito en el § 50-A, el cual establece que en el concurso real de faltas la pluralidad de acciones realizadas por el sujeto "infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza". Como contrapartida, no es posible la configuración del concurso real heterógeno de faltas, porque tal figura jurídico-penal exige que las diversas conductas infrinjan diversos tipos penales, lo cual está excluido por el § 50-A del Código Penal. Por lo demás, sí es posible la configuración del concurso medial de faltas, el cual se presenta cuando existe una conexión psicológica entre dos más hechos punibles sucesivos distintos, donde el primero constituye un medio para la realización del segundo; es decir, existe una relación teleológica de medio-fin.

2. Estructura del concurso real de faltas

4 De lo establecido por el § 50-A se deduce que la estructura del concurso real de faltas está compuesta por cuatro elementos: 1) unidad de sujeto activo;

(2) Al respecto, cfr. ítem ii del Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, en V Pleno Jurisdiccional de Las Salas Penales Permanente y Transitorias, publicado el 08/01/2010.

2) pluralidad de hechos punibles o acciones; 3) pluralidad de personas menoscabadas; y 4) quebrantamiento de un mismo tipo penal o varios tipos penales de igual o semejante naturaleza[3].

a) Unidad de sujeto activo

5 Este elemento exige que las diversas conductas sean realizadas por un mismo sujeto activo. La importancia de dicho requisito se expresa en los supuestos que varios sujetos intervienen de forma diferenciada en la realización de la pluralidad de comportamientos, de modo que solo alguno (o algunos) de los intervinientes –solo quién (es) realiza (n) los diversos hechos o comportamientos que infringen las normas de comportamiento del mismo tipo penal o de varios tipos penales de similar naturaleza– son competentes por los riesgos jurídico-penales no permitidos que configuran el concurso real de faltas, mientras que los demás intervinientes quedan excluidos de tal exceso. Ello es una consecuencia de la diferenciación entre concurso real de faltas y concurso o intervención de varias personas en la realización de una falta.

b) Pluralidad de hechos

6 Igual que en el concurso real de delitos, la pluralidad de hechos o pluralidad de comportamientos es uno de los elementos más significativos del concurso real de faltas. A diferencia del concurso ideal de delitos –cuyo fundamento es la "unidad de hecho" (*Tateinheit*)–, el concurso real de faltas –de la misma manera que el concurso real de delitos– se configura en virtud de una "pluralidad de hechos" (*Tatmehrheit*). Pluralidad de hechos significa que el sujeto activo lleva a cabo varios hechos configuradores de los presupuestos objetivos y subjetivos exigidos por el tipo penal o tipos penales cuya infracción da lugar al concurso real de faltas.

c) Pluralidad de personas menoscabadas y pluralidad de tipos penales configurados

7 El tercer elemento estructural del concurso real de faltas consiste a) en la existencia de una pluralidad de personas menoscabadas y b) en el quebrantamiento reiterado de las normas de comportamiento de un mismo tipo penal o en la configuración autónoma de varios tipos penales.

(3) En ese *sentido véase* ítem 10 Acuerdo Plenario N° 4-2009/ CJ-116, en V Pleno Jurisdiccional de Las Salas Penales Permanente y Transitorias, publicado el 08/01/2010.

8 En lo concerniente al menoscabo de varias personas, cabe precisar que la lesión o puesta en peligro de las esferas de libertad de estas deben llevarse a cabo por diversas conductas o hechos, porque solo así estaremos frente a un concurso real de faltas; de lo contrario –de ser el caso que varias personas resultan menoscabadas por un solo hecho o un mismo comportamiento–, se trataría de un concurso ideal de faltas, que no está regulado en el Código Penal.

9 Por su parte, en lo que concierne al segundo componente del tercer elemento cabe precisar que el § 50-A contempla una configuración alternativa de la infracción de las normas penales. A saber, el § 50 exige que o bien la pluralidad de comportamientos menoscaben en más de una vez los deberes jurídico-penales de comportamiento que se encuentran consagrados en un mismo tipo penal, o bien que la pluralidad de conductas o hechos configuren en forma autónoma los riesgos jurídico-penales no permitidos de varios tipos penales de igual o semejante naturaleza. En torno a este segundo componente del tercer elemento cabe precisar que presenta un defecto de técnica legislativa, porque la infracción reiterada de la norma de comportamiento de un mismo tipo penal no constituye concurso real, sino concurso ideal, de modo que en dicho supuesto no se puede hablar de concurso real, sino de un concurso ideal de faltas. Pero el concurso ideal de faltas no tienen existencia legal, pues no está regulado en el § 50-A del Código Penal. Por tal razón, creemos que dicho extremo debe ser derogado. Por lo demás, la infracción debe realizarse tanto a nivel objetivo como subjetivo, lo cual significa que cada uno de los diversos comportamientos o hechos deben cumplir los presupuestos de la imputación objetiva y subjetiva.

III. Consecuencias jurídicas

10 El § 50-A establece que quien realiza varios comportamientos configuradores de un concurso real de faltas será sancionado como autor y se le impone la *pena privativa de libertad prevista para éste*, teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Pues bien, respecto de la aplicación de dicha pena privativa de libertad –en concordancia con lo establecido en los §§ 50 y 51– se puede afirmar que el *quantum* concreto de dicha clase de pena en el concurso real de faltas se determina en función de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal.

11 El problema se presenta cuando –por exigencia del § 50-A– se intenta aplicar una pena privativa de libertad en los casos que el cumplimiento de los presupuestos normativos de los tipos penales que dan lugar al concurso real

de faltas (acumulación de penas) no prevén como sanción una pena privativa de libertad, sino otras de naturaleza distinta. En efecto, el Libro Tercero del Código Penal que regula las faltas solo contempla penas restrictivas de derechos (por ejemplo, prestación de servicios a la comunidad) y pena de multa. De ello se deriva una primera interrogante en torno a cómo puede (o podría) imponerse la pena privativa de libertad prescrita en el § 50-A? Desde mi perspectiva, una respuesta provisional a dicha pregunta es que la única posibilidad de aplicar una pena privativa de libertad en el concurso real de faltas radica en la conversión de penas limitativas de derechos y multa que estipula el inciso 3 del § 440, conforme al cual dicha conversión solo tiene cabida en los casos de reincidencia en faltas contra la persona (§ 441) o contra el patrimonio del (§ 444), lo cual resulta muy discutible en sí mismo. Dicho en forma más específica, la determinación de una pena privativa de libertad a un caso concreto de concurso real de faltas se debe dar en dos pasos. Primero –siguiendo las reglas del concurso real de delitos– deben sumarse las sanciones penales concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudican a varios agraviados hasta un máximo que no exceda el límite genérico de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa (§§ 34 y 440.4)[4].

(4) De este modo, el Ítem 11 del Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, en V Pleno Jurisdiccional de Las Salas Penales Permanente y Transitorias, publicado el 08/01/2010.

§ 51
Concurso real retrospectivo

EDWARD GARCÍA NAVARRO
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Antecedentes: modelos legislativos	1	91
II. La fundamentación político-criminal de la refundición, la problemática constitucional y su declive legislativo	7	96
III. Variación estructural-dogmática de la figura	16	101
IV. De la refundición a la acumulación material-limitativa	25	107
V. Bibliografía	30	110

§ 51.- Concurso real retrospectivo

"Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente esta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito".

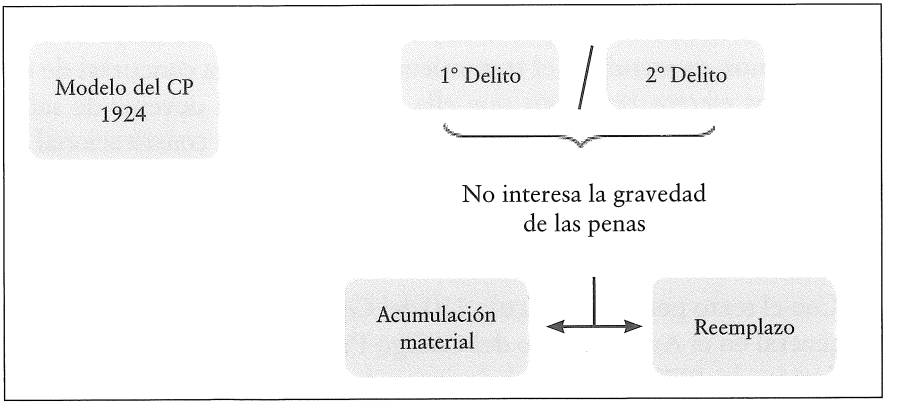
I. Antecedentes: modelos legislativos

1. La figura del concurso real retrospectivo y el efecto cumulativo de penas que acoge el vigente texto del artículo 51 del Código Penal peruano ha sido objeto de un cambio direccional de tratamiento punitivo unitario, desde su fuente originaria en el texto del artículo 110 del viejo Código Penal de 1924, pasando por la reforma mediante la Ley N° 26832 del 3 de julio de 1997, hasta su última modificatoria por la Ley N° 28730 del 13 de mayo de 2006. En dichos lapsos, es atendible el tratamiento de esta figura concursal de conformidad a los efectos punitivos que ella conlleva por el devenir de salidas jurídicas ante la confluencia de penas y su trascendencia constitucional que podría generar. Por ende, hablar del concurso real retrospectivo en la legislación peruana implica centrar su estudio en las soluciones punitivas de tratamiento unitario punitivo de *acumulación y refundición de penas*. 1

2. Con el texto penal del artículo 110 del Código Penal de 1924 –de inspiración general en el Anteproyecto del Código Penal suizo de 1918 y el Código Penal alemán de 1871–, el descubrimiento de otro hecho punible cometido 2

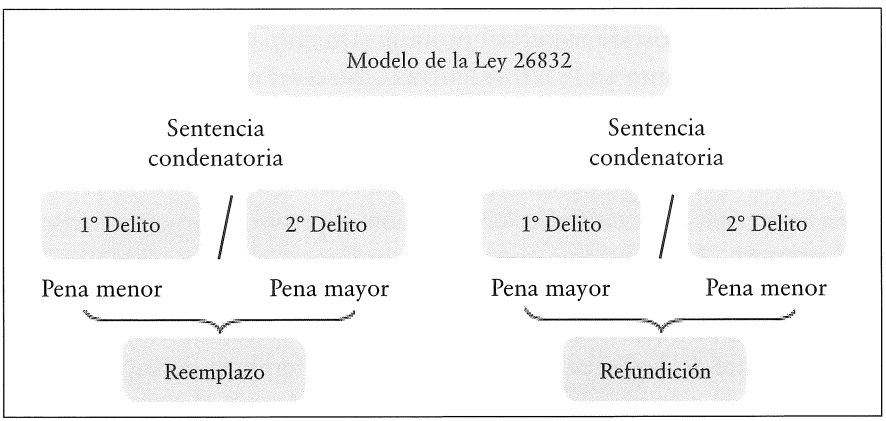
con anterioridad por el mismo condenado, antes de emitirse sentencia definitiva condenatoria por el primer delito, dispondría como solución el sometimiento al condenado en un nuevo juicio por el segundo delito aumentando la pena o aplicándose la nueva pena correspondiente. El efecto punitivo que conllevaba el planteamiento de este concurso era netamente mixto, o de acumulación o de reemplazo, y era imperante el desarrollo de un nuevo proceso penal. Siguiendo la misma tendencia, el *primigenio texto del artículo 51 del Código Penal de 1991* mantenía la redacción del artículo 110 sin añadido alguno. Asimismo, los Proyectos de Código Penal de 1984 (Art. 88), 1985 (Art. 39), 1986 (Art. 39), 1989 (Art. 56), 1990 (Art. 57) y 1991 (Art. 51) han persistido bajo la misma fórmula.

3 3. Para la aplicación de la figura concursal del derogado artículo 110 se requería la concurrencia de dos elementos estructurales. *Primero*, el descubrimiento *ex post* del segundo delito en atención al pronunciamiento jurisdiccional del primero (circunstancia procesal). *Segundo*, la conexidad de los delitos (circunstancia materia). A decir del primero, el artículo 110 formulaba como límite, al descubrimiento del nuevo delito, una sentencia condenatoria definitiva, por lo que no era suficiente la emisión de sentencias condenatorias apelables. El efecto retroactivo del concurso incidía en una especie de ausencia investigativa de los delitos que el procesado haya cometido antes de emitirse sentencia condenatoria definitiva. También con esta interpretación existía un deslinde conceptual con la *reincidencia* en atención al momento de la comisión del nuevo delito y la emisión de la sentencia condenatoria del primer delito. Así, la jurisprudencia nacional de ese entonces señalaba que "el artículo 110 del Código Penal se refiere al descubrimiento de un delito cometido antes de la sentencia definitiva, pero no cuando el nuevo delito es posterior a la sentencia pronunciada en el anterior proceso, en cuyo caso se aplican las disposiciones



sobre reincidencia"[1]. Con respecto al segundo requisito, el artículo 110 planteaba un punto de conexidad subjetiva, es decir, el concurso solo se atendería si los delitos fueran cometidos por el mismo procesado, sin importar que entre ellos haya cierta familiaridad delictiva, comisión concurrente, entre otro parecer. Con ello, además, se desechaba de la naturaleza estructural de esta forma concursal, requisitos objetivos de conexión. Como ya se adelantó, el efecto punitivo seguía siendo mixto *acumulativo-reemplazo,* pues habría que someter al condenado a un juicio por el nuevo delito y además pronunciarse por una nueva sanción, en este caso, el artículo 110 facultaba al magistrado a optar o por aumentar la pena ya impuesta (acumulativo) o aplicar la nueva pena correspondiente (reemplazo). Lo primero era la formación de una nueva pena global de la ya impuesta, y lo segundo, el reemplazo por la nueva pena pronunciada, lo que al final de cuentas no quedaba definida los supuestos en los que ha de aplicarse esta alternatividad, brindando facultad al magistrado de plantear una acumulación de penas o un reemplazo por la nueva pena. Ante esta duda normativa, quedaba en potestad del magistrado reafirmar la utilidad que cumpliría la confluencia de penas asumida, circunstancia esta claramente riesgosa.

4. Con la reforma derivada por la Ley N° 26832 la figura del concurso real retrospectivo encuentra dos soluciones punitivas en atención a la comparación del *quantum* punitivo de ambos delitos. Así, el artículo 51 mantiene el reemplazo punitivo si la sanción a aplicarse por el nuevo delito descubierto sea superior a la ya impuesta. Con ello, el procesado será sometido nuevamente a otro proceso y se impondrá una nueva pena conforme al delito descubierto, independientemente de la pena que ya esté cumpliendo. En ese sentido, por la 4



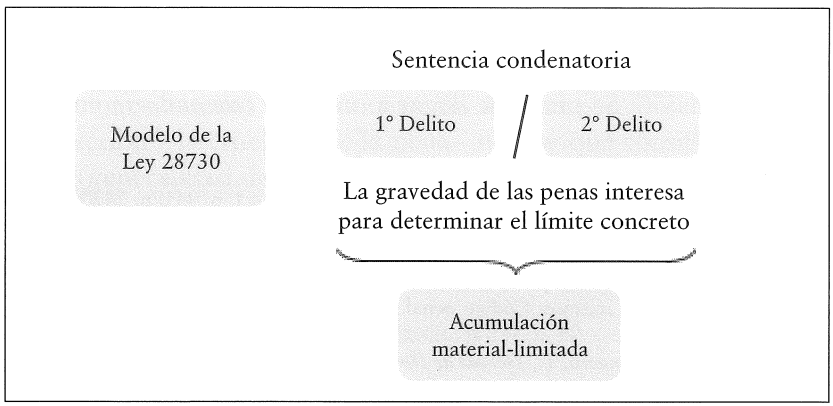
(1) Ejecutoria del 10 de setiembre de 1934 en Espino Pérez, J., *Código Penal*, p. 128.

gravedad del nuevo delito descubierto no cabría plantear la refundición, pues ello conllevaría la impunidad, lo que era ajeno a todo planteamiento político criminal, es así que el legislador nacional mantenía este supuesto aunque apropiado a la gravedad de la pena que conlleva el nuevo delito. La acumulación se mantenía a efectos de prevención general que se busca con la pena ante individuos que potencialmente pretendieran infringir el mandato de la norma penal.

5. La reforma legislativa de la refundición de penas recaía solo en los supuestos en que la pena del nuevo delito descubierto sea inferior a la ya impuesta, por lo que se observa el deslinde de su tratamiento que pervivía desde la vigencia del Código Penal derogado. Así, la pena menor quedaría refundida en la mayor y el procesado tendría el derecho de que el órgano jurisdiccional dictase sobreseimiento definitivo de la nueva causa y se ordene su archivo definitivo. El efecto preventivo-especial de la nueva pena cobra importancia en el condenado en relación al respeto de la dignidad humana y el principio de racionalidad y humanidad de las penas. Ahora bien, sobre los requisitos de la figura, el elemento de la conexidad de los delitos persiste en su sola exigencia de la comisión por el mismo procesado (*conexidad subjetiva*), al mencionarse que los delitos en concurso pueden ser de igual o diferente naturaleza, ergo no resulta imperante cierta similitud en los delitos. A la vigencia de la **reincidencia** mediante la inclusión del artículo 46-B por la Ley N° 28726 (9 de mayo de 2006), surge su cuestionable delimitación con el concurso real retrospectivo. Es reincidente el que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurra en un nuevo delito doloso. En este sentido, necesariamente debe advertirse la concurrencia de delitos, cuya conexidad subjetiva define a la figura, quedando relegada la importancia del descubrimiento *ex post* del segundo delito producto de la reincidencia, lo que interesa es que se haya cometido con posterioridad del pronunciamiento jurisdiccional definitivo del primer delito. Tanto en la reincidencia como en el concurso real retrospectivo se denota cierta similitud de supuesto, pues en ambos casos existe la concurrencia de delitos separados temporalmente por una sentencia condenatoria. Lo que queda entonces es pensar en la forma como ambas figuras atienden la identificación del segundo delito en atención al pronunciamiento jurisdiccional del primero. Así, mientras que en la reincidencia el agente "incurre" en su comisión, es decir, ejecuta el delito, el concurso real retrospectivo hace mención de esta con su "descubrimiento", pudiendo ser cometido con anterioridad al pronunciamiento jurisdiccional. Entonces, la diferencia de supuestos parte del momento de ejecución del segundo delito conforme al pronunciamiento jurisdiccional del primer delito, siendo que si su comisión fuera *ex ante* estaríamos ante un *concurso real retrospectivo*; mientras que si su comisión fuera *ex*

post se imputaría *reincidencia*. Concurriría un nuevo requisito implícito para el concurso real retrospectivo, delimitando el alcance del descubrimiento *ex post* del nuevo delito de la sentencia condenatoria del primero a aquellos delitos cuya comisión se ejerza *ex ante* a esta.

6. A pocos días de la inclusión de la reincidencia, entra en vigor la Ley N° 28730 (13 de mayo de 2006) que establece la última variación estructural de la figura concursal y la vuelta del efecto acumulativo del concurso real retrospectivo, pero en este caso bajo una nueva versión acumulativa-material limitativa. Se descarta del interés de la estructura dogmática el elemento de la disparidad punitiva que generaba la alternatividad de supuestos en atención a la gravedad de las penas de los delitos en concurso, formulando un supuesto único: "si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado". El papel de la disparidad punitiva se relega como elemento esencial para medir la limitación concreta de la sumatoria de las penas. Además, se divorcia del concurso real retrospectivo el efecto refundidor pues la pena que se determine en el nuevo proceso será sumada a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. El legislador en esta ocasión endurece el efecto punitivo al desechar la confluencia refundidora y mantener como única solución la sumatoria de penas aunque limitada. Sea o no grave el nuevo delito, la pretensión reformista necesariamente busca insistir en una mayor represión del agente, ya no quedando subsumida la pena del segundo delito sino adicionándola a la ya individualizada jurisdiccionalmente, pero bajo un marco limitativo de duración. Se deja de lado el efecto punitivo mixto del concurso de delitos, adoptando una solución punitiva pura empero rígida. 6



II. La fundamentación político-criminal de la refundición, la problemática constitucional y su declive legislativo

7 1. El problema que conllevaba el efecto de refundición de penas del concurso real retrospectivo era ventilado tanto desde la perspectiva procesal como sustantiva.

8 2. Existe cierto consenso en afirmar que el efecto de la refundición de penas, es decir, el tratamiento unitario de las penas, tiene como sustento la eficacia del principio de economía procesal, pues con ello se evitan nuevos procesos (*fundamentación procesal*), "y en algo se aligera la administración de justicia para ponerse al día en juzgar a tiempo todos los acusados"(2). Esta fundamentación procesal tiene también acogida en la jurisprudencia vinculante de fecha 23 de febrero de 2005 al plantear que está "orientada por los principios de economía procesal y eficacia judicial frente al gasto y desgaste funcional que representa todo nuevo proceso que al estar vinculado con un concurso real de delitos demanda una sanción coherente con lo prescrito en el artículo cincuenta del Código Penal".

9 3. Sin embargo, se viene formulando con mayor rigor una *fundamentación sustantiva* de la refundición de penas encausada, por un lado, en atención a la dignidad del individuo y el principio de humanidad de las penas y, por otro lado, conforme a los fines de la pena. El papel que cumple el *principio de humanidad de las penas* recientemente toma parte del pensamiento central tanto en la determinación como en la ejecución de la pena(3) y se constituye en uno de los límites trascendentales en un Estado Democrático y Social de Derecho(4). Conforme al alcance general del principio, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto(5). "El principio de humanidad marca una progresiva tendencia a la humanización de las sanciones penales haciéndolas menos duras en duración y en contenido aflictivo hasta donde sea compatible con los mínimos satisfactorios de eficacia preventiva de las mismas"(6). Se pretende llegar a una *pena humanitaria* en el sentido

(2) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo I, p. 941, n. 2420. Sin embargo, ciertos autores como BRAMONT ARIAS, L. A. / BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A. ponen en tela de juicio dicha fundamentación al subrayar en contrario que "no se evita un nuevo proceso, sino que además de tener que hincar un proceso penal abocado a su archivo, se da pie al inicio de otro proceso, esta vez en la vía civil". Los mismos: Código penal anotado, 3ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 268.

(3) *Vide* JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 30.

(4) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 131, n. 59.

(5) VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 224, n. 225.

(6) LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 89.

de que sea ejecutada sin crueldad ni generar sufrimientos innecesarios para el condenado, acogiendo siempre los planteamientos del Derecho de los Derecho Humanos[7], esto encontraría correlato congruente afianzándose también en el principio de proporcionalidad. Para tal cometido es necesario proyectar un sistema general de minimización del poder penal expresado en la violencia estatal, una programada reducción del contenido aflictivo de las penas o cualquier forma gravosa que adquieran ellas producto de su concurrencia o de elementos gravosos, y tener permanentemente a la dignidad humana como clave esencial. Por consiguiente, con la *dignidad del individuo* se establece el límite material que debe respetar un Estado democrático, "lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque el Estado y hasta la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ellos se opone el respeto de la dignidad de todo hombre –también del delincuente–, que debe asegurarse en un Estado para todos"[8]. El Tribunal Constitucional reafirma la importancia que tiene el respeto de la dignidad humana al señalar que "comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues este termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual –porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado–, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación"[9]. Mediante la refundición de penas se llega a un tratamiento único de la pena y así se evita una sobrecriminalización punitiva, que es lo que al final se pretende evitar con esta perspectiva fundamentadora. "El fin teleológico de esta institución radica en que el condenado no sea puesto nuevamente a disposición de los Tribunales a través de un proceso penal, hacerlo significaría la eliminación de facto de instituciones basadas en la orientación a la reinserción"[10]. Lo que se pretende proscribir –la crueldad de la pena– no hay que considerarla desde una abstracta (generalidad de casos), sino desde una perspectiva, esto es, en función de la persona y sus peculiares circunstancias[11]. Por ello, un agregado

(7) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 132, n. 62.
(8) Ídem.
(9) Num. 187, *in fine*, Sentencia del 3 de enero del 2003, Exp. N° 010-2002-AI-TC.
(10) Peña Cabrera Freyre, A., *Teoría general de la imputación del delito*, p. 384.
(11) Zaffaroni, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 125.

punitivo a la escala de pena privativa de libertad del interno sentenciado que caracteriza a la crueldad del poder penal, se neutraliza con la refundición. No obstante, este discurso sigue siendo mediático, la reforma de la Ley N° 26832 mantiene cautela al emplear esta confluencia punitiva para todos los supuestos, con mayor atención a la impunidad de delitos graves, reduciendo sus alcances a delitos de penas menores en comparación de las ya impuestas y con estas se pretende evitar llegar a la crueldad punitiva. Jugaría también interés en el discurso estatal evitar la impunidad, por lo que la refundición no sería su filtro jurídico.

10 4. En ese sentido, se refuerza el planteamiento sustantivo al relacionarlo también con un tratamiento unitario punitivo racional y preventivo en atención a su determinación en un concurso real retrospectivo. Coadyuva al efecto preventivo-especial que reside en el reforzamiento del tratamiento resocializador del condenado por el primer delito ya impuesto, impidiendo que sea nuevamente objeto de un proceso penal. "El criterio rector que inspira esta institución es eminentemente garantista, es evitar que el penado sea objeto de una segunda criminalización innecesaria, asegurando así la meta resocializadora"[12].

11 5. En nuestra jurisprudencia nacional, existía una cierta tendencia cuestionadora del respaldo constitucional del texto modificado del artículo 51 por la Ley N° 26832, en especial por el efecto de la refundición de las penas, al advertirse cierta afectación a derechos constitucionales como el derecho de igualdad, la presunción de inocencia y el debido proceso. Así, mediante un voto singular de la sentencia del 11 de agosto de 1999[13], se establecía que "el artículo 51 del CP regula la figura del concurso real retrospectivo, el mismo que conforme está redactado merece una adecuada interpretación en observancia de los principios de equidad, seguridad jurídica y protección de bienes jurídicos; por tal razón es del caso significar en primer lugar que la referida institución no es sino una derivación de la acumulación de causas por conexión procesal; no obstante lo anterior, de aplicarse el dispositivo mencionado quedarían en la impunidad actos de comisión delictiva, e incluso cabe la posibilidad, que de seguirse tramitando los procesos penales por los delitos de menor gravedad puede recaer una sentencia absolutoria; que la aplicación de la norma penal en referencia importa una abierta violación a derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Estado: derecho a la igualdad, tutela judicial efectiva de las víctimas y presunción de inocencia; que existiendo colisión

(12) Peña Cabrera Freyre, A., *Teoría general de la imputación del delito. Op. Cit.*, p. 385.
(13) *Vide* Rojas Vargas, F. / Infante Vargas, A., *Código penal comentado*, pp. 133-134.

de normas, el artículo 138 en su segunda parte, faculta al magistrado a que en caso de incompatibilidad de normas de naturaleza inconstitucional y en otros de naturaleza legal deba aplicarse el control difuso, prefiriendo la primera con las citadas y optando por la inaplicabilidad del artículo cuestionado". Bajo similares argumentos, la Sala de Derecho Constitucional y Social, mediante la ejecutoria suprema del 29 de noviembre de 2002(14), señalaba lo siguiente: "por el principio de equidad y seguridad toda persona tiene derecho a recibir del Estado la tutela jurisdiccional correspondiente, solicitando en su caso se sancione al infractor de un bien jurídico de relevancia penal, aspecto que con la aplicación del artículo 51 del Código Penal, referido al concurso real retrospectivo de la pena, quedaría impune y con ello se avalaría una situación de renuncia por parte del estado a su obligación de sancionar el delito, conforme así lo preceptúa el artículo 4 del Título Preliminar del Código Penal, sanción que abarca la imposición de una pena y sus consecuencias accesorias, entre ella la reparación civil por los daños y perjuicios ocasionados; que además la aplicación del artículo 51 del citado código importa evidentemente una violación del derecho a la igualdad, previsto en el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución política, y toda vez que permite diferentes tratamientos a las víctimas que resultan agraviadas, puesto que unas lograrán alcanzar la expedición de una sentencia que condena al agresor, mientras que otras al aplicarse la norma consultada se verán desprotegidas con el archivamiento de la causa, haciendo ilusorio el derecho que toda persona tiene a la tutela jurisdiccional efectiva; que en conclusión, el artículo 51 del Código Penal, deja abierta la posibilidad de recubrir con impunidad la comisión de un ilícito penal en perjuicio de los agraviados"(15).

6. Esta problemática constitucional ya había sido resuelta en el Pleno 12
Jurisdiccional realizado en Arequipa en 1997 (con voto mayoritario) al plantearse en el quinto acuerdo que la Ley N° 26832 que modificó el artículo 51 del CP no es inconstitucional, ya que no afecta al principio del debido proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho a la presunción de inocencia ni el derecho a la igualdad ante la ley. "No se afecta el derecho a la presunción de inocencia por que precisamente la consecuencia jurídica prevista es el sobreseimiento, esto es, el archivo definitivo del proceso. Tampoco se lesiona el interés de la parte civil porque las acciones reparatoria, resarcitoria

(14) *Vide* ROJAS VARGAS, F., *Jurisprudencia penal comentada*, p. 163.

(15) Téngase en consideración que la misma Sala anteriormente, mediante ejecutoria suprema de fecha 28 de agosto de 2000, Exp. N° 1795-00, ya había resuelto desaprobar la inaplicabilidad del artículo 51 modificado por la Ley N° 26832, realizada en virtud del control difuso por incompatibilidad normativa con los incisos 2 y 24 del artículo 2 de la Constitución Política.

e indemnizatoria subsisten al sobreseimiento y pueden ser hechas valer por la vía civil [cuestión que se reconoce en el acuerdo segundo del mencionado Pleno al señalarse que el sobreseimiento por concurso real retrospectivo no impide a la parte civil interponer una demanda en sede civil, y que es elevada con carácter vinculante por esta ejecutoria suprema al establecer en su considerando quinto que "el derecho de la víctima a una reparación por daños y perjuicios no se afecta con el sobreseimiento que autoriza el artículo cincuenta y uno y que tiene una efectividad estrictamente punitiva; por tanto tal facultad de la víctima puede ejercerse en sede civil"]. Tratándose de una causa personal de sobreseimiento, tampoco puede entenderse que se vulnere el principio de igualdad ante la ley y, específicamente, la esfera jurídica de los co-imputados" (*sic*) (considerando quinto del Acuerdo Plenario). Este acuerdo ha sido elevado a la categoría de *jurisprudencia vinculante* por medio del considerando octavo de la Ejecutoria Suprema del 23 de febrero de 2005, R. N. N° 2367-2004, con lo cual el problema de la constitucionalidad del mencionado artículo 51 queda resuelto hasta la fecha.

13 7. No hace poco de haberse resuelto la cuestión constitucional que conllevaba la refundición de penas, esta queda derogada para darle camino exclusivo al sistema de acumulación aunque ahora delimitado, evitando los excesivos resultados de la sumatoria de penas. Como se sabe, la vieja solución de la acumulación material era una consecuencia práctica del derogado artículo 110 como solución alternativa bajo la potestad jurisdiccional, pero ahora, al haberse desechado esta salida, la reciente modificatoria legislativa acoge el sistema de la acumulación pero desde una visión jurídica, algo así como una sumatoria limitada.

14 8. La acumulación sumatoria es controvertida por su resonancia retributiva, una forma de poder entender la absoluta justicia en la aplicación de la pena, ajena a cualquier fin. Y es que "mas una pena extinguida después de otra es mucho más aflictiva que si se cumple aisladamente, y una pena que se cumple ante la perspectiva de otra que empezará cuando termine la primera, resulta más dura que si se viera el fin de sufrimiento más próximo"[16]. En contrapartida, se estaría ante una pena global cruel que deja sin opción la efectividad del efecto resocializador de la pena, trastocando las garantías que conlleva la humanidad de las penas, antes mencionada. En concreto, la

(16) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 644, n. 56.

adición ilimitada lleva a graves injusticias[17] y constituye una puerta abierta a la intervención perpetua del poder penal del Estado sobre la libertad humana.

9. Al asumir la solución de la acumulación material *limitativa*, no se llega 15
a estos excesos arbitrarios, pues prudentemente se precisa una doble limitación en la sumatoria de las penas a efectos de rescatar la posible resocialización del delincuente, aunque sin dejar de incidir en la política criminal de sobrecriminalización sin dejar espacio de impunidad. Lo que permite asemejar esta nueva solución con las fórmulas acumulativas para el concurso real común de otros códigos penales. Tal es el caso del artículo 55 del CP argentino, que en la formación de la pena global tiene como mínimo extremo el mínimo mayor y como máximo la suma resultante de la acumulación de las penas correspondiente a los diversos hechos, no obstante la suma no puede exceder del máximo legal de la especie de la pena que se trate. Asimismo, el artículo 76 del CP español precisa de una doble limitación de la pena global resultante de la sumatoria; el primero, genérico, establecido del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en que se haya incurrido, y el segundo, complemento del cumplimiento no excedente de 20 años que viene a ser el término máximo de fijación para la pena de prisión señalado en el artículo 36 del mencionado Código.

III. Variación estructural-dogmática de la figura

1. En realidad, el concurso real retrospectivo es una *forma especial del con-* 16
curso real de delitos cuya singularidad reside en una circunstancia de carácter procesal, en el entendido de que el sujeto –que ya ha sido sentenciado– puede ser de nuevo juzgado si se descubre un nuevo delito cometido antes de la sentencia. "Tal anomalía procesal no afecta la integridad del concurso real de delitos que cometió el agente"[18]. En el Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 del V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial se señala que "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" (fundamento 8).

(17) Más aún, a decir de STRATENWERTH, porque la "privación de la libertad es tanto más grave cuanto mayor sea el lapso de privación ya transcurrido". STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I*, p. 555, n. 46).

(18) Ejecutoria Suprema del 23 de febrero de 2005, R. N. 2367-12004, cuarto considerando.

La regla general deriva del supuesto que implica el concurso real de delitos, es decir, que el procesado sea imputado por los delitos al mismo tiempo; sin embargo, la excepcionalidad de esta figura conlleva que uno de los delitos en concurso no ha sido objeto de la sentencia anterior debido a su descubrimiento tardío[19]. Por ello, el Pleno Jurisprudencial Penal realizado en Ica (1998) en su Acuerdo Plenario N° 01-98 determinó (primer acuerdo), desde la perspectiva de la refundición de penas, que debe ser interpretada y aplicada en la perspectiva sustantiva, no perdiendo de vista el derecho del justiciable de merecer un tratamiento único. En consecuencia, para refundir o acumular penas se requería prever que entre los hechos objeto de condena medie una relación de concurso real, sin que sobre ambos se haya pronunciado una sentencia firme o se haya reducido una causa extintiva de la acción penal.

17 2. Así, el efecto refundidor de la fórmula derogada presentaba dos soluciones procesales: 1° si la pena al nuevo delito descubierto fuera una pena inferior a la impuesta por el delito ya sentenciado, se dispone el sobreseimiento y su archivamiento. 2° si la pena correspondiente al nuevo delito descubierto resulta ser superior a la impuesta en la sentencia condenatoria, el proceso abierto por estos hechos seguirá su curso, aplicando al sujeto la pena correspondiente. Ahora, solamente se plantea un único supuesto, interesando la disparidad punitiva de los delitos en concurso, solo para delimitar los efectos acumulativos-materiales, y es que la pena que sea la más grave será la que se contabilizará en su duplo como límite máximo. El legislador adiciona otro límite definitivo: en todos los casos no puede exceder la sumatoria los 35 años. Cualquiera sea la fórmula aplicable, es imperante atender la estructura dogmática de la figura del concurso real retrospectivo conforme a tres requisitos. *Primero*, el descubrimiento *ex post* del segundo delito en atención al pronunciamiento jurisdiccional del primero (circunstancia procesal). *Segundo*, la conexidad de los delitos (circunstancia material). *Tercero*, disparidad punitiva de los delitos en concurso (circunstancia punitiva: Tómese en cuenta que este requisito es incorporado por la reforma establecida por la Ley N° 26832 y reconducida por la Ley N° 28730 a cuestiones netamente acumulativas).

18 3. En relación al requisito del descubrimiento de otro hecho punible (o *factor de temporalidad*) cometido antes de la sentencia condenatoria, cabe indagar sobre dos cuestiones: el *momento del descubrimiento de otro hecho punible* y el

(19) *Vide* HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 936, n. 2404. Del mismo parecer, PRADO SALDARRIAGA precisa que "la refundición de penas es procedente, siempre, a partir de un concurso real de delitos, pero cuyo juzgamiento se realiza de modo sucesivo". PRADO SALDARRIAGA, V., *Derecho penal, jueces y jurisprudencia. Parte general*, p. 249.

momento de la sentencia condenatoria[20]. Lo primero es de entenderlo desde un punto de vista general, cuando el Estado por intermedio del Ministerio Público se pronuncia sobre la incidencia de un posible delito sancionable. Dicho pronunciamiento como momento crucial del descubrimiento habrá de vincularse cuando concurran indicios suficientes sobre la comisión de un hecho punible (sea delito o falta, comisivo u omisivo, tentado o consumado, doloso o imprudente) esto reside por lo común con el calificativo oficial por parte del órgano fiscal a través de la denuncia formalizada que acoge los indicios de conducta punible, sujetos individualizados y pena no prescrita, sin interesar cuál sea la suerte del pronunciamiento final (sentencia) que con ella se derive. Por ende, no es suficiente con la concurrencia de la *notitia criminis* ni mucho menos que se haya dictado el dictamen de apertura de investigación fiscal o policial, es importante su calificación delictiva fiscal. Cierta problemática suele ocurrir cuando se trata del descubrimiento de delitos denunciados a instancia de la parte agraviada (querella). Sería muy arriesgado admitir que el descubrimiento de estos delitos sea definida a partir de la querella presentada a instancia jurisdiccional, pues carecería de un pronunciamiento oficial sobre el calificativo delictivo, no pudiendo conformarse con la deliberada actitud de cualquier ciudadano que pretenda alegar la comisión de este tipo de delitos. Téngase en cuenta las posibles consecuencias de una calumnia o una falsa denuncia en las que se asentaría este requisito, lo que generaría posteriormente la nulidad del pronunciamiento jurisdiccional que invoca esta figura concursal. En estas circunstancias, el descubrimiento del delito debería partir, excepcionalmente, con la admisión de la querella por parte del órgano jurisdiccional.

4. Por otro lado, en algunos países –como Alemania–, la doctrina suele 19
exigir que el descubrimiento parta desde un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal del nuevo delito[21], generando con ello una genuina concurren-

(20) Bajo similar parecer, la Ejecutoria Suprema del 17 de agosto de 2005 (R. N. N° 1882-2005 La Libertad) descarta el efecto retrospectivo del concurso real al señalar en concreto que "queda claro que la tercera condena se impuso en un hecho delictivo realizado con posterioridad a los dos procesos anteriores –cuyas penas en su momento fueron refundidas, como ya quedó consignado–, siendo jurídicamente imposible aplicar la consecuencia jurídica de la refundición de penas, en tanto no se presenta el factor temporalidad". En otro pronunciamiento, la Ejecutoria Suprema del 14 de setiembre de 2005 (R. N. N° 2346-05 Amazonas), al calificar el factor temporalidad, afirma el efecto retroactivo. Así, "se cumple el requisito de temporalidad, por cuanto los hechos que originaron la segunda sentencia condenatoria (...) y ejecutoria suprema (...) ocurrieron el veinticuatro de octubre de dos mil dos, mientras que la primera sentencia que (...) y declarada no haber nulidad por la ejecutoria suprema (...), fue emitida con fecha diecinueve de enero de dos mil cuatro, es decir, los hechos que originaron la última sentencia dictada, entre otros, contra el condenado fueron cometidos con anterioridad a la fecha en que se dictó la primera".

(21) *Vide* Jescheck, H. / Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 787.

cia de sentencias penales, lo que no es posible admitir en nuestro ordenamiento penal. En conclusión, fijándose la fecha en la que se emitió la denuncia fiscal habrá de percatarse que la fecha de emisión de la sentencia condenatoria sea anterior a ella.

20 5. El *momento de la sentencia condenatoria* implica el pronunciamiento final sobre la cuestión penal, en cuyo contenido se determina la responsabilidad penal del procesado, estableciéndose la pena a cumplirse sin que sea necesario que su ejecución se haga efectiva, pudiendo, por ejemplo, encontrarse la condena suspendida o reservada. El Pleno Jurisprudencial Penal realizado en Ica (1998) ya planteaba en su Acuerdo Plenario N° 01-98 (acuerdo segundo) que procede la refundición incluso "en caso [de] que la pena anterior se esté ejecutando en beneficio penitenciario o haya sido suspendida en su ejecución". Lo que sí se descarta es todo pronunciamiento que conlleve una efectiva absolución del procesado o el archivamiento del proceso. Asimismo, no se desvanece la posibilidad del concurso real retrospectivo cuando la resolución jurisdiccional emitida afirme una circunstancia de prescripción de la pena o efectividad del derecho de gracia (amnistía e indulto)[22], pues ya ha existido pronunciamiento de la pena efectiva, lo que se tendría en cuenta al momento de evaluar la disparidad punitiva son los fines de las instituciones y lo que resulta más favorable al procesado. "No tener en cuenta que la pena ha prescrito constituye un modo de revivir la acción que tiene el Estado para imponer una sanción al agente. En caso de amnistía, significa desconocer que tiene por efecto olvidar el hecho punible a que se refiere; y, por último, en el supuesto de indulto, se haría caso omiso a la supresión de la represión que este implica"[23]. En todos los casos, la sentencia condenatoria habrá de tener la calidad de cosa juzgada.

21 6. El segundo *requisito de la conexidad* encuentra principalmente, en el sujeto condenado (requisito subjetivo)[24], el vínculo de los delitos en concurso. Con ello, podrían quedar descartada otras interpretaciones que exigen además la unidad o semejanza de la naturaleza de los delitos en concurso. Antes de la modificatoria de la fórmula por la Ley N° 28730, el texto era claro al mencionar que los delitos pueden tener "igual o distinta naturaleza", sin que ello afecte la estructura de la figura concursal. En esas circunstancias, el Pleno Jurisdiccional distrital realizado en Tumbes el 11 de mayo de 2005, en el inciso

(22) *Vide* Hurtado Pozo, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 942, n. 2423.
(23) Ídem.
(24) De la misma exigencia se pronuncia la Ejecutoria Suprema del 14 de setiembre de 2005, R. N. N° 2346-05 Amazonas. Este requisito puede equipararse con el presupuesto de unidad de autor señalado en el fundamento 8 del Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116.

a), del primer acuerdo, del segundo tema, para los fines de la refundición de penas establece que es preciso que la conexión de los delitos responda ya sea por la convergencia de afinidad y temporalidad, o la concurrencia de elementos comunes constitutivos del delito, para su tratamiento único. Con este planteamiento se pretenden restringir los alcances del artículo 51 que admitía el concurso real retrospectivo en delitos que tengan distinta naturaleza, más aún cuando la fórmula actual carece de pronunciamiento sobre la necesaria identidad objetiva de conexidad entre los delitos en concurso.

7. Ahora bien, el condenado puede haber sido imputado bajo cualquier 22
tipo de intervención delictiva, no necesariamente puede ser condenado por autoría (dominio de la acción, dominio de la voluntad o dominio funcional del hecho), sino también por participación, ya sea a título de complicidad (primaria o secundaria) o de instigación. Inclusive los títulos de imputación pueden diferir de la sentencia condenatoria con la de la denuncia fiscal, lo que al final de cuentas importaría en el análisis son los *quantum* diferenciables de penas aplicables conforme a cada título de imputación. Como es lógico estos títulos de imputación no parten de un mismo hecho punible.

8. La *disparidad punitiva* de los delitos en concurso es ahora un punto esen- 23
cial en la delimitación de la consecuencia punitiva acumulativa del concurso real retrospectivo, lo que antes importaba a la diferenciación de los supuestos de tratamiento refundidor o de reemplazo. Mediante la Ley N° 26832, si la pena del nuevo delito es menor al delito sentenciado se dictará sobreseimiento y se archivará la causa; si, por el contrario, la pena del nuevo delito es mayor, el condenado será procesado en un nuevo juicio y se impondrá la nueva pena correspondiente. Actualmente, la Ley N° 28730 suma las penas de los delitos en concurso, sin que se supere un máximo del doble de la pena del delito más grave, y no pudiendo exceder de 35 años. En el caso de que no existiera disparidad de penas, el acuerdo tercero del séptimo tema del Pleno Jurisdiccional Penal de Arequipa en 1997 desechaba la posibilidad de sobreseimiento del proceso, estableciéndose la prosecución de la causa y en su oportunidad la aplicación de la Ley N° 10124, de ser el caso. Existen dudas sobre si la comparación de las penas debe entenderse de la pena conminada del nuevo delito con la pena impuesta del sentenciado o siguiendo las reglas básicas del concurso real se tomarán los límites máximos de los respectivos marcos punitivos que tiene cada delito. La jurisprudencia vinculante de fecha 23 de febrero de 2005 acoge la primera opción al afirmar que "se debe efectuar una comparación entre la pena concreta impuesta en la primera sentencia y la pena legal conminada para el delito recién descubierto pero cometido antes de la

primera sentencia". Sin embargo, quienes plantean que esta figura no es más que una especie del concurso real común insisten en la comparación de penas conminadas aunque una de ellas ya ha sido impuesta, pues así se entablaría una efectiva proporcionalidad de las penas al tenerse en cuenta una comparación punitiva bajo la misma situación punitiva para ambos delitos, y una fijación global punitiva que resulta más beneficiosa al reo. *A contrario sensu*, de no negar una comparación con pena individualizada, se exigiría en el nuevo delito por lo menos su individualización mediante sentencia y conllevaría un concurso de sentencia que es ajena a los fines de esta figura. En ese mismo sentido, el Pleno Jurisdiccional Penal realizado en Arequipa en 1997 establece en su primer acuerdo que "para efectuar la comparación entre la pena impuesta en la sentencia y el delito recién descubierto cometido antes de ella, debe estarse a la pena conminada legalmente, sin perjuicio de tener presente los supuestos de eximentes incompletos y atenuaciones especiales". Los marcos punitivos habrán de corresponder a los delitos cuya naturaleza se haya precisado por el órgano jurisdiccional tanto en la denuncia fiscal (nuevo delito) como en la sentencia (delito condenado), sea figura básica, especial, agravada o atenuada. Por otro lado, la modificatoria de los marcos punitivos que se produjera durante el lapso en el retardo del descubrimiento del nuevo delito queda sujeta a lo más favorable al reo. Así, si la comisión del nuevo delito era sancionable con una ley penal benigna en comparación con su última reforma posterior a la sentencia condenatoria del primer delito, se tendrá en cuenta solo el marco punitivo derogado del nuevo delito para ser comparado con el marco punitivo del delito sentenciado.

24 9. Con la vuelta legal de la censurable figura de la reincidencia, implícitamente se deriva el requisito del momento de comisión del nuevo delito a efectos delimitantes con el concurso real retrospectivo. Por ello, el concurso real retrospectivo ha de entenderse entre delitos cometidos antes de la sentencia condenatoria de uno de ellos. La comisión posterior del otro descarta la configuración concursal. El *momento de comisión del nuevo delito* debe ser interpretado a partir del artículo 9 del CP, asumiendo un sistema diferenciado o de valoración jurídica[25] frente a soluciones unitarias como las teorías de la acción y del resultado. Así, el momento del nuevo delito descubierto se identifica en el momento en que el agente ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca, más aún si fuera

(25) En la doctrina nacional lo asumen VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*; VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 185, n. 375; HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 305, n. 813.

durante o con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia condenatoria. Si el nuevo delito fuere de *actos continuados* o de *efectos permanentes,* el momento delictivo se explaya hasta la terminación del injusto. De darse la peculiaridad de que la continuidad o la permanencia del delito persista durante y después del pronunciamiento condenatorio, se entenderá que el nuevo delito ha ocurrido con la terminación del hecho, es decir, después de la sentencia condenatoria, aplicándose la figura de la reincidencia. En las particularidades sobre el título de imputación con el que incurre el agente ante la comisión del nuevo delito, si fuera como *autor mediato* el momento se entiende cuando se encuentra utilizando al intermediario; como *coautor* o *cómplice*, en el instante en que brinda su aporte a la comisión delictiva.

IV. De la refundición a la acumulación material-limitativa

1. El efecto común en toda forma de concurso real es el tratamiento unitario de penas, y ello no escapa al concurso real retrospectivo que a través de la refundición de penas lograba una pena unitaria sea porque se sobreseía la causa al contarse con la pena mayor de la sentencia condenatoria o el mero reemplazo por la pena mayor que merece el nuevo delito descubierto. Es interesante asumir la propuesta de HURTADO POZO quien rechaza el mero reemplazo por la pena mayor en el segundo supuesto del artículo 51, siendo una nueva excepción al principio de absorción. Afirma más bien que "como en esta hipótesis no se busca evitar un nuevo proceso, se ha de admitir que debe aplicarse la pena de acuerdo a la regla referente al concurso real"(26). Así, se adoptaría el criterio de la *asperación* que "estriba en la consideración de una pena total, elevando adecuadamente la pena concreta más grave (...) teniendo en cuenta las circunstancias de los otros delitos"(27). En este caso se toma en cuenta el marco punitivo de la pena mayor que merece el nuevo delito y se graduará su fijación en consideración de la pena del delito menor. Aunque tal suerte dogmática no se contaba en el supuesto del reemplazo, a la que se podía apreciar cierto tratamiento de acumulación material. En realidad, el efecto refundidor solo tenía efectos en concurrencia delictiva real –incluyendo el concurso real retrospectivo–, siendo que los restantes casos se ajustaban a la natural consecuencia punitiva de cumplimiento sucesivo de penas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, invocando al *principio de ejecución legal de las penas* (Art. VI, TP, CP) no considera que ello corresponda "a una simple acumulación material o suma de penas", estima más bien que "la pena que resta por cumplir respecto

25

(26) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* p. 941, n. 2421.
(27) VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Código penal comentado*, p. 201.

del primer delito resulta independiente respecto de la pena que deberá también cumplir por la comisión del segundo delito, toda vez que este último fue cometido con posterioridad a la sentencia dictada por el primer delito (...), por lo que debe disponerse su cumplimiento en forma sucesiva"[28].

26 2. Siendo el objeto de la imposición de la pena la concreción del principio de proporcionalidad en razón a la responsabilidad del agente, quedaba descartada toda interpretación que pretenda pervivir soluciones de acumulación material de penas. La jurisprudencia se había pronunciado en el mismo sentido: "En materia de ejecución de condenas, nuestro modelo nacional está circunscrito al sistema de cumplimiento único de penas, tanto así que funciona el criterio de refundición de penas; sistema que resulta contrario a la acumulación o suma de penas, por lo que no resulta legalmente válido sumar el cumplimiento de más de un pena impuesta contra una persona"[29]. Además, en el proceso de definición de la pena unitaria siempre habría que tener en cuenta lo más beneficio para el condenado. "Por esto, es conveniente sentar como principio rector que, tratándose del concurso real retrospectivo, el juez debe evitar tratar al procesado con más severidad de lo que se le hubiera tratado si el juzgamiento de sus infracciones hubiera tenido lugar en el mismo acto"[30]. Dicha inquietud garantista también se percibió en el tercer acuerdo del Pleno Jurisprudencial Penal realizado en Ica (1998, Acuerdo Plenario N° 01-98), que determinó "que en ningún caso puede el procesado verse perjudicado por actos o situaciones que hayan impedido que la última sentencia dictada en su contra refunda las distintas penas que debe cumplir. Por el principio que prohíbe la autoincriminación no puede exigirse al procesado que sea la fuente que dé cuenta de las condenas anteriores que debe cumplir".

27 3. El cambio del tratamiento punitivo responde ahora a una salida acumulativa material pero limitativa como respuesta a un plan político-criminal de sobrecriminalización junto con la vigencia de la reincidencia, la habitualidad, el nuevo tratamiento punitivo del concurso ideal, entre otros. La formación de la pena global requiere preparar dos elementos: 1°) la suma de las penas atribuidas para cada delito en el que ha incurrido el procesado y 2°) los límites de aplicación del cual no debe sobrepasar la pena resultante. La confluencia de ambas genera la pena global directamente aplicable.

(28) Fundamento 9, STC del 4 de febrero de 2005, Exp. N° 0842-2003-HC/TC Arequipa.

(29) Sentencia 672 de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior del Cono Norte de Lima del 21 de diciembre de 1999, Exp. 99-507 en Rojas Vargas, F. / Infante Vargas, A., *Código penal. Op. Cit.*, p. 133.

(30) Hurtado Pozo, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 942, n. 2424.

4. La acumulación material en realidad parte de la *sumatoria* de penas 28
individualizadas –y no de conminadas–, para luego comparar el producto con los límites de aplicación y así concluir su individualización. Esto se debe a que la pena del primer delito ya se encuentra individualizada y si se trata de la formación de la pena global no es posible retrotraerla como pena conminada que se ha constituido en cosa juzgada, quedando tan solo individualizar la pena del segundo delito y luego proceder a la suma de ambas. Esta sumatoria no generaría problemas si se tratase de penas homogéneas, como se entendería del nuevo texto del artículo 51, pero cabe interrogarse si se pueden sumar penas heterogéneas, una pena privativa de libertad con una pena de inhabilitación o una pena de prestación de servicios a la comunidad o una pena de multa, cuestión que escapa de los alcances del artículo 51, dejando un virtual "vacío legal" a penas únicas de diferente naturaleza, y qué decir de delitos que tengan penas conjuntas diferenciadas. La sumatoria encuentra dos *límites de aplicación,* un *límite concreto*, en atención a la comparación de la gravedad de las penas de los delitos en concurso mediante la *disparidad punitiva* para determinar la pena más grave (el límite máximo de la pena conminada mayor) y así ser su duplo, el límite máximo de sanción; y otro *límite genérico* de 35 años determinado para la pena global a individualizar. Por la imposibilidad de la sumatoria en penas heterogéneas o conjuntas diferenciadas –que hemos hecho mención–, se tendría que aplicar directamente el *límite concreto* sin necesidad de proceder a la sumatoria. En caso de que una de las penas en concurso sea de cadena perpetua, es innecesario seguir todo este procedimiento, aplicándose esta sin mayores detalles. Así, luego de obtener el producto de pena individualizada, el juez tendrá que concluir con la individualización teniendo en cuenta los dos límites de aplicación, lo que al final se interpreta como una atenuación del producto sumatorio de todas las penas particulares, la **exasperación**, una forma de *acumulación jurídica*[31]. Cualquiera sea el producto punitivo, ello no perjudica la fijación de la reparación civil para el nuevo delito descubierto.

5. Por último si se preguntase cuál de los dos sistemas de tratamiento 29
punitivo unitario del artículo 51 (refundición/reemplazo, Ley N° 26832 o acumulación material-limitativa, Ley N° 28731) es el más beneficioso en caso de concurrencia de leyes penales ante un hecho concreto, la respuesta sería el de la Ley N° 26832 teniéndose que aplicar ultractivamente.

(31) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* p. 645, n. 58.

V. Bibliografía

30 BRAMONT ARIAS, Luis Alberto / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *Código penal anotado*, 3ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001; ESPINO PÉREZ, Julio, *Código penal, concordancias*. 4ª edición, 1968; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Grijley, Lima, 2005; JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2002; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*. Universitas, Madrid, 1999; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. Reppertor, Barcelona, 2004; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Teoría general de la imputación del delito*. Rodhas, Lima, 2004; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia. Parte general*. Palestra editores, Lima, 1999; ROJAS VARGAS, Fidel / INFANTE VARGAS, Alberto, *Código penal comentado*. Idemsa, Lima, 2001; ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*. Tomo II. Idemsa, Lima, 2005; STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I*. Trad. por Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A. SANCINETTI, 4ª ed. Hammurabi, 2005; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Edit. San Marcos, 2001; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Código Penal comentado*. 3ª edición reimpresión, Grijley, Lima, 2002; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006; ZAFFARONI, Eugenio R., *Derecho penal. Parte general*. Edersa, Buenos Aires, 2000.

CAPÍTULO III

DE LAS CONVERSIONES

Sección I
Conversiones de la pena privativa de libertad

§ 52
Conversión de la pena privativa de libertad

NOELIA CORRAL MARAVER
Universidad de Málaga
(España)

Sumario

	Nm	P
I. La conversión de la pena de prisión. Concepto	1	113
II. Fundamento político-criminal	7	115
III. Caracteres de la conversión de la pena privativa de libertad	16	119
1. Facultativa del juez	16	119
2. En defecto de otras medidas	19	120
3. Límites a la duración de la pena de prisión	24	121
4. Momento de la conversión	29	122
IV. Penas convertibles: la pena privativa de libertad	30	123
V. Penas convertidas	34	124
VI. Módulos de conversión	44	127
VII. Bibliografía	51	128

§ 52.- Conversión de la pena privativa de libertad

"En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.

Igualmente, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal, en concordancia con el inciso 3 del artículo 29-A del presente Código".

I. La conversión de la pena de prisión. Concepto

El Código Penal peruano de 1991 introdujo una gran variedad de medidas alternativas a la pena por antonomasia, que es la privación de libertad. Para ello, el legislador de 1991 introdujo un catálogo variado de medidas alternativas provenientes de diferentes fuentes, lo cual a menudo supuso adaptar el 1

ordenamiento penal peruano a sistemas foráneos[1]. Entre todas ellas, encaminadas a restringir en cierta medida el uso de la pena de prisión, encontramos la conversión, regulada en los artículos 52 a 54 del Código. Esta institución se basa en otras análogas existentes en el Derecho comparado, concretamente en la prevista en los artículos 80 y 81 del Código Penal tipo para Latinoamérica[2].

2 La institución de la conversión de penas es un sustitutivo penal que busca evitar la aplicación de la pena privativa de libertad en un número significativo de casos. Consiste en la conmutación de una pena privativa de libertad impuesta en sentencia –o ahora también en fase de ejecución *ex* artículo 52-A– por una pena de distinta naturaleza. Esto la diferencia de otras medidas, como la suspensión o la reserva del fallo condenatorio que, pese a evitar también el efectivo ingreso en prisión del condenado, no son propiamente sustitutivos penales, pues con ellas no se sustituye una pena por otra, sino simplemente se evita la aplicación de la pena privativa de libertad. Por otro lado, también cabe la conversión de penas no privativas de libertad. Así, en el artículo 55 se recoge la conversión de las penas de prestación en beneficio de la comunidad o de limitación de días libres, impuestas como penas autónomas, en pena de prisión. Esto podrá producirse en caso de incumplimiento de las obligaciones adicionales impuestas derivadas de esas sanciones. Asimismo, el artículo 56 regula la conversión de la pena de multa en caso de falta de pago por parte del reo. En tal supuesto, dicha pena será reemplazada también por una privativa de libertad.

3 Volviendo a la conversión de la pena privativa de libertad, hemos de señalar que en el Código Penal peruano esta medida coexiste con otras similares que también permiten reemplazar la pena impuesta por otra de distinta naturaleza. Nos referimos concretamente a la sustitución y la conmutación de penas. Pese a sus similitudes, nos encontramos ante medidas claramente diferentes.

4 La sustitución de penas está prevista en los artículos 32 y 33 del Código Penal y permite reemplazar penas privativas de libertad de un máximo de 4 años de duración por penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. La sustitución, sin embargo, está regulada de forma

(1) PRADO SALDARRIAGA, V., "La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal peruano y su aplicación judicial". En: HURTADO POZO, J. (coord.), *El sistema de penas del nuevo Código Penal*, p. 258.

(2) PRADO SALDARRIAGA, V., "Las medidas alternativas a las penas privativas de libertad en el Código". En: *Cathedra. Espíritu del Derecho*. N° 2 - Año 2.

muy escueta, lo que deja su aplicación al completo arbitrio judicial[3]. Ambas medidas, la conversión y la sustitución, proceden de fuentes legales diferentes. La conversión, como hemos señalado, se basa en una medida equivalente del Código Penal tipo para Latinoamérica y la suspensión se basa en otra recogida en el Código Penal brasileño.

Con todo, la conversión se usa con mayor frecuencia a nivel jurisprudencial que la sustitución debido a la mala regulación legislativa de esta última. En efecto, en la sustitución el legislador no ha previsto de manera expresa las consecuencias del incumplimiento por parte del condenado, por lo que los tribunales suelen aplicar la conversión que sí establece un régimen de incumplimiento y revocación en los artículos 53 y 54[4]. 5

Por su parte, la conmutación de penas es una medida de gracia que puede adoptar el poder político para corregir los errores de la aplicación judicial del Derecho. Surgió para corregir la aplicación de la legislación antiterrorista de 1992-1997. La conmutación supone sustituir la pena privativa de libertad por otra pena de menor duración, pero de la misma naturaleza[5]. Estamos no tanto ante un sustitutivo penal propiamente, sino ante un tipo de indulto parcial. Como prerrogativa de gracia no está recogido en el Código Penal, sino en la Constitución y la Ley N° 26655. 6

II. Fundamento político-criminal

La crisis de la pena de prisión es tan antigua como esta misma. Pese a ello, esta situación, lejos de provocar su desuso, ha servido para su reforzamiento, siendo hoy día la pena más relevante de la mayor parte de ordenamientos penales de los diferentes Estados[6]. 7

La conversión de la pena de prisión obedece, al igual que otras medidas penales previstas en el Código, a la idea de restringir el uso que el sistema de justicia criminal hace de la pena privativa de libertad. Pese a que en nuestros días la pena de prisión sigue siendo la base de la mayor parte de los sistemas punitivos, son diversas las razones que conducen a que, en determinados casos, 8

(3) Prado Saldarriaga, V., "Las medidas alternativas a las penas privativas de libertad en el Código". *Op. Cit.*

(4) Prado Saldarriaga, V., "Las medidas alternativas a las penas privativas de libertad en el Código". *Op. Cit.*

(5) Prado Saldarriaga, V., "La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal peruano y su aplicación judicial". *Op. Cit.*, pp. 266-267.

(6) Mapelli Caffarena, B. / Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 67-68.

se procure la reducción de su aplicación. Dichas razones pueden tener un cariz ideológico o ser de naturaleza pragmática. Para ello se tiende a fomentar la aplicación de penas alternativas o sustitutivos penales(7). Sin embargo, y sin pretensión de profundidad, los embates del denominado populismo punitivo que se viene extendiendo en las últimas décadas provoca, entre otros efectos, el redescubrimiento de la pena privativa de libertad y una menor apuesta por las penas alternativas o por sistemas de suspensión, sustitución o conversión de penas(8).

9 El legislador peruano de 1991 señala en la Exposición de Motivos del Código Penal la apuesta decidida, además de por una renovación de la pena de prisión y su unificación, por el impulso de algunas medidas alternativas que no comporten una anulación de la libertad ambulatoria del condenado. Además, se previeron bastantes penas alternativas, como son la prestación en beneficio de la comunidad, la multa o la limitación de días libres. Dichas penas pueden también imponerse como penas autónomas cuando así lo señale algún precepto de la Parte Especial del Código o como sustitutivas "cuando la pena reemplazada, en criterio del juzgador, no sea superior a 4 años" (Art. 32).

10 Los motivos aducidos en la Exposición de Motivos del Código para esta apuesta por medidas alternativas son diversos y parten del reconocimiento de los defectos de la prisión en cuanto pena y, además, de la limitación de medios personales y materiales por parte del Estado para garantizar unas condiciones mínimas a la ejecución de la misma: "No puede negarse la audacia con que el Proyecto ha previsto la aplicación de penas limitativas de derechos distintas a la privación de la libertad ambulatoria, pero hay que considerar que la densa población carcelaria, los efectos perniciosos de la prisión y la escasez de recursos públicos para cubrir las más elementales necesidades que exige al respecto la condición humana, compelen a indagar por soluciones que, sin ser perfectas, constituyan al menos un relativo avance en la lucha contra el delito".

11 Así, al igual que otras medidas similares, la conversión de las penas de prisión en otras de distinta naturaleza permite evitar los efectos perniciosos de las penas cortas y medias de prisión, específicamente los efectos criminógenos

(7) Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 2015, pp. 611-612; Díez Ripollés, J., *Derecho penal español. Parte general*, p. 645.

(8) Véase, en este sentido, Abel Souto, M., *La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley orgánica 1/2015*, p. 21 ss. Sobre el redescubrimiento de la pena de prisión en las sociedades actuales en el marco del modelo político-criminal de la seguridad ciudadana, véase, Díez Ripollés, J., *La política criminal en la encrucijada*, pp. 86-90.

de la contaminación carcelaria[9]. Las penas cortas de privación de libertad, además, dificultan o imposibilitan la rehabilitación del delincuente por otro motivo: independientemente de la escasez o abundancia de medios, su escasa duración en ocasiones ni siquiera permite la recepción de un tratamiento penitenciario adecuado[10].

Además, como expresamente señala el legislador, las elevadas tasas car- 12
celarias que aún hoy subsisten en Perú suponen un obstáculo a la propia ejecución de la pena de privación de libertad. En efecto, según datos actualizados disponibles en el Censo Nacional Penitenciario en 2016, el número total de personas encarceladas era de 77 086 individuos, habiéndose incrementado la cifra en los últimos años. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en 2016 la tasa de sobrepoblación penitenciaria en el país se situaba en un 132 %. Según las estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), en enero de 2018 esa tasa representaba el 119 %[11]. Esta situación de altas tasas de encarcelamiento y sobrepoblación, con leves oscilaciones, se ha mantenido constante durante años[12]. En un ejercicio de honestidad el legislador penal reconoció en la Exposición de Motivos del Código Penal que el elevado número de encarcelados y el alto coste económico que para las arcas del Estado supone la pena de prisión puede provocar problemas en el cumplimiento. En concreto, la dificultad de garantizar unas condiciones mínimas de dignidad a los reclusos, difíciles de mantener en aquellos centros en los que el hacinamiento es un grave problema.

Por todos estos motivos, el Código Penal de 1991 previó un amplio catá- 13
logo de medidas alternativas y sustitutivos que buscaban no solo restringir la aplicación de las penas cortas de prisión, sino incluso las penas medias de privación de libertad en algunos casos, dentro de ciertos límites. Entre ellas nos encontramos la conversión de la pena de prisión.

La introducción de este sustitutivo penal merece una valoración positiva, 14
pues, junto con la suspensión de la ejecución de la pena, es la alternativa que

(9) Lastra Ramírez, J., *Aplicación de la conversión de la pena privativa de libertad en una privativa de derechos (prestación de servicios a la comunidad o multa) en las salas penales corporativas para procesos ordinarios con reos en cárcel del Distrito Judicial de Lima en el período comprendido entre diciembre de 1999 y mayo de 2000*, p. 61. Véase también Landrove Díaz, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 71; Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* p. 611.

(10) Landrove Díaz, G., *Las consecuencias jurídicas del delito* (2007). *Op. Cit.*, p. 71; Díez Ripollés, J., *Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.,* pp. 645-646.

(11) Informes mensuales disponibles en <https://www.inpe.gob.pe/estad%C3%ADstica1.html>.

(12) Véanse censos penitenciarios y datos estadísticos, en el sitio web del INEI <http://criminalidad.inei.gob.pe/panel/mapa>.

suele evitar en mayor medida la entrada en prisión. Pese a todo, sus similitudes con la suspensión hacen dudar que sea necesario mantener en un mismo ordenamiento dos figuras tan similares y con numerosos solapamientos, siendo quizá aconsejable proceder en un futuro a su unificación. De hecho, por eso la institución de la conversión de penas no es una medida prevista en otros sistemas como, por ejemplo, el español, donde tradicionalmente solo ha habido un régimen de sustitución de la pena de prisión[13].

15 En todo caso, la realidad social de numerosos Estados de Latinoamérica hace comprensible esta mayor apuesta por las penas alternativas, dados los mayores índices de criminalidad y las excesivas tasas de encarcelamiento ya mencionadas. También cabe destacar lo que en el caso de Perú, a mi parecer, supone también una mayor conciencia política –y puede que social— de la vinculación de los fenómenos delictivos o, al menos, algunos de ellos, con la elevada desigualdad social existente en el país. Ello fomenta, al menos formalmente, una mayor defensa de la reinserción social y, por tanto, de la búsqueda de alternativas a la prisión. En efecto, en tal sentido se pronuncia el legislador peruano en la Exposición de Motivos del Código de 1991, reconociendo el "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 (Art. 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 desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social".

(13) En el sistema penal español, hasta 2015 las dos instituciones básicas para evitar la aplicación en determinados casos de las penas cortas de prisión eran la suspensión y la sustitución. Véase en relación a la segunda, Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 2010, *Op. Cit.*, pp. 575-577; García San Martín, J., *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*, p. 121 ss. Si bien la sustitución de penas ha perdido gran parte de su autonomía tras la reforma introducida por la Ley orgánica 1/2015, que la configura como una modalidad de la suspensión de penas. Véase González Tascón, M., "Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad". En: Roca de Agapito, L. (director), *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 112-113; Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 2015. *Op. Cit.*, p. 614 ss.; Díez Ripollés, J., *Derecho penal español. Parte general*, p. 647 ss.; Trapero Barreales, M., "La suspensión-sustitución de la pena de prisión, aspectos generales de su regulación en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal". En: *Revista General de Derecho Penal* Nº 28, p. 4 ss.

III. Caracteres de la conversión de la pena privativa de libertad

1. Facultativa del juez

16 Antes de determinar la aplicación de la conversión de la pena privativa de libertad, el juzgador debe, en primer lugar, comprobar que no son aplicables al caso concreto otras medidas. Y en el supuesto de que efectivamente no lo sean, debe valorar si, en ese mismo caso, conviene imponer la conversión de la pena. Estamos, por lo tanto, ante una medida que tiene un carácter facultativo, por lo que incluso, en el caso de que se cumplan los requisitos, el juez puede o no considerar la conveniencia de su aplicación(14).

17 El Código Penal de 1991 no contiene, por lo demás, criterios que condicionen al juez a optar o no por la conversión de la pena de prisión. Es, por lo tanto, de entender que deberá hacerlo a su prudente arbitrio y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto(15). La Ley N° 30076 de 2013 recoge que el juez se encuentra obligado a motivar el pronóstico favorable de conducta futura del reo para conceder la suspensión de la ejecución, si bien no se refiere expresamente a la conversión. Con todo, tiene sentido que este sea uno de los criterios a valorar por el juzgador también para decidir si procede o no convertir la pena.

18 Pese a la ausencia de criterios legales en la regulación de la conversión de penas, en el Código Penal de 1991 sí se recoge una serie de factores a tener en cuenta por los juzgadores a la hora de determinar y fundamentar la imposición de cualquier sanción. Tales indicaciones se recogen en el artículo 45, que fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013 y, posteriormente, por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015. Entre los factores a tener en cuenta en la imposición y determinación de la pena destacan las carencias sociales del reo, su posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad o el abuso de su cargo. También deben valorarse la cultura y costumbres del autor, así como los intereses de la víctima o sus familias; desde 2015 y la modificación

(14) Prado Saldarriaga, V., "La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal peruano y su aplicación judicial". *Op. Cit.*, p. 263.

(15) Ibídem, p. 264; Lastra Ramírez, J., *Aplicación de la conversión de la pena privativa de libertad en una privativa de derechos (prestación de servicios a la comunidad o multa) en las salas penales corporativas para procesos ordinarios con reos en cárcel del Distrito Judicial de Lima en el período comprendido entre diciembre de 1999 y mayo de 2000. Op. Cit.*, p. 63.

introducida por la Ley N° 30364 debe también considerarse la afectación de los derechos de la víctima y su situación de vulnerabilidad. Aunque la norma no lo establezca expresamente, ante la ausencia de criterios, estas circunstancias, junto con un pronóstico individualizado de peligrosidad, pueden ayudar a guiar al juzgador también a la hora de decidir convertir o no la pena privativa de libertad en otra de distinta naturaleza.

2. En defecto de otras medidas

19 Como hemos señalado, en primer lugar, el juez para poder proceder a la conversión debe comprobar que, en el caso concreto, no se cumplen los requisitos para poder aplicar otras medidas que evitarían también la aplicación de una pena privativa de libertad. Así, debe comprobar que no es posible aplicar al caso concreto ni la condena condicional ni la reserva del fallo condenatorio.

20 La condena condicional, normalmente denominada suspensión de la ejecución es una institución de gran tradición en Derecho comparado(16) y que consiste en dejar en suspenso la pena privativa de libertad durante un periodo de tiempo, que puede ir de uno a tres años. A cambio se impondrá al condenado una serie de reglas de conducta que debe observar durante el periodo de suspensión. Sin ánimo de entrar en detalles, para lo que nos remitimos al comentario de estos preceptos en la presente obra (Arts. 57 a 61), cabe destacarse que para que se aplique la suspensión son necesarios además otros requisitos, como que la pena privativa de libertad no sea mayor de cuatro años y que el condenado no sea reincidente o delincuente habitual. Además, debe tenerse en cuenta el tipo de hecho punible y las circunstancias y personalidad del agente. Con base en ello, el juez debe valorar las probabilidades de que el condenado no volverá a cometer un nuevo delito y considerar que, por lo tanto, resulta innecesaria la ejecución de una pena privativa de libertad. La pena de prisión no será ejecutada, salvo en caso de incumplimiento del autor de las reglas de conducta impuestas junto a la suspensión –aunque también cabe, además de la revocación de esta, la mera amonestación o la ampliación del plazo de suspensión. También deberá aplicarse la revocatoria por la comisión de un nuevo delito doloso durante el periodo de suspensión.

21 El régimen para acceder a la suspensión es más severo que el que el Código prevé para la conversión. Esto da sentido a que la primera sea una medida que deba ser aplicada de manera preferente en caso de que se den

(16) Landrove Díaz, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1991. *Op. Cit.*, pp. 84-85.

los requisitos para ello. La suspensión de la pena de prisión es, además, más beneficiosa para el reo, puesto que, en este caso, la pena privativa de libertad no llega a ejecutarse ni en su lugar se aplica ninguna otra, mientras que en la conversión se ejecutará una pena sustituta, si bien de otra naturaleza y no privativa de la libertad ambulatoria del penado. Debe, por tanto, valorarse positivamente el carácter subsidiario de la conversión frente a otras medidas más beneficiosas. Ahora bien, serán numerosos los casos en los que, no cumpliéndose todos los requisitos para proceder a la suspensión de la pena, el juez deba acogerse a la conversión si desea evitar la aplicación de la pena privativa de libertad.

22 La reserva del fallo condenatorio, que también debe aplicarse con carácter preferente a la conversión de darse los requisitos, está regulada en los artículos 62 a 67 del Código, a cuyo comentario nos remitimos. Esta medida consiste en que el juzgador renuncia a dictar la parte resolutiva de la sentencia en la que debería aparecer la pena. Esta medida solo es posible en determinados casos: delitos sancionados con pena privativa de libertad no mayor de 3 años o con multa; delitos con pena no superior a 90 jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; o delitos con pena no superior a 2 años de inhabilitación. El juez puede determinar la reserva del fallo condenatorio cuando de las circunstancias individuales del sujeto en el momento de la expedición de la sentencia se pueda presumir que el reo no cometerá un nuevo delito. Se deberá imponer también al reo una serie de reglas de conducta.

23 El carácter subsidiario de la conversión frente a estas dos medidas es uno de los requisitos básicos para poder proceder a su aplicación y supone una de las principales diferencias entre esta y la institución de la sustitución de penas[17].

3. Límites a la duración de la pena de prisión

24 La conversión de la pena de prisión, al igual que otros sustitutivos penales, no puede ser usada de forma indiscriminada para evitar la entrada en prisión de cualquier sujeto. Esto quiere decir que el Código impone determinados límites a las penas que pueden ser susceptibles de conversión. Estos límites, en el caso de la prisión, tienen naturaleza temporal y van a oscilar entre los 2 y los 6 años de privación de libertad, según los casos. Los delitos sancionados por encima de ese límite no podrán acogerse a tal beneficio.

(17) Prado Saldarriaga, V., "La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal peruano y su aplicación judicial". *Op. Cit.*, p. 263.

25 El artículo 52 señala que para que la pena privativa de libertad sea susceptible de conversión en pena de multa, la primera no debe exceder de 2 años de duración. En un principio solo se recogía este límite para todos los casos de conversión, lo que fue criticado por la doctrina por ser un límite demasiado bajo y poco homogéneo con los que preveían otras medidas alternativas[18].

26 En la actualidad, el límite de duración se amplía en caso de que la pena de prisión se convierta en pena de prestación en servicio de la comunidad o de limitación de días libres. Así, podrá realizarse la conversión en estos casos cuando la pena privativa de libertad no sea mayor de 4 años.

27 El segundo párrafo del artículo 52 recoge la posible conversión de la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, sanción creada en 2010 por la Ley N° 29499. Supone un defecto de técnica legislativa que este precepto no establezca hasta qué límite de duración la pena privativa de libertad puede convertirse en vigilancia electrónica personal, a diferencia de lo que hace para el resto de casos. Estamos, como decimos, ante un olvido del legislador penal, que no incluyó este dato en el artículo 52 del Código. Sin embargo, en el artículo 3 de la Ley N° 29499 que introduce esta pena, se señala que, en este caso, la conversión puede aplicarse a penas privativas de libertad no superiores a 6 años.

28 En definitiva, los límites temporales que recoge el Código Penal peruano son elevados en comparación con los previstos en otras latitudes[19]. Por ello podemos entender que el legislador penal peruano ha querido, al menos formalmente, apostar por medidas alternativas a la privación de libertad de gran amplitud. Así, se permite que los jueces puedan convertir no solo las penas cortas de prisión, sino también, en algunos casos, penas de prisión de mediana duración.

4. Momento de la conversión

29 La conversión de la pena de prisión, en caso de que sea acordada por el juez, debe establecerse en la sentencia condenatoria. Ahí también deberá detallarse la pena a ejecutar en lugar de la privación de libertad y su duración total, en

(18) Ídem.

(19) Así, por ejemplo, en España, la norma general para aplicar la sustitución y suspensión ha sido que las penas no superaran, respectivamente, el año o los dos años de prisión. Con la nueva regulación de 2015 se requiere que la pena o conjunto de penas impuestas no superen los dos años para su suspensión, si bien se recogen algunas excepciones. Véase Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 2015. *Op. Cit.*, pp. 617-618.

función de las reglas de cómputo previstas en la ley. Desde época reciente, cabe, sin embargo, la conversión de la pena de prisión realizada con posterioridad a la sentencia condenatoria, cuando el reo está ya cumpliendo la pena privativa de libertad. Este tema lo estudiaremos a continuación al analizar el artículo 52-A.

IV. Penas convertibles: la pena privativa de libertad

30 La conversión de la pena que prevé el artículo 52 se limita a la pena de prisión, si bien como hemos señalado, existe la posibilidad de conversión de otras penas previstas en otros preceptos del Código. No se incluyen como pena a sustituir por la institución de la conversión las restrictivas de libertad, concretamente la pena de expulsión de extranjeros.

31 La pena de prisión es en la actualidad aún la pena más utilizada en la mayoría de los sistemas penales, pese a que, desde sus inicios, se ha constatado sus deficiencias y efectos negativos[20]. Estos problemas intrínsecos a la pena de prisión se agravan notablemente en aquellos Estados que, además, no cuentan con los medios personales y materiales necesarios para garantizar una efectiva y racional ejecución de las penas privativas de libertad. Pero, como ya hemos mencionado más arriba, la larga lista de perjuicios que provoca esta pena tiende a llevar a los Estados –si bien a unos más que a otros–, bien a optar por penas alternativas a la prisión, bien a prever medidas sustitutivas de estas en determinados casos[21]. De esta forma se trata de usar la prisión como el último recurso y limitar su aplicación a la criminalidad más grave.

32 El Código Penal de 1991 unifica las penas privativas de libertad, eliminando las diversas categorías, entre ellas la de reclusión, que se caracterizaba por condiciones de ejecución de mayor dureza[22]. Por ello, desde entonces, la pena privativa de libertad es única, si bien su duración máxima ha sido objeto de numerosas reformas. Actualmente, tras la declaración de inconstitucionalidad de la prisión a perpetuidad, la pena de prisión tiene naturaleza temporal, pudiendo tener una duración mínima de 2 días y máxima de 35 años.

33 Como ya hemos señalado, precisamente para evitar la aplicación de las penas de prisión de corta o media duración que permite el Código, se ha previsto la

(20) Hurtado Pozo, J. / Prado Saldarriaga, V., *Manual de Derecho penal. Parte general*, Tomo II. *Op. Cit.*, pp. 261-262.

(21) Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 2015. *Op. Cit.*, pp. 611-612; Díez Ripollés, J., *Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, pp. 646-647.

(22) Hurtado Pozo, J. / Prado Saldarriaga, V., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 264.

conversión de esta en otra pena menos grave. Pero tal medida, como también hemos visto, tiene restringida su aplicación a delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta 2, 4 o 6 años, según los casos.

V. Penas convertidas

34 El Código Penal de 1991 permite en la actualidad –tras alguna reforma– que la pena de prisión sea convertida en cuatro posibles penas alternativas, a saber, la pena de multa, la pena de prestación en beneficio de la comunidad, la pena de privación de días libres y la pena de vigilancia electrónica personal.

35 La pena de multa es en la actualidad para muchos países la más relevante del sistema de sanciones penales tras la pena privativa de libertad. Esta pena, al afectar al patrimonio del condenado, también le causa un perjuicio, lo que determina su carácter aflictivo[23]. La multa es también una pena que busca evitar la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración en muchos sistemas jurídicos. En el Código Penal de 1991 la pena de multa sigue el sistema de días-multa, muy extendido en todo el mundo occidental[24]. Así, a modo de ejemplo, el Código Penal español de 1995 también estableció y desarrolló este sistema de días-multa, que compagina con el tradicional sistema de multa proporcional, que se mantiene como subsidiario y que no se utiliza nunca como pena sustitutiva[25].

36 En Perú, dicha pena ha tenido problemas de implementación porque en un inicio los operadores judiciales mostraron reticencias o dificultades para entender el funcionamiento del nuevo sistema y, sobre todo, porque no existía un sistema administrativo sólido dirigido a garantizar el cobro de las cuantías, lo que determinaba la poca eficacia de la sanción[26].

37 Otra de las penas que se pueden imponer con la conversión es la prestación en servicio a la comunidad. El Código la configura como una pena privativa de derechos. La pena de prestación de servicios a la comunidad consiste en la realización de trabajos gratuitos por parte del condenado en instituciones

(23) Gracia Martín, L. (coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito.*, p. 91.

(24) Más extensamente, en Hurtado Pozo, J. / Prado Saldarriaga, V., *Manual de Derecho penal. Parte general*, Tomo II. *Op. Cit.*, p. 314.

(25) Más en detalle, en Gracia Martín, L. (coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. Op. Cit.*, pp. 92-101; Landrove Díaz, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2007. *Op. Cit.*, pp. 94-97; Díez Ripollés, J., *Derecho penal español. Op. Cit.*, p. 717 ss.

(26) Hurtado Pozo, J. / Prado Saldarriaga, V., *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo II. *Op. Cit.*, p. 314.

públicas o privadas pero de contenido social, como centros asistenciales, escuelas, hospitales, orfanatos, etc. (Art. 34). Es una pena cuya ejecución se realiza en medio abierto, lo cual la diferencia del trabajo que pueden realizar los reos dentro de los establecimientos penitenciarios y que tendría la consideración de tratamiento penitenciario. Para el estudio detallado de esta pena nos remitimos de nuevo a los correspondientes preceptos de este comentario. Como señala PRADO SALDARRIAGA, esta pena no ha alcanzado aún el debido desarrollo, debido en gran medida a la poca aceptación social que tiene, ya sea por desconfianza hacia el condenado o por los efectos de las crisis económicas en el mercado laboral, que dificultan su aplicación[27]. Pese a ello, es la pena alternativa a la prisión más usada[28].

La sanción de limitación de días libres es otra de las previstas para apli- 38
car vía conversión. Esta pertenece a la categoría de penas de ejecución fraccionada y es similar a otras penas existentes en Derecho comparado, como la antigua pena de arresto de fin de semana del Código Penal español[29], si bien presenta también marcadas diferencias. En el ordenamiento peruano la sanción limitativa de días libres fue prevista por primera vez en el Proyecto de Código Penal de 1989, luego en el de 1990, y mantenida en el actual texto legal, en el artículo 35. Dicha pena impone la obligación de permanecer los sábados, domingos y días festivos en los establecimientos que se establezcan con fines educativos. Es precisamente esa finalidad educativa la que da sentido a esta sanción, que no podrá cumplirse en un establecimiento de naturaleza penitenciaria. La duración irá desde un mínimo de 10 horas hasta un máximo de 16 horas en total por cada fin de semana.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta pena, es complejo diferenciarla 39
de otras sanciones penales. Se podría pensar que estamos ante una suerte de pena privativa de libertad –porque restringe la libertad ambulatoria– pero de ejecución fraccionada. La doctrina, sin embargo, se opone a tal equiparación porque esta no se puede cumplir en un establecimiento penitenciario[30]. De hecho, para el Código Penal de 1991 se trata de una pena privativa de

(27) Ibídem, pp. 282-283.

(28) Véanse estadísticas del INPE. Estadísticas mensuales disponibles en <https://www.inpe.gob.pe/estad%C3%ADstica1.html>.

(29) HURTADO POZO, J. / PRADO SALDARRIAGA, V., *Manual de Derecho penal. Parte general*, Tomo II. *Op. Cit.*, p. 297; DÍEZ RIPOLLÉS, J., *Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, pp. 620-621, 646-647.

(30) HURTADO POZO, J. / PRADO SALDARRIAGA, V., *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo II. *Op. Cit.*, pp. 298-299. En todo caso, sobre esta discusión, nos remitimos al comentario del artículo 35 de la presente obra.

derechos. De ahí que tenga sentido que el legislador la prevea como uno de los posibles sustitutivos de la pena de privación de libertad.

40 El uso en la práctica jurisprudencial de esta pena ha sido también escaso(31). Ello se debe a la falta de confianza judicial en la misma, prefiriéndose la prestación en beneficio de la comunidad y también a la escasez de establecimientos especializados para su ejecución.

41 Por último, la vigilancia electrónica personal es una pena de reciente creación, ya que fue incorporada al Código (Art. 29-A) por el artículo 4 de la Ley Nº 29499, publicada el 19 de enero de 2010. Dicha pena se define como un mecanismo de control cuya finalidad es monitorear por medios telemáticos el tránsito de condenados o, incluso procesados, dentro de un determinado radio de acción, si bien teniendo como punto de referencia el domicilio del condenado o el lugar que este indique. Los detalles de su aplicación están regulados por un reglamento. La entidad encargada de su implementación y ejecución es el INPE.

42 A diferencia de las anteriores, esta pena se configura solo como una pena alternativa a la privativa de libertad, no estando concebida como pena autónoma. Por lo tanto, solo es aplicable a través de la conversión(32). El artículo 52 del Código de 1991 señala que esta pena deberá ser aplicada conforme a los requisitos establecidos en el artículo 29-A. Dicho precepto prescribe que la ejecución se realizará en el domicilio del condenado o en el lugar que este señale "a partir del cual se determinará su radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito". Para que pueda imponerse esta pena por conversión, el reo debe aceptar expresamente su ejecución, no siendo posible imponerla en caso contrario. Además, el reo no ha de haber sido previamente condenado por un delito doloso. También debe presentar un informe técnico de su vida familiar, laboral y social y fijar un domicilio a efectos de la ejecución de la pena. Esta pena conllevará la imposición por parte del juez de las reglas de conducta que considere necesarias para asegurar el control del reo.

43 Bajo mi punto de vista, el establecimiento de estos rígidos requisitos restringe en la práctica la posibilidad de aplicación de la vigilancia electrónica personal, que solo se aplicará a personas socialmente integradas y con determinados medios. Esta pena está especialmente prevista para personas mayores

(31) Ello se desprende de las estadísticas del INPE. Estadísticas mensuales disponibles en <https://www.inpe.gob.pe/estad%C3%ADstica1.html>.

(32) Hurtado Pozo, J. / Prado Saldarriaga, V., *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo II, *Op. Cit.*, p. 320.

de 65 años o personas con enfermedades graves. También a las mujeres gestantes y discapacitados les será de aplicación preferente[33].

VI. Módulos de conversión

Debe destacarse que, en un principio, el Código Penal de 1991 realizaba 44
una conversión de la pena privativa de libertad a razón de un día de prisión por un día de multa o por una jornada semanal de prestación a beneficio de la comunidad o de limitación de días libres. Ello provocaba que los condenados debieran pasar un plazo muy elevado asistiendo a estas jornadas semanales para poder eludir la pena privativa de libertad, lo cual era desproporcionado[34]. Además, curiosamente, estos módulos de conversión no eran ni siquiera equivalentes a los previstos en caso de incumplimiento de la pena reconvertida en caso de la revocación de la medida (que se compensaban en una escala 1/7)[35].

Las deficiencias de esta regulación se corrigieron por la Ley N° 27186 de 45
19 de octubre de 1999. Desde ese momento se modificó la dicción del Código y ahora una jornada de prestación a beneficio de la comunidad o de limitación de días libres se computa por una semana de privación de libertad[36]. Además, hoy día tanto en la imposición de la pena convertida como en la eventual reconversión por incumplimiento los módulos de conversión son idénticos.

Por lo tanto, en la actualidad el cálculo de las penas de cara a la conver- 46
sión debe hacerse de la siguiente forma:

- Un día de privación de libertad equivale a un día de multa. 47

- Siete días de privación de libertad equivalen a una jornada de presta- 48
ciones en servicio a la comunidad.

(33) Ídem.

(34) Prado Saldarriaga, V., "La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal peruano y su aplicación judicial". *Op. Cit.*, p. 264; Lastra Ramírez, J., *Aplicación de la conversión de la pena privativa de libertad en una privativa de derechos (prestación de servicios a la comunidad o multa) en las salas penales corporativas para procesos ordinarios con reos en cárcel del Distrito Judicial de Lima en el período comprendido entre diciembre de 1999 y mayo de 2000. Op. Cit.*, p. 62.

(35) Prado Saldarriaga, Víctor, "La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal peruano y su aplicación judicial". En: Hurtado Pozo, José (coord.), *El sistema de penas del nuevo Código Penal. Op. Cit.*, p. 266.

(36) Lastra Ramírez, J., *Aplicación de la conversión de la pena privativa de libertad en una privativa de derechos (prestación de servicios a la comunidad o multa) en las salas penales corporativas para procesos ordinarios con reos en cárcel del Distrito Judicial de Lima en el período comprendido entre diciembre de 1999 y mayo de 2000. Op. Cit.*, p. 62.

49 - Siete días de privación de libertad equivalen a una jornada de privación de días libres.

50 - Un día de privación de libertad equivale a un día de vigilancia electrónica personal.

VII. Bibliografía

51 Abel Souto, Miguel, *La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley orgánica 1/2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; Díez Ripollés, José Luis, *Derecho penal español. Parte general*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; Díez Ripollés, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*. B de f, Buenos Aires, 2007; García San Martín, Jerónimo, *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas alternativas de libertad*. Dykinson, Madrid, 2015; García San Martín, Jerónimo, *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*. Dykinson, Madrid, 2012; Gracia Martín, Luis (coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; González Tascón, Mª Marta, "Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad". En: Roca de Agapito, Luis (director), *Las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; Hurtado Pozo, José / Prado Saldarriaga, Víctor, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tomo II. 4ª edición. Idemsa, Lima, 2011; Landrove Díaz, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*. 6ª edición revisada y puesta al día con Mª Dolores Fernández Rodríguez. Tecnos, Madrid, 2007; Landrove Díaz, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª edición. Tecnos, Madrid, 1991; Lastra Ramírez, Janeth Mónica, *Aplicación de la conversión de la pena privativa de libertad en una privativa de derechos (prestación de servicios a la comunidad o multa) en las Salas penales corporativas para procesos ordinarios con reos en Cárcel del Distrito Judicial de Lima en el periodo comprendido entre diciembre de 1999 y mayo de 2000*, Academia de la Magistratura, 2000; Mapelli Caffarena, Borja / Terradillos Basoco, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª edición. Civitas, Madrid, 1996; Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 9ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 8ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; Prado Saldarriaga, Víctor, "La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal peruano y su aplicación judicial". En: Hurtado Pozo, José (coordinador), *El sistema de penas del nuevo Código Penal*. Anuario de Derecho penal. Árbol académico, 1999; Prado Saldarriaga, Víctor, "Las medidas alternativas a las penas privativas de libertad en el Código". En: *Cathedra. Espíritu del Derecho* N° 2 - Año 2, Lima, 1998; Prado Saldarriaga, Víctor, *Todo sobre el Código Penal*. Idemsa, Lima, 1996; Trapero Barreales, María A., "La suspensión-sustitución de la pena de prisión, aspectos generales de su regulación en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal". En: *Revista General de Derecho penal* N° 28, 2017.

§ 52-A
Conversión de la pena privativa de libertad en ejecución

Noelia Corral Maraver
Universidad de Málaga
(España)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Fundamentos político-criminales	1	129	III. Penas convertidas y módulos de conversión	8	131
II. Pena convertible y requisitos de la conversión en ejecución	5	130			

§ 52-A. Conversión de la pena privativa de libertad en ejecución

"El Juez competente puede convertir la pena privativa de libertad en ejecución de condena, por una pena limitativa de derechos, a razón de siete (7) días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres, según corresponda y siempre que se cumplan los supuestos de procedencia y requisitos establecidos en la ley de la materia".

I. Fundamentos político-criminales

La modalidad de conversión de la pena durante la fase de ejecución es una medida introducida en el Código Penal peruano recientemente a través del Decreto Legislativo N° 1300 de 2016, norma que regula el procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas durante la fase de ejecución de la condena. 1

Este asunto había sido estudiado unos años atrás, el 17 de octubre de 2013, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el recurso de Casación N° 382-2012. Se plantea en el caso la posibilidad de aplicar la conversión de la pena de prisión en fase de ejecución (con base en el Art. 491 del Código Procesal Penal) a un sujeto respecto al que se había decretado su ingreso en prisión tras una revocatoria de la suspensión de la pena por incumplimiento reiterado de las reglas de conducta impuestas. La instancia inferior había permitido la conversión en tales circunstancias. La sentencia, que cuenta con un voto particular, procede a casar la sentencia del tribunal de apelación que permite la conversión, pero no debido al momento de la concesión. La Sala Penal considera que permitir la conversión en este supuesto supone en la práctica 2

una desnaturalización de la medida de la suspensión o condena condicional y que tal supuesto no está permitido en el Código, puesto que no está prevista una revocatoria de la revocatoria. Los motivos político-criminales que guían las medidas alternativas a la pena privativa de libertad ceden ante el incumplimiento reiterado del demandante.

3 En todo caso, el Decreto Legislativo N° 1300 que introduce esta medida busca, bajo ciertos requisitos, fomentar la reinserción social de los condenados. Así, la ampliación de la institución de la conversión de penas a supuestos inicialmente no previstos permitirá aumentar el número de supuestos de aplicación de esta medida, así como tener en cuenta circunstancias que no pudieron apreciarse en el momento de imponer la sentencia.

4 Con ello se pretende además descongestionar los centros penitenciarios, que presentan actualmente, como hemos visto, elevados índices de hacinamiento y condiciones inadecuadas o tratos inhumanos debido precisamente a esa sobrepoblación existente.

II. Pena convertible y requisitos de la conversión en ejecución

5 La pena a sustituir es también la pena privativa de libertad. Pero para que ello se produzca es necesario, además, que se den ciertos requisitos previstos en el Decreto Legislativo N° 1300.

6 El primero de dichos requisitos es la duración de la pena privativa de libertad a la que el reo haya sido condenado. Para que pueda concederse la conversión dicha pena no podrá ser mayor de 4 años cuando el condenado se encuentre en régimen ordinario cerrado, y no mayor de 6 años, cuando este se encuentra en la etapa de mínima seguridad de ese mismo régimen. Además, se exige otro requisito, como que las infracciones cometidas hayan sido de escasa lesividad, lo cual deberá ser valorado por el juez.

7 La norma establece que no procede este beneficio para condenados por determinadas conductas delictivas, como parricidio, extorsión, tráfico ilegal de armas, colusión simple y agravada, enriquecimiento ilícito, delitos cometidos en el seno de una organización criminal, entre otras conductas. Tampoco podrá aplicarse la conversión de la pena en ejecución cuando el condenado sea reincidente o delincuente habitual. Ni podrá aplicársele en caso de que se le haya revocado ya una pena alternativa, con lo que se mantiene por el legislador el criterio jurisprudencial arriba analizado en la sentencia de 2013.

Para esta modalidad de conversión, tendrán carácter prioritario las solicitudes de personas mayores de 65 años, mujeres gestantes, mujeres con hijos menores, así como las de personas que ostenten la posición de cabeza de familia.

III. Penas convertidas y módulos de conversión

En este supuesto del artículo 52-A el legislador ha previsto como penas sustitutivas solo dos modalidades de penas alternativas a la prisión. Ello contrasta con las cuatro posibilidades que otorga el legislador a la autoridad judicial en el artículo precedente. Así, la conversión de la pena privativa de libertad acordada en fase de ejecución solo podrá efectuarse por prestación de servicios a la comunidad y por limitación de días libres. 8

Es criticable que en este supuesto no esté prevista la vigilancia electrónica, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 52. Tampoco está prevista la sustitución de la pena por multa. En principio no se entiende esta diferenciación entre la conversión acordada en sentencia y aquella otra ordenada posteriormente en fase de ejecución, que no ha sido justificada por el legislador y que no parece deberse a una cuestión de mayor o menor aflictividad de las penas elegidas. 9

El módulo de conversión, al igual que ocurre en el artículo 52, será de 7 días de privación de libertad por una jornada, bien de prestación en beneficio de la comunidad, bien de limitación de días libres. 10

§ 53
Revocación de la conversión

NOELIA CORRAL MARAVER
Universidad de Málaga
(España)

Sumario

	Nm	P
I. Tipos de incumplimiento de la pena convertida	1	133
II. Requisitos para proceder a la revocación	3	134
III. Revocación y módulos de conversión	5	134
IV. Relación entre la revocación de la conversión y el quebrantamiento de condena	11	135
V. Bibliografía	14	136

§ 53.- Revocación de la conversión

"Si el condenado no cumple, injustificadamente, con el pago de la multa o la prestación del servicio asignado a la jornada de limitación de días libres, la conversión será revocada, previo apercibimiento judicial, debiendo ejecutarse la pena privativa de libertad fijada en la sentencia.

Revocada la conversión, la pena cumplida con anterioridad será descontada de acuerdo con las equivalencias siguientes:

1. Un día de multa por cada día de privación de libertad; o

2. Una jornada de servicio a la comunidad o una de limitación de días libres por cada siete días de pena privativa de libertad".

I. Tipos de incumplimiento de la pena convertida

El Código Penal de 1991 prevé la posibilidad de revocar la conversión de la pena privativa de libertad en caso de incumplimiento[(1)]. Dicho incumplimiento puede ser de distinto tipo. 1

En el caso de la pena de multa el incumplimiento consistirá en el impago total o parcial de alguna de las cuotas impuestas según el sistema de días-multa. Si la conversión hubiese sido por pena limitación de días libres, la revocación puede deberse al incumplimiento de la prestación asignada o de normas de conducta impuestas. En caso de prestación en beneficio de la comunidad, el incumplimiento será relativo a, por ejemplo, la inobservancia 2

(1) Véase PRADO SALDARRIAGA, V., *Todo sobre el Código Penal*, pp. 148-149.

reiterada de los deberes correspondientes al trabajo impuesto o por absentismo del puesto de trabajo.

II. Requisitos para proceder a la revocación

3 Cuando se constate por la autoridad judicial el incumplimiento de la pena convertida, se requiere que el tribunal realice un apercibimiento previo al condenado. Sin embargo, esta obligación de realizar un requerimiento previo no significa que el juez pueda dejar de aplicar la revocación, que tiene el carácter de preceptiva. Estamos ante un régimen de revocación más duro que el previsto para, por ejemplo, la condena condicional, en la que el juez puede, antes de revocar, amonestar al penado o ampliar el periodo de suspensión de la pena.

4 La revocatoria de la conversión respecto al incumplimiento se predica tanto del artículo 52 (conversión de penas en sentencia) como del artículo 52-A (conversión de penas en ejecución). En este último supuesto la posibilidad de aplicar la revocación se deriva, no de la dicción literal del precepto penal, sino del artículo 11 del Decreto legislativo N° 1300 que introduce dicha modalidad de conversión. En este caso, el juez también deberá realizar un apercibimiento previo al condenado y, tras ello, "procede sin más trámite a revocar la conversión, ordenando su inmediata ubicación y captura, a efectos de que cumpla con ejecutar la pena privativa de libertad fijada en la sentencia".

III. Revocación y módulos de conversión

5 Una vez revocada la conversión de la pena, procede decretar de nuevo la ejecución de la pena privativa de libertad y el ingreso del condenado en un establecimiento penitenciario. No obstante, el tiempo ejecutado de la pena convertida será descontado de lo que el reo debe cumplir de privación de libertad. De nuevo, esto rige tanto para el artículo 52 como para el 52-A (*ex* Art. 11 del Decreto Legislativo N° 1300). En este último caso, de conversión en fase de ejecución, si bien se descuenta la pena convertida efectivamente ejecutada, el reo no podrá acceder a los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional, debiendo cumplir el íntegro de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Ello supone un régimen más grave que en la conversión común, que no impone tales restricciones.

6 El artículo 53 establece los módulos para reconvertir las penas alternativas en pena de prisión, que son los mismos que vimos en el artículo 52.

Recordemos que esto no era así en el momento de la aprobación del Código, pues los módulos de conversión eran diversos, fallo que, como hemos visto, fue corregido por la Ley N° 27186 de 19 de octubre de 1999. Por tanto, las equivalencias previstas actualmente serían las siguientes:

- Un día de multa cumplida resta un día de privación de libertad. 7

- Una jornada de servicio a la comunidad cumplida computa como siete días de pena privativa de libertad. 8

- Una jornada de limitación de días libres cumplida computa como siete días de pena privativa de libertad. 9

En el caso de que la reconversión se realice desde una pena de vigilancia electrónica personal, el incumplimiento de las reglas de esta pena deberá ser comunicado por el INPE a la autoridad judicial, que determinará la adopción de las correspondientes acciones, según lo que se detalla en el Reglamento que desarrolla la Ley (Decreto Legislativo N° 1322). En dicho documento se señala que, ante determinados incumplimientos (infringir reiteradamente las reglas de conducta, daños al dispositivo, etc.), el juez puede decidir proceder a la conversión a la inversa de la pena de vigilancia electrónica en pena privativa de libertad y su ingreso en el establecimiento penitenciario. En este caso, el cómputo sería de un día de vigilancia electrónica personal cumplido por un día de privación de libertad. 10

IV. Relación entre la revocación de la conversión y el quebrantamiento de condena

En el Código Penal español, al analizar la sustitución de la pena de prisión, que es la institución más similar a la conversión que aquí estudiamos, se plantea el problema de si, en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas por el juez o de comisión de un nuevo delito durante el plazo de sustitución, además de la revocación de la misma, cabría condenar al penado también por el delito de quebrantamiento de condena. Lo mismo se plantea en el caso de suspensión de la ejecución. Dicha conducta de quebrantamiento está tipificada como delito contra la administración de justicia en el artículo 468 del Código Penal español. 11

Para Muñoz Conde y García Arán en estos casos no sería posible derivar ambas consecuencias con base en el principio *ne bis in idem*, por lo que procede aplicar un concurso de normas que se resolvería a favor de aplicar el 12

incumplimiento y revocar la suspensión o sustitución, prescindiendo de aplicar un delito de quebrantamiento[2].

13 En el ordenamiento peruano no puede plantearse tal problema al no existir una figura equivalente al quebrantamiento de condena en la Parte Especial del Código, por lo que solo procede aplicar el régimen de incumplimiento y revocación previsto en el artículo 53.

V. Bibliografía

14 Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general.* 8ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; Prado Saldarriaga, Víctor, *Todo sobre el Código Penal.* Idemsa, Lima, 1996.

(2) Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 576.

§ 54
Revocación de la conversión por la comisión de delito doloso

NOELIA CORRAL MARAVER
Universidad de Málaga
(España)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Requisitos de la revocación por comisión de nuevo delito	1	137	II.	Consecuencias de la revocación	4	138
				III.	Bibliografía	6	138

§ 54.- Revocación de la conversión por la comisión de delito doloso

"Cuando el condenado cometa, dentro del plazo de ejecución de la pena convertida según el artículo 52, un delito doloso sancionado en la ley con pena privativa de libertad no menor de tres años, la conversión quedará revocada automáticamente y así será declarada en la nueva sentencia condenatoria. Efectuando el descuento correspondiente a la parte de pena convertida que hubiese sido ejecutada antes de la revocatoria, conforme a las equivalencias indicadas en el artículo 53, el condenado cumplirá la pena privativa de libertad que resta de la primera sentencia y la que le fuere impuesta por el nuevo delito".

I. Requisitos de la revocación por comisión de nuevo delito

El artículo 54 regula un segundo tipo de revocación de la pena convertida y su reconversión en pena privativa de libertad. Este es el supuesto en que el condenado cometa un nuevo delito durante el plazo de ejecución de la pena convertida según el artículo 52. En todo caso, considero que también debería entenderse incluido el supuesto del 52-A, de conversión en fase de ejecución. 1

Para que proceda la revocación no basta con la comisión de cualquier delito, sino que debe ser uno cometido con dolo, quedando, por ello, claramente excluidos aquellos otros que se pudieran cometer por imprudencia. Además, el delito cometido debe estar sancionado por la ley con al menos 3 años de privación de libertad, lo que deja fuera un buen número de conductas de carácter leve. 2

En este caso, no es necesario un apercibimiento previo por parte del tribunal. La revocación, que es preceptiva, se vuelve así también automática. 3

II. Consecuencias de la revocación

4 Al igual que en el precepto anterior, la revocación supone que el condenado deba cumplir la pena de privación de libertad que le había sido impuesta inicialmente. Se debe descontar el tiempo cumplido con la pena convertida. El sistema de cómputo es el mismo que el que hemos estudiado en el artículo 53.

5 En este caso, además, se dictará sentencia por el nuevo delito y el penado deberá, además de la pena privativa de libertad reconvertida, cumplir esa nueva pena privativa de libertad. Sin embargo, la condena previa no tendrá el efecto de poder agravar la conducta posterior por reincidencia, ya que no se da el requisito exigido por el Código de que se haya cumplido completa o parcialmente una pena privativa de libertad(1).

III. Bibliografía

6 HURTADO POZO, José / PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo II. 4ª edición. Idemsa, Lima, 2011.

(1) HURTADO POZO, J. / PRADO SALDARRIAGA, V., *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo II, p. 362.

Sección II
Conversión de la pena de prestación de servicios a la comunidad y limitativa de días libres

§ 55
Conversión de las penas de "Prestación de servicios a la comunidad" o de "Limitación de días-libres" en pena "Privativa de libertad"

KARL BORJAS CALDERÓN
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Consideraciones generales	1	139	V.	El procedimiento de conversión de penas *in malam partem*	50	149
II.	Clases de conversión de pena reguladas en el artículo 55 del Código Penal	13	142	VI.	Ecuación de la conversión de la pena limitativa de derechos a pena privativa de libertad	65	152
III.	Causas de la conversión de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitativas de días libres en pena privativa de libertad	23	144	VII.	Análisis constitucional	68	153
IV.	El apercibimiento judicial de conversión	38	147	VIII.	Bibliografía	75	154

§ 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad

"Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicadas como penas autónomas, impuestas en caso de delito o falta, dichas sanciones se convertirán en privativas de libertad, previo apercibimiento judicial, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada jornada incumplida de prestación de servicios a la comunidad o jornada de limitación de días-libres".

I. Consideraciones generales

Al Código Penal peruano se le puede considerar como severo, pues los 1
legisladores de turno han previsto altos castigos en las consecuencias jurídicas de la mayoría de delitos; además, en la práctica, los juzgadores frecuentemente optan por determinar sanciones penales de igual sentido sin acaso tener consideraciones sobre la resocialización del agente. En general, principalmente los actores políticos conciben a nuestro Boletín Penal como la supuesta solución

de la mayoría de problemas sociales que vive el país, pues es un claro reflejo de inflación penal y de arbitrariedad estatal que cuenta con casi 600 modificaciones realizadas hasta el día de hoy.

2 En el último cuarto de siglo, en nuestra justicia penal peruana pocas veces se han visto modificaciones normativas a favor del reo o referidas a consideraciones de prevención especial. Para destacar algunas, recién en 2016, el Gobierno de turno se preocupó sobre la posibilidad de una adecuada reinserción social para aquellos condenados que hayan sido sentenciados a penas privativas de libertad no mayores de 6 años en aras de que puedan acogerse a un procedimiento especial de conversión (de penas).

3 Me refiero a la vigencia del Decreto Legislativo N° 1300 que, conforme a su finalidad descrita, el radio de su alcance no es tan amplio para la población carcelaria del país, teniendo en cuenta que la mayoría de ellos purgan prisión mayor a los 6 años. En este caso la conversión penal únicamente se refiere a las de recorte de libertad locomotora para cambiarlas por cualquier otra o también denominadas "penas alternativas", conforme su artículo primero. Es decir, la conversión se realiza a beneficio del reo en cárcel, también valorada como herramienta para contrarrestar el hacinamiento penal de los centros penitenciarios del país.

4 Fruto de dicho Decreto se incorporó el novísimo artículo 52-A del Código Penal que permite la opción de conversión de penas cuando el sentenciado de prisión se encuentre cumpliendo su condena[1].

5 Me atrevo a señalar que este procedimiento especial de conversión y otro que luego se detallará nos servirá para un mayor y mejor entendimiento de las otras formas de sustitución de penas, como la que es materia de comentario en este trabajo, pues dicha institución pocas veces ha sido comentada por la academia penal nacional y en la práctica judicial se tiene escasos pronunciamientos al respecto.

6 Además desde hace doce años no existen cambios normativos sobre los otros tipos de conversión de penas. En específico, el artículo 55 del Código Penal fue modificado por el artículo 3 de la Ley N° 28726, vigente desde el

(1) "Artículo 52 A.- El Juez competente puede convertir la pena privativa de libertad en ejecución de condena, por una limitativa de derechos, a razón de siete (7) días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres, según corresponda y siempre que se cumplan los supuestos de procedencia y requisitos establecidos en la ley de la materia".

9 de mayo de 2006, cuyo tenor primigenio era el siguiente: "Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicadas como penas autónomas, dichas sanciones se convertirán en privativas de libertad, previo apercibimiento judicial, conforme a las equivalencias establecidas en el artículo 53".

La nueva redacción legal contiene la precisión de que las penas autónomas fueron impuestas en caso de delito o falta. Asimismo, la regla de la conversión se estableció como: un día de pena privativa de libertad por cada jornada incumplida de prestación de servicios a la comunidad o jornada de limitación de días-libres. 7

En suma, la única norma de la Sección II del Capítulo III "Las conversiones", esto es, el artículo 55 tiene la siguiente composición normativa y *nomen iuris*, los mismos que serán desmenuzados para este examen dogmático: 8

> "Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicadas como penas autónomas, impuestas en caso de delito o falta, dichas sanciones se convertirán en privativas de libertad, previo apercibimiento judicial, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada jornada incumplida de prestación de servicios a la comunidad o jornada de limitación de días-libres". 9

Como se observa, el artículo 55 es prueba de la severidad de la justicia penal peruana e incongruente con el deseo de despoblar nuestras cárceles. Se trata de una conversión de pena flexible por una estricta como la prisión, como consecuencia del desacato al no cumplir con la pena distinta que se impuso al sentenciado. Quiere decir que el Estado actúa ante el rechazo de la ejecución penal del agente que conoce la misma pero debido a su autodeterminación no la cumple injustificadamente. 10

En este caso la conversión es perjudicial para el condenado o también denominada *in malam partem*, pues la sustitución será por la pena de mayor rigidez que el Código Penal contemple. Esta clase de conversión en algo se asemeja a las que explicaba Von Liszt al comentar los antiguos artículos 28, 29 y 78 del Código Penal Alemán, donde, por ejemplo, una multa incobrable se podría transformar en una pena privativa de libertad[2]. Felizmente ahora el aspecto económico del condenado no entra a tallar en estos cambios de penas. 11

(2) Von Liszt, F., *Tratado de Derecho penal*, p. 317 ss.

12 Por ende, el análisis del artículo 55 debe ser minucioso como también debe ser su procedimiento en la práctica por castigar una vez más al condenado. Se le castigó por su actuar ilícito y ahora por la resistencia que tiene al cumplir la pena flexible impuesta. A continuación, abordaremos su definición política criminal, el momento de su conversión, la relación con las penas de prestación de servicios a la comunidad y las limitativas de días libres, conocer en qué consiste el apercibimiento judicial, la técnica de conversión y, por supuesto, su procedimiento que necesariamente deberá acomodarse a las reglas del sistema acusatorio adversarial que profesa el Código Procesal Penal de 2004. Desde ya, avizoramos que pondremos en duda su constitucionalidad por ser contraria a un Estado de derecho bajo la mano de un Derecho penal donde se respete cardinalmente las garantías de los ciudadanos.

II. Clases de conversión de pena reguladas en el artículo 55 del Código Penal

13 Se optó por el término "conversión" en vez de otras denominaciones como el de "sustitución" como señala el Código Penal español, chileno y colombiano, o el de "conmutación", como lo hace el Código Penal costarricense.

14 Es necesario advertir que al buscar literatura comparada sobre el tema, he comprobado que el argumento legal de esta institución no necesariamente es la misma a la peruana en cuanto a sus condiciones, momento del cambio, fines, objetivos y hasta sus clases.

15 Recuérdese que en Perú este tema ha sido poco abordado tanto por la doctrina como la jurisprudencia, lo que nos obligó a buscar opiniones en el Derecho comparado. Por ejemplo, queda claro que no todas las clases de conversión de penas y mucho menos en el Perú son "alternativas a la privación de libertad". La del artículo 55 perjudica al reo y lo introduce al centro penitenciario. En todo caso, nuestro cuidado se resalta porque en algunos manuales de Derecho penal de otras latitudes así lo exponen conforme a sus diseños nacionales(3). La conversión *in malam partem* es novedosa para otros códigos de la región y de Europa.

16 Por otro lado, la conversión que analizamos no se realiza a discreción del juez al momento de dictar sentencia, sino en la vigilancia de su cumplimiento y se aplica principalmente para confirmar el ordenamiento jurídico-penal.

(3) Por ejemplo, Cfr.: Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 566 ss.

Estas características la hacen singular en comparación a otras clases de sustitución de penas.

Sin embargo, dentro de su género debemos entender que *esta institución es la transformación de una pena impuesta en una sentencia por otra sanción de distinta configuración*. En términos sencillos, la conversión de la pena es la sustitución de una clase de pena por otra. 17

Como se ha dicho, el supuesto del artículo 55 del Código Penal se ubica en la ejecución o cumplimiento de la pena, por tanto el agente ya es considerado responsable de un delito o falta al habérsele determinado una sanción penal por parte de la autoridad judicial. Quiere decir que ya se comprobó que la conducta imputada es delictiva al haber pasado los filtros de valoración del injusto específico, general y personal. 18

Se distingue de la conversión señalada en el artículo 52 del Código Penal, pues el juez podrá decretar este cambio luego de la lectura de la sentencia donde se tomó conocimiento sobre la calidad y cantidad de la pena impuesta al agente. 19

Entonces, nos referimos al cumplimiento de una pena impuesta por el Poder Judicial que por diversas cuestiones, luego de su parcial cumplimiento es merecedora de sustitución por otra de mayor severidad. Esta conversión –reitero– es desfavorable al condenado, pues, el cambio de pena es a una de mayor rigor. 20

De ahí que aún está vigente lo dicho por Raúl Peña Cabrera al sostener que "la conversión no solo puede ser *in bonam partem*, es decir, las penas a imponer como reemplazo, sean más benigna para el sujeto, sino que también puede ser en perjuicio, como es el caso de convertir las limitativas de derechos en penas privativas de libertad. Sin embargo, esta conversión procederá previo apercibimiento judicial del sujeto, en donde tendrá la oportunidad de justificar su incumplimiento"(4). 21

En síntesis, el artículo 55 del Código Penal es una clase singular de conversión de penas que actúa en contra del agente al cambiarle una pena dócil por una pena privativa de libertad. Este cambio necesariamente se dará luego del conocimiento de la condena a cumplir. 22

(4) Peña Cabrera, R., *Estudio programático de la parte general*, pp. 634-635.

III. Causas de la conversión de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitativas de días libres en pena privativa de libertad

23 El momento de aplicación de esta conversión de pena coteja que el agente ya ha sido merecedor de una pena limitativa de sus derechos en el proceso que ha llevado en su contra –se supone– con obediencia a las garantías judiciales, debido proceso y los principios jurídicos. Las penas a las que se pueden convertir a prisión son las previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 31 del Código Penal, dejando de lado la inhabilitación.

24 La pena limitativa de derechos aplicada obligatoriamente tiene que ser de *carácter autónoma*. El artículo 32 del Código Penal decreta que la pena limitativa de derecho se aplica como autónoma cuando están especialmente señaladas para cada delito conforme al principio de legalidad. Sirva de ejemplo el tipo penal de injuria establecido en el artículo 130 del Código Penal que sanciona con la pena de prestación de servicio comunitario de 10 a 40 jornadas o con 60 a 90 días-multa. En este delito, el juez puede castigar al reo únicamente con la pena limitativa de derechos, la que sería autónoma.

25 Son estas dos clases de pena limitativas de derechos (prestación de servicio a la comunidad y limitación de días libres) las que el agente ha tenido que desobedecer en su cumplimiento para que el Estado las revoqué y las convierta en pena privativas de libertad.

26 Antes de proseguir con el análisis es de provecho conocer en qué consisten las dos clases de penas limitativas de derechos acotadas. La prestación de servicio de comunidad en el Perú tiene su precedente remoto en la *comunity service* del Derecho británico, introducida a través de la Criminal Justice Act de 1972 y como precedente directo en el Código brasileño de 1984. En cuanto a la limitación de días libres también se tomó en cuenta lo desarrollado por el legislador brasileño de ese periodo.

27 Al respecto, PRADO SALDARRIAGA sostiene que la pena directa de prestación de servicios a la comunidad consiste en el cumplimiento de jornadas semanales, dedicadas al desarrollo de servicios o tareas gratuitas en apoyo a centros asistenciales, sanitarios o educativos (...). El Código Penal demanda además que los trabajos impuestos se adecúen, en lo posible, a las aptitudes personales del condenado. Esto es, a su nivel técnico, edad, sexo, capacidad física,

etc. Por tanto pueden imponerse tareas manuales, intelectuales o artísticas[5]. En cuanto a su duración, la prestación de servicios a la comunidad tiene un mínimo de 10 y un máximo de 156 jornadas semanales (Art. 34.5 CP).

En efecto, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad consiste en 28
una obligación asumida por el penado para prestar su cooperación en ciertas actividades de utilidad pública[6]. Debe ser voluntaria para distinguirse de los trabajos forzosos, prohibidos por nuestra Constitución Política.

Sobre la concepción de la limitación de días libres, también PRADO SAL- 29
DARRIAGA señala que se trata de un modelo diferente al previsto en Brasil, que no impone el internamiento breve del condenado en un centro penal. Sino su asistencia obligatoria los fines de semana, por horas, a un establecimiento adecuado donde él recibirá cursos y conferencias o participará en otras actividades educativas[7].

Tal pena se llevará a cabo en una institución pública o hasta privada orga- 30
nizada, donde el objetivo académico-social será el advertir y reflexionar sobre el delito o falta que cometió, los medios se llevarán por actividades educativas, psicológicas, de formación laboral o cultural, a efectos de coadyuvar en su tratamiento y posterior resocialización.

Son estas dos clases de pena limitativas de derechos las que el agente 31
tiene que incumplir injustificadamente para que se active el artículo 55 del Código Penal. El condenado, sobre las penas descritas, debe conocerla en su momento procesal, consentirlas y aceptarlas. La causa es la desobediencia de las penas limitativas de derechos dictadas en sentencia por motivos injustificados. *Consentirla* significa que la sentencia condenatoria debe estar fija, sin mayor cuestionamiento procesal. *Conocerla* denota que la sentencia se le fue leída y se le notificó conforme a ley. *Aceptarla* denota que, luego de conocerla, el sujeto debe asentir las formas de su ejecución, para eso debe acercarse a la dirección de medio libre o donde le indique el juzgador para comenzar su aplicación. Por ejemplo, debe conocer y aceptar el lugar donde prestará el servicio a la comunidad o los días de su cumplimiento; o conocer la institución donde desarrolla actividades académicas en pos de su recuperación social.

Siendo estas penas de poco uso en el día a día judicial, felizmente, desde el 32
11 de agosto de 2015, se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico el

(5) PRADO SALDARRIAGA, V., "El sistema de penas". En: *Derecho penal. Parte general*, p. 801.
(6) ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, pp. 247 y 248.
(7) PRADO SALDARRIAGA, V., "El sistema de penas". *Op. Cit.*, p. 806.

Decreto Legislativo N° 1191, que "regula la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres"[8]. Esta norma positiva de regulación de las penas limitativas de derechos (excepto la inhabilitación) impuestas por mandato judicial. Ahí se encuentran explicadas las disposiciones generales; el contenido, notificación y defecto de la sentencia (ejecución de las penas limitativas de derechos); su procedimiento y control; y disposiciones complementarias.

33 Cabe mencionar de este Decreto que el artículo 14 obliga a que la dirección del medio libre a efectos de *dar cumplimiento a la sentencia de pena limitativa de derechos*, es decir, la pena impuesta, podrá efectuar lo siguiente: A) realizar visitas inopinadas a las unidades beneficiarias donde se viene ejecutando la prestación de servicios a la comunidad o de la limitación de días libres; B) supervisar el correcto cumplimiento de la prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; C) informar cada 2 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 o al de limitación de días libres.

34 Otra cuestión a resaltar es que existe un *control jurisdiccional frente al incumplimiento de la ejecución de la pena*, donde exactamente el artículo 17 establece que: "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".

35 El Decreto Legislativo N° 1191 tiene su propio Reglamento desde el 10 de mayo de 2016, que entre otros aspectos ha dejado claro en su artículo 22 que "el juez está facultado y tiene la obligación de convertir la pena o revocarla por una pena de libertad efectiva, previa audiencia judicial, considerando mínimo dos requerimientos debidamente notificados o tres faltas consecutivas o alternativas que incurra el condenado". Acentuamos la idea de normar el procedimiento de conversión que más adelante desarrollaremos y que tendrá vinculación con el precepto anterior y el Capítulo VI del Reglamento (Audiencia y resolución). Era necesario que después de muchos años de abandono normativo, se conozca el procedimiento legal de la notificación,

(8) Este decreto deroga la Ley N° 27935, Ley de Ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, y su modificatoria Ley N° 27935, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2003-JUS.

apercibimiento, control y, por supuesto, la conversión de la pena limitativa de derechos al de prisión efectiva.

Por todo lo dicho, la conversión *in malam partem* se justifica por la transgresión que ha tenido el condenado ante la pena limitativa de derecho impuesta por la autoridad judicial. Por eso nuevamente se le sancionará con la revocación de la pena flexible a la más estricta de nuestro sistema penal. Este nuevo castigo supone que el condenado conozca del merecimiento de su pena en el momento procesal (lectura o notificación de la sentencia), su consentimiento, aceptación, información y el inicio de su ejecución. 36

Esta insubordinación necesariamente tiene que ser injustificada, quiere decir que no haya motivos mayores conocidos por el juez o la autoridad de medio libre que entiendan que el incumplimiento no se haya dado por desobediencia, sino por otros de mayor interés que impidan su normal cumplimiento, como el padecimiento de una enfermedad, la muerte de un familiar en los días de su cumplimiento o el nacimiento de un hijo, entre muchas otras cosas. 37

IV. El apercibimiento judicial de conversión

La redacción legal del artículo 55 del Código Penal señala que "si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicadas como penas autónomas, impuestas en caso de delito o falta, dichas sanciones se convertirán en privativas de libertad, *previo apercibimiento judicial* (...)"[9]. 38

El debate se centra, entonces, en precisar el momento del apercibimiento judicial para luego ejecutar la conversión; pues, con la presencia de este requerimiento en la composición normativa, es entendible que debe existir como requerimiento esencial para la actividad procesal de la sustitución de la pena *in malam partem*. 39

Hay dos posiciones, aunque no discrepantes, sobre el momento del apercibimiento judicial que han sido advertidas de la práctica judicial y no necesariamente de la institución de la conversión, sino también de otros casos procesales. 40

El primero refiere a que la advertencia puede darse sin mayor problema *en el momento de la lectura de sentencia*, es decir, que debe estar plasmado en el contenido de la sentencia la exhortación que en caso de incumplimiento injustificado 41

(9) Las cursivas son nuestras.

de la ejecución de la pena limitativa de derecho esta podrá ser convertida en prisión efectiva. Tal posición se justifica porque desde un primer momento la autoridad judicial da aviso al condenado de la nueva sanción a la que puede estar sujeto por vulneración del cumplimiento de la pena. Guarda relación con que la sentencia debe ser informada, conocida y aceptada en su totalidad.

42 Al respecto, no considero preocupante que el condenado conozca la posibilidad de la conversión desde el momento de la lectura de la sentencia condenatoria y que con este aviso se cumpla el requisito esencial que sostiene el artículo 55 del Código Penal. En precisión, este apercibimiento es totalmente válido, plantea seguridad en el conocimiento de la ejecución de la pena por parte del agente y sobre todo busca eficacia en la realización de la condena.

43 Es más, el literal "c" del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1191 ordena a que el contenido de la sentencia condenatoria debe consignar expresamente, bajo responsabilidad funcional, los siguientes presupuestos para su eficaz ejecución: "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".

44 Por otro lado, quepa la situación de que el apercibimiento judicial se realice *en el control de la ejecución de la pena limitativa de derechos*. Cuando el condenado se resista a cumplir la pena, puede ser de inmediato apercibido. Asimismo, cuando el mismo sujeto abandone la prestación de servicios o no acuda al centro de medio libre para sus charlas, esta desobediencia es comunicada por el responsable de la vigilancia de la pena al juez. La autoridad lo primero que hará es apercibirlo de la revocatoria de su pena. También puede darse el caso de que el condenado no acuda en mínimas ocasiones al cumplimiento de su pena, por ello se deberá comunicar al juez para que este le notifique de la amenaza legal de sustitución de su pena.

45 Lo que quiero decir es que esta posición se da cuando el sujeto intente o muestre resistencia o abandono de no cumplir con la pena limitativa de derecho. Esta conducta es trasladada al juez y él antes de convocar a audiencia deberá notificarlo del apercibimiento para que conozca de las consecuencias que puede tener al proseguir con su actitud desafiada, dado que no ha sido consciente de esta alerta anteriormente.

46 La referida posición tiene apoyo normativo en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1191 respecto a la comunicación sobre el incumplimiento de la ejecución de la pena. La norma, aunque es amplia, es importante saber de su entera referencia: "La Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados

o los que hagan sus veces, comunicará bajo responsabilidad funcional, dentro de las 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 de 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 esta 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.

En los dos supuestos, la primera actuación del juez es la de apercibir (judi- 47
cialmente) al condenado para expresarle la amenaza de su actuación ante el cumplimiento de su pena, en caso no se haya hecho anteriormente. Luego de ello y de la ausencia de motivos no justificados, el juez convocará a audiencia de conversión de penas *in malam partem*.

Ahora bien, en todas las posiciones prácticas de apercibimiento judicial 48
descritas líneas arriba, la notificación de la amenaza estatal debe ser motivada con claridad y contundencia. En la misma deberá transcribirse el artículo 55 del Código Penal para que el condenado sea informado a plenitud. Sin embargo, en el supuesto de comunicación de abandono o resistencia el juez dará un tiempo prudente para que el condenado vuelva a la ejecución de la pena, en caso seguir con la actitud convocará a la audiencia. Manifiesto este plazo, pues será necesario dar oportunidad al condenado a informar sobre los motivos de su supuesta resistencia o abandono. Hacerlo en la misma audiencia colisiona con la celeridad procesal y hasta con la razonabilidad de los actos.

No es en balde precisar que la notificación del apercibimiento deberá 49
cumplir con todos los requisitos que establece la ley. Subrayamos que deberá darse dentro de 3 días hábiles como mínimo, en la dirección procesal que haya señalado el condenado y su nombre completo. Es ineludible que el apercibimiento haya llegado a conocimiento efectivo del remitente, siendo insuficiente la mera notificación formal para proseguir con la audiencia de conversión de este tipo de pena.

V. El procedimiento de conversión de penas *in malam partem*

Luego del apercibimiento judicial que puede ser en la lectura de senten- 50
cia o en el control de la ejecución de la pena, el juez debe tener conocimiento

de que el condenado se ha resistido o abandonado el cumplimiento de la pena de prestación de servicios a la comunidad o a la de limitación de días-libres. Dentro de las 48 horas de haber obtenido la razón de tal actitud convocará a audiencia.

51 Dice el artículo 43 del Reglamento del Decreto N° 1191 que el juez podrá convocar a la audiencia de conversión *de oficio* o *por requerimiento del Ministerio Público*. Aunque no es momento para discutir la presencia del fiscal en todas las audiencias de ejecución de la pena[10] por la carencia de facultades constitucionales sobre el tratamiento del reo, obviaré mi posición pero dejaré la duda en aras de un futuro debate y seguiré detallando el tratamiento procedimental conforme lo normado.

52 El artículo 44 del Decreto señala como obligatoria la presencia del imputado y su defensa técnica[11]. Al respecto, es criticable que se obligue asistir al sujeto cuando este se haya resistido o sobre todo haya abandonado la ejecución de su pena. Es lógico pensar que si el sujeto ha huido del cumplimiento penal, mucho menos asistirá a la audiencia donde posiblemente se le ordene su reclusión en un centro penitenciario. Definitivamente se debe corregir esta obligatoriedad, hacerlo del modo como señala la norma antes, se debería solicitar la conducción compulsiva del sujeto al juzgado, lo que no es permitido en esta etapa de ejecución de penas. Por tanto la presencia obligatoria solo debe estar dirigida *al abogado del condenado y del fiscal*.

53 Sorprendentemente el artículo 46 del mismo Reglamento nos da la razón al referirse sobre la negativa (de concurrir) del condenado. La existencia del artículo 46 es disímil con su par ubicado en el artículo 44.

54 Por otro lado, las normas referidas mal hacen en denominar al condenado como "imputado", pues cabe recordar que estamos ante alguien que ya ha sido procesado y condenado con pena impuesta.

(10) En Colombia el Ministerio Público no participa en las audiencias de beneficios penitenciarios por carecer de facultades legales ni constitucionales.

(11) "Artículo 44.- De la Concurrencia de las partes
La audiencia se realizará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensa técnica. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el abogado defensor público designado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, debiendo en este caso el Juez de la causa, al momento de notificar al condenado para su concurrencia a la referida audiencia, consignar expresamente el apercibimiento de nombrársele abogado defensor público en caso de que concurra sin la presencia de su defensa técnica de su elección, toda vez que la audiencia tiene carácter inaplazable.
La notificación a la parte agraviada o actor civil es obligatoria, siendo su concurrencia facultativa".

Con el mismo fundamento, otra vez yerra el artículo 44 al señalar la notificación obligatoria al actor civil o parte agraviada para que acuda a la audiencia, olvidando que esas calificaciones se vieron en el proceso penal y se atendieron en la sentencia condenatoria. La ejecución de la reparación civil es totalmente distinta al desempeño de la pena. 55

En efecto, se advierte ampliamente la falta de ubicación procesal de las normas procedimentales, dado que nos encontramos –repito– en la parte ejecutiva de la pena. Al parecer estas deficiencias técnicas se obviaron o fueron relajadas por quienes presentaron y aceptaron este Reglamento. 56

Instalada la audiencia las partes se identificarán, luego el fiscal comenzará a alegar, después la parte civil o agraviada, quien no sabemos qué dirá porque no debe ser parte en esta audiencia, para luego presentarse las consideraciones de la defensa técnica (Art. 45). 57

Aunque no es reglado, considero oportuno que el condenado (en caso esté presente) deberá tener defensa material, es decir, tendrá el turno de exponer sus consideraciones finales sobre la acusación de resistencia o abandono del cumplimiento de su pena. 58

Luego de escuchar las posiciones de los sujetos procesales de esta audiencia, el juez resolverá en la misma audiencia de forma oral y motivada sobre la procedencia o improcedencia de la conversión de pena. 59

Sostiene el artículo 48 del Reglamento que el juez debe realizar un control de legalidad de la petición formulada y verificar si el condenado de manera injustificada no ha cumplido con la pena limitativa de derechos. En caso la decisión del juez sea por la procedencia de la conversión, el condenado será trasladado a un centro penitenciario escogido por el INPE, si él se encuentra ausente se ordenará la ubicación y captura del condenado cursando en el día las requisitorias que correspondan (Art. 49). 60

Ante la resolución del *ad quem*, en sintonía con el derecho a la doble instancia, las partes pueden presentar recurso impugnatorio hasta el plazo máximo de 3 días hábiles. Presentado el recurso, el juez elevará los actuados dentro de las 24 horas siguientes, bajo responsabilidad. Finalmente, el recurso se concede con efecto devolutivo. Serán los magistrados de la Sala de Apelaciones quienes resuelvan todos los recursos presentados en primera instancia. 61

Me atrevo a recomendar que el juez deberá contar en la audiencia pública con *un informe técnico de la dirección del medio libre del INPE* o de sus órganos 62

desconcentrados o los que hagan sus veces sobre el *iter* del cumplimiento de la pena limitativa de derechos del reo, en tanto, son ellos quienes controlan o vigilan el cumplimiento de la pena. Este consejo se funda en que las cuestiones históricas le serán de mucha ayuda para un mejor desempeño judicial y correcta resolución de la conversión.

63 Aunado a lo dicho, las partes indiscutiblemente pueden tener actuación probatoria, las mismas que en la audiencia deberán discutirse aplicando el principio de contradicción. Aunque no existe etapa anterior para saber qué pruebas se examinarán, las partes tendrán cuidado en su exposición, pues deben respetar los derechos fundamentales del ciudadano.

64 El procedimiento de la conversión de las penas *in malam partem* tendrá que adecuarse al sistema acusatorio adversarial que contempla el Código Procesal Penal de 2004, por tanto, en caso exista alguna duda o ausencia normativa las partes y hasta el juzgador podrán realizar interpretaciones sistemáticas y extensivas[12].

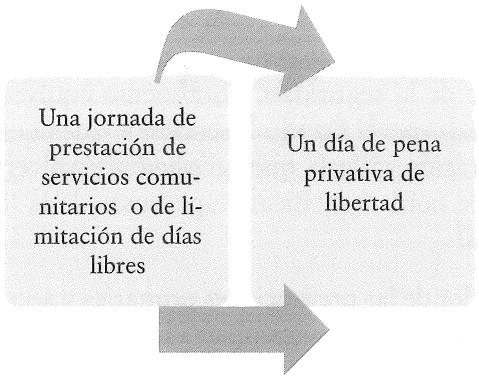
VI. Ecuación de la conversión de la pena limitativa de derechos a pena privativa de libertad

65 El artículo 55 del Código Penal establece que la conversión será "(...) a razón de un día de pena privativa de libertad por cada jornada incumplida de prestación de servicios a la comunidad o jornada de limitación de días-libres".

66 Siendo clara la ecuación se entiende que la conversión se da por cada jornada de trabajo comunitario de limitación de días libres a un día de pena privativa de libertad, esto es, 1 x 1. Si al condenado le falta cumplir 100 días de trabajo comunitario, la conversión será de 100 días de pena privativa de libertad.

67 Más allá de la técnica de conversión, cabe recalcar que las jornadas convertidas serán netamente *las incumplidas*. Jamás se podría sustituir por toda la pena flexible impuesta por privativa de libertad si el condenado ha iniciado o parcialmente cumplió su escarmiento penal. Puede darse el caso, en otro supuesto, siempre y cuando el condenado no se haya apersonado a la unidad beneficiaria al cual fue asignado a fin de dar inicio a la prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres impuestas por la autoridad judicial.

(12) Por interpretación extensiva se entiende como aquella que extiende sus límites más allá de las situaciones que se encuentren, taxativamente, expresas en una norma, toda vez que extiende el significado que se da a una palabra o institución jurídica.



VII. Análisis constitucional

Fue nuestro deber comentar el artículo 55 conforme se encuentra diseñado en nuestro Código Penal, pero nuestro deber académico es mayor al poner en duda la constitucionalidad de la norma referida en tanto se afectan libertades. 68

A mi juicio, la conversión o criterio *in malam partem* del reo afecta principalmente el principio de legalidad ceñido en el artículo II del Título Preliminar de nuestro Boletín Penal y el literal "d" del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Todo ciudadano peruano debe conocer los actos previstos como delito o falta y sus consecuencias jurídicas, para en caso de su comisión el Estado se encuentre limitado a imponer cualquier pena, sino la que ya ha sido establecida para cada supuesto de hecho. 69

En el tema que nos ocupa, el reo es condenado por su delito o falta por una pena conocida, pero –luego– según el fundamento de reforzar o imperar la rigidez estatal se le sustituye por una pena que no se encontraba fijada como consecuencia jurídica del acto que cometió, entendida como meramente retributivo a consecuencia de su incumplimiento. Queda claro que es una nueva sanción. 70

Hay otros mecanismos sociales para que el reo cumpla su pena flexible sin llegar al extremo de enviarlo a prisión. Por ejemplo, el Estado sí tiene la potestad de conminar de forma estricta y constante el cumplimiento de la pena con una adecuada organización y evaluación de las actitudes del reo. Si el condenado es bueno para, por decir, el ensamblaje de autos, la idea es que la prestación de servicios sea en una institución donde haya defectos automotrices para repararlos. La tarea será más sencilla en beneficio tanto del reo como de la comunidad. 71

72 Cambiar una pena flexible por prisión demuestra que el Estado tiene la creencia de que los conflictos sociales o la autodeterminación de sus ciudadanos en rechazo a una sanción se resuelven con la rigidez penal recortando libertades en nombre de la seguridad. Totalmente equivocados. Acredita la norma penal comentada que el Estado desentiende que nuestra sociedad tiene problemas de vertebración interna que no pueden resolverse con más Derecho penal. La crisis de normas técnicas respetuosas de la libertad ciudadana es evidente[13] en Perú.

73 He ahí el gran valor de las prevenciones primarias y secundarias para combatir la delincuencia. La mirada debe cambiar a las mejoras de calidad de vida del ciudadano antes que acudir al ámbito penal, no obstante este rezo será difícil en un ambiente de desconocimiento y falta de respeto a las garantías del ciudadano.

74 Sirva este trabajo como reflexión no solo del artículo 55 del Código Penal, sino de todo el conjunto de delitos, sus sanciones y la dirección de nuestra política criminal que es autoritaria para si en caso la vida siga con nosotros continuar con la fuerza de transmitir que el Derecho penal debe ser aplicado en última ratio y con la obediencia sacrosanta de sus principios. La academia penal peruana tiene ahí una gran labor hasta ahora no considerada ¡*Vita brevis, ars longa*!

VIII. Bibliografía

75 Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general.* 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; Peña Cabrera, Raúl, *Estudio programático de la parte general.* 3ª edición. Grijley, Lima, 1997; Prado Saldarriaga, Víctor, "El sistema de penas". En: *Derecho penal. Parte general.* Materiales de enseñanza de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Grijley, Lima, 1995; Prado Saldarriaga, Víctor, "La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal peruano y su aplicación judicial". En: *Anuario de Derecho penal 1997-1998. El sistema de sanciones penales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; Roca Agapito, Luis, *El sistema de sanciones en el Derecho penal español.* Bosch, Barcelona, 2007; Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* 3ª edición, B de F, Montevideo, 2011; Urquizo Olaechea, José, *Código Penal.* Tomo I, Idemsa, Lima, 2010; Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho penal.* 3er tomo, 2ª ed., Preus, 1929.

(13) Silva Sánchez, J., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 30-33.

Sección III
Conversión de la pena de multa

§ 56
Conversión de la pena de multa en pena privativa de libertad

KARL BORJAS CALDERÓN
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	156
II. La pena de multa en el Perú	12	158
III. ¿Cuál es el plazo para pagar la pena de multa?	20	159
IV. La ejecución de los bienes del condenado en caso no pague la multa penal a tiempo	28	161
V. Primer supuesto de conversión de la multa penal: sustitución por la pena privativa de libertad	35	162
VI. Segundo supuesto de conversión de la multa penal: sustitución por la pena limitativa de derechos o prestación de servicios a la comunidad	53	166
VII. Posibilidad de la sustitución de la conversión de la multa penal	63	168
VIII. Conversión de la pena de multa cuando la pena ha sido impuesta conjuntamente con la privativa de libertad	70	169
IX. Reflexión final	73	169
X. Bibliografía	76	170

§ 56.- Conversión de la pena de multa

"Si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser ejecutada en sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, con la equivalencia de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado.

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 siete días-multa impagos.

El condenado 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.

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

I. Introducción

1 Actualmente la filosofía del castigo ha movido los cimientos del Derecho penal, principalmente cuando la labor consista en la revisión de los códigos penales occidentales, pues revive la atención en las preguntas centenarias: ¿por qué castigar?; ¿qué castigar?; y ¿cómo castigar? En nuestra tierra, estas interrogantes deberían tener mayor valor en su examen por parte de la academia penal, en tanto se viene revisando el Proyecto de un Nuevo Código Penal que se supone debe estar a la vanguardia sobre todo del respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como la fijación de penas necesarias y proporcionales.

2 Anhelo que este propósito normativo para el país tenga que incidir en el racionalismo penal, dejando de lado discursos populares engarzados con la venganza punitiva, la "erosión penal" y el recorte de libertades sociales como excusa para sobrellevar el fenómeno de la delincuencia.

3 Será necesario dirigirse hacia el respeto de todos los principios jurídicos que conforman el ámbito penal democrático, dado que una norma disparatada trae confusión, atropello y sucumbe el Estado de derecho (*Recthsstaadt*). Al mismo tiempo no podemos olvidar la idea planteada por SÉNECA, quien afirma que *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur* (nadie que sea prudente castiga porque se haya cometido un delito, sino para que no se delinca[1]. Quiere decir que la absoluta retribución, a estas alturas de la civilización, debe alejarse para que únicamente las normas penales sean oriundas de la prevención penal. El castigo debe ser necesario para detener futuros ilícitos.

4 Creo que la retribución mal utilizada y el castigo severo en la sociedad continúan forzando la crisis del Derecho penal en todos sus aspectos. El yerro, a mi entender, nace desde el frenesí legislativo para ser omitido respecto a su control constitucional por parte de la autoridad judicial y, finalmente, la sociedad obtenga el amén a los delitos arbitrarios como criterio de solución de conflictos. Todo ello se realiza pisoteando a consciencia los principios jurídicos penales. Por ejemplo, cada vez el principio de legalidad se debilita ante el oscurantismo de las normas y la inseguridad provocada por la defectuosa redacción de las leyes, obliga a la doctrina a estudiar otras técnicas normativas de control social más eficaces y a la implementación de procedimientos de redacción más respetuosos de los derechos ciudadanos[2].

(1) Véase HASSEMER, W., ¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena, p. 48 ss. Un breve análisis y crítica sobre la venerable fórmula tradicional.

(2) SARRABAYROUSE, E., "La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: Una propuesta de integración". En: MONTIEL, J. (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo*

Por tal razón y habiendo sido encomendado a (re)pensar sobre la institu- 5
ción penal de la conversión de penas, en particular sobre la *conversión de la pena de multa* prevista en el artículo 56 de nuestro Código Penal, debo ser enfático al concluir desde ya que la conversión *in malam partem* es incompatible con el modelo de Estado que alude nuestra Constitución Política.

En específico, cuando la pena de multa se convierte en pena privativa de 6
libertad se pone de manifiesto, como dice MAPELLI CAFFARENA, la "mala conciencia del legislador por lo que significa el mantenimiento matizado, del viejo arresto sustitutorio por impago de la multa"(3). En muchos casos, se lleva preso al condenado que no tiene o no pueda pagar su deuda pecuniaria al Estado.

Arriba hice mención al castigo porque entiendo que este tipo de conver- 7
sión es nuevamente una clase de represión(4) que desequilibra el principio de legalidad y no solo del conocimiento anterior que debe tener el ciudadano con las normas penales (*lex praevia*), sino también desde el contenido amplio y abstracto que tiene esta norma en su redacción legal.

Ahora bien, de la lectura del artículo 56 del Código Penal se advierte 8
cuatros parágrafos con dos supuestos de conversión de la pena de multa. La primera se establece cuando el condenado solvente no paga la multa y la otra cuando el condenado deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad. Sin embargo, rigen preceptos facultativos de ejecución de la pena de multa como la posibilidad de cobrar la multa al ejecutarse los bienes del condenado.

Antes de describir los supuestos de conversión y "los anexos" del artículo 9
56 del Código Penal será necesario detenernos brevemente a recordar en qué consiste la pena de multa en el Perú y las dificultades del momento legal del pago, pues de ahí estaremos mejor ubicados para entender el fin del artículo *in examine*.

Por último cabe una aclaración: a pesar de asumir que la conversión de 10
la pena de multa por la pena privativa de libertad es antónima al Estado de derecho, en este trabajo, más allá de sus críticas legales, se comentará como ha resistido esta sustitución de pena a lo largo de los años de su vigencia legal, así

Derecho penal: ¿decadencia o evolución?, p. 35.

(3) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 228 ss.

(4) Por el contrario, y en su momento, FONTÁN BALESTRA alegó que la prisión no es un castigo que se impone al condenado por no pagar la multa, sino un equivalente de ella como modo de cumplir la pena. Consideración que en la actualidad es discutida, la conversión *in malam partem* sigue siendo represión y castigo. Véase: FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Tomo III, p. 384.

como el aterrizaje obtenido en la academia y la jurisprudencia nacional. Además, se tendrá en cuenta lo dispuesto en sus pares de otros códigos penales, principalmente, en España e Italia.

11 Entonces, nuestra tarea es crítica sin dejar de ser descriptiva.

II. La pena de multa en el Perú

12 La pena de multa se encuentra prevista en el artículo 41 del Código Penal, cuyo concepto legal es el siguiente: "La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza".

13 Esta clase de pena es la única sobreviviente del género de las penas denominadas "pecuniarias" que consistían en el pago por parte del condenado al Estado al haber cometido un ilícito penal que en su tenor legal se disponía como pena principal o secundaria. De ahí que la multa no tiene como objeto privar al autor de sus ganancias ilícitas, pues debe apreciarse absolutamente como consecuencia jurídica del delito. En el Perú la multa es la única clase de pena pecuniaria que existe.

14 Entonces, conforme señala Joseph Du Puit, la pena de multa constituye una restricción de la libertad que limita la capacidad económica del reo. Con este objeto se propugna la imposición progresiva de la multa para que tenga como efecto la disminución del nivel de vida durante un lapso determinado(5).

15 En suma, la multa afirmada por Pérez López constituye una afectación al patrimonio del penado que es impuesta por un órgano jurisdiccional, el mismo que siempre es expresado en moneda nacional. La multa es una pena que ha de expresarse en dinero(6).

16 En mi opinión, la multa penal debe considerarse una pena pecuniaria que limita o restringe el derecho del condenado a disponer de sus haberes, ingresos o de sus bienes. Asimismo, debe tenerse en cuenta que es de naturaleza personal, por tanto no es transferible en sucesiones.

(5) Du Puit, J., "La pena de multa". En: *Anuario de Derecho penal* N° 7, p. 165.
(6) Pérez López, L., Acerca de la pena de multa (www.usmp.edu.pe).

Respecto a la determinación del pago, LANDROVE DÍAZ nos recuerda que (la doctrina) en búsqueda proporcional entre la cuantía de la pena de multa y la fortuna del condenado se han formulado dos sistemas: la primera sobre un amplio arbitrio judicial y la segunda enfocada al establecimiento de días-multa[7]. 17

Este último sistema fue ideado por THYRÉN e incluido en el Anteproyecto del Código Penal sueco de 1916, que se determina sobre la base de la gravedad del delito y el importe de cada día-multa en función de los ingresos del responsable. Lográndose así una mayor y más justa individualización de la pena en relación con la capacidad económica del delincuente. Su razón de ser viene determinada por el logro de una pena pecuniaria adaptada a las posibilidades económicas del condenado, con lo que se evitan en gran medida discriminaciones[8]. Esta ecuación se adoptó también en el Perú conforme se puede leer en el artículo 41 del Código Penal. 18

Esta clase de pena no será menor del 25 % ni mayor del 50 % del ingreso diario del condenado, conforme el artículo 43 del Código Penal. En consecuencia, el juez tiene la obligación de motivar el porcentaje exacto que considere de acuerdo al ingreso laboral del responsable. Claro está que el porcentaje decretado tendrá que afligir al responsable en su apreciación económica, pues, estamos refiriéndonos –resalto– a una pena. 19

III. ¿Cuál es el plazo para pagar la pena de multa?

La respuesta a la pregunta es importante para nuestras conclusiones en esta labor académica. Al respecto, el primer párrafo del artículo 44 del Código Penal señala que "la multa deberá ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. A pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias, el Juez podrá permitir que el pago se efectué en cuotas mensuales". 20

Fácilmente se observa que la redacción legal no es del todo clara: se dice que el plazo de los diez días empezará a regir después de leída la sentencia, pero no se tuvo en cuenta la firmeza de la sentencia. Es decir, según la norma, se exigiría al condenado pagar la multa desde el pronunciamiento oral de la 21

(7) LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 92.

(8) *Loc. cit.* Agrega el autor al referir que este sistema es idóneo para aquellos países sometidos a una fuerte inflación, determinante de un constante aumento del coste de vida. Con arreglo a los sistemas tradicionales (de expresa predeterminación del importe de las multas), se hacía necesaria una casi anual elevación de la cuantía de las multas para adecuarse a la realidad económica nacional.

sentencia de primera instancia, a pesar de poder ser cuestionada mediante algún recurso de impugnación.

22 Creo que esta apreciación literal desdibuja la naturaleza de la firmeza de una sentencia y hasta lograría percutir en el derecho que tiene todo ciudadano a la doble instancia. Por tanto pienso que la interpretación que mayor se acerca a las garantías judiciales del reo sería que el *plazo iniciará desde que la sentencia sea declarada firme o consentida*. Exactamente desde que se emita la resolución de firmeza o consentimiento, para dar inicio a la ejecución de la sentencia.

23 Por otro lado, se presenta la excepción de pago de los diez días cuando, a solicitud del condenado y dada las circunstancias, el juez tiene la posibilidad de decretar que la cancelación de la multa puede ser en cuotas mensuales. Empero surgen nuevas dudas: ¿cuántas cuotas? ¿Cuál es el tiempo máximo de pago? Posteriormente, ¿qué institución debe exigir el pago?

24 Gracias a la omisión de un reglamento técnico, por ahora la primera pregunta puede ser asumida por el juez sentenciador, quien deberá precisar el número de cuotas en la sentencia. En cuanto a la segunda interrogante, debe tenerse en cuenta que las cuotas no podrán ser mayores a los dos años, pues es el mismo tiempo del plazo de prescripción para las penas distintas a la privativa de libertad conforme al artículo 80 del Código Penal. Además, como máximo se puede pagar 365 días-multa lo que equivale a un año. Por tanto, se podrá pagar como mínimo 15 días multa por mes, en caso así lo estime el juez. Ante todo, se debe optar por una amplia flexibilidad del pago, pensando en facilitar el cumplimiento de la pena. Sobre la tercera duda, considero, según nuestra costumbre judicial, que el Ministerio Público debe vigilar el pago de la multa penal. En general, estas dudas y otras, en un menor tiempo, deberán ser tomadas en cuenta por el legislador de turno.

25 Para una mejor ejecución de la pena también urge reglamentar las formas del pago, esto es, identificar al ente bancario donde se pagará, así como las anotaciones que deberán presenciarse en el momento del pago y la comunicación del pago ante el juzgado competente. Por ejemplo, en la actualidad somos víctimas de la demora procesal; cuando una sentencia es elevada a segunda instancia, se debe esperar a que los actuados sean devueltos al juzgado unipersonal o colegiado. Recabado los autos por ellos, recién se puede presentar el escrito de comunicación del pago de la multa como prueba del cumplimiento de la condena.

26 Estos descuidos y los problemas económicos que siguen siendo latentes en nuestra sociedad han hecho que la multa penal sea "simbólica", con poco

uso en la práctica y con desconocimiento de su ejecución. Además, la sociedad peruana no tiene la cultura de pago, más aún que desconfía de los funcionarios que manejan el erario público por los tantos actos de corrupción vividos. La consecuencia de todas estas dificultades se dirigen a que la imposición de la multa penal en poco ayuda al reconocimiento de la vigencia de la norma infringida por parte del condenado.

Por lo dicho, viene a nuestra memoria lo alegado por el actual presidente 27
del Poder Judicial PRADO SALDARRIAGA, quien sobre este asunto comentaba el original del Código Penal de 1991: "(...) al margen de las bondades político-penales y técnicas, la pena de multa no ha cumplido un rol importante en el país. Varios factores han determinado este fracaso, pero el principal se relaciona con la baja renta *per capita* de nuestra población y con el galopante proceso inflacionario, consecuencias negativas del subdesarrollo y de la crisis económica que cíclicamente agobia a la sociedad peruana. En este sentido, se afirma que un efecto tangencial de la inflación monetaria es desplazar a la multa del catálogo de penas y fomentar las penas privativas de libertad"(9).

IV. La ejecución de los bienes del condenado en caso no pague la multa penal a tiempo

Aunque no es una modalidad de conversión de la multa penal por otra 28
pena, el artículo 56 del Código Penal fija un precepto facultativo judicial al señalar que *si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser ejecutada en sus bienes.*

En efecto, ante la resistencia consciente del condenado para no cumplir 29
con la ejecución de la multa penal, el juez, en primer lugar, puede ir en contra de sus bienes. Esta posibilidad, a mi entender, debería agotarse antes de transcurrir a la conversión con otra pena más grave. Con ello hay que desempolvar la recóndita voluntad legislativa de evitar la prisión como fórmula inmediata ante el incumplimiento de la pena de multa, ya que existe este contexto menos gravoso para el condenado.

La misma eventualidad sucede en Alemania: JESCHECK manifiesta que 30
en caso de que este no tenga lugar, de acuerdo con el § 6 del Reglamento de ejecución judicial y el § 8 y ss. de la Orden sobre reclamaciones y ejecuciones

(9) PRADO SALDARRIAGA, V., *Comentarios al Código Penal de 1991*, p. 60.

judiciales, se apremiará su patrimonio mobiliario e inmobiliario como si de una reclamación civil se tratara[10].

31 Entendemos que la norma se dirige a un condenado "especial" que tiene la posibilidad de poder cumplir con la multa penal impuesta (solvente), pero que se niega a realizarlo o frustra su ejecución. Sobre lo último: si alguien no efectúa parte o toda la ejecución de la pena, al mismo tiempo está frustrando su cumplimiento. Por tanto esta redacción legal en el Código Penal peruano es redundante.

32 Se sobreentiende que el juez, antes de ejecutar la multa con los bienes, debe enterarse de qué bienes tiene el condenado y si los mismos pueden satisfacer el monto económico deducido de los días-multa impuestos. Es decir, la tarea judicial en primer lugar será la de identificar los bienes afectados por el condenado con los cuales se puede garantizar el cumplimiento que tiene el reo a favor del Estado. Posteriormente, debe contar con pruebas suficientes de que el condenado es solvente, teniendo en cuenta principalmente sus ingresos económicos.

33 La ejecución de los bienes del condenado se llevará con el mismo procedimiento establecido en la vía civil. Así pues, tendremos un caso de "ejecución forzada dentro de la ejecución de la pena de multa", es decir, aquella actividad que se produce cuando el deudor no cumple voluntariamente con lo ordenado en la sentencia definitiva, vale decir, toda la actividad relacionada al remate, adjudicación y pago[11].

34 Las normas supletorias se encuentran en el Capítulo V, del Título V de los procesos de ejecución, en los artículos 725 al 748 del Código Procesal Civil, que se encuentra dividido en cuatro subcapítulos referidos a las disposiciones generales, el remate, la adjudicación y el pago, respectivamente.

V. Primer supuesto de conversión de la multa penal: sustitución por la pena privativa de libertad

35 La primera hipótesis legal de conversión de la pena de multa *in malam partem* la encontramos en el primer parágrafo del artículo 56 del Código Penal. Nos referimos a la siguiente situación: "Si el condenado solvente no paga la

(10) Jescheck, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Volumen II, p. 1157.
(11) Liñán Arana, L., "El proceso ejecutivo en el Código Procesal Civil de 1992". En: *Themis* N° 27-28, p. 195.

multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser convertida, previo requerimiento judicial, con la equivalencia de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado".

En España este incumplimiento se denomina *responsabilidad personal subsidiaria del reo* y es amparada hasta por su Tribunal Constitucional, particularmente en la Sentencia 234/2007 emitida el 5 de noviembre de 2007, donde señala que "la sola previsión en la ley penal de una responsabilidad personal como subsidiaria de la pena de multa inejecutable no entraña, en suma, conculcación del derecho fundamental de libertad personal, ni (...) menosprecio de tal derecho, al hacerle objeto de la sanción que no pudo alcanzar al patrimonio del condenado"[12]. 36

Con anterioridad, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quinta) en la Sentencia 6/2000 del 10 de enero de 2000 manifestaba que "la pena de multa nada tiene que ver con la proscrita 'prisión por deudas', por cuanto que el Estado ejecuta la pena de multa con fines punitivos (no recaudatorios) a través del principio de legalidad en su ejecución por medio de uno de los poderes del Estado, y en concreto y en exclusiva del Poder Judicial (...) porque la multa no es una consecuencia civil del delito, ni una sanción administrativa, sino una pena (...)". 37

Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano en 1979 no escatimó en que esta transformación de pena sea declarada inconstitucional, porque discrimina en función de la capacidad económica y endurece la respuesta punitiva para los más desfavorecidos[13]. 38

En el Perú esta situación ha sido discutida, principalmente en el Proyecto Hurtado de enero de 1991, donde se descartó tal posibilidad legal de conversión, puesto que implicaba una "prisión por deudas". Por contrariedad, se hizo caso omiso a esta posición respetable e imperó el ánimo inquisitivo del legislador[14]. 39

Habiendo hecho este repaso histórico sobre su justificación, pasaremos a explicar los pormenores de la norma dirigida al juez. Nuevamente nos encontramos ante un condenado que puede y tiene la capacidad económica para pagar una multa penal, pero que voluntariamente no lo considera y ha rehuido 40

(12) Con anterioridad, el Tribunal Constitucional español expresó la misma posición en la Sentencia 19/1998 del 16 de febrero de 1998.

(13) Información obtenida en: Landrove Díaz, G., *Las consecuencias jurídicas del delito. Op. Cit.*, p. 98.

(14) Citado por Prado Saldarriaga, V., *La pena de multa en el Código Penal de 1991*. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/14215/14828>.

al cumplimiento de su sentencia. Que el condenado sea solvente se refiere a que él tiene la capacidad para hacer frente a sus obligaciones contraídas, en este caso, al cumplimiento de la multa penal.

41 Empero, ¿cómo se puede conocer la solvencia económica del condenado? Necesariamente cuando el juez haya determinado los días-multa al emitir sentencia debió conocer cómo el condenado podría pagarlos y las formas de pago. Lo ideal es haberse enterado de sus ingresos económicos y que los mismos no se extingan o debiliten con la imposición de la condena, pues la sentencia firme trae consigo antecedentes judiciales que en muchos casos, conforme a nuestra realidad, es motivo de finalización de contratos laborales. Por otra parte, el juez tiene la obligación de saber, en general, el nivel económico que va a mantener el condenado con la imposición de la pena de multa. Con este conocimiento sabrá fehacientemente si el reo es solvente económicamente.

42 Ahora bien, cuando en la ejecución de la pena, ya sea por oficio o por comunicación del Ministerio Público, el juez se entera de que el condenado no se encuentra cumpliendo con el pago de la multa penal en el plazo establecido por ley, la autoridad antes de convertir la pena pecuniaria deberá apercibir por escrito al condenado del peligro de su libertad al ingresar a un establecimiento penitenciario por continuar con su resistencia.

43 Queda claro que el apercibimiento se puede dar en la propia sentencia condenatoria o al advertirse el incumplimiento de la multa penal en la fase de ejecución. Lo exigente radica en que la comunicación judicial debe ser confirmada y corroborada, esto es, tener la seguridad de que el condenado haya conocido plenamente del apremio. No basta cumplir con la formalidad de notificación ni suponer que el reo debió conocer la rigidez del cumplimiento de la pena.

44 *A contrario sensu* si hubiera omisión de este apremio por parte del juez, no se podría transformar la pena de multa por privación de libertad así el reo haya incumplido el pago de la multa penal. La Corte Suprema de Justicia del Perú ya se pronunció al respecto en el R. N. N° 130-1999-Lima al sostener lo siguiente: "Conforme a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Penal, en caso [de] que el sentenciado incumpla el pago de la pena de multa impuesta, deberá procederse a su conversión; que, en tal razón al haber omitido el Colegiado en señalar este extremo en la sentencia materia de grado, corresponde a esta Suprema Sala integrar la sentencia en aplicación del penúltimo parágrafo del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales"[15].

(15) Jurisprudencia obtenida en ROJAS VARGAS, F., *Jurisprudencia penal comentada*. Tomo II, p. 156.

También se debe enfatizar que la comunicación judicial debe ser clara, 45
precisa y contundente, hasta deberá transcribirse la amenaza penal fijada en el artículo 56 del Código Penal para información completa y necesaria del reo.

La conversión de la pena de multa por la de privativa de libertad se da a 46
razón de un día de prisión por cada día-multa no pagada. Si un reo debiera 100 días-multa, esta se convertiría en 100 días de pena privativa de libertad.

Obviamente que al realizar la conversión de la multa penal por reclusión 47
penitenciaria, la "deuda penal" desaparece. No será necesario que luego del cumplimiento de privación de libertad, este se encontrará nuevamente con la obligación de pagar la multa.

Un aspecto a denunciar es que no existe reglamento, como lo hay en la 48
conversión del artículo 55 del Código Penal, para realizar procesalmente la conversión de multa penal a privativa de libertad. El legislador no ha reparado en ello a pesar de que se encuentra en juego la libertad de un reo ya condenado. Legalmente se desconoce si la facultad de sustitución de penas por parte del juez se debe realizar por audiencia y respetando los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad. Optamos por que el debate debe darse mediante audiencia pública con contradicción de argumentos y, por supuesto, de elementos de prueba. Puede darse el caso de que el reo no haya pagado la multa penal por haberse accidentado, entonces, en ese estadio puede descartar que el impago se debió al rechazo de la ejecución de pena.

Nuestro reclamo deberá ser atendido si se quiere ser respetuoso con las 49
libertades a cargo del legislador. Aunque la labor es ardua, tal omisión legal debe ser considerada en el menor tiempo posible, más aún que en la mayor parte del territorio nacional se utiliza el sistema acusatorio contradictorio en la justicia penal.

Bajo estas condiciones sigo convencido de que esta clase de sustitución 50
penal es contraria a un Estado de Derecho democrático. En primer lugar, la pena de multa nació como una alternativa a la prisión privativa de libertad, entonces, si el legislador anotó penas ante delitos que proporcionalmente no eran merecedores de reclusión, por qué ante la desobediencia del reo el juez olvida este origen y vuelve a su rasgo inquisidor. Aquí no se aprecia prevención de delitos, todo lo contrario, es absoluta retribución.

En esta línea también se debe recordar que existen otras alternati- 51
vas para exigir al reo el cumplimiento de la "deuda penal" como la ejecución de sus bienes o, como se verá adelante, la transformación de la pena de

multa por servicios a la comunidad. No es necesario privar de libertad a un reo por no cancelar una pena pecuniaria que al fin y al cabo incumbe en el patrimonio del condenado. Aunque se reconozca que la multa penal es una pena, es cierto que esta sanción trae consecuencias económicas de obligación con el Estado.

52 Finalmente, como un gran sector de la doctrina nacional lo ha manifestado en antaño: la aplicación de la pena de multa en el Perú tiene dificultades sobre todo de carácter social. Gran parte de peruanos viven en la pobreza extrema o en la pobreza con ingresos mínimos para subsistir sin accesos a mayores o mejores posibilidades de trabajo. Por decir, muchos jóvenes se encuentran desempleados y, por consiguiente, eligieron el camino de la comisión de delitos para acopiarse de ingresos ilícitos económicos, entonces, ante estas adversidades económicas, cómo se puede exigir el pago de una pena pecuniaria. Esta realidad fue desdeñada en la fijación del sistema de días-multa y en la exigencia de su cancelación.

VI. Segundo supuesto de conversión de la multa penal: sustitución por la pena limitativa de derechos o prestación de servicios a la comunidad

53 Esta modalidad se diferencia de la anterior porque, según el segundo párrafo del artículo 56 del Código Penal se dispone que: "Si el condenado deviene en 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 siete días-multa impagos".

54 Aquí lo destacado es que el condenado pasó de solvente a insolvente por causas ajenas a su voluntad. Por cuestiones como la ruptura laboral que mantenía o por el pago de la reparación civil o por otras circunstancias, el reo quedó en insolvencia para cumplir con la multa penal.

55 La duda recae en el momento del acaecimiento del reo: ¿dentro de la ejecución de la pena? ¿Del proceso penal a la ejecución de la pena? ¿En el tiempo del pronunciamiento del *a quo* a la sentencia de primera instancia? Reflexiono que el momento del devenir necesariamente tiene que darse en la ejecución de la pena, pues el juez cuando decretó la sentencia pudo advertir que el procesado era solvente y de ahí le impuso cierta cantidad de días-multa.

56 El problema práctico es que la tragedia del "deudor penal" no necesariamente transita en el plazo de los 10 días que tiene para pagar la multa como lo establece el artículo 44 del Código Penal. Siendo un plazo corto para cancelar

la multa penal, se incita a que la mayoría de los reos solicite un pago fraccionado de la multa como excepcionalmente se permite, porque de esta forma los condenados podrían organizarse mejor para el cumplimiento. De ahí que, en esa organización, cuestiones ajenas a su voluntad lo lleven a no poder cumplir con la pena pecuniaria. Es en esta situación real que imaginamos podría darse este tipo de conversión de penas.

El devenir económico deberá probarse para optar por esta conversión de 57
menor gravedad en comparación con la del primer párrafo del artículo 56 del Código Penal. Los sustentos deberán ser concretos y suficientes para que el juez quede convencido de que no se quiere pagar por voluntad propia del reo, sino por otras consideraciones que no pudo advertir en su momento.

En caso el reo no tenga bienes ejecutables y haya recaído en tragedia eco- 58
nómica constatada, el juez como mejor alternativa puede sustituir la pena de multa por la de limitación de días libres o prestación de servicios a la comunidad. Ahora bien, la pena sustituible que puede aportar en peculio al Estado es la segunda de las mencionadas. Con el trabajo comunitario se aprovecha legítimamente la fuerza laboral del reo para cumplir con un servicio estatal o la producción de productos en beneficio de su resocialización.

Sin embargo, queda a decisión del juez si la conversión de la multa penal 59
es por limitación de días libres o por trabajo a la comunidad. Inclinarse por una de ellas debe ser motivada, así como que su decisión debe enfocare a la mejor manera de rehabilitación del reo como de la ruta de prevención especial de delitos.

Esta forma de conversión debería ser la segunda alternativa que puede 60
utilizar el Estado para exigir el cumplimiento de la pena multa, sin llegar a la privación de la libertad. Hasta me atrevería a señalar que si se cumple correctamente, la conversión examinada podría ser efectiva y eficaz en cuanto al alcance de los días-multa impuesto en la sentencia.

Por ejemplo, alega JESCHECK que en Alemania existe la posibilidad de ate- 61
nuar la dureza que supone el arresto sustitutorio frente a deudores de la pena de multa carentes de patrimonio, el artículo 293 EGStGB prevé el "**trabajo no remunerado**" como sustitutivo del arresto del impago de la multa: si el condenado está de acuerdo, en lugar de este último, puede prestar trabajos en beneficio de la comunidad, liquidando la multa pendiente[16].

(16) JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Volumen II. *Op. Cit.*, p. 1159.

62 Sería oportuno en Perú regular el procedimiento y cuestiones jurídicas esenciales de este tipo de sustitución para dar mayores herramientas legales para que, por un lado, el juez pueda hacer bien su labor de vigilar la ejecución de la multa penal y, por otro lado, que el reo cumpla sin mayores problemas la liquidación de los días-multa que se le impuso. Llevar al cambio de la multa por el trabajo comunitario es óptimo y alcanza los fines de la pena pecuniaria impuesta.

VII. Posibilidad de la sustitución de la conversión de la multa penal

63 El tercer párrafo del artículo 56 del Código Penal señala que "el condenado 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".

64 Se supone que la conversión *in malam partem* de la multa penal se da por represión a la resistencia del reo por no pagar su pena, asimismo, esta conversión desvanecería la obligación pecuniaria recaída de los días-multa impuestos; no obstante, este supuesto podría leerse como la conversión de la conversión de la pena de multa, lo que es confuso y desnaturaliza la misma sustitución.

65 Esta confusión demuestra que no hay claridad respecto a la ejecución de la pena de multa. Dar esta posibilidad legal deja sin sentido la conversión, pues la redacción legal podría haberse fijado en otorgar un plazo mayor (excepcional) para pagar la "deuda penal", en caso se quiera dar muestras de flexibilidad o de entendimiento a las circunstancias económicas del condenado.

66 Concretamente considero que el legislador lo que busca no es la reflexión del reo, sino que a toda costa se pague la multa devenida en obligación con el Estado. Lo que es totalmente rechazable, entorpeciendo la resocialización (si es lo que se busca) y la prevención especial del reo.

67 Esta situación por supuesto que conlleva problemas prácticos no advertidos en la hipótesis legal. Puede darse el caso de que si el reo es insolvente, es decir, no tiene capacidad económica para cancelar los días-multa cuando estaba en libertad absoluta, sin problemas de razonamiento podemos entender que su situación económica se complicaría aún más al cumplir trabajos comunitarios o jornadas de limitación de derechos por no recibir salario o pago alguno. Entonces, ¿cómo puede pagar un reo la deuda que ni siquiera la hizo en libertad plena? Tácitamente se busca que los familiares o las personas cercanas al reo asuman lo restante de la "deuda penal" para rescatar al mismo

de la conversión ya hecha. Es decir, la deuda penal (supuestamente) puede ser salvada a favor del reo si es trasladada a otros.

Asimismo, el reo solvente que se resistió a pagar la "multa penal" tiene una nueva oportunidad hasta antes de ingresar a prisión para pagar el integro de su multa. Entonces, ¿para qué sirvió la conversión con el propio fin descrito de la norma? Creo que basta con el anunciamiento de la amenaza de restringir la libertad del reo de multa para conllevar situaciones simbólicas. 68

El propio sentido de rigidez penal se debilita con esta situación, fortaleciendo la posición de eliminación de este tipo de conversiones penales, pues en nuestro ordenamiento jurídico existen muchos caminos legales para exigir a un reo el pago íntegro de su "deuda penal" sin acercase a penas más agresivas sobre todo a la privación de la libertad de tiempo cortos. 69

VIII. Conversión de la pena de multa cuando la pena ha sido impuesta conjuntamente con la privativa de libertad

El ultimo parágrafo del artículo 56 del Código Penal establece que "cuando se impone conjuntamente pena privativa de libertad y multa, se adiciona a la primera la que corresponde a la multa convertida". 70

La norma da suponer que la conversión de la multa penal a privativa de libertad se da porque el reo en cárcel es solvente y se resiste a pagar la multa. Por ello la conversión desfavorable adiciona a la privación de libertad con opción a volver a su estado normal si pagase antes el restante de la multa. La situación de adición es evidente, siendo innecesaria la precisión legal que únicamente demuestra el intento de abarcar la rigidez de muchas situaciones fácticas. 71

No hay mucho que decir: esta adición *in malam partem* es en balde y no favorece a la resocialización, todo lo contrario, ahora es una muestra de sometimiento penal en contrariedad al supuesto tercero del artículo 56 del Código Penal. 72

IX. Reflexión final

El epicentro de mis líneas recae en reflexionar la permanencia de este tipo de conversión de penas en el futuro de nuestro ordenamiento jurídico-penal. Soy creyente de que los supuestos más agresivos, como enviar a un reo a cárcel por no pagar su "deuda penal", teniendo en cuenta la situación económica del país, es incompatible con el ADN de nuestra Constitución Política y el modelo de Estado que decimos ser. 73

74 Existen muchos mecanismos para disciplinar al reo al pago de la multa penal sin llegar a extremos innecesarios e incompatibles con el fin y función de las penas. Con ello nos hemos convertido en doblemente sancionadores, vulnerando hasta principios básicos como el de legalidad.

75 Por último, recordando las lecciones de García-Pablos de Molina, es necesario decir que una política penal basada prioritariamente en el incremento progresivo del rigor del castigo o en la mejora de efectividad del sistema legal (más policías, más jueces, más cárceles, más penas), en términos de prevención de la criminalidad está condenada al fracaso porque no incide en la etiología del fenómeno delictivo: no articula una prevención primaria. Confiar solo o fundamentalmente en la efectividad del Derecho penal es una ingenuidad[17].

X. Bibliografía

76 Du Puit, Joseph, "La pena de multa". En: *Anuario de Derecho penal* N° 7, 1997; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Tomo III. Abeledo-Perrot, Buenos Aires; García-Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal.* Volumen I. 5ª edición. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012; Hassemer, Winfried, ¿Por qué castigar? Razones por las que merece la *pena la pena.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Volumen II. Pacífico, Lima, 2014; Landrove Díaz, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito.* 6ª edición, 2ª reimpresión. Tecnos, Madrid, 2007; Liñán Arana, Luis Alberto, "El proceso ejecutivo en el Código Procesal Civil de 1992". En: *Themis* N° 27-28, Lima, 1994; Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito.* 5ª edición. Thomson Reuters - Civitas, Navarra, 2011; Prado Saldarriaga, Víctor, *Comentarios al Código Penal de 1991.* Alternativas, Lima, 1993; Rojas Vargas, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada.* Tomo II. Idemsa, Lima, 2005; Sarrabayrouse, Eugenio, "La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: Una propuesta de integración". En: Montiel, Juan Pablo (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Marcial Pons, Madrid, 2012.

(17) García-Pablos de Molina, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal.* Volumen I, pp. 47-48.

CAPÍTULO IV

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

§ 57
Requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena

MERLY EDQUÉN OLIVERA
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	174
II. Fundamentos	5	175
1. Fundamento político	6	175
2. Fundamento jurídico-penal	10	176
III. La suspensión de la ejecución de la pena	16	178
1. Requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena	18	179
1.1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de 4 años	22	180
1.2. Naturaleza del hecho punible, comportamiento procesal, personalidad del agente y, pronóstico favorable	25	181
1.2.1. Naturaleza del hecho punible	27	181
1.2.2. Comportamiento procesal	28	182
1.2.3. Personalidad del agente	29	182
1.2.4. Prognosis de comportamiento favorable del agente	30	182
1.3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.	33	183
2. Plazo de la suspensión de la ejecución de la pena.	35	183
3. Presupuestos de inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena.	36	184
IV. Bibliografía	38	185

§ 57.- Suspensión de la ejecución de la pena

"El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

2. 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.

3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

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".

I. Introducción

1 El nuestro es un Estado Social y Democrático de Derecho –artículo 43 Const. P–, en donde la vigencia de la dignidad humana es el fin supremo de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, el individuo como tal goza de una serie de garantías constitucionales, derechos y obligaciones, entre ellos, que, frente a la comisión del delito, ha de imponérsele una pena. La pena como tal debe cumplir con los fines penitenciarios de reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad. En tal sentido, cuando no se pueda cumplir con dicha garantía y la norma así lo permita, puede suspenderse legalmente la ejecución de la pena, para evitar supuestos negativos en la dignidad del ser humano, que pueden evitarse mediante otros medios que no sean la prisión.

2 Esta medida, la suspensión de la ejecución de la pena ya existía desde el Código Penal de 1924, bajo la figura de "condena condicional". Tras la puesta en vigor del Código Penal de 1991, y una modificatoria posterior, se optó por la terminología de "suspensión de la ejecución de la pena". Lo relevante de esta norma es que resulta una excepción lícita a la represión del hecho punible mediante la prisión efectiva en un establecimiento penitenciario. En efecto, este presupuesto normativo está regulado en el artículo 57 del Código Penal En él se establecían los presupuestos bajo los cuales se podía legalmente suspender la ejecución de la pena frente a determinados ilícitos penales.

3 Esta posibilidad jurídica que habilitó el legislador para evitar las consecuencias jurídicas del delito tiene un fundamento mayor, esto es, la dignidad humana frente a los efectos negativos en el agente tras la imposición de una pena privativa de libertad. No porque el agente no merezca el reproche de su conducta, sino que, a criterio del juzgador, los fines constitucionales que persigue la imposición de una medida limitativa de libertad, en determinados contextos, sería contraproducente con esos fines. En este caso, el juzgador tiene un ámbito de discrecionalidad importante, en donde decidirá de manera fundada si es necesario o no la ejecución de la pena y si su decisión afecta positiva o negativamente los fines de prevención general o especial de la pena.

4 En otras palabras, se impone una pena privativa de libertad solo si con dicha medida se logran los fines constitucionales del delito, es decir, la prevención general y especial. Por esta razón, es importante que el juzgador analice

normativa y humanamente las condiciones dignas de la imposición de una pena efectiva o la suspensión de la misma. Pues no todas las consecuencias jurídicas del delito son pasibles de esta excepción, en principio solo para condenas que no superen los cuatro años de pena privativa de libertad y siempre que las condiciones personales del agente así lo permitan.

II. Fundamentos

Sobre el particular, ha sido una transición importante en la dogmática 5
jurídico-penal la terminología utilizada para suspender la ejecución de la pena. En ese sentido, se precisa que es posible entenderlo terminológicamente como condena condicional (*conforme lo establecía el Código Penal de 1924*), o como, suspensión de la ejecución de la pena (*conforme al Código Penal de 1991, vigente hasta ahora*), situación que ha superado el antiguo debate respecto a que no es la pena la afectada por la condición, sino la ejecución de la misma[1]. Ahora bien, desarrollaré las consideraciones político-criminales de la existencia de esta norma en la Parte General del Código Penal.

1. Fundamento político

La pena privativa de libertad ha sido desde tiempos pasados la más cruda 6
de las intimidaciones que sufre el individuo en su autonomía, sobre todo en países como el nuestro, donde la pena privativa de liberad significa la desnaturalización de la dignidad humana. Aunque de manera general es probable que se acepte que la pena cumple la función social de establecer el orden en la sociedad. Tradicionalmente la pena es considerada como *retribución a la culpabilidad* y como instrumento de *prevención del delito*[2].

Respecto a la pena como instrumento de la prevención del delito, esta 7
puede hacerse de manera individual o social. Por ello, la aplicación de una pena debe tener como base y fundamento el cumplimiento de los fines de rehabilitación, resocialización y reeducación de la persona. Nuestra Constitución Política ampara dicho predicamento en su artículo 43, que justifica la imposición de una pena para "mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social"[3]. Esta medida que es entendida como la imposición de un mal para la persona, quien pierde su libertad, no debe, en todo caso, resultar negativa

(1) Hurtado Pozo, J., *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio.*
(2) Stratenwerth, G., *Derecho penal. Parte general I*, p. 30 ss.
(3) Bramont-Arias, L., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 95.

para sí misma ni para la sociedad. La pena debe tener consecuencias positivas, tanto para el individuo como para la sociedad. El objetivo, en todo caso, "es la reincorporación del autor a la comunidad jurídica, o sea, se le debe incitar a llevar en adelante una vida social responsable y exenta de delitos"[4].

8 En ese sentido, la imposición de una pena, bajo cualquiera de sus modalidades, debe partir de la absoluta necesidad, de lo contrario, estaríamos ante una tiranía[5]. Por ese motivo, advirtiendo la verdadera necesidad de la imposición de una pena privativa de libertad es cuando se analiza la figura de la suspensión de la ejecución de la pena. Aquí, no es que el legislador renuncie a sanción el hecho punible, en efecto se sanciona, pero dicha sanción cuando es privativa de libertad no mayor de 4 años, es pasible de ser suspendida. No porque se renuncie a la pena y los fines que con su imposición se persiguen, sino que se aplica mayor razonabilidad en el poder punitivo del Estado, en donde pena impuesta no resulte negativa para el agente o estigmatizante, sino más bien, que cumpla un rol disuasivo para llevar en adelante una vida responsable.

9 En consecuencia, la suspensión de la ejecución de la pena no resulta, pues, un privilegio que se pretenda dar al autor de un hecho punible. En este caso, se analizan los fines preventivo-generales y especiales de la medida impuesta y, la mejor consecución de los mismos, puesto que la sanción está impuesta y la misma debe actuar conforme a los fines que se persigue con el individuo. Una fundamentación que complace las garantías de tratamiento a los derechos de las personas que hayan infringido la ley, sobre todo la recomendación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas contenida en la sección XI de la Resolución N° 186/10 en torno a las medidas sustitutivas a la prisión[6].

2. Fundamento jurídico-penal

10 El fundamento jurídico-penal que rodea la institución jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena se remonta al Código Penal de 1924 y, también al 23 de noviembre de 1939, en donde por una iniciativa de la Corte Suprema se definieron disposiciones relativas a la condena condicional, situación que fue advertida en el viejo Código de Procedimientos Penales (Art. 286)[7]. Posteriormente, se dieron modificatorias para ampliar el rango de aplicación de la

(4) SATZGER, H. / BEULKE, W. / WESSELS, J., *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*, p. 11 ss.
(5) BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y las penas*, p. 2.
(6) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad. Reglas de Tokio.
(7) HURTADO POZO, J., *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio. Op. Cit.*

suspensión de la pena, la cual se inició con la aplicación de condenas de hasta 6 meses de pena privativa de libertad, y sigue hasta la actualidad en condenas con una pena privativa de libertad máximo de 4 años. Sobre el particular, el tope de 4 años se introduce en nuestro ordenamiento jurídico recién en el Código Penal de 1991.

En torno al orden jurídico-penal actual que persigue la suspensión de la 11
ejecución de la pena, es importante advertir la naturaleza de esta institución jurídica. Precisar con claridad si estamos ante una categoría de orden penal o penitenciario. En mi opinión, estamos frente a una condena penal que se suspende en su ejecución obedeciendo a criterios tanto de orden punitivos como preventivos, pero al mismo tiempo penitenciarios. En consecuencia, la naturaleza jurídico-penal de la suspensión de la ejecución de la pena es de orden mixto.

Pese a que la finalidad de la suspensión de la ejecución de la pena es evi- 12
tar una aplicación efectiva de la pena impuesta, siempre que esta sea privativa de libertad y de una duración menor de 4 años, esto no impide que con la imposición de esta medida se alcancen los fines constitucionales de la pena. Pues esta medida obedece a determinados requisitos que deben ser observados en el tiempo de su ejecución. Es decir, el individuo siempre queda dependiente de la evaluación de su comportamiento por una entidad estatal. Y así también ha quedado definido por la Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ de la presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República que contiene la "Circular para la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad" y precisa lo siguiente:

> "*Primero.-* Que la suspensión de la ejecución de la pena tiene como fin 13
> eludir o limitar la ejecución de penas privativas de la libertad de corta o mediana duración –es decir, evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria, básicamente en los delincuentes primarios, en casos [en] que la corta duración de la pena no permita un efectivo tratamiento resocializador–. Es, pues, una medida alternativa que, sin desconocer la función preventiva general de la pena, busca fortalecer el efecto preventivo especial de la misma a delincuentes de poca peligrosidad o que han cometido hechos delictivos que no revisten una mayor gravedad. Se le califica de un medio sumamente razonable y flexible para ejercer una influencia resocializadora sin privación de la libertad"

Este también ha sido el modo y forma en que ha sido atendida en la juris- 14
prudencia, la institución jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena. Pues ha quedado claro que cuando la suspensión de la ejecución de la pena no

cumpliese con los fines jurídico-penales que persigue la norma, esta medida es pasible de ser revocada. Así lo precisa la jurisprudencia cuando indica que "la revocación de la suspensión de la pena también está dirigida a ejercer el mismo efecto psicológico de constreñir al pago de la consecuencia accesoria del delito antes dicha. Es obvio, por tanto, que la sentencia que comprenda una pena suspendida en su ejecución no tiene el sentido normativo de incidir directamente sobre la libertad de locomoción del individuo, sino antes bien promover la libertad ambulatoria a cambio de la demostración de una conducta responsable indicadora de resocialización efectiva, razón por la cual, una vez cumplido –como en el caso de autos– el pago de las pensiones alimenticias adeudadas y la reparación civil, fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena, así como de su revocación, deja de tener sentido moral (y el Estado pierde su condición de Estado Constitucional de Derecho para comportarse autoritariamente) y jurídico el seguir manteniendo la restricción de la libertad individual"[8].

15 Sin embargo, debe quedar claro que la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena no es la única medida normativa con la que cuenta el juez penal para lograr los fines preventivos especiales de la pena, sino que existen otras medidas que pueden igualmente llamar a la reflexión al individuo para que ajuste su conducta a los parámetros sociales que le exige la norma. Así queda establecido en la jurisprudencia cuando se indica que: "(...) el artículo 59 del Código Penal establece que, frente al incumplimiento de las normas de conducta impuestas, el juez podrá, según sea el caso y conforme a sus atribuciones jurisdiccionales, aplicar las alternativas señaladas en los siguientes incisos: 1) amonestar al infractor; 2) prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado; en ningún caso, la prórroga acumulada excederá de tres años, y 3) revocar la suspensión de la pena. Es de recordar que dicha norma no obliga al juez a aplicar las alternativas en forma sucesiva ni obligatoria para cada caso"[9].

III. La suspensión de la ejecución de la pena

16 En la actualidad, el Código Penal regula en el artículo 57 la figura de la suspensión de la ejecución de la pena. Con esta institución jurídica se habilita la posibilidad de suspender la ejecución de la pena para determinados delitos

(8) Fundamento octavo del Expediente N° 05781-2009-93-1706-JR-PE-01, emitido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones.

(9) Fundamento segundo del Expediente N° 2517-2005-PHC/TC, emitido por el Tribunal Constitucional.

e individuos. Esta posibilidad procede "una vez cuantificada la pena concreta en principio aplicable, el Juez decide si es conveniente y posible, según la normativa vigente, suspender (...)"[10] la pena. Como se ha precisado, esto no significa que se perdona al infractor su delito, sino que se espera orientar su comportamiento en Derecho de una manera menos lesiva.

Como se ha advertido en la jurisprudencia, "(...) la suspensión de la ejecu- 17
ción de la pena pertenece a lo que (...) [se] califica como formas de tratamiento [penal] en régimen de libertad (...) [pues] el sentenciado no ingresa a un centro carcelario para cumplir la pena fijada por la autoridad judicial, él queda en libertad pero sometido a un régimen de reglas de conducta y a la obligación de no delinquir"[11]. En ese sentido, la suspensión de la ejecución de la pena también esta sujeta a una autoridad competente, tanto como su propia ejecución.

1. Requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena

El Código Penal establece con claridad los presupuestos frente a los cua- 18
les es posible que el juez aplique la suspensión de la ejecución de la pena. Así, el artículo 57 del Código Penal en mención señala que se suspende la pena cuando: "1. La condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, 2. 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, 3. El agente no tenga la condición de reincidente o habitual".

La posibilidad que establece el legislador para la aplicación de la suspen- 19
sión de la pena es por un plazo de 1 a 3 años. Asimismo, también se establecen supuestos en donde no podría invocarse esta institución jurídica. Así: "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".

(10) De Espinoza Ceballos, E., "La determinación exacta de la pena en el proceso de individualización judicial". En: *Teoría del delito / Problemas fundamentales*, p. 456.

(11) Fundamento segundo de la Resolución N° 41, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala Penal Especial.

20 Cabe preciar que, una vez suspendida la ejecución de la pena, el juzgador establece determinadas reglas de conducta que deben ser cumplidas por el agente[12]. Estas reglas también contienen los fines que persigue la pena, que es principalmente la sujeción del individuo a las normas sociales. En ese sentido, si no se cumplen esas reglas de conducta, o si el agente es condenado por otro delito, en cumplimiento del artículo 59 del Código Penal el juzgador puede: 1) amonestar al infractor; 2) prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado; o 3) revocar la suspensión de la pena[13].

21 En cuanto al artículo bajo análisis, es importante que advertir que, más allá de la pena y sus fines, la suspensión de esta está íntimamente relacionada a la humanidad de su aplicación, en donde no se pierda de vista las condiciones sociales del individuo en beneficio de su inclusión y rehabilitación social, mas no en perjuicio. Por ello, abordaré cada uno de los presupuestos de su aplicación. Tales como:

1.1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de 4 años

22 Dado lo prescrito por la norma penal en el artículo 57 del Código Penal, el juez puede suspender la ejecución de la pena cuando se refiera a una pena privativa de libertad no mayor de 4 años. Este requisito para la suspensión de la pena busca garantizar que el individuo no sufra innecesariamente una privación de su libertad, siempre que los fines de la pena que se pretendían conseguir sean también alcanzables con la suspensión de la misma bajo determinadas reglas de conducta.

23 Sobre este particular, nuestro límite de 4 años es ampliamente garantista si se advierte la legislación comparada, por ejemplo, el artículo 26 del Código Penal de la Nación argentina regula la figura de la suspensión de la pena como "condena condicional" y establece su procedibilidad cuando la pena privativa de libertad sea no mayor de tres años. Por su parte, el Código Penal colombiano regula en su artículo 63 la figura de la "suspensión de la ejecución de la pena", la misma que se aplica cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años (en el mismo sentido normativo que nuestro Código Penal). Finalmente, el Código Penal español regula en su artículo 80 la figura de la

(12) STC Exp. N° 01584-2012-PHC/TC, fundamento cuarto.
(13) STC Exp. N° 04649-2014-PHC/TC, fundamento tercero. También STC Exp. N° 04649-2014-PHC/TC, fundamento tercero. Del mismo modo, STC Exp. N° 3165-2006-PHC/TC, fundamento segundo. En esa misma línea, STC Expediente N° 01770-2010-PHC/TC, fundamento segundo.

"suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad" siempre que estas no superen los 2 años.

Lo importante para la suspensión de la ejecución de la pena es que la san- 24
ción individualizada (es decir, luego de analizada las agravantes y atenuantes) no supere los 4 años de pena privativa de libertad.

1.2. Naturaleza del hecho punible, comportamiento procesal, personalidad del agente y pronóstico favorable

Sobre este particular, el legislador ha querido establecer otros criterios, 25
más allá del margen punitivo, para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena. Entre ellos: *la naturaleza del hecho punible, el comportamiento procesal del agente, la personalidad del agente y la prognosis de comportamiento favorable*. En efecto, criterios que permiten al juzgador tener una opinión mayor fundamentada para aplicar esta excepción a la regla del cumplimiento efectivo de la pena impuesta.

En este requisito importa la manera, el tiempo y el lugar del hecho puni- 26
ble, los medios usados, en resumen, interesa la gravedad del delito a efectos de suspender o no la pena. Con ello, no solo permite evaluar la personalidad del agente y su peligrosidad, sino también la necesidad de establecer mejores y mayores mecanismos de contención de su conducta, como la pena efectiva en un establecimiento penitenciario.

1.2.1. Naturaleza del hecho punible

Este precepto hace referencia concreta a la naturaleza y modalidad del 27
hecho punible, el cual está expresamente ligado al tipo legal que prevé la norma. Sobre este extremo, también se reconoce a nivel dogmático que es importante que la naturaleza del hecho punible también sea considerada en la perspectiva de la personalidad del agente[14]. Sin embargo, a excepción de lo previsto en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal la suspensión de la ejecución de la pena es fácilmente aplicable a todos los delitos.

(14) Hurtado Pozo, J., *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio. Op. Cit.*

1.2.2. Comportamiento procesal

28 El comportamiento procesal está relacionado con todas las instituciones jurídico-procesales posibles de aplicar por el agente para hacer notar que, *de haber* cometido el hecho punible, tiene las intenciones de reconocer el hecho y resarcirlo. Sin embargo, esto no quiere decir que si no reconoce el hecho punible, luego necesariamente recibirá una pena efectiva, sino que es un factor que se evaluará al momento de crearse la certeza de la comisión del hecho. Esto, toda vez que bajo ninguna circunstancia es posible recortar los derechos que le asisten al imputado dentro de un proceso penal.

1.2.3. Personalidad del agente

29 Cuando se promulgó la norma de suspensión de la ejecución de la pena, siempre se pensó en que sus beneficios serían únicamente para aquellos delincuentes primarios, en los que su personalidad permita advertir que no volverán a cometer un ilícito penal, o que, en todo caso, el riesgo de que ello ocurra es muy bajo. En efecto, se trata de una norma que otorga la posibilidad de suspender la pena privativa de libertad en aquellos casos en donde las condenas sean cortas y siempre que no se perjudiquen los fines constitucionales de la pena. En efecto, con la suspensión de la pena se entiende que sus fines serán alcanzables de manera más humana y proporcionada a la personalidad del agente, de quien se espera que no volverá a delinquir.

1.2.4. Prognosis de comportamiento favorable del agente

30 Sobre este aspecto, el juzgador debe analizar *la naturaleza del hecho punible, el comportamiento procesal y la personalidad del agente* para advertir que a partir de dichos presupuestos es previsible que el agente no volverá a cometer un nuevo delito. Este presupuesto es ajeno a la observancia de presupuestos formales, tales como antecedentes del sujeto u otros que seguramente son evaluados en la individualización de la pena. Aquí solo se requiere el pronóstico de comportamiento favorable. Es decir que, mínimamente, el sujeto se encuentra sujetado a las normas de convivencia y puede respetarlas.

31 Esto quiere decir que existe una probabilidad muy elevada de que el sujeto no vuelva a delinquir, en tanto los presupuestos a evaluar para la suspensión de la ejecución de la pena están estrechamente relacionados con la personalidad del agente. Ahora bien, analizar las circunstancias venidas de los presupuestos: hecho punible y el comportamiento procesal del delincuente, solo puede advertir la gravedad del comportamiento y la reparación que el agente

pretenda, en tanto el presupuesto que atañe a su personalidad será analizado en el marco del proceso penal y la imputación formal hecha y probada.

En ese sentido, no siendo posible introducir nuevos factores personales del agente para evitar que la pena se suspenda. La condición del agente, cualquiera que sea, no debe ser objeto de evaluación, a menos que dicha condición haya sido determinante en la comisión del hecho punible. Importa, en consecuencia, la confianza de que el delincuente se comportará conforme a la norma[15]. 32

1.3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual

Sobre este particular, es importante precisar que existe una vinculación fácilmente aprehensible entre la personalidad del agente y la reincidencia o habitualidad. Sin embargo, en mi criterio, considero que el requisito de que *el agente no tenga la condición de reincidente o habitual* es arbitrario e ilegal, pues los criterios de reincidencia o habitualidad, según lo prescrito en los artículos 46-B y 46-C son circunstancias agravantes cualificadas. Y estas agravantes cualificadas tienen un rol y función dentro de las reglas de individualización de la pena concreta. Es decir, ya son tomadas en cuenta al momento de individualizar la pena para el agente. En efecto, al determinarse la pena concreta, el "Juez atenderá las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho"[16], esto es, a las circunstancias agravantes o atenuantes que lo rodean. 33

En ese sentido, una interpretación sistémica de estas instituciones jurídicas advierte que si ya existió una valoración previa para la imposición de una determinada pena concreta de todas las circunstancias cualificadas y generales de agravación o atenuación de la pena, entonces, se estaría dando una doble valoración a las instituciones jurídicas de reincidencia y habitualidad, valoraciones formales, ambas, dentro del ámbito material de la aplicación de la pena. 34

2. Plazo de la suspensión de la ejecución de la pena

Normativamente el legislador ha establecido que el plazo de la suspensión de la pena es de 3 años. En ese sentido, el juzgador puede establecer un plazo menor o igual a los 3 años durante los cuales la pena se suspende bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta, las cuales deben estar 35

(15) Jakobs, G. / Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, p. 37.

(16) De Espinoza Ceballos, E., "La determinación exacta de la pena en el proceso de individualización judicial". En: *Teoría del delito / Problemas fundamentales*, p. 457.

claramente comprendidas y detalladas en la sentencia condenatoria. Este plazo establecido por la norma tiene diferentes efectos jurídicos, entre ellos, que "en caso de procederse a la revocatoria de la suspensión de la pena, esta en principio debe tener lugar mientras dure el periodo de la suspensión o el periodo de prueba mediante resolución debidamente motivada, previo requerimiento al interesado de que en caso de incumplimiento procederá la revocatoria de la suspensión de la pena; sostener lo contrario equivale a señalar que la revocatoria de la suspensión de la pena por incumplimiento de las reglas de conducta procede en todos los casos una vez que ha vencido el periodo de prueba, lo cual resultaría un contrasentido"[17].

3. Presupuestos de inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena

36 El propio artículo 57 del Código Penal establece los presupuestos en los que no es posible que se aplique la suspensión de la ejecución de la pena. Actualmente no existe una clasificación propia de los supuestos de inaplicación de esta institución jurídica, sin embargo, podría decirse que se ha dado únicamente en función a la gravedad del delito, sin importar la condición del sujeto activo. Los delitos en los que no es posible suspender la ejecución de la pena son: colusión, peculado, malversación *–cuando los bienes que administra tienen destino el apoyo asistencial–*, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, enriquecimiento ilícito, lesiones *–cuando es contra los integrantes del grupo familiar o una mujer–*, y agresiones contra la mujer.

37 Para que sea inaplicable la suspensión de la ejecución de la pena tienen que ser necesariamente delitos dolosos, así lo refiere la taxatividad de la norma, por lo que queda sobreentendido que es posible suspenderse la ejecución si el delito se comete de manera culposa, por ejemplo, en el caso de peculado culposo. También nos precisa la norma que, en caso pueda existir la confluencia de dos agentes para la configuración del hecho punible, como en el caso de los *extraneus* e *intraneus*, solo es posible inaplicar la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos, quedando exentos de esta prohibición los particulares.

(17) STC Expediente N° 01584-PHC/TC, fundamento sexto. En esa misma línea, también, la STC Exp. N° 01474-2010-PHC/TC, fundamento sexto.

IV. Bibliografía

BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas.* Committee, Madrid, 2015; 38
BRAMONT-ARIAS, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 3ª edición. Editorial y Distribuidora de Libros, Lima, 2005; DE ESPINOZA CEBALLOS, Elena Blanca, "La determinación exacta de la pena en el proceso de individualización judicial". En: *Teoría del delito / Problemas fundamentales.* Pacífico, Lima, 2015; HURTADO POZO, José, *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio.* Disponible en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_10.pdf>; JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo.* 2ª edición. Thomson Civitas, Navarra, 2006; SATZGER, Helmut / BEULKE, Werner / WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura.* Traducción de Raúl PARIONA ARANA. Pacífico, Lima, 2018; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I.* 4ª edición. Hamurabi, Buenos Aires, 2005.

§ 58
Reglas de conducta

ERNIE GROISBERG HUAMANÍ RIVERA
Abogado en Derecho penals
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	188
II. Fundamento jurídico-penal	8	190
1. La suspensión de la ejecución de la pena	8	190
2. Las reglas de conducta	14	192
2.1. Definición y razones	14	192
2.2. Reglas de conducta previstas en la norma penal	18	193
2.2.1. Referencia legislativa	18	193
2.2.2. Consideraciones generales sobre las reglas de conducta	32	194
2.2.3. Reglas de conducta: cláusula abierta	39	196
i. Prohibición de frecuentar determinados lugares	40	196
ii. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez	41	196
iii. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades	42	197
iv. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo	43	197
v. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito	44	197
vi. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol	45	197
vii. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente	46	198
viii. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado	47	198
ix. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico	49	198
III. Bibliografía	50	198

§ 58.- Reglas de conducta

Al suspender la ejecución de la pena, el juez impone las siguientes reglas de conducta que sean aplicables al caso:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares;

2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez;

3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;

4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;

5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;

6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;

7. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,

8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

9. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico".

I. Introducción

1 El objeto de la suspensión de la ejecución de la pena es evitar los efectos nocivos o corrosivos de las penas cortas privativas de libertad efectiva, pues es una realidad que las cárceles (situación carcelaria *intra muros*), más que resocializar al sujeto condenado, también facilitan el contagio de la "criminalidad". El encierro y el aislamiento social del delincuente no hacen más que perfeccionar su carrera criminal, adaptándolo a los usos y hábitos de la vida criminal(1).

2 No sería un error afirmar que, en la actualidad, la realidad penitenciaria ha puesto en debate los fines teóricos de la pena: ¿tiene alguna finalidad la pena? Si al comienzo la pena representaba la retribución de un "mal por otro mal"(2) cuyo fin o significado no era otro que el restablecimiento del ideal de justicia, la pena ahora encuentra su justificación en fines preventivos que repercuten no solo en el control social del delito(3) (prevención general), sino en la regeneración del delincuente (prevención especial).

3 En ese contexto, surgen dos interrogantes en torno a los fines preventivos de la pena: ¿acaso basta penar para que se dejen de cometer delitos?, y si ello no es así, ¿cómo es que se efectiviza la función preventiva de la pena? Sobre la primera interrogante, tuvo influencia en la dogmática la noción del efecto

(1) Salazar I., H., *Cárcel peruana y su reforma*, p. 95.
(2) Silvestroni, M., *Teoría constitucional del delito*, p. 27 ss.
(3) Mir Puig, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, p. 42 ss.

"intimidatorio" de la pena, pues al ser una forma de castigo ejemplarizante, la pena debía provocar el miedo suficiente para contener o inhibir la conducta criminal. Empero, la casuística nos ha demostrado que el pretendido efecto intimidatorio resultó siendo ineficaz para prevenir la comisión de nuevos delitos, pues, en el caso del delincuente "habitual" (el más peligroso), este no anteponía a su conducta ilícita el temor a la pena, sino que actuaba bajo la consigna preconcebida de que su conducta "no sería descubierta"[4] (conducta de costo-beneficio); mientras que en el caso del delincuente "ocasional", se determinó que actuaba –la mayoría de veces– por móviles "impulsivos"[5] o culposos.

De igual manera, se determinó que en los delitos graves la delincuencia habitual y/u ocasional no había disminuido debido al agravamiento o incremento de la pena como medida intimidatoria, sino debido a la reflexión previa por parte del ciudadano de sus convicciones morales arraigadas[6], propósito que obedecía a correctas medidas político-criminales y no al agravamiento irresponsable de la pena[7]. Ni qué decir de los delitos leves cometidos por delincuentes ocasionales, en los que el efecto intimidatorio de la pena es casi nulo. 4

La controversia en torno a la ineficacia de la finalidad intimidatoria de la pena y sus efectos sobre la delincuencia habitual y/u ocasional conducen a la segunda interrogante referida a: ¿cuál debe ser la forma de efectivizar la finalidad preventiva de la pena? Lo cierto es que el fin preventivo no solo debe significar "intimidación" (que no se niega, pero que creemos es insuficiente), sino debe comprender los mecanismos que incidan en la regeneración, rehabilitación o resocialización del delincuente, más aun cuando se trata de delincuentes ocasionales. 5

En ese contexto, el carácter de última ratio del Derecho penal nos conduce al deber de discriminar no solo la conducta criminal, sino las consecuencias jurídicas del delito, esto es, la pena, su tipología y la forma de su ejecución, y, con mayor razón, cuando no existan otros medios igual de idóneos para contener la criminalidad. En consecuencia, se debe romper la endeble premisa de que la pena debe ser siempre privativa de libertad[8] (noción de intimidación). La pena debe tener significado: debe obedecer a fines regenerativos (prevención 6

(4) Alcácer Guirao, R., *Los fines del Derecho penal*, p. 38.
(5) Ibídem, p. 38 s.
(6) Ibídem, p. 39 s.
(7) Hassemer, W., *Persona, mundo y responsabilidad, bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, p. 45 ss.
(8) Silva Sánchez, J., *Estudios de Derecho penal. ¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria?, sobre el sistema de sanciones del Código Penal*, p. 255 s.

especial positiva), y su ejecución debe ser necesaria y proporcional (conforme al principio de última ratio), con la suficiente virtualidad para contener a la conducta criminal dentro de márgenes aceptables(9).

7 En consecuencia, el carácter de última ratio del Derecho penal obliga al legislador a prefijar sanciones jurídico-penales adecuadas, justas y merecidas(10), debiéndose servir de fórmulas que optimizan la contención, inhibición y regeneración del delincuente –que cometa delitos graves o leves, de forma habitual y/u ocasional– no solo a través de la privación de la libertad de forma efectiva, sino también sin que esta sea necesaria. Es por ello que nuestra legislación regula la figura de la "suspensión de la ejecución de la pena" como expresión de la función preventiva, protectora y regeneradora de la pena. Y, conjuntamente con ella, regula los criterios para su aplicación, denominándolas "reglas de conducta", las cuales, a pesar de tener carácter "condicionante", son en realidad reglas de optimización para efectivizar la función preventiva de la pena.

II. Fundamento jurídico-penal

1. La suspensión de la ejecución de la pena

8 La suspensión de la ejecución de la pena se encuentra prevista en el artículo 57 de la Parte General del Código Penal. También llamada "condena condicional", se trata de una modalidad de ejecución de la pena a través de la cual el condenado cumple el término temporal de la pena impuesta en libertad (libertad condicionada), requiriéndose para su dación una serie de elementos constitutivos (fundamento de la suspensión) y, para su vigencia, el cumplimiento de una serie de condiciones denominadas "reglas de conducta". El objeto de la suspensión de la ejecución de la pena radica en su finalidad preventiva, pues sirve de mecanismo eficaz para la resocialización del delincuente(11).

9 Bajo ese contexto, el operador de justicia puede suspender la ejecución de la pena si concurren los siguientes requisitos constitutivos: i) que la condena impuesta se refiera a pena privativa de libertad igual o no mayor de 4 años; ii) que la naturaleza del delito, la modalidad del hecho punible, el comportamiento procesal del agente y su personalidad, permitan inferir que no volverá a cometer otro delito similar o diferente. El pronóstico favorable acerca de la

(9) Alcácer Guirao, R., *Los fines del Derecho penal. Op. Cit.*, p. 39.
(10) Herrera Moreno, M., *Publicidad y control penal, nuevas estrategias inocuizadoras en la postmodernidad penal*, p. 44.
(11) Recurso de Nulidad N° 2426-2005-Lambayeque, emitida por la Sala Penal Permanente.

conducta futura del condenado debe ser motivada suficientemente por el juez; y, iii) que el agente no tenga la calidad de reincidente o habitual, de conformidad a los artículos 46-B y 46-C del Código Penal. Asimismo, el plazo de suspensión de la ejecución de la pena es de 1 a 3 años; plazo que se considera como "periodo de prueba" o de "cumplimiento de las reglas de conducta", de tal suerte que si la condena impuesta es de 4 años de pena privativa de libertad suspendida, esta se tendrá por cumplida a los 3 años.

10 Luego del proceso de determinación legal y judicial de la pena, los operadores de justicia se encuentran facultados para suspender la ejecución de la pena siempre que esta cumpla los requisitos constitutivos anotados. En otras palabras, en principio, los jueces *no estarían obligados* a suspender la ejecución de la pena, dado que la norma prescribe el verbo "puede" (facultad), mas no el verbo "debe" (obligación). Sobre este punto, es cuestionable que aún se sostenga que el juez tiene absoluta *discrecionalidad* para denegar la suspensión de la ejecución de la pena a pesar de que se ha cumplido con los requisitos constitutivos.

11 Si bien es cierto que la norma prescribe que el juez "podrá", también es cierto que la suspensión se dará "siempre que (...)", a modo de condición que habilita al juez para ordenar la suspensión. A ello se suma que la suspensión también encuentra sustento en los principios de proporcionalidad, última ratio y fin resocializador: principios que deben ordenar al juez a decidir por la suspensión de la ejecución de la pena cuando se cumpla con los requisitos que exige la ley[12].

12 En ese sentido, el operador de justicia podrá aplicar válidamente la suspensión de la ejecución de la pena cuando concurran de forma copulativa los requisitos constitutivos enunciados, debiendo ofrecer una motivación suficiente y contextualizada, que atienda los factores positivos y negativos que sobresalieron en el proceso penal, con relevancia sobre el tipo de delito que se ha cometido (doloso, culposo, etc.); el impacto social; la magnitud del perjuicio generado; la cantidad de víctimas; la voluntad de reparación del daño; la colaboración con la investigación fiscal y proceso judicial; el acatamiento o el rechazo a las resoluciones judiciales; el comportamiento procesal; el plazo razonable; entre otras circunstancias conexas al proceso. Cada uno de estos elementos copulativos debe ser debidamente motivado, por lo que se requiere de *motivación cualificada*[13].

(12) Hurtado Pozo, J., *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo*, p. 8.
(13) Recurso de Nulidad N° 2151-2017, Lima, fundamento 23.

13 Finalmente, la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena no acaba con su solo otorgamiento, sino con su mantenimiento hasta que el delincuente se encuentre rehabilitado. Es por ello que la suspensión viene condicionada al cumplimiento de una serie de reglas de conducta cuyo acatamiento mantiene la vigencia de la suspensión de la ejecución de la pena hasta que se cumpla el *periodo de prueba*, periodo en el que el delincuente se debe rehabilitar (que es de 1 a 3 años).

2. Las reglas de conducta

2.1. Definición y razones

14 Las "reglas de conducta", cuyo cumplimiento permite la vigencia de la suspensión de la ejecución de la pena, se encuentran prescritas en el artículo 58 del Código Penal. Se trata de una serie de deberes u obligaciones legales condicionantes, cuya infracción o incumplimiento trae como consecuencia que el juez dicte sanciones de amonestación al infractor, la prórroga del plazo de suspensión inicialmente dictada o, en caso de que el incumplimiento sea grave, se dispondrá la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena por prisión efectiva.

15 La aplicación de reglas de conducta y su efectivo cumplimiento es el medio idóneo y eficaz para procurar la finalidad resocializadora de la pena. Es *idóneo*, ya que pone a prueba al condenado a cumplir la ley y a no hacer lo que ella prohíbe, sin detrimento de su libertad y de sus valores y principios no contrarios con la norma; y es *eficaz*, ya que incentiva al condenado a no volver a delinquir, obligándolo a reparar el daño civil causado. Tales ventajas serían difíciles de conseguir si el condenado ingresa a prisión.

16 Los efectos nocivos de la prisión serían peor si se priva de la libertad a delincuentes ocasionales que han cometido delitos leves (que son en su mayoría los que acceden a la suspensión de la ejecución de la pena), cuya conducta procesal y su personalidad, en la mayoría de los casos, permiten pronosticar que no volverá a cometer delitos. No se trata de optar por la "impunidad", ya que se trata de delincuentes culpables, sino de ser realistas y de reconocer que las condiciones carcelarias en nuestro país –*con ambientes cerrados y promiscuos*– provocan la "prisionización" del condenado y la pérdida de su personalidad frente a la cultura carcelaria[14].

(14) Prado Saldarriaga, V., "Las penas en la reforma penal". En: *Anuario de Derecho penal*, p. 85.

En ese sentido, las reglas de conducta apuntan a la rehabilitación del delincuente en libertad, evitando el deterioro de su personalidad, valores o usos que no son contrarios con el ordenamiento jurídico[15]. 17

2.2. Reglas de conducta previstas en la norma penal

2.2.1. Referencia legislativa

El antecedente más cercano que regulaba la suspensión de la ejecución de la pena y las reglas de conducta fue el Código Penal de 1924[16], donde se denominaba "condena condicional". El artículo 53 del citado Código Penal prescribía que el juez podrá dictar condena condicional si "a su juicio" se preveía que la medida impediría la comisión de nuevos delitos[17]. El fin era, pues, la reforma del delincuente. Siendo que en ese mismo apartado se prescribía como reglas de conductas "la obligación de aprender un oficio", "residir en un lugar determinado" "abstenerse de bebidas alcohólicas" y "reparar el daño en un término dado". 18

Las reformas legislativas en materia penal del siglo pasado, dieron lugar a la dación del Código Penal de 1991[18] y, con ello, la modificación del artículo 53 del Código antecesor, por el nuevo texto del artículo 58, que se encuentra actualmente vigente. El artículo 58, en un inicio, preveía 6 reglas de conducta[19], sin embargo, en el año 2013, fue modificado por la Ley N° 30076[20], con el que las reglas de conducta pasaron a ser 8. 19

Finalmente, el artículo 58 fue modificado por última vez en el año 2017, a través del Decreto Legislativo N° 1351[21], mediante el cual se incorpora la "novena" regla de conducta, la misma que obedece a las reformas legislativas en materia de violencia y maltrato contra la mujer e integrantes del grupo familiar. 20

(15) Ferrajoli, L., *Garantismo penal, la fuente del sistema acusatorio*, p. 27 s.
(16) Promulgado mediante Ley N° 4868, del 11 de enero de 1924.
(17) Artículo modificado por Ley N° 9014, promulgada el 23 de noviembre de 1930.
(18) Promulgado mediante Decreto Legislativo N° 635, del 8 de abril de 1991.
(19) "Artículo 58.- El Juez al otorgar la condena condicional, impondrá las siguientes reglas de conducta: 1. Prohibición de frecuentar determinados lugares; 2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez; 3. Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades; 4. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo; 5. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; y, 6. Los demás deberes que el Juez estime convenientes a la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la dignidad del condenado".
(20) Modificado por el artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013.
(21) Decreto Legislativo N° 1351, publicado el 7 enero 2017.

A la actualidad, las reglas de conducta que regula el artículo 58 del Código Penal son:

i. Prohibición de frecuentar determinados lugares.

ii. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez.

iii. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades.

iv. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo.

v. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito.

vi. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol.

vii. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente.

viii. O los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

ix. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico.

El Proyecto del Nuevo Código Penal[22] (2016) ha modificado la estructura del artículo 58 del Código Penal y ha pasado a regular las reglas de conducta en el artículo 74. El artículo 74 del Nuevo Código Penal describe 10 reglas de conducta, habiéndose incluido como nueva regla la "prohibición de acercarse a la víctima, a sus familiares u otras personas que se hayan visto perjudicadas por la comisión del delito".

2.2.2. Consideraciones generales sobre las reglas de conducta

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad está condicionada al cumplimiento de las reglas de conducta previstas en el artículo 58° de Código Penal. Tales reglas se dictan en la sentencia condenatoria, conjuntamente con otras penas y la reparación civil, teniendo un carácter imperativo,

(22) Proyecto del Código Penal revisado y validado por el grupo de trabajo conformado por el Consejo Nacional de Política-Criminal, diciembre de 2016.

de tal suerte que su incumplimiento trae como consecuencia la imposición de amonestaciones, la prórroga del periodo de suspensión dictada en un inicio o la revocatoria de la ejecución suspendida de la pena por la de prisión efectiva conforme se encuentra regulado en el artículo 59 del Código Penal.

Asimismo, con respecto al incumplimiento de las reglas de conducta, se 33
debe anotar que la imposición de las consecuencias o efectos del incumplimiento se debe realizar según las necesidades del caso concreto, de manera alternativa (discrecionalidad del juez) y no siguiendo un orden prelativo[23], como erradamente se hacía[24] antes que la jurisprudencia lo corrija.

Por otro lado, el "control y supervisión" del cumplimiento de las reglas 34
de conducta impuestas en una sentencia condenatoria corresponde al Ministerio Público[25], mientras que el deber de hacer cumplir y de aplicar los efectos del incumplimiento corresponde al juez de ejecución (juez de investigación preparatoria[26]).

Otra característica relevante es que las reglas de conducta prescritas en 35
la norma no son exhaustivas. El numeral 8 del artículo 58 del Código Penal faculta al juez a dictar "los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente (...)", por lo que se deja una *cláusula abierta* para la estipulación de otros deberes conexos con los deberes ya prescritos en la norma. Asimismo, del citado numeral 8 se advierte que el juez está facultado para dictar alternativamente desde una a más reglas de manera conjunta.

Otro aspecto fundamental que incide directamente en la discrecionali- 36
dad del juez es que las reglas de conducta que dicta *no deben atentar contra la dignidad humana*, esto es, no deben ser vejatorios o humillantes. El operador de justicia debe respetar las leyes y la Constitución.

Por otro lado, el juez al momento de dictar la regla de conducta debe veri- 37
ficar si es de *posible cumplimiento* por parte del condenado, pues, de lo contrario, la suspensión de la ejecución de la pena sería ineficaz. De un lado, el juez

(23) Casación N° 656-2014-Ica, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
(24) Expediente N° 2517-2005-PHC; Expediente N° 3165-2006-PHA; y Expediente N° 3883-2007-PHC, dictadas por el Tribunal Constitucional.
(25) Según el artículo 488 numeral 3 del Código Procesal Penal, "(...) corresponde al Ministerio Público el control de la ejecución de las sanciones penales en general, instando las medidas de supervisión y control que correspondan, y formulando al juez de la investigación preparatoria los requerimientos que fueran necesarios para la correcta aplicación de la ley".
(26) El actual modelo del Código Procesal Penal de 2004 cambió la denominación de juez de ejecución a juez de investigación preparatoria.

debe cuidar que la regla se pueda cumplir (deber del condenado), a pesar de que tenga un especial grado de dificultad. De otro lado, el juez debe garantizar que se encuentra bajo su posibilidad el control del cumplimiento de las reglas de conducta (deber del juez). Por ejemplo, la regla de "no frecuentar determinados lugares" sería de difícil control en las grandes zonas urbanas.

38 Finalmente, consideramos que las reglas de conducta que dicta el juez bajo su poder discrecional no deben ser genéricas[27], sino específicas, que tengan capacidad disuasiva y que aporten a la resocialización del delincuente. El profesor HURTADO POZO nos pone como ejemplo, en el caso del delito de lesiones culposas, que la regla de conducta de "manejar (vehículos) con prudencia", o la de "observar fielmente las disposiciones del Reglamento de tránsito", son reglas tradicionales y estereotipadas además de genéricas, que no son adecuadas para impulsar al condenado a comportarse debidamente y que no son de fácil control.

2.2.3. Reglas de conducta: cláusula abierta

39 Las reglas de conducta fijadas en el artículo 58 del Código Penal no son taxativas ni únicas. Ello se debe a que la conducta criminal es impredecible y que la experiencia judicial nos muestra que hacen falta nuevas reglas, a veces más eficaces que las fijadas por ley, en cada caso concreto. En ese sentido, nuestro legislador ha optado por brindar al juez la discrecionalidad suficiente para dictar las reglas que considera eficaz en cada caso concreto.

i. Prohibición de frecuentar determinados lugares

40 La prohibición de frecuentar determinados lugares importa una limitación leve en la libertad ambulatoria. Su objeto es evitar que el delincuente, y ahora condenado, vuelva o regrese a los lugares donde, por un lado, adquirió la influencia para delinquir, y, por otro lado, se hallan su víctima o perjudicados.

ii. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez

41 Esta regla implica una considerable limitación de la libertad ambulatoria. Ya no se trata de estar impedido de ir a determinados lugares, sino de no ausentarse sin antes pedir autorización a la autoridad judicial. Para que se otorgue la autorización, se requiere la solicitud expresa del condenado, la cual deberá estar debidamente justificada, de tal suerte que no represente un

(27) HURTADO POZO, J., *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo. Op. Cit.*, p. 11.

peligro para la eficacia de la suspensión de la ejecución de la condena. En ese sentido, no basta con avisar al juez de la ausencia, sino que se debe obtener una autorización expresa.

iii. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades

42 Es una regla de conducta cuyo objeto es tener la seguridad real e indudable de que el condenado tiene predisposición para la rehabilitación, pues no solo debe concurrir ante el juez, sino informar sobre las actividades que realiza (trabajo o estudio). La asistencia es obligatoria y se encuentra sujeta a un control periódico y registrado. Al ser de fácil cumplimiento, es una de las reglas más usadas por los jueces de ejecución.

iv. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo

43 Esta regla de conducta se orienta a darle eficacia a la suspensión de la ejecución de la pena. De qué sirve condenar al delincuente (sea de forma efectiva o suspendida) si no se efectiviza la reparación del daño causado al agraviado. Sobre el particular, cierto sector de la doctrina critica esta regla, pues la asemeja a la "prisión por deudas". Sin embargo, en un estricto sentido jurídico-penal, se trata de la regla de conducta dirigida a la rehabilitación del delincuente y no al cumplimiento de una obligación crediticia.

v. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito

44 Esta regla implica la prohibición al condenado para portar objetos o instrumentos, o cualquier bien mueble susceptible de ser utilizado para la comisión de nuevos delitos, ya sea de la misma naturaleza por el que ha sido condenado o por delito diferente. El objeto debe tener la "idoneidad suficiente" para facilitar la comisión del delito, de lo contrario, carece de efecto.

vi. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol

45 Esta regla fue prevista para ser aplicada a los condenados que presentaban ciertos vicios o adicciones toxicológicas, relacionados con el consumo de estupefacientes que causaban el deterioro físico y psicológico del condenado. Asimismo, esta regla causó cierto debate acerca de la "obligación" al condenado a no consumir drogas o alcohol, pues se decía que la pena solo debía limitar

la libertad ambulatoria pero no la personal. Sin embargo, una interpretación jurídico-penal correcta sobre los fines de prevención y de rehabilitación otorga preponderancia a la evitación de la privación de la libertad a costa de obligar al toxicómano a rehabilitar su salud.

vii. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente

46 Se trata de una regla de conducta que incide en la rehabilitación del condenado. Las actividades laborales y educativas compulsan al condenado a la adquisición de nuevas habilidades, permitiéndole obtener nuevas oportunidades en la sociedad.

viii. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado

47 Esta no es propiamente una regla de conducta. Se trata de una habilitación legal que permite al juez dictar reglas de conducta de manera discrecional. Las máximas de la experiencia le otorgan al juez la capacidad para ordenar la conducta del condenado, de tal forma que haga eficaz la suspensión de la ejecución de la pena.

48 También otorga la posibilidad a las demás partes a formular sus propias reglas, las cuales podrían ser consideradas por el juez en mérito a esta previsión legal. Como ya hemos anotado, se trata de una cláusula abierta que otorga discrecionalidad al juez. No se debe perder de vista que la discrecionalidad del juez no debe sobrepasar la dignidad del condenado, esto es, que no se deben dictar reglas vejatorios ni humillantes.

ix. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico

49 Esta última regla fue incorporada en la última modificación del artículo 58 del año 2017, con ocasión de las reformas legislativas en materia de violencia y agresión contra las mujeres y miembros del grupo familiar. Su dación obedece a "fines terapéuticos", al igual que la obligación de someterse a un tratamiento desintoxicológico.

III. Bibliografía

50 Alcácer Guirao, Rafael, *Los fines del Derecho penal.* Ad Hoc, Buenos Aires, 2001; Ferrajoli, Luigi, *Garantismo penal, la fuente del sistema acusatorio.* Universidad

Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2016; SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito*. Del Puerto, Buenos Aires, 2004; HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad, bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Temis, Bogotá, 1999; HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control penal, nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*. Grijley, Lima, 2002; HURTADO POZO, José, *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo*. Disponible en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_10.pdf>; MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. 2ª edición. Casa Editorial, Barcelona, 1982; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "Las penas en la reforma penal". En: *Anuario de Derecho penal*, 1991; SALAZAR, Hildebrando, *Cárcel peruana y su reforma*. Nueva Educación, Lima; SILVA SÁNCHEZ, José María, *Estudios de Derecho penal. ¿*Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria?, sobre el sistema de sanciones del Código Penal. Grijley, Biblioteca de Autores Extranjeros, 2000.

§ 59
Efectos del incumplimiento de las reglas de conducta

PAMELA CECILIA MALAVER AYALA
Asistente fiscal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	201
II. Fundamento	8	203
III. Contexto constitucional	10	204
1. Periodo de suspensión	12	205
2. Reglas de conducta	17	206
3. Efectos del incumplimiento	27	207
IV. Revocación facultativa	32	208
1. Amonestación del infractor	33	209
2. Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado	36	210
3. Revocación de la suspensión de la pena	38	211
4. Si durante el periodo de suspensión fuera condenado por otro delito	39	212
V. Bibliografía	40	213

§ 59.- Efectos de incumplimiento

"Si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuesta o fuera condenado por otro delito, el Juez podrá según los casos:

1.- Amonestar al infractor;

2.- Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prorroga acumulada excederá de tres años; o

3.- Revocar la suspensión de la pena".

I. Introducción

Un Estado de derecho fundamentado en la Constitución y que garantiza 1
la dignidad del ser humano, así como el respeto a los derechos fundamentales, es el tipo de sistema que debe enfocar el ordenamiento jurídico nacional. El presente trabajo analiza el artículo 59 del Código Penal (en adelante CP) desde dicho contexto, el cual si bien se encuentra dentro de la Parte General de nuestro CP, genera muchas interrogantes que trataremos de abordar a continuación. Así, desde el punto de vista histórico, analizaremos la imposición de las medidas por el incumplimiento de las reglas de conducta, para ello previamente debemos conocer qué son las reglas de conductas y cuál es su finalidad, para luego reparar respecto a qué interpretación constitucional debemos proporcionar a la parte pertinente del 59 CP que señala: "o fuera condenado por

otro delito", a fin de corroborar o descartar si ello hace referencia a cualquier delito (doloso o culposo) o si este debe tener o no calidad de sentencia firme.

2 No obstante, para alcanzar lo descrito en el párrafo anterior, es preciso hacer un paréntesis en torno a la razonabilidad[1] y la proporcionalidad[2] que, al ser principios constitucionales rectores, son normas abiertas e incompletas que deben ser valoradas por los jueces en cualquier tipo de medida a imponer a fin de evitar incurrir en arbitrariedades. Estos principios son eje central en torno a los cuales girará el análisis del artículo 59 del CP.

3 Si bien el principio de legalidad obedecía al Estado monárquico en donde se describían reglas; sin embargo, las normas constitucionales comprenden principios que muchas veces generan cierto grado de conflicto entre sí, lo cual demuestra la complejidad de los derechos constitucionales, problemática que deberá siempre ser evaluada por el juez.

4 En ese sentido, el principio de legalidad debe ser analizado conjuntamente con el rol del juez, quien tiene la responsabilidad de aplicar las normas con criterios constitucionales atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Esto ha quedado establecido en Acuerdo Plenario Extraordinario N° 01-2016/CIJ-116, el cual en su fundamento 13 establece que no solo es posible invocar el principio de proporcionalidad ante excesos en la conducta incriminada o la pena, sino que es posible su aplicación a casos en donde el legislador realizó una protección defectuosa, los cuales también serán mencionados más adelante.

5 Por tales consideraciones, el contenido del artículo 59 del CP mantiene una singular importancia, pues gran parte de las sentencias condenatorias con carácter suspendido asumen como sustento las reglas de conducta, de modo tal que el incumplimiento de todas o alguna de estas puede acarrear las consecuencias señaladas *in fine* en el dispositivo legal en comento; sin embargo, el citado artículo en su primer párrafo hace referencia a otro supuesto: "(...) o fuera condenado por otro delito". Así, a diferencia de lo que ocurre en la técnica legislativa en relación a las expresiones "delito doloso" o "delito culposo",

(1) Exp. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 12: "(...) El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso (...)".

(2) A decir de Castillo Alva: "La proporcionalidad como principio legitimante del Derecho, y en particular de la justicia criminal, supone que dicha relación de semejanza ha de ser netamente valorativa de acuerdo con la esencia misma del Derecho, como valorativa también es la idea de delito". *Vide* Castillo Alva, J., *Principios del Derecho penal. Parte general,* pp. 282-283.

este supuesto solo menciona "otro delito", de lo cual se puede colegir que ello hace referencia a cualquier delito con sentencia condenatoria sin excepción.

En ese entendido, si bien el principio de legalidad es el enunciado más 6
inexorable de los que articula el Derecho penal de un Estado Democrático-Constitucional, en donde se consagra la libertad y la dignidad humana como valores superiores del sistema jurídico-político[3]; no obstante, como veremos más adelante, debe dotarse a la citada norma de un contenido capaz de aparejarse a uno constitucional, sin que ello socave la coherencia y lógica necesarias en concordancia con el resto del ordenamiento jurídico vigente.

En ese sentido, el artículo 59 del CP contiene dos supuestos, los cuales a 7
su vez pueden originar tres consecuencias jurídicas, las mismas cuya aplicación se encuentran dentro de la discrecionalidad[4] del juez y que le ha sido conferida a este último por el legislador en función al rol de administrar justicia a nombre de la nación que le asiste, pudiendo realizar una revocación facultativa atendido a cada caso en concreto teniendo en cuenta las medidas menos intensas conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pero sin perder de vista la conducta del sentenciado.

II. Fundamento

Sobre el particular, la literatura jurídica nacional en relación al estudio 8
del artículo 59 del CP es escasa. Esta situación, consideramos, se debe principalmente a un enfoque errado, en donde lo realmente importante ha de desarrollarse siempre desde la óptica del Derecho penal[5] y procesal penal. Evidentemente, se pueden producir situaciones durante el desarrollo del proceso que a la postre terminen justificando un sobreseimiento de la causa o inclusive una sentencia absolutoria, los cuales a todas luces no son los supuestos en

(3) *Vide* Salazar Sánchez, N., "El principio de legalidad en el Estado democrático de derecho". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales,* N° 14, p. 1.

(4) Exp. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 15: "(...) la discrecionalidad queda sujeta a las siguientes limitaciones: a) en los casos de los grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad (...)". En el análisis del artículo 59 del Código Penal, al tratarse de un asunto penal, nos encontramos en los "grados de discrecionalidad intermedia y menor" en los cuales aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad.

(5) Consideramos la importancia del estudio de parte dogmática del Derecho penal material, empero, es necesario el estudio de las disciplinas conexas.

comento. De igual forma sucede en el sistema penitenciario[6], el cual, si bien se encuentra muy poco abordado al respecto, no resulta menos importante para el conglomerado de las ciencias jurídico-penales[7]. No obstante, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema de la República han tratado de brindar un mejor panorama e interpretación del mismo dispositivo legal, tal como será expuesto en los párrafos siguientes.

9 Cabe mencionar que el tópico materia del presente artículo gira en torno al supuesto por el cual el condenado incumpliera las reglas de conducta por haber sido condenado por otro delito. Recordemos que con la Constitución de 1979 en el Perú se implementó por vez primera un modelo constitucional que preveía un mecanismo de defensa de la constitución si se tiene en cuenta que anteriormente solo habían existido Constituciones esencialmente declarativas. Así, tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 cuentan con una parte dogmática –que se enfoca en el desarrollo de los derechos fundamentales– y otra orgánica –que trata sobre la división de poderes (Poder Legislativo, Judicial, organismos constitucionalmente autónomos, de gobierno, etc.)–. Es dentro de este contexto que pasaremos a analizar el artículo 59 del CP, dado que la discrecionalidad en un Estado Constitucional[8] queda sujeta a ciertas limitaciones, más aún si el tópico resulta ser un tema de naturaleza penal.

III. Contexto constitucional

10 Compartimos la posición del profesor Felipe Villavicencio[9], quien señala que en el artículo 59 del CP se presenta una revocación facultativa diferente al supuesto de revocación obligatoria prevista en el artículo 60 CP En efecto, en el artículo 59 del CP se indica "el juez podrá", situación mediante la cual le otorga el legislador peruano facultades discrecionales al juez, evidentemente,

(6) Como indica MALAVER AYALA, P. "Políticas públicas: el derecho a la salud mental como derecho fundamental y su reconocimiento en el sistema penitenciario". En: MALAVER AYALA, Pamela, *Políticas públicas: El derecho a la salud pública como derecho fundamental y su reconocimiento en el sistema penitenciario.* Tesis para obtener el título de abogada en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2015, p. 46. "(...) en el sistema penitenciario peruano también se evidencia la falta de desinterés en referencia a la salud mental de las personas que se encuentran recluidas en centros penitenciarios, lo cual a corto y mediano plazo traerá consecuencias a la sociedad y por ende un costo económico al Estado".

(7) Sobre esta perspectiva, MELGAREJO BARRETO, refiere que "el Derecho penal al pasar por diversas etapas, viene tomando mayor confort y sustento, aparecen –independientes– otras disciplinas (diversas ciencias), cuyo objeto del estudio del delito y el delincuente como expresión del medio social", *vide* MELGAREJO BARRETO, P., *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 77.

(8) Conforme al Exp. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 15.

(9) VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Código Penal comentado*, p. 219.

esta no será de manera arbitraria, pues dentro de un Estado Constitucional Democrático de Derecho aquella esta proscrita. El antecedente nacional del artículo 59 del CP se encuentra en el Código Penal del año 1924 (art. 56[10]), como bien indica Domingo García Belaunde[11] la tónica general en el Código de 1924 era considerar al delito, no al delincuente, situación que en ese momento no era aceptada. Pues bien, la Constitución de 1923 marcó la vigencia del Código Penal de 1924, mientras que la Constitución Política de 1979 determinó el articulado del CP actual, permaneciendo su esencia en la Constitución de 1993. Resulta importante resaltar el contexto constitucional, pues dentro de este desarrollaremos el análisis correspondiente del artículo en comento.

En ese sentido, si bien en el artículo 59 se indica con la sumilla "Efectos 11
de incumplimiento", la disposición presenta dos enunciados lingüísticos que son supuestos de hechos: el primero, "[S]i durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuesta"; y el segundo, "o fuera condenado por otro delito". Para esto debemos conocer qué es un periodo de suspensión, qué son las reglas de conducta e interpretar el dispositivo en relación "o fuera condenado por otro delito".

1. Periodo de suspensión

Sobre el particular, "responde este instituto político-criminal a criterios 12
del derecho humanitario que propicia darle al infractor una oportunidad de probar para el futuro su respecto al orden jurídico (...) la sobre población penitenciaria es un elemento adicional que abona por esta opción"[12]. Los dispositivos relacionados a la suspensión de la ejecución de la pena se encuentran en el Capítulo IV (arts. 57, 58, 59, 60 y 61) del CP. En ese sentido, el juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos contenidos en el artículo 57 del CP, es así que:

i. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de 13
cuatro años.

ii. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento pro- 14
cesal y la personalidad del agente permitan inferir al juez que aquel no volverá

(10) "Si dentro del plazo indicado se descubrieren antecedentes punibles del condenado, sufrirá la pena que le hubiere sido impuesta. Si cometiera un nuevo delito intencional, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponde por el segundo delito conforme a lo dispuesto en las leyes de la reincidencia". "Si despreciando la advertencia de la autoridad persistiere en infringir las reglas de conducta prescrita por el juez, se ordenará la ejecución de la pena".

(11) García Belaunde, D., *Breve paralelo entre el Código Penal peruano de 1863 y el de 1924*, p. 7.

(12) Villa Stein, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 511.

a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

iii. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual

Asimismo, se tiene que el plazo de suspensión es de 1 a 3 años; no obstante, 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 CP, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar previsto en el artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122. En ese orden de ideas, "la naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena da cuenta de una alternativa a la pena privativa de libertad y una opción de política penal (...) en atención a un conjunto de indicadores –regulados en el tipo penal general–, en una suerte de segunda oportunidad al sujeto primerizo (...)"[13].

2. Reglas de conducta

En relación a las reglas de conductas, "se identifican como determinadas normas mínimas, que el condenado deberá cumplir a fin de demostrar su voluntad positiva, hacía su recuperación social, importante desde la prevención especial"[14]; estas son descripciones de conductas que el sentenciado no podrá realizar dentro del plazo establecido por el juez conforme se prescribe en el artículo 58 del CP:

i. Prohibición de frecuentar determinados lugares.

ii. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez.

iii. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades.

iv. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo.

v. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito.

(13) Rojas Vargas, F., *Código Penal. Parte general y especial. Comentarios y jurisprudencia.* Tomo II, p. 23 y vuelta.

(14) Peña Cabrera Freyre, A., *Derecho penal. Parte general.* Tomo II, p. 478.

vi. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol. 23

vii. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente. 24

viii. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado. 25

ix. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico. 26

3. Efectos del incumplimiento

En relación al tema que nos avoca, tendremos en cuenta lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 04649-2014-PH/TC de fecha 25 de mayo de 2016[15], en la cual se precisa lo siguiente: 27

> "3.- El artículo 59 del Código Penal establece que, si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera las reglas de conducta impuesta o fuera condenado por otro delito, el juez, según los casos podrá: 1) amonestar al infractor; 2) prorrogar el periodo de suspensión de la pena. Al respecto el Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha precisado que dicha norma no obliga al juez a aplicar tales alternativas en forma sucesiva, sino que, ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, la suspensión de la ejecución de la pena pueda ser revocada sin necesidad de que previamente sean aplicadas las dos primeras alternativas". (Exps N°s 2517-2005-P HTC/TC; 3165-2006-PHC/TC y 3883-2007-PHC/TC). 28

En esa línea de pensamiento, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado mediante la Casación N° 656-2014-Ica, de fecha 18 de mayo de 2016, al establecer como doctrina jurisprudencial lo siguiente[16]: 29

> "Décimo Quinto: A modo de conclusión se puede establecer que la aplicación de los efectos del incumplimiento de reglas de conducta, previsto en el artículo 59 del Código Penal, deberá darse conforme a la propia norma de manera discrecional por el Juez. Es decir, según el caso concreto está en la decisión del Juez Penal optar por cualquiera de los tres 30

(15) Disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/04649-2014-HC.pdf>, consultado el 21 de febrero de 2019.

(16) Disponible en <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3e5eb0804e7fb8c2bd31ff2670ef9145/OF-5442-2016-S-SPPCS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3e5eb0804e7fb8c-2bd31ff2670ef9145>, consultado el 22 de febrero de 2019.

presupuestos, sin la necesidad de que se siga una secuencia prelativa. No se puede exigir al Juez Penal a imponer dichos efectos de manera correlativa, cuando es algo expresamente contrapuesto a la norma, y más aún que se contrapone con el sentido de esta. No todos los casos e imputados son iguales; así, habrá algunos que abiertamente y sin mayor culpa incumplan las reglas de conducta impuesta, a los cuales conforme una debida motivación podrá corresponder *prima facie* la imposición de la revocación de la suspensión de la pena".

31 Ahora, si bien el tenor de la Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ indica que el juez deberá aplicar de manera correlativa lo dispuesto en el artículo 59 del CP[17]; sin embargo, dicha resolución se dejó sin efecto en atención al mérito de la Casación N° 656-2014-Ica, siguiendo el Supremo Tribunal el mismo criterio de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual coincidimos por ser la tendencia actual que considera al juez como el llamado en decidir bajo los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, determinando así qué medida será la más idónea según el caso en concreto. Si bien parte de la doctrina[18] considera que el legislador debía optar una técnica legislativa más específica en donde se indique "el juez deberá (...)" en lugar de "el juez podrá (...)"; sin embargo, esta postura ha sido superada por dirección brindada por el Tribunal Constitucional al dotarle de un sentido al artículo en comento con los valores y principios de un Estado Constitucional de Derecho.

IV. Revocación facultativa

32 En ese orden de ideas, el juez cuenta con un margen de discrecionalidad[19] o "carácter potestativo" [20] que se transforma en una "revocación facultativa diferente de la revocación obligatoria prevista en el artículo 60"[21]. En este último dis-

(17) De esta manera, en relación a la postura que ha marcado tanto el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia como en el pleno jurisdiccional penal de 1997. *Vide* García Cavero, P., *Curso de Derecho penal. Parte general*, pp. 858-859.

(18) En esa línea de pensamiento, "Aquí el legislador ha optado con cierta dosis de pusilanimidad por la revocatoria facultativa. Lo que no debió ser en aras de garantizar la vigencia normativa". *Vide* Villa Stein, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 513.

(19) Villavicencio Terreros, F., *Código Penal comentado. Op. Cit.*, p. 219.

(20) Concepto utilizado en Peña Cabrera Freyre, A., *Derecho penal. Parte general.* Tomo II. *Op. Cit.*, p. 483.

(21) Villavicencio Terreros, F., *Código Penal comentado. Op. Cit.*, p. 219. En igual sentido, García Cavero, P., *Curso de Derecho penal. Parte general,* p. 859, quien sigue a Bramont Arias / Bramont Arias Torres, *Código Penal anotado*, Tomo I, p. 276. Así también en el Derecho penal español, Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general.* L. 29/58.

positivo legal se utiliza el verbo "será"[22], convirtiéndose de esta forma en un mandato imperativo de la norma. Sobre el particular cabe señalar que si bien tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como los pronunciamientos de la Corte Suprema están enfocados desde la perspectiva de las reglas de conducta, no obstante, no son pocos los casos en donde se considera el pago de la reparación civil como reglas de conducta[23], siendo un ejemplo de ello los múltiples casos de procesos de omisión a la asistencia familiar[24]. Y es en este punto donde no se ha realizado un adecuado abordaje en relación al tópico "si durante el periodo de suspensión (...) fuera condenado por otro delito (...)", siendo este punto el cual desarrollaremos *in fine* del presente trabajo.

1. Amonestación del infractor

Retomando lo expuesto en relación a la "amonestación del infractor", esta 33
debe ser tenida en cuenta si antes de la emisión del auto revocatorio, el sentenciado había consignado monto significante al concepto por reparación civil[25], pues si de la lectura de la resolución que revoca la suspensión de la pena aquello no se aprecia, se estarían vulnerando principios constitucionales tan importantes como la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida, en tanto la norma contempla el amonestar al infractor y/o prorrogar el periodo de suspensión en aplicación del artículo 59, incisos 1 y 2 del CP. Revocar la suspensión de la pena es la medida más gravosa que prevé el dispositivo legal, ya que se deberá tener en cuenta el caso en concreto, por ejemplo, la conducta del sentenciado que manifiesta la voluntad de cancelar la reparación civil, en este caso, solo debe aplicarse la revocatoria en última instancia.

En ese sentido, resultaría evidente que en los procesos judiciales en que 34
el juez no hubiera tenido en cuenta los principios constitucionales –esbozados líneas arriba–, de modo que no hubiera basado su decisión en función a la voluntad resarcitoria del sentenciado puesta de manifiesto durante la etapa de ejecución de sentencia, disponiendo la revocatoria de la pena suspendida por

(22) "Artículo 60 del CP.- La suspensión será revocada si dentro del plazo de prueba el agente es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea superior a tres años; en cuyo caso se ejecutará la pena suspendida condicionalmente y la que corresponda por el segundo hecho punible".

(23) Se tiene en la Letra c, numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú: "No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios"; el cual se relaciona con el artículo 149 de CP.

(24) Debemos precisar que se puede presentar en cualquier tipo de delito que se apliquen los supuestos de los artículos: 57, 58 y 59 del Código Penal.

(25) "Artículo 93 del CP.- La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios".

efectiva exclusivamente por el hecho de no haber cumplido el pago íntegro de la reparación[26], resultaría razonable que esta quede sin efecto, en tanto de no obrar la amonestación y/o la prórroga del periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado a fin de que el sentenciado cumpla con el íntegro de dicho pago. Asimismo, el juzgador podría calificar como irrisoria la suma aportada por el sentenciado –aún en aquellos casos en los que esta equivalga incluso a más de un tercio de la suma total adeudada–, o en aquellos en los que dicha amortización ascienda a más de 12 sueldos mínimos vitales. Frente a estos casos hipotéticos, incluyendo un pago parcial como concepto de reparación civil, debemos señalar que nos encontramos ante dos cuestiones definidas: de un lado, los pagos de las pensiones alimentarias están comprendidos en periodos de tiempo específicos, por un monto determinado o determinable de dinero; y, de otro, el tiempo transcurrido desde el requerimiento civil previa liquidación correspondiente. Esto se tendrá en cuenta para efectivizar los principios constitucionales[27], ya que ello implica la movilización del aparato judicial que tuvo que intervenir para emitir una sentencia condenatoria a efectos de que el sentenciado cumpla con la obligación que le corresponde. De igual forma, se podría arribar a similares conclusiones si se advierte que, a la fecha de la emisión de la resolución correspondiente, el sentenciado no ha cumplido con el monto total de lo adeudado con los intereses correspondientes.

35 En esa secuencia de ideas, consideramos importante mencionar estos casos hipotéticos, ya que si bien se podría pensar que el monto de la reparación civil –impuesta como regla de conducta– es demasiado alto para que el sentenciado pueda cumplir con el total del importe adeudado. No obstante, a fin de efectivizar el principio de razonabilidad de la medida, consideramos que se debe volver a hacer hincapié en la voluntad que pudiera demostrar el sentenciado a efectos de cumplir con sus correspondientes obligaciones tomando en consideración, claro está, el periodo que adeuda hasta ese momento.

2. Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado

36 En esa lógica se debe indicar que pueden presentarse casos en los que a criterio del juez no sea posible aplicar el inicio 2) del artículo 59 del CP, esto

(26) Siguiendo la línea del razonamiento en Sala Penal Transitoria R. N. N° 2356-2014, de fecha once de julio de dos mil dieciséis. "La reparación civil de los daños ocasionados es una regla de conducta contemplada en el Código Penal, cuando el Juez discrecionalmente suspende condicionalmente la pena. No existe una relación necesaria entre el plazo de suspensión y la reparación de daño como regla de conducta".

(27) Principio de razonabilidad y proporcionalidad.

es, prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado (...)"; pues, si bien el sentenciado podría haber efectuado un pago parcial del monto adeudado, el juez, dentro del margen de discrecionalidad que le asiste, podría considerar la posibilidad de solo amonestar por única vez al sentenciado a fin de que al tercer día cumpla con el pago del total de las pensiones alimentarias devengadas, así como la reparación civil, de modo tal que al persistir el incumplimiento de dicho mandato, revoque la suspensión de la pena, sin necesidad de prorrogar el periodo de suspensión.

37 Bajo ese tenor, la suspensión de la pena por no cumplir con una regla de conducta de naturaleza pecuniaria advierte dos excepciones en atención a lo expuesto en el fundamento 19 de la Casación N° 131-2014[28]: 1) cuando el condenado acredita que no puede pagar, o 2) que dicha deuda lo está haciendo de modo fraccionado. En ese entendido, "es necesario señalar que nuestro ordenamiento indica que la revocación de la suspensión de la pena por no cumplir con una regla de conducta de índole pecuniario encuentra su excepción cuando el sentenciado acredita que no puede pagar o que lo está haciendo de modo fraccionado. Con lo cual se salva la razonabilidad de exigir el pago y de revocar la suspensión de la pena en caso de incumplimiento". Este razonamiento se condice con el artículo 58 del CP[29].

3. Revocación de la suspensión de la pena

38 Al tratarse de la medida más gravosa, debe ser analizada atendiendo al caso en concreto dentro del margen de discrecionalidad del juez. Si bien el Tribunal Constitucional[30] ha indicado que en supuestos de discrecionalidad aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad. Es así, que no escapa de ello el análisis del artículo 59 del CP. El magistrado, motivando sus resoluciones puede preferir esta medida, en el caso hipotético de que el sentenciado muestra un desprecio por las decisiones judiciales haciendo caso omiso, lo cual puede motivar dicha revocación de la suspensión de la pena.

(28) Véase en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d7bcaf004096a4d8b7b3ff1007ca24da/OF-543-2017-S-SPPCS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d7bcaf004096a4d8b7b3ff1007ca24da>, consultado el 23 de febrero de 2019.

(29) "'Reglas de conducta'- El juez al otorgar la condena condicional, impondrá las siguientes reglas de conducta: (...) 4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo (...)".

(30) Exp. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 15.

4. Si durante el periodo de suspensión fuera condenado por otro delito

39 Como último punto a desarrollar en el presente trabajo, abordaremos lo concerniente al enunciado: "si durante el periodo de suspensión (...) fuera condenado por otro delito (...)". Así, debe entenderse los conceptos de "delitos doloso y culposo" conforme la normativa vigente. Igualmente, compartimos la postura de Alonso Peña Cabrera Freyre[31], en relación a que el precepto normativo no resulta ser del todo claro si se tiene en cuenta que a todo texto normativo debe dársele una interpretación sistemática conforme a las demás normas penales vigentes, máxime si se tiene en cuenta que "al establecer, si el hecho punible por el cual es condenado el sujeto, se debe haber cometido antes o después de aquel cuya sanción se encuentra suspendida, o durante el plazo de suspensión. Tal como se encuentra normativamente estructurado el precepto, cabe inferir que el hecho punible debe haber sido cometido *a posteriori* (...)"[32]. En igual forma, el artículo 59 del CP, al tratar establecer una revocación facultativa de parte del juez sin considerar un máximo o mínimo de la pena privativa de libertad que permitiría un margen de acción discrecional por parte del citado magistrado; debe interpretarse dicho dispositivo de manera sistemática con el artículo 60 del CP (revocación obligatoria) en el cual se tiene: "(...) cuya pena privativa de libertad es mayor a 3 años (...)"; de modo tal que todo delito doloso menor a tres años se podría interpretar conforme al artículo 59 del CP "o fuera condenado por otro delito"; es así que "constituye una facultad del juez determinar, de acuerdo a su criterio y las circunstancias del caso particular, las acciones previstas en el artículo precitado"[33].

(31) Peña Cabrera Freyre, A. R., *Derecho penal. Parte general.* Tomo II. *Op. Cit.,* p. 484.

(32) Ibídem.

(33) Tribunal Constitucional en relación a los requisitos de procedibilidad previo para la revocación de la suspensión de la pena, conforme al Exp. N° 2525-2010-PH/TC, ha indicado lo siguiente:
"La aplicación de medidas por incumplimiento de reglas de conducta, que incluye la revocación de la condicionalidad de la pena, no requiere de ningún requisito de procedibilidad previo, por lo que basta que se configuren los hechos previstos en la norma (es decir, la falta de cumplimiento de las reglas de conducta o la condena por la comisión de otro delito) para proceder a la revocación. El órgano jurisdiccional no se encuentra obligado a percibir al sujeto inculpado que incumpla con las reglas de conducta o que haya sido condenado nuevamente para poder imponer las medidas previstas en el mencionado artículo 59 del Código Penal; 'constituye una facultad del juez determinar, de acuerdo a su criterio y las circunstancias del caso particular, las acciones previstas en el artículo precitado'".

V. Bibliografía

BRAMONT ARIAS / BRAMONT ARIAS Torres, *Código Penal anotado,* Tomo I, 1ª edición, 1995; CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho penal. Parte general.* Gaceta Jurídica, Lima, 2002; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Breve paralelo entre el Código Penal peruano de 1863 y el de 1924.* Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/12626/13181>; GARCÍA CAVERO, Percy, *Curso de Derecho penal. Parte general;* GARCÍA CAVERO, Percy, *Principios de Derecho penal. Parte general.* Jurista Editores, 2ª edición, 2012; MALAVER AYALA, Pamela, *Políticas públicas: el derecho a la salud mental como derecho fundamental y su reconocimiento en el sistema penitenciario.* Tesis para obtener el título de abogada en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2015; MELGAREJO BARRETO, Pepe, *Curso de Derecho penal. Parte general.* Juristas Editores, 2014; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Derecho penal. Parte general. Tomo II.* Idemsa, 1ª edición, 2004; ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal. Parte general y especial. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.* Editorial Biblioteca Nacional, 2016; SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, "El principio de legalidad en el Estado democrático de derecho". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales-RPCP* Nº 14, Lima, 2004; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general.* 3ª edición, 2008; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal comentado.* Grijley, 3ª edición, 2001.

40

§ 60
Revocación de la suspensión de la pena

YSABEL LUCÍA ABAD CANCHO
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	215
II. Marco teórico	6	217
1. La suspensión de la ejecución de la pena	6	217
2. Revocación de la suspensión de la ejecución de la pena	10	218
III. Aplicación del artículo 60 del Código Penal	14	219
1. Factor circunstancial: pena suspendida	14	219
2. Factor temporal: dentro del plazo de prueba	15	219
3. Acción causante: condena por comisión de nuevo delito	17	220
4. Requisitos de procedibilidad	19	220
IV. Efectos de aplicación	21	221
V. Bibliografía	24	222

§ 60.- Revocación de la suspensión de la pena

"La suspensión será revocada si dentro del plazo de prueba el agente es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea superior a tres años; en cuyo caso se ejecutará la pena suspendida condicionalmente y la que corresponda por el segundo hecho punible".

I. Introducción

Desde hace unos años, la política criminal del tratamiento de las penas ha entrado en crisis, por un lado, se alega la falta de resultados en la eficacia, en tanto que no se advierte una relación causal entre su aplicación y una disminución de la reincidencia en delincuentes tratados; y, por otro lado, se rechaza las condenas de duración indeterminada, por lo que en países como Estados Unidos y los países escandinavos se ha dado un giro en la política criminal, optándose por una determinación judicial de la pena que sea proporcional al delito, así, el Comité Nacional Sueco para la prevención del delito ha puesto en cuestión la fundamentación preventivo-especial de la pena, manteniendo una fundamentación preventivo-general de la misma, recomendando la rebaja de las penas y una restricción de la intervención penal[1]. 1

(1) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 675.

2 Por tanto, en la individualización de la pena, la regulación normativa es sumamente genérica, por lo que el ordenamiento jurídico le otorga al juez amplios márgenes de decisión; en ese sentido, el juez deberá apoyarse en la llamada teoría proporcional al hecho, fundamentada en que la individualización de la pena depende de la gravedad del hecho, con lo que se realiza un análisis de la pena a imponer, a nivel de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, así en este punto es menester resaltar que, a nivel de necesidad, se exige aquella pena que resulte menos lesiva para el autor, siempre que sea idónea, es decir, que opte por la pena alternativa menos restrictiva de derechos pero que esta no sea sobrepasada por la culpabilidad del autor, pues perdería idoneidad.

3 En consecuencia, el análisis a nivel de necesidad de las penas a imponer permite prescindir de penas privativas de la libertad cuando estas son cortas y el ordenamiento jurídico permite que las mismas sean suspendidas o sustituidas por otras menos gravosas(2); así, además del fundamento de la necesidad de la pena, está la finalidad resocializadora de la misma, como factores que permiten la inaplicación de la pena privativa de la libertad efectiva, pues no hay dudas de que dicha pena tiene un efecto desocializador en el condenado, al consistir en el apartamiento del mismo de la sociedad, asimismo, se señala en doctrina que: "son estas penas que antes desocializan que favorecen la resocialización, puesto que permiten el contagio del pequeño delincuente al entrar en contacto con otros más avezados y en cambio no posibilitan el tiempo necesario para emprender un tratamiento eficaz"(3).

4 En tal sentido, en tanto que no puede dejar de ejecutarse del todo este tipo de pena por cumplir una función social de restabilización de lo cuestionado por el delito del autor, mientras el ordenamiento jurídico lo permita y no se pierda la idoneidad de la pena, se puede evitar su ejecución en los delitos de poca entidad o con menor grado de culpabilidad.

5 Así pues, en los últimos tiempos los códigos penales han optado por la humanización de las consecuencias que el derecho asigna al delito y la tendencia a la alternatividad penal, poniendo a disposición de los operadores de justicia que imponen las penas una serie de medidas alternativas a la aplicación de la pena privativa de libertad de modo efectiva, tales como la suspensión de la ejecución de las penas, la reserva del fallo condenatorio, la sustitución de las penas y la conversión de las mismas.

(2) García Cavero, P., *Derecho penal. Parte general*, pp. 852-855.
(3) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 703.

II. Marco teórico

1. La suspensión de la ejecución de la pena

La suspensión de la ejecución de la pena constituye un medio alternativo 6
que el legislador ha puesto en manos de los operadores jurídicos, a efectos de lograr los fines humanitarios y resocializadores en la ejecución de las penas, así pues, si se tiene en cuenta los fines de este mecanismo alternativo, es que se constituye en un medio para resocializar al condenado, el cual bajo un análisis de necesidad realizado por el juez ha resultado ser el medio alternativo más idóneo, en términos de culpabilidad, y el menos gravoso a los derechos fundamentales del condenado, para resocializar al mismo.

Así, la suspensión de la ejecución de la pena tiene como fin eludir o limi- 7
tar la ejecución de penas privativas de libertad de corta o mediana duración, es decir, evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria, básicamente en los delincuentes primarios, en casos de que la corta duración de la pena no permite un efectivo tratamiento resocializador. Es, pues, una medida alternativa que, sin desconocer la función preventiva general de la pena, busca fortalecer el efecto preventivo especial de la misma a delincuentes de poca peligrosidad o que han cometido hechos delictivos que no revisten una mayor gravedad, por lo que se le califica como un medio razonable y flexible para ejercer una influencia resocializadora sin privación de libertad(4).

Esta suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad se dictará 8
mediante una resolución judicial debidamente motivada y fundamentada, de la forma en que se ha previsto por la norma, así en el artículo 2 de la Resolución Administrativa N° 321-2011 se dispuso "establecer que el Juzgador debe fundamentar de manera explícita al momento de imponer la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, que la naturaleza, la modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hicieran prever que este tipo de medida le impedirán cometer nuevo delito", reafirmándose con ello, pues, el fin resocializador de este mecanismo.

Ahora bien, este mecanismo se encuentra sujeto a ciertos parámetros de 9
conducta que se exigen al beneficiario del mismo, a fin de que pueda conservar el estado de suspensión de la ejecución de su pena; así, en doctrina española se describe que: el actual sistema podríamos denominarlo como suspensión

(4) Considerando primero de la Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ, de fecha 8 de setiembre de 2011, suscrita por César San Martín Castro en su calidad de presidente del Poder Judicial.

condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad, porque no se suspende la condena, la cual se dicta en sentencia, sino exclusivamente la ejecución de la pena impuesta, pero además condicionándola a la no comisión de infracciones punibles durante un plazo que se fije y a la realización de determinados deberes de conducta, al menos tratándose de la pena de prisión[5]. Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico la suspensión de la ejecución de la pena también está sujeta a ciertas condiciones o reglas de conducta de obligatorio cumplimiento al penado y las mismas que deberá realizar dentro de lo que dure el periodo de prueba.

2. Revocación de la suspensión de la ejecución de la pena

10 La revocación de la ejecución de la pena suspendida se da básicamente por dos supuestos: el establecido en el artículo 59, referido al incumplimiento de reglas de conducta fijadas para el condenado, y lo establecido en el artículo 60, en caso de condena por nuevo delito doloso.

11 Ante ello, para fines didácticos es importante hacer la diferencia entre ambos supuestos, el incumplimiento descrito en el artículo 59 se basa en la inobservancia por parte del condenado de las reglas de conducta descritas en el artículo 58 del Código Penal, las mismas que deben ser expresamente señaladas en la resolución judicial que autorice la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, tales como: comparecer mensualmente al juzgado a fin de informar sus actividades, prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización del juez, reparar los daños ocasionados, entre otros. Así, ante el incumplimiento de alguna de estas reglas de conducta, el juez tiene varias opciones, entre ellas: amonestar al infractor, prorrogar el periodo de suspensión y, por último, revocar la suspensión de la ejecución de la pena.

12 Sin embargo, en cuanto al segundo supuesto, esto es, ante la condena por un nuevo delito doloso, conforme se prevé en el artículo 60 del Código Penal, el juez no tiene más opciones que la de revocar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, por lo que en este caso la revocación de la suspensión ya no es facultativa sino obligatoria, debiendo ordenar de inmediato la ubicación y captura del condenado a fin de recluirlo en un centro penitenciario, para que cumpla con su pena privativa de libertad efectiva.

13 Para tales fines, se ha previsto en el artículo 4 de la Resolución Administrativa N° 321-2011: "Precisar que el Juez debe cuidar la debida aplicación

(5) Ayo Fernández, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, p. 101.

tanto de los alcances de las reglas de conducta y del periodo de prueba, como de los criterios legalmente fijados para la revocación del régimen de suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad", es decir, el encargado de la supervisión del cumplimiento de lo dispuesto en la resolución que autoriza la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es el mismo juez.

III. Aplicación del artículo 60 del Código Penal

1. Factor circunstancial: pena suspendida

Para la aplicación de lo previsto en el artículo 60, el supuesto de hecho es 14
la existencia de una sentencia penal condenatoria a pena privativa de la libertad, y que en dicha resolución judicial emitida por autoridad competente se haya aprobado la suspensión de la ejecución de la pena, debiendo la misma contener el sustento fáctico y normativo que posibilitó la suspensión de la ejecución de la pena, motivándose debidamente, así como la manifestación expresa del tiempo de duración del periodo de prueba, dándose inicio al mismo una vez que la sentencia quede consentida o ejecutoriada.

2. Factor temporal: dentro del plazo de prueba

En el artículo 60, se establece: "(...) si dentro del plazo de prueba (...)", 15
es decir, se fija en el tiempo un periodo en el cual deba darse el supuesto de hecho que motive la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, lo que significa que "vencido el plazo de prueba, cesa la posibilidad de amonestaciones, este ya no podrá prorrogarse, ni tampoco podrá ser revocada la pena privativa de libertad suspendida, y solo tendrán que cumplirse aquellas reglas de conducta que importen la reparación efectiva del daño"[6].

En tal sentido, la condena por el segundo delito deberá ser emitida den- 16
tro del plazo de prueba establecido mediante resolución judicial; sin embargo, en este extremo del análisis, surge la interrogante de si es posible considerar como causal de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, una condena por delito doloso que se emitiera dentro del periodo de prueba, pero que el hecho punible materia de la segunda condena haya sido cometido antes de la sentencia que dicta la pena suspendida condicionalmente, de lo que se resuelve señalando que "la circunstancia de que otros delitos sean sentenciados

(6) Fundamento sexto del R.N. N° 2860-2006-Áncash, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, con fecha 25 de junio de 2007.

antes o después de la suspensión de la pena, no depende del reo, por lo que sería arbitrario que decidiese la revocación del beneficio"[7], es por ello que se establece en la norma de forma clara que se trata de la condena por un nuevo delito doloso.

3. Acción causante: condena por comisión de nuevo delito

17 La acción que motiva la revocación de la pena consiste en la emisión de una sentencia condenatoria, en la que se haya declarado la responsabilidad penal del mismo condenado, por la comisión de un nuevo delito, el mismo que debe tener como características fundamentales el ser doloso y que su pena supere los tres años de pena privativa de la libertad, debiendo resaltar en este estadio del análisis que lo que se exige es una condena, es decir, ya la emisión de una sentencia condenatoria, por lo que no bastaría que se estuviera investigando al condenado por la comisión de un nuevo delito doloso.

18 Ahora, si bien el artículo 60 del Código Penal, no establece la posibilidad de revocación si es que el nuevo delito se castiga con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con otra clase de pena, esta situación no impide que el juez revoque la suspensión de la pena por haberse contravenido una regla de conducta impuesta[8]

4. Requisitos de procedibilidad

19 Al respecto, una vez que se haya dado alguno de los supuestos que motiven la revocación de la pena, es decir, para fines del presente artículo en comento, que se haya dado nueva condena por otro delito doloso, el juez se encuentra totalmente facultado para aplicar las consecuencias jurídicas que ello conlleva, conforme se ha señalado por el Tribunal Constitucional, el mismo que ha dejado establecido el órgano jurisdiccional no se encuentra obligado a apercibir al sujeto inculpado que incumpla las reglas de conducta o que haya sido condenado nuevamente para imponer las medias previstas en el artículo 59 del Código Penal[9], por tanto, en plena vigencia del principio de legalidad, corresponde al juez aplicar de inmediato las consecuencias previstas en la norma, sin requisito de procedibilidad previo alguno.

(7) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 709.
(8) García Cavero, P., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 859 y 860.
(9) STC Exp. N° 2503-2009-PHC/TC-Lambayeque del 7 de enero de 2010, fundamentos 4 y 5.

En el mismo sentido, se ha precisado en otra sentencia del Tribunal Cons- 20
titucional en los siguientes términos: "Ante el incumplimiento de reglas de conducta por parte de quien recibe una condena de prisión suspendida, el juez puede emplear cualquiera de las tres herramientas previstas por el artículo 59 del Código Penal (amonestación, prórroga de la suspensión o revocación de la pena suspendida), sin necesidad de acudir primero a la amonestación, pues la norma no prevé un orden de prelación entre las tres medidas. Evidentemente, ello no exonera al juez de su deber de motivar adecuadamente la decisión que adopte"[10]. En ese sentido, el colegiado del Tribunal Constitucional ha dejado establecido que si durante el periodo de prueba el condenado incumple alguna de las reglas de conducta, el juez podrá amonestarlo, pudiendo, en ese sentido, apercibirlo; sin embargo, no es obligación del juez optar por una amonestación previa antes de revocar la suspensión de su pena ante el incumplimiento de reglas de conducta o la condena por un nuevo delito.

IV. Efectos de aplicación

Se tiene como efecto inmediato de la aplicación del artículo 60 la orden 21
de cumplimiento de la pena privativa de libertad de modo efectivo, como producto de la revocación de su suspensión, considerándose que lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de la libertad, de suerte que sus efectos solo están referidos a esa pena, así pues la suspensión no se extiende a las demás penas principales y accesorias, menos a la reparación civil[11].

Es así que al momento de efectivizar la pena privativa de la libertad, pese 22
a no haber dispositivos legales que respalden alguna forma de computar el tiempo de cumplimiento de las reglas de conducta (por esta cierta forma de limitar la libertad del condenado) para descontar este de la pena total a hacerse efectiva, deberá realizarse por el juez, en función al principio de proporcionalidad, ello, en cuanto a las reglas de conducta; sin embargo, en cuanto a la condena por la comisión de nuevo delito doloso, se podría decir que esta es un arma de doble filo, en tanto que se establece que la revocación de la suspensión de la pena implicará el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad que había sido suspendida condicionalmente y la pena que resulte de la condena por el segundo delito doloso, es decir, el plazo transcurrido de prueba no se tomará en cuenta, debiendo cumplirse la integridad de la pena

(10) STC Exp. N° 04649-2014-PHC/TC-La Libertad del 25 de mayo de 2016, fundamento 3.
(11) Fundamento séptimo del R.N. N° 2860-2006-Áncash, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, con fecha 25 de junio de 2007.

privativa de libertad y a esta se le sumará la nueva pena de prisión fijada en la segunda sentencia condenatoria.

23 Al respecto, puede verificarse en la jurisprudencia que: "en el presente caso, de los documentos obrantes en autos se observa que la actuación de los emplazados al revocar la suspensión de la ejecución de la pena y disponer el cumplimiento sucesivo de las dos penas dictadas en contra del recurrente, no reflejan de modo concreto o específico una transgresión directa de sus derechos constitucionales, toda vez que actuaron en uso de las competencias que le otorga el artículo 60 del Código Penal, al verificar que el recurrente volvió a delinquir cuando se encontraba en periodo de prueba, debiendo por lo tanto desestimarse la presente demanda, más aun si el accionante al cometer el segundo delito, ha actuado voluntariamente propiciando el fracaso del tratamiento penitenciario y por lo tanto, de los objetivos de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, que establece el artículo 139, inciso 22, de la Constitución Política del Perú"[12].

V. Bibliografía

24 Ávalos Rodríguez, Constante y Robles Briceño, Mery, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006; Ayo Fernández, Manuel, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*. Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 1997; García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Jurista Editores, Lima, 2012; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 9ª edición B de f, Barcelona, 2001.

(12) STC Exp. N° 0957-2003-HC/TC/Arequipa del 3 de febrero de 2004, fundamento 3, en Ávalos Rodríguez, C. y Robles Briceño, M., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 112.

§ 61
Condena no pronunciada

ALDO CALCINA HANCCO
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Generalidades	1	223
II.	Requisitos para considerar a la sentencia como no pronunciada	4	224
	1. Periodo (plazo) de prueba	5	224
	2. No volver a cometer un nuevo delito doloso ni infringir de manera *persistente* y *obstinada* las reglas de conducta	6	224
III.	La autonomía de la condena no pronunciada	9	225
IV.	Condena no pronunciada.	11	226
V.	Conclusión	19	228
VI.	Bibliografía	20	228

§ 61.- Condena no pronunciada

La condena se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia.

I. Generalidades

De acuerdo a la interpretación del artículo 61 del Código Penal (en delante CP), claramente redactada, se entiende e interpreta de manera gramatical y funcional preliminarmente por aquella persona que ha sido sentenciada condenatoriamente a una pena privativa de libertad de carácter –suspendida– (suspensión de la ejecución de la pena), la misma que implica que esta persona sentenciada debe cumplir en cabalidad (debe ejecutarla) las determinadas normas –reglas de conductas–, impuestas por el juez de origen en la sentencia condenatoria, por un determinado plazo o periodo de prueba. Tal vez, el fin determinado de esta institución, como carácter previo, tenga en aquella oportunidad que el Estado le dé a la persona sentenciada una pena privativa de libertad de carácter suspendida, a efectos de que en este periodo-plazo de tiempo pueda entender de aquellos actos que le permitieron la imposición de esta pena de cara a facilitar la indemnización a las víctimas del delito y de darle una oportunidad para resocializarse sin ir a un centro penitenciario (descongestionar las cárceles). 1

2 Con ello queda claro que el sentenciado no va ser recluido en un centro penitenciario para cumplir su condena fijada por el juez, el sentenciado queda en libertad, pero es sometido a un determinado régimen de reglas de conductas y, además, a la obligación de no cometer delitos dolosos nuevamente, ni infringir de manera persistente y obstinada aquellas reglas de conductas establecidas en la sentencia para su fiel cumplimiento.

3 Si al transcurrir el tiempo después de la condena y si el comportamiento de esta persona resulta ser *positiva* –cumpla tal cual lo ha señalado el juez en la sentencia sobre las reglas de conducta– y, cuando esta misma persona sentenciada no haya cometido un nuevo delito doloso durante el periodo o plazo de prueba determinado por el juez en la sentencia, si lo indicado anteriormente fuera cumplido en cabalidad por la persona sentenciada, entonces solo así esa sentencia que se dio se considerará como olvidada o, en otras palabras, será como si nunca hubiera existido esta sentencia.

II. Requisitos para considerar a la sentencia como no pronunciada

4 Son requisitos esenciales que exige el artículo 61 del CP, a efectos de que la sentencia se dé cómo no pronunciada, pero antes de ello debe verificarse a) el periodo de plazo de prueba y b) no volver a cometer un nuevo delito doloso ni infringir de manera persistente y obstinada las reglas de conducta, en ese mismo sentido también se ha pronunciado la Corte Suprema mediante la ejecutoria (R. N. N° 2476-2005-Lambayeque) como precedente vinculante.

1. Periodo (plazo) de prueba

5 El referido artículo 61 del CP, en comento, exige como un requisito primordial que haya trascurrido, pasado el periodo de prueba y, se haya cumplido como tal y siendo así haya –*expirado* el periodo de prueba– en consecuencia, corresponde aplicar el artículo 61 del CP, la condena se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba.

2. No volver a cometer un nuevo delito doloso ni infringir de manera *persistente* y *obstinada* las reglas de conducta

6 Otro requisito exigido por este artículo 61 del CP, es que el condenado, durante el tiempo establecido como periodo de prueba en la sentencia condenatoria, no vuelva a cometer un nuevo delito doloso ni infrinja de manera *persistente* y *obstinada* las reglas de conducta establecidas en la sentencia, y solo

así la condena quedará "como no pronunciada", lo que a la vez hace entender la desaparición (*extinción*) de la pena aplicada.

Si el imputado durante el periodo de tiempo de prueba que esté sometido 7
infringe alguna regla de conducta entonces se aplicarán las sanciones establecidas por incumplimiento de reglas de conducta del artículo 59 del CP[1]. La misma que debe dejarse a criterio del magistrado evaluar cada caso en concreto para que aplique la sanción por incumplimiento de reglas de conducta y no de manera correlativa como está redactado dicho artículo. Ya en ese sentido también la Corte Suprema, mediante la Sala Penal Permanente, fijo como doctrina jurisprudencial la (Casación N° 656-2014-Ica) en su fundamento jurídico décimo quinto:

> "(...) La aplicación de los efectos de incumplimiento de regla de conducta, pre- 8
> visto en el artículo 59 del Código Penal, debería darse conforme a la propia norma de manera discrecional por el Juez. *Es decir, según el caso concreto está en la decisión del Juez Penal optar por cualquiera de los tres supuestos, sin la necesidad de la que se siga una secuencia prelativa* (...)"[2].

III. La autonomía de la condena no pronunciada

El artículo 61 del CP (*condena no pronunciada*) es independiente respecto 9
al artículo 59 del CP y, no se contrapone a lo que disponga el artículo 59 del CP (*incumplimiento de las reglas de conducta*), la misma que otorga el juez las funciones para que pueda a) amonestar al infractor b) prorrogar el periodo de la suspensión y c) revocar la suspensión de la pena. Además por otro lado la Corte Suprema, mediante la Sala Penal Permanente, ha indicado "la inaplicación del artículo sesenta y uno del Código Penal porque se infringió las reglas de conducta no significa que el imputado siempre tendrá inscrita la sentencia,

(1) Código Penal peruano
"Artículo 59 del de 1991 señala:
"Si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el juez podrá, según los casos:
1. Amonestar al infractor;
2. Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de 3 años; o,
3. Revocar la suspensión de la pena".

(2) Casación N° 656-2014-Ica. Publicado el dieciocho de mayo del dos mil dieciséis. Ponente: Josué Pariona Pastrana. (Las cursivas, negritas y subrayados son nuestros).

sino únicamente que no opera esta causa excepcional de extinción de la responsabilidad penal" (R. N. N° 2476-2005-Lambayeque)[3].

10 Si nadie (víctima y agraviado) ha hecho efectivo teniendo conocimiento de que el sentenciado haya infringido alguna de las reglas de conducta establecidas en la sentencia para el cumplimiento en el periodo de prueba, y después del plazo del periodo de prueba solicita alguna de las sanciones por incumplimiento de reglas de conducta este ya no será aplicable y solo podrá hacer efectiva la solicitud de las sanciones dentro del plazo determinado de periodo de prueba –si este plazo venciere y después recién solicitaran la revocación de la pena suspendida o la ampliación del plazo de prueba– esta ya no operará, en consecuencia, vencido el plazo de periodo de prueba, cesa la posibilidad de amonestación y se tendrá por efectivo el cumplimiento de aquellas reglas de conducta que el juez haya considerado en la sentencia como la que importe la reparación efectiva del daño conforme al artículo 58 del CP (*al suspender la ejecución de la pena, el juez impone las siguientes reglas de conducta que sean aplicables al caso*), lo único que impediría ello sería la institución de la prescripción de la ejecución de la pena.

IV. Condena no pronunciada

11 El artículo 61 del CP, es una especie de doble beneficio para el sentenciado que en consecuencia se fundamenta en la primera premisa de que este sea condenado a una pena privativa de libertad, pero de manera suspendida, y en cuanto a la ejecución de la pena, este deberá cumplir las reglas y requisitos que emanan del artículo 61 del CP, el primer benéfico se fundamenta por ser el primer delito que cometa el sentenciado y este, a la vez, al no ser un delito grave, y el segundo es que este sentenciado sea premiado por el hecho de cumplir todos los presupuestos para considerarse una sentencia no pronunciada, de ese fiel cumplimento de los requisitos de por sí lo hace merecedor de este beneficio que el CP contempla como una prerrogativa.

12 A ello, como requisito se le debe adicionar el fiel cumplimiento de las reglas de conductas impuestas por el juez en la sentencia para el periodo de pruebas, el condenado no debe haber cometido un nuevo delito doloso, ni haber infringido de manera obstinada y persistente las reglas de conducta plasmadas y establecidas en la sentencia, cumplido solamente ello se entenderá, que

(3) Recurso de Nulidad N° 2476-2005, Lambayeque, publicado el veinte de abril de dos mil seis en San Martín Castro, C., *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, p. 178 (el resaltado es nuestro).

la persona ha quedado completamente resocializada y ha interiorizado todas las normas que se encuentran reguladas en el marco normativo.

Además, el juez debe verificar para asegurar el cumplimiento de ellos con 13
total cabalidad, de tal manera esta persona puede ser nuevamente integrada a la sociedad y que la sociedad también la acepte para que pueda nuevamente desarrollarse como si nunca hubiera cometido el delito, con este panorama explicado se espera del sentenciado una conducta intachable, lo que hace que su sentencia a la vez no sea sentencia (la condena sea como no pronunciada) por beneficio del ordenamiento jurídico, transcurrido y vencido el pazo del periodo de pruebas sin que el sentenciado haya incumplido las reglas establecidas o no haya vuelto a delinquir; en consecuencia, corresponde rehabilitar automáticamente y extinguir la pena y eliminar la condena de todos los registros, el hecho de la rehabilitación automática(4) por transcurrir el tiempo es autónomo de cualquier otra consecuencia jurídica como la reparación civil. En este sentido también se ha pronunciado la Corte Suprema mediante la Sala Penal Permanente, en el (R. N. N° 338-2004-Huánuco)

> "Conforme lo dispuesto en el artículo sesenta y uno del Código sustantivo 14
> "la condena se considera como no pronunciada si trascurre el plazo de prueba sin que el condenando cometa un nuevo delito doloso (...) supuesto que se ha verificado en el caso de autos por lo que, la rehabilitación dispuesta a favor del sentenciado se encuentra conforme a ley, *sin que ello importe una limitación de derecho de la parte agraviada a la exigencia de su pago; en todo caso para su materialización es pertinente utilizar los mecanismos procesales de carácter civil*"(5).

También se ha vuelto a pronunciar en la misma línea la Corte Suprema, 15
mediante la Sala Penal Permanente, en el (R. N. N° 1592-2012-Piura) en su considerando tercero.

> "Que, impuesta la reparación civil como regla de conducta, en causas con 16
> pena privativa de libertad suspendida, la misma puede ser reclamada bajo los efectos revocatorios de suspensión de efectividad mientras esté vigente el plazo legal de prueba (lo cual no es arbitrario, sino proporcional), dado que vencido el plazo de prueba, corresponde, por expreso mandato de la ley, tener

(4) STC Exp. N° 2263-2002-HC-TC, fecha 10 de diciembre del 2002 (caso Luis Cáceres Velásquez).
(5) Recurso de Nulidad N° 338-2004, Huánuco, en Ávalos Rodríguez, C. / Robles Briceño, M., *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, p. 195 (el resaltado es nuestro).

la condena por no pronunciada, *ello en razón* [de] *que la duración de las medidas no privativas de libertad no superarán el plazo establecido por la norma legal*"[6].

17 Esta figura beneficiaria al sentenciado tiene un sustento, además de lógico, más práctico, toda vez que política criminalmente, "con el deseo de evitar la carcelería efectiva de aquellas personas que se resocialicen", con la condición de verificar el comportamiento del sentenciado en un determinado periodo de prueba, lo que implica tener por no pronunciada la condena, la lógica es como si se hubiera cumplido y efectivizado la condena en todos sus extremos (extinción de la pena) y el estado debe reaccionar ante ello cancelando los antecedentes de la condena.

18 Es así que el juez, verificando todos los requisitos de la "condena no pronunciada", debe extinguir la pena aplicada al condenado; en otras palabras, vencido el periodo –plazo establecido como periodo de prueba– aun así el juez no lo extingue, sino automáticamente la pena se extingue.

V. Conclusión

19 La condena no pronunciada se aplica cuando el condenado-sentenciado ha ejecutado la pena en el tiempo establecido como periodo de prueba, cumpliendo con no volver a cometer un nuevo delito doloso, ni infringiendo de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia y, en consecuencia, corresponde aplicar la condena no pronunciada.

VI. Bibliografía

20 Ávalos Rodríguez, Carlos / Robles Briceño, Mery, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005 (Recurso de Nulidad N° 338-2004, Huánuco); San Martín Castro, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra, Lima, 2006 (Recurso de Nulidad N° 2476-2005-Lambayeque. Publicado veinte de abril de dos mil seis); Casación N° 656-2014-Ica. Publicado el dieciocho de mayo del dos mil dieciséis. Ponente Josué Pariona Pastrana; Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2263-2002-HC-TC, fecha 10 de diciembre del 2002 (caso Luis Cáceres Velásquez).

(6) Recurso de Nulidad N° 1592-2012, Piura. Publicado el veintinueve de mayo de dos mil trece. Magistrado ponente: Josué Pariona Pastrana (el resaltado es nuestro).

CAPÍTULO V

RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

§ 62
Presupuestos y ámbito de aplicación de la reserva del fallo condenatorio

James Reátegui Sánchez
Academia de la Magistratura
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Consideraciones generales	1	231
II.	Presupuestos para su aplicación	13	237
	1. Carácter potestativo del juez	14	237
	2. Pronóstico favorable del condenado a no cometer futuros hechos punibles	15	238
	3. Ámbito de aplicación..	18	239
III.	Plazo del régimen de prueba	26	242
IV.	Bibliografía	29	242

§ 62.- Presupuestos y ámbito de aplicación de la reserva del fallo condenatorio

"El juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio siempre que de las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

La reserva es dispuesta en los siguientes casos:

1. Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;

2. Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;

3. Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada".

I. Consideraciones generales

La pena privativa de libertad es formal y materialmente, luego de la pena de muerte, la sanción más severa y cruel con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico-penal actual. Sumado a ello, que las prisiones constituyen un microcosmos en el que imperan la promiscuidad, el hacinamiento o la corrupción funcionarial. Siendo la pena criminal que más identifica al Derecho penal de todos los tiempos; empero su real importancia como instrumento de política 1

criminal ha disminuido sensiblemente; esta tendencia se pone de manifiesto fundamentalmente a nivel de las estrategias destinadas a controlar la pequeña y mediana criminalidad, por la poca repercusión social que representa el hecho. Respecto a estas formas de criminalidad, se busca entonces privilegiar el uso de alternativas a la privación de libertad de corta duración.

2 En este contexto, la reserva del fallo condenatorio se trata de una medida que surge como "alternativas" a las penas privativas de libertad de corta duración[1], la misma que fue incorporada en nuestro sistema jurídico con la promulgación del Código Penal peruano de 1991[2]. Así, se puede percibir en la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, que ha señalado, en este punto, lo siguiente: "La reserva del fallo condenatorio viene a ser la figura jurídica que constituye una alternativa a las penas privativas de libertad, por la cual el juzgador se abstiene de dictar la parte resolutiva de la sentencia que resulta aplicable a los agentes que por la modalidad del hecho punible y su personalidad, hicieran prever que esta medida les impedirá cometer nuevo delito, sujetándose a las reglas de conducta y al régimen de prueba que establezca el juzgador. El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada (...)[3].

3 El Código Penal peruano vigente ha considerado 5 modalidades alternativas a la prisión de libertad efectiva que son las siguientes: a) sustitución de pena privativa de libertad; b) conversión de pena privativa de libertad; c) suspensión de la ejecución de la pena; d) reserva del fallo condenatorio y e) exención de pena. De las cuales, la que tiene mayor aplicación es la suspensión de la ejecución de la pena y en menor grado la reserva del fallo condenatorio, y en un porcentaje casi nulo las demás medidas alternativas. En tal sentido, la reserva del fallo condenatorio se trata de una de las opciones legales que tiene el juez penal al momento de dictar una sentencia condenatoria y consiste en la no imposición de una condena penal contra el imputado, quedando este, sin

(1) Como señala PRADO SALDARRIAGA, la vocación despenalizadora ya se pone de manifiesto desde la propia "Exposición de motivos" del Código Penal de 1991. En efecto, en esta se puede leer: "La Comisión Revisora, a pesar de reconocer la potencia criminógena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. Por otro lado, los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas".

(2) Véase en este sentido ORÉ SOSA, E., *La reserva del fallo condenatorio.*

(3) STC Exp. N° 6314-2005-PHC/TC del 12 de setiembre de 2005. El resaltado es mío.

embargo, obligado a tener un comportamiento adecuado, cumpliendo ciertas reglas concretas de conducta impuestas por el juez, durante un periodo de tiempo.

La reserva del fallo condenatorio tiene su origen en la *probation* anglosajona[4] (y en menor medida a la "amonestación con reserva de penas" del Derecho alemán); la norma penal peruana se inspiró en aquel Anteproyecto de Código Penal español de 1983, que no recogió esta figura anglosajona, pues no se exigía el pronunciamiento de una condena[5]. El Código Penal peruano de 1924 (hoy abrogado) no reguló la reserva del fallo condenatorio, pero encontramos ahí a la condena condicional, medida de control muy cercana a la *probation*. Posteriormente, los Proyectos de Código Penal peruanos de julio de 1990 y enero de 1991 fueron los primeros que incorporaron por primera *vez* esta institución. Los anteriores Proyectos de setiembre y octubre de 1984, agosto de 1985, abril de 1986 y setiembre de 1989 no la incluyeron. 4

La introducción de la reserva de fallo condenatorio en nuestra legislación penal emana de la convergencia de dos postulados básicos reconducibles entre sí: la humanización y dignidad de las penas y la resocialización del condenado[6]. Su objetivo no es la de constituir un remiendo de poca trascendencia, sino evitar que muchos transgresores de la ley penal cumplan su pena en la cárcel, que constituye uno de los principales factores criminógenos de nuestra sociedad (para la mayoría de internos será una escuela que lo graduará de delincuente), impidiendo con ello la consiguiente desocialización y efectos traumáticos que produce esta sobre el condenado y obviamente a su familia[7]. 5

La reserva del fallo condenatorio se ubica dentro de una gama de instituciones destinadas a evitar los efectos negativos de la prisión efectiva. Aun cuando responde a esta misma finalidad, se diferencia de las otras instituciones y, en particular, de la suspensión de la ejecución de la pena, en su mayor intensidad preventivo-especial: evita estigmatizar al delincuente, ahorrándole la carga de figurar en un registro penal. Esta reserva se hace en función de 6

(4) Para más detalles, *vide* Núñez y Paz, M., "Alternativas a la pena privativa de libertad: suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena (la aplicación de la *probation* en el derecho positivo español)". En: Diego Díaz-Santos, M. / Fabián Caparrós, E. (coordinadores), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, p. 139 ss.

(5) Hurtado Pozo, J. / Prado Saldarriaga, V., *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo II, p. 368; Prado Saldarriaga, V., *Consecuencias jurídicas del delito*, p. 365.

(6) Pérez López, J., *La reserva del fallo condenatorio en la legislación peruana. Especial consideración a las modificaciones realizadas por el artículo 1 de la Ley 30076.*

(7) Ídem.

las consecuencias negativas que el registro trae consigo. Su aplicación podría incluso llegar a ser desproporcionada en relación al delito cometido o a las condiciones personales del sentenciado. Las consecuencias que pueden surgir del mismo se relacionan, por ejemplo, con la imposibilidad de acceso al mercado laboral, a participar en la vida pública, o a ser sujeto de crédito[8].

7 La reserva de fallo condenatorio consiste en la declaración de la culpabilidad del imputado sin pronunciamiento de la pena criminal, la misma que se suspende a condición de que el sujeto supere un periodo de prueba en el que ha de cumplir ciertos deberes. La consecuencia jurídica más importante de la aplicación judicial de la reserva del fallo está reflejado en el artículo 67 del Código Penal respecto a la extinción del régimen de prueba al cual ha sido sometido el condenado por un cierto tiempo; en efecto, el citado artículo expresa lo siguiente: "Si el régimen de prueba no fuera revocado será considerado extinguido al cumplirse el plazo fijado y el juzgamiento como no efectuado"; en definitiva, por más que se haya encontrado, dentro del proceso penal, culpable del delito imputado; sin embargo, por tener escasa relevancia y repercusión social el hecho cometido, el condenado volverá a su condición de "buen ciudadano en sociedad", como si nunca hubiere existido la infracción penal cometida. Cuando se trata de la reserva del fallo, según el artículo 62, el juez debe abstenerse "de dictar la parte resolutiva de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan". De acuerdo con el nombre dado a esta medida, la parte de la sentencia que no se dicta es el fallo; es decir, el pronunciamiento decisivo sobre la imposición de una pena determinada. Además, el juez no puede disponer esta medida e imponer, al mismo tiempo (mismo caso), una pena privativa de libertad, una multa, una prestación de servicios a la comunidad o una pena de inhabilitación.

8 Un caso típico donde se observa la aplicación de la reserva del fallo ha sido en el delito de omisión de asistencia familiar, donde se privilegia la asunción del pago hacia los hijos menores, más que la sanción drástica de pena efectiva al autor; otro caso sería respecto a las lesiones corporales sufridas por el agraviado; así, por ejemplo, ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia penal: "Es de advertir sin embargo que del documento de fojas treinta suscrito por este y el agraviado, aparece que con fecha 20 de febrero del año en curso, es decir antes de la expedición de la sentencia, llegaron a una conciliación comprometiéndose ambos a respetarse y ayudarse mutuamente, documento que no ha sido analizado por el juzgado; que en mérito de lo antes expuesto y

(8) Figueroa Navarro, A., *Reserva de fallo condenatorio ¿Pena abstracta o pena concreta?*

teniendo en cuenta además que el hecho ilícito está tipificado como lesiones simples que sanciona el artículo ciento veintidós del Código Penal con pena privativa de libertad no mayor de dos años, es procedente aplicar en el caso de autos la reserva del fallo condenatorio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo sesentidós de dicho cuerpo legal"[9].

La reserva del fallo condenatorio es una institución más favorable al sen- 9
tenciado que incluso la suspensión de la ejecución de la pena. Si esto es así, la interpretación de sus límites para su concesión debe seguir proporcionalmente dicha relación de favorabilidad. Como es sabido, la reserva del fallo tiene un origen convergente con la condena condicional, pero se diferencia de esta última en algunos matices, como el hecho de que la reserva de fallo impide el registro de antecedentes penales. Ambas figuras buscan orientar todo el sistema de penas a fines preventivos y a reservar la pena privativa de libertad para los injustos más graves, es decir, partir de nuevos mecanismos punitivos más resocializadores y materialmente accesibles para el Estado[10].

La reserva del fallo tiene similitudes con la pena de ejecución suspendida, 10
en el sentido de que ambos casos al sujeto no se le ha declarado inocente de los cargos imputados por el Ministerio Público, es decir, el imputado ha "perdido" el juicio. También existen grandes diferencias al respecto, así la pena de ejecución suspendida se trata de una verdadera condena; cuando la pena

(9) Ejecutoria Superior de fecha 9 de diciembre de 1998, recaída en el Exp. N° 0001-221 602-JX-01-P-S-01, del Distrito Judicial de San Martín.

(10) Pérez López, J., *La reserva del fallo condenatorio en la legislación peruana. Especial consideración a las modificaciones realizadas por el artículo 1 de la Ley 30076. Op. Cit.* Por su parte, Oré Sosa, A., *La reserva del fallo condenatorio. Op. Cit.,* sostiene algunas razones para la eliminación de la reserva del fallo en una futura reforma legal, y ellas son: "Cabe mencionar que la reserva del fallo condenatorio tiene como antecedentes los proyectos españoles de 1980 y 1983. Pero estos eran eso, 'proyectos' de Código Penal. España, finalmente, dejó en el olvido la suspensión del fallo condenatorio, no apareciendo ya en el Proyecto de 1992 ni, mucho menos, en el vigente Código Penal de 1995. Consideramos que esta medida alternativa bien podría ser eliminada del Código Penal peruano atendiendo, como mínimo, a tres razones fundamentales. La primera, que se trata de una institución con un uso poco extendido, al menos si se la compara con la suspensión de la ejecución de la pena. Segundo, su revocación podría incrementar la sobrecarga de nuestros tribunales, ya que tendría que volverse al estado de dictar sentencia (entiéndase la parte resolutiva), con la posibilidad de que el procesado apele el quantum o la naturaleza de la sanción. Esto supone, además, que el procesado pueda ganar la prescripción, con lo cual, uno puede preguntarse la utilidad de haber llevado adelante un proceso con este final. En tercer lugar, no parecen existir razones de fondo que se opongan a la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena o a la exención de pena, en lugar de la reserva del fallo condenatorio. Para ello, desde luego, debería extenderse el ámbito de aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 57 CP), no limitándola a condenas en las que se haya impuesto pena privativa de libertad, sino también a otro tipo de penas. Y para los casos de responsabilidad mínima, bien podría aplicarse una exención de pena (art. 68 CP)".

impuesta por el juez es menor de 4 años, este puede suspenderle la ejecución porque considera que puede cumplir los fines preventivos especiales de la pena en libertad. En cambio, la reserva del fallo técnicamente no es una pena, porque no existe condena. Además, según la ley, solo aplica para delitos que tienen una pena privativa de libertad menor a 3 años. La otra diferencia está en los efectos de incumplir las reglas de conducta. En la prisión de ejecución suspendida si el condenado no cumple, el juez puede revocar la medida y dictar la respectiva prisión efectiva, con lo cual el riesgo inminente de cárcel es mayor. En la reserva del fallo condenatorio, si no cumples las reglas, el juez cita para dictar la condena y, dependiendo de las circunstancias, puede dictar pena privativa de libertad efectiva o suspendida u otras medidas.

11 La reserva del fallo condenatorio suscita incertidumbre en su aplicación; en efecto, de lo verificado en la práctica jurisprudencial, se puede señalar lo siguiente: i) es escasa la presencia de sentencias en la que se le impone; ii) la aplicación de esta medida no se ha venido ejecutando adecuadamente, diferenciándola de la suspensión de la ejecución de la pena; iii) el control y los efectos, en caso de fracaso en su aplicación individual, plantea problemas que se originan desde la sentencia que la impone[11]. Estas cuestiones han sido tangencialmente abordadas por la Corte Suprema de la República, a través del establecimiento de un precedente vinculante, en el que se fijan los requisitos para su aplicación. En las líneas siguientes, haremos un sucinto análisis de la reserva del fallo condenatorio, tomando como marco de interpretación los alcances de la Resolución Suprema N° 3332-04[12] ya señalada, centrándonos en la cuestión de la pena conminada o concreta para su aplicación.

(11) Figueroa Navarro, A., *Reserva de fallo condenatorio ¿Pena abstracta o pena concreta? Op. Cit.*

(12) Criterios vinculantes de la Resolución Suprema N° 3332-04. En concreto, la resolución mencionada precisa, como extremos vinculantes, que la reserva de fallo condenatorio:
"a) Es una medida alternativa a la pena privativa de libertad, de uso facultativo para el juez, que se caracteriza fundamentalmente por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable.
b) En consecuencia, tal medida consiste en declarar en la sentencia la culpabilidad del procesado, pero sin emitir la consiguiente condena y pena. Estos últimos extremos se reservan, y se condiciona su extinción o pronunciamiento a la culminación exitosa o no de un período de prueba, dentro del cual el sentenciado deberá abstenerse de cometer nuevo delito y cumplir las reglas de conducta que le señale el juez.
c) Procede cuando concurren estos presupuestos: i) Que el delito esté sancionado con pena conminada no superior a tres años de pena privativa de libertad o con multa; o con prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres que no excedan a noventa jornadas semanales; ii) Que el juez, en atención a las circunstancias del hecho y a la personalidad del agente, emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del imputado; iii) Que es aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecuen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados.

Finalmente, con la reserva del fallo condenatorio resulta necesario precisar 12
que este no es un mecanismo alternativo a la pena privativa de libertad sino un instrumento que el legislador regula y que debe ser interpretado de cara a los fines preventivos constitucionales de la pena; por tal razón, de cara a la resocialización y en el caso de delitos imprudentes o con una pena no grave, deberá aplicarse de forma preferente respecto de las otras figuras establecidas en el Código Penal (sustitución y suspensión de pena)[13]. El problema en el Perú es que los jueces no hacen prevalecer la reserva del fallo condenatorio o la exención de pena para los supuestos en los que se cumplen los requisitos establecidos en la Parte General del Código Penal, lo que genera una distorsión de esta figura, sobre todo en los casos culposos, los que –como ya se ha mencionado– ni siquiera deberían de sancionarse con pena privativa de libertad, por carecer de objeto la resocialización de un sujeto que no necesariamente lo requiere. En tal sentido, para el caso de los delitos culposos deben preferirse estas dos opciones a la imposición o sustitución de una pena[14].

II. Presupuestos para su aplicación

Las circunstancias para la aplicación de la medida están descritas en el 13
artículo 62 del Código Penal, que serían los siguientes:

1. Carácter potestativo del juez

La reserva del fallo es una medida potestativa –y por ende no obligato- 14
ria– del juez tal como se desprende de la propia redacción del artículo 62 del Código Penal: "El juez podrá disponer (...)". De este modo, la decisión de aplicar una reserva del fallo, si bien está sujeta a determinados parámetros –presupuestos–, queda finalmente a criterio judicial, sin que el procesado pueda articular mecanismo alguno para exigir del juez la disposición de la misma. Con lo cual, más que un derecho del procesado, la reserva del fallo constituye una oportunidad que se brinda a determinados autores en función de sus características personales y según la naturaleza y circunstancias del delito cometido[15].

d) Específicamente, esta medida procede, tratándose de la pena de inhabilitación, solo cuando el delito se encuentre conminado con una pena conminada no mayor a los dos años de inhabilitación".

(13) Chang Kcomt, R., *Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal.*

(14) Ídem.

(15) Oré Sosa, E., *La reserva del fallo condenatorio. Op. Cit.*

2. Pronóstico favorable del condenado a no cometer futuros hechos punibles

15 Para la aplicación de esta institución debe formularse un pronóstico favorable de conducta, la misma que lo realiza únicamente el juez –y no el fiscal– en función a las calidades particulares del procesado. Esta operación lógico-mental no está relacionada con la aplicación de una pena conminada del hecho cometido, sino con la pena concreta[16], como veremos más adelante. El primer párrafo del artículo 62 del Código Penal, modificado por el artículo primero de la Ley N° 30076, señala lo siguiente: "El juez puede disponer la reserva de fallo condenatorio siempre que de las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación"[17].

16 El juicio que sirve de base a la decisión de reservar el fallo debe constituir una apreciación individualizada de la persona del condenado, la misma que permitirá pronosticar que la aplicación de esta medida será suficiente para disuadir al condenado de volver a delinquir. El beneficio está sujeto a una condición de cara a futuro, en razón de un pronóstico; en ese sentido, por ejemplo, se manifiesta la ejecutoria expedida en el Exp. N° 2207-96: "Es procedente la reserva de fallo condenatorio si el procesado es una persona joven, carente de antecedentes penales y atendiendo a que las lesiones que infringió al agraviado fueron consecuencia de una pelea por razones de trabajo, no denotando por ello peligrosidad". No bastaría entonces con la realización de una valoración circunspecta del injusto y sus características. No basta, en consecuencia, que el juez intuya, tenga una simple esperanza o confíe en que el condenado se comportará bien. En caso de duda no puede aplicarse el principio *in dubio pro reo*[18].

17 La parte final del primer párrafo del artículo 62 del Código Penal, modificado por el artículo primero de la Ley N° 30076, señala que el pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación; es decir, el juez está obligado a justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que efectúa. La motivación debe

(16) Figueroa Navarro, A., *Reserva de fallo condenatorio ¿Pena abstracta o pena concreta? Op. Cit.*

(17) Pérez López, J., *La reserva del fallo condenatorio en la legislación peruana. Especial consideración a las modificaciones realizadas por el artículo 1 de la Ley 30076. Op. Cit.*

(18) Hurtado Pozo, J., *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo.*

mostrar que la decisión adoptada está legal y racionalmente justificada sobre la base de aquellos elementos que la fundamentan; en realidad, esta exigencia legal no era necesario que se haga expresamente desde que todo magistrado debe argumentar todos y cada uno de los motivos que llevaron a un pronóstico favorable para la concesión de la medida.

3. Ámbito de aplicación

18 Los requisitos para que el agente activo pueda acceder al beneficio de la reserva del fallo condenatorio, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 62 del Código Penal, modificado por el artículo primero de la Ley N° 30076, serían los siguientes: 1) que el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de 3 años o con multa; 2) que la pena a imponerse no supere las 90 jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; o 3) que la pena a imponerse no supere los 2 años de inhabilitación.

19 En principio, en el artículo 62 del Código penal se utiliza, por un lado, la frase: "Cuando el delito esté 'sancionado' con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa". Pero, por otro lado, se alude a que la pena a "imponerse" no supere los dos años de inhabilitación. Esta redacción diferenciada permite, en una primera aproximación, colegir que tratándose de penas privativas de libertad –y también para la multa–, el legislador nacional pudiera estar refiriéndose al marco punitivo abstracto y no al que corresponde una vez producidos la investigación y el juzgamiento. Al parecer esta redacción legal tiene relación con la conminación general que hace el legislador a los destinatarios de la norma[19].

20 Ahora bien, en el caso de la pena privativa de libertad, el parámetro establecido en principio sería de la pena conminada –la prevista en el Código para cada delito de la Parte especial o legislación complementaria–, fijándose dicho límite en los 3 años según el artículo 62. De esto, la reserva del fallo condenatorio no es de aplicación para delitos sancionados con una pena privativa de libertad superior a los 3 años. Asimismo, para el caso de delitos para los que se prevé una pena de multa, el juez sí podrá recurrir a esta institución, sin que a ello interfiera el número de días-multa previstos como sanción[20].

(19) Figueroa Navarro, A., *Reserva de fallo condenatorio ¿Pena abstracta o pena concreta? Op. Cit.*
(20) Véase, en este sentido: Oré Sosa, E., *La reserva del fallo condenatorio. Op. Cit.*

21 Al respecto, HURTADO POZO nos dice que: "Los casos en los que procede la reserva de fallo según el tipo de pena son más numerosos. En caso de pena privativa de libertad, debe tratarse de pena no mayor de tres años. Se entiende que se trata de la pena que merece el autor por el delito que da lugar al proceso y no al máximum de la pena fijada en la disposición legal. Esto último parecería establecerse en el artículo 62 mediante la expresión 'cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad (...)'. Como ya lo hemos señalado, no es clara la razón por la que ha conducido no se han considerado las penas de hasta cuatro años de duración como se ha hecho respecto a la suspensión de la ejecución de la pena. La similitud entre ambas medidas y la amplitud del criterio admitido no justifican tan pequeña diferencia. Si la idea es que la suspensión de la reserva de fallo es un medio de reacción penal menos grave que la suspensión de la ejecución, la diferencia hubiera debido ser más importante. La explicación está quizás en relación al tipo de delincuentes considerados como sujetos de la reserva de fallo"(21). Por su parte, VILLAVICENCIO TERREROS afirma que "(...) para aplicar la reserva del fallo condenatorio, es necesario que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa. No se trata de la pena abstracta (marco de pena fijada por la norma penal) sino de la pena concreta solicitada por el Ministerio Público"(22).

22 En este mismo sentido, la jurisprudencia penal de la Corte Suprema para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, en la Ejecutoria Suprema del Recurso de Nulidad N° 3037-2015 de 05 de abril de 2016 de la Sala Penal Permanente, señala que el requisito que se exige es el de la pena impuesta como se indica en el fundamento siguiente: "Sexto. La suspensión de la ejecución de la pena busca evitar los efectos criminógenos de la cárcel, sobre todo de los agentes primarios. Siempre que se cumplan los requisitos del artículo cincuenta y siete del Código Penal: i) La pena impuesta no sea mayor a cuatro años. ii) La naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir que no volverá a cometer un nuevo delito. iii) No tenga calidad de reincidente ni habitual. Séptimo. *En el presente caso la pena impuesta es de 3 años.* Asimismo, no tiene calidad de reincidente ni habitual, por lo que se cumplen estos requisitos".

23 Así, por ejemplo, un caso típico donde se puede aplicar la reserva del fallo condenatorio es en las modalidades básicas culposas que se sancionan con pena

(21) HURTADO POZO, J., *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo. Op. Cit.*
(22) VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Proceso de conclusión anticipada que culmina con la reserva del fallo condenatorio.*

privativa de libertad, pero resulta absurdo que alguien que actuó por culpa requiera un pena para resocializarse, más aún cuando en algunos de estos delitos (como es el caso del Art. 229, segundo párrafo del Código Penal, que regula la modalidad culposa del delito de omisión de deberes de funcionarios públicos) se sancionan con una pena mínima de 2 días y una pena máxima de dos años. Otro ejemplo sería el caso del delito de infanticidio (Art. 110 del Código Penal) donde tiene una pena compuesta: está conminada con privación de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o con prestación de servicios comunitarios de 52 a 104 jornadas. Vemos que dicho delito no cumpliría el requisito del primer inciso (pues tiene una pena privativa en abstracto superior a los tres años), pero bien podría concurrir en el segundo supuesto: el juez puede imponer jornadas de prestación de servicios como sanción, en 80 jornadas, por ejemplo.

Ahora bien, respecto a la pena de multa, por el contrario, no se fija límite o 24
parámetro alguno según el artículo 62 ; esto quiere decir que la reserva de fallo es posible aun si la multa es fijada en un número elevado de días-multa. Esta amplitud crea el riesgo que en ciertos casos (delitos contra el medio ambiente) o con relación a ciertos autores (económica y socialmente favorecidos), la necesaria represión sea escamoteada. Además, resulta un poco paradójico que se restrinja su aplicación respecto a las demás penas. En definitiva, en los incisos restantes el legislador nacional no atiende a la pena conminada, sino a la pena concreta, a la pena a imponer: no superior a las 90 jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres, en el caso del inciso segundo; no mayor a los 2 años de inhabilitación, en el caso del inciso tercero. No debe haber mayores problemas para que el juez determine cuál es la pena a imponer, toda vez que se está ante una resolución que pone fin a la instancia y, por tanto, se cuenta con todos los elementos de juicio necesarios para fijar la pena –cuyo pronunciamiento justamente se suspende–.

Para cerrar este apartado vale la pena hacer la siguiente aclaración: si 25
bien en el primer inciso del artículo 62 del Código Penal no se prevé de modo expreso la posibilidad de aplicar disposiciones normativas de la Parte General; sin embargo, siguiendo una interpretación sistemática *in bonan parte*, a favor del reo, en los supuestos de atenuación de responsabilidad: imputabilidad restringida (Art. 22); aunque la observación también es válida para los casos de error de prohibición culturalmente condicionado (Art. 15), el error de prohibición (Art. 14), las otras causas que atenúan la responsabilidad, eximentes incompletas (Art. 21), la tentativa (Art. 16) y concurso de delitos (Arts. 48, 49 y 50), debe también aplicarse la reserva del fallo condenatorio.

III. Plazo del régimen de prueba

26 El artículo 62 del Código Penal, último párrafo, dispone lo siguiente: "El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada". Podemos establecer que el criterio fundamental de la medición del periodo de prueba es de carácter preventivo especial; se trata de un control judicial referido al tiempo necesario que justifique el pronóstico inicial de no reiteración delictiva y de un comportamiento respetuoso con las reglas de conducta impuestas.

27 Está claro que el referido plazo tiene un rango propio, entre 1 y 3 años, por lo que su relación con la pena privativa de libertad –vinculada a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho perpetrado– no es automática o lineal, aunque igualmente no puede estar absolutamente desconectado. En tal virtud, es pertinente considerar que en el caso de autos el plazo de 2 años es razonable y cumple con la finalidad perseguida con la institución en cuestión.

28 Un tema relevante de dicho articulado es que el plazo para el cómputo del régimen de prueba recién se computará a partir de que la sentencia condenatoria adquiera la calidad de cosa juzgada, es decir, cuando esté consentida o ejecutoriada.

IV. Bibliografía

29 Chang Kcomt, Romy, *Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal.* Disponible en <Bibliotecas,%20NO%20MOVER%20-%20NO%20BORRAR/Descargas/Dialnet-FuncionConstitucionalAsignadaALa-Pena-4906553.pdf.>; Figueroa Navarro, Aldo, *Reserva de fallo condenatorio. ¿Pena abstracta o pena concreta?* Disponible en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_08.pdf>; Hurtado Pozo, José, *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo.* Disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_10.pdf>; Hurtado Pozo, José / Prado Saldarriaga, Víctor, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 4ª edición. Tomo II. Idemsa, Lima, 2011; Núñez y Paz, Miguel Ángel, "Alternativas a la pena privativa de libertad: suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena (la aplicación de la *Probation* en el derecho positivo español)". En: Diego Díaz-Santos, María Rosario / Fabián Caparrós, Eduardo (coordinadores), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito.* Tecnos, Madrid, 1995; Oré Sosa, Eduardo Arsenio, *La reserva del fallo condenatorio.* Disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/La-Reserva-del-Fallo-Condenatorio.pdf>; Pérez López, Jorge, *La reserva del fallo condenatorio en la legislación peruana. Especial consideración a las*

modificaciones realizadas por el artículo 1 de la Ley 30076. Disponible en <https://legis.pe/la-reserva-del-fallo-condenatorio-la-legislacion-peruana-especial-consideracion-las-modificaciones-realizadas-articulo-1-la-ley-n-30076/>; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Consecuencias jurídicas del delito*. Idemsa, Lima, 2016; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Proceso de conclusión anticipada que culmina con la reserva del fallo condenatorio*. Disponible en <http://www.vmrfirma.com/pdf/publicacion_uno.pdf>.

§ 62
Reserva del fallo condenatorio. Circunstancias y requisitos

Luis Miguel Reyna Alfaro
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Origen, naturaleza jurídica y fundamentación de la reserva del fallo condenatorio	1	245
II.	Condiciones para su aplicación	6	248
III.	La prognosis de no delictuosidad futura	9	248
IV.	Plazo de la reserva del fallo condenatorio	13	249
V.	Bibliografía	15	250

§ 62.- Reserva del fallo condenatorio. Circunstancias y requisitos

"El juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio siempre que de las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

La reserva es dispuesta en los siguientes casos:

1. Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;

2. Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;

3. Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada"[(1)].

I. Origen, naturaleza jurídica y fundamentación de la reserva del fallo condenatorio

Dada la ausencia de mayores referencias sobre su contenido en la Exposición de Motivos del Código Penal y debido a la ausencia de antecedentes históricos de la misma (pues se introdujo recién con el Código Penal vigente), 1

(1) Texto conforme a la modificatoria introducida por el artículo 1 de la Ley N° 30076, del 19 agosto de 2013.

resulta necesario recurrir a los antecedentes en el Derecho comparado[2]. En ese sentido, como bien refiere PRADO SALDARRIAGA, la reserva del fallo condenatorio peruano tiene sus orígenes directos en el Anteproyecto del Código Penal español de 1983 que –alejándose de la *probation* del Derecho anglosajón– prescinde de la emisión del fallo condenatorio[3].

2 La reserva del fallo condenatorio constituye una medida alternativa a la pena de especial significación práctica, al punto que ROY FREYRE la considera uno de los correctivos judiciales de la irracionalidad de las penas[4]. Supone, como bien refiere HURTADO POZO, "una excepción al principio de que el delito debe tener necesariamente como consecuencia el castigo efectivo del responsable"[5]. No obstante, como refiere el indicado autor, no debe entenderse la reserva del fallo condenatorio como una gracia, un acto de indulgencia o de clemencia en favor del agente[6].

3 Aunque la Corte Suprema de Justicia ha definido a la reserva del fallo condenatorio como una "medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por reservar

(2) En ese sentido, FIGUEROA NAVARRO, A., *Reserva de fallo condenatorio. ¿Pena abstracta o pena concreta?*, p. 7.

(3) PRADO SALDARRIAGA, V., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú,* p. 202. Erróneamente PÉREZ LÓPEZ, J., "La reserva del fallo condenatorio: Especial consideración a las modificaciones realizadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 53, *condenatorio,* 11 (al vincularla de forma directa con la *probation* anglosajona). Es necesario precisar que esto no supone negar la relación existente entre la reserva del fallo con la *probation* anglosajona (origen destacado por HURTADO POZO, J., "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En: *Anuario de Derecho Penal 97/98*, p. 238), sino afirmar que esa relación no es directa, sino más bien mediata. De hecho, GARCÍA VALDÉS, C., "Alternativas legales a la privación de libertad clásica". En: AA. VV. *Derecho penal. Parte general (materiales de enseñanza),* p. 701, reconoce la vinculación de la *probation* anglosajona con el anteproyecto de Código Penal español de 1983. Quizás resulte más correcta la posición propuesta por BRAMONT ARIAS, L., *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general,* p. 493, quien indica que nuestra reserva del fallo condenatorio es: "Un instituto prácticamente intermedio entre la *probation*, inglesa y norteamericana, y la suspensión de la ejecución de la pena (...), parecida a la 'amonestación con reserva de pena' del Derecho alemán". En esa misma línea, VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general,* pp. 595-596, quien, aunque inicialmente vincula la reserva del fallo condenatorio con la *probation*, luego la relaciona con la 'amonestación con reserva de pena' del Derecho alemán.

(4) ROY FREYRE, L., "La irracionalidad de las penas y sus correctivos jurídicos". En: TORRES, Carlos (compilador), *El nuevo Código Penal peruano,* p. 692. Por eso consideramos absolutamente ligera y poco seria la afirmación (por no existir ningún dato que la apoye) de ALPACA PÉREZ, A., "Apreciaciones sobre la reserva del fallo condenatorio como mecanismo alternativo a la pena privativa de libertad en el Código Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 34, p. 74, de que existe un "escaso número de sentencias en las que se impone".

(5) HURTADO POZO, J., "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En: *Anuario de Derecho Penal 97/98. Op. Cit.,* p. 234.

(6) Ibídem, p. 237.

la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta"[7], esta propuesta de conceptualización es insuficiente e imprecisa en la medida que olvida que dicha medida no solo comprende a las penas privativas de libertad, sino también a la de multa y las penas limitativas de derechos.

Su fundamentación se relaciona directamente con los principios de intervención mínima, resocialización y las lógicas de necesidad de pena[8] propias de un Estado de Derecho, donde la pena es una *amarga necesidad.* Como se aprecia, a partir de esta fundamentación se dejan de lado los desarrollos que focalizan la trascendencia de la reserva del fallo condenatorio a la elusión de la pena privativa de libertad y a partir de ello recurren a innecesarias reflexiones respecto a un tema trascendente, como el de la no conveniencia de la imposición de pena privativa de libertad de corta duración, pero que solo se relacionan indirectamente con la cuestión de la reserva del fallo condenatorio. 4

Constituye, como refiere Prado Saldarriaga, una facultad del operador jurisdiccional y no un derecho del imputado[9]. No obstante, es importante delinear el sentido y alcance de dicha atribución jurisdiccional. En ese propósito es trascendente la opinión de Hurtado Pozo, quien destaca que el poder discrecional del juez se circunscribe a "establecer el pronóstico favorable" de no delictuosidad futura[10], quedando claro –por la construcción normativa del artículo 62 del Código Penal– que una vez reconocido ese pronóstico y verificados los presupuestos allí indicados, el juez debería disponer la reserva del fallo condenatorio. 5

(7) En ese sentido, la Ejecutoria Suprema del 27 de mayo de 2005 emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el R.N. N° 3332-2004 (Junín).

(8) Oré Sosa, E., "La reserva del fallo condenatorio". En: *Derecho & Sociedad* N° 11, p. 222. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/14362/14977>; Alpaca Pérez, A., "Apreciaciones sobre la reserva del fallo condenatorio como mecanismo alternativo a la pena privativa de libertad en el Código Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 34. *Op. Cit.,* p. 74 (aunque posteriormente, p. 83, incurra en contradicción); Villegas Paiva, E., *La suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio. Problemas en su determinación y ejecución,* pp. 112-113; Pérez López, J., "La reserva del fallo condenatorio: Especial consideración a las modificaciones realizadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 53. *Op. Cit.,* p. 12 (incidiendo los tres últimos sobre los efectos de no desocialización provocados con la reserva del fallo condenatorio). Resaltando su contenido reeducativo, Bramont Arias, L., *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general. Op. Cit.,* p. 493; Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general,* p. 451.

(9) Prado Saldarriaga, V., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Op. Cit.,* p. 334.

(10) Hurtado Pozo, J., "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En: *Anuario de Derecho Penal 97/98. Op. Cit.,* p. 247.

II. Condiciones para su aplicación

6 La imposición de la reserva del fallo condenatorio es impuesta por el juez penal facultativamente cuando considere que "las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia hacen previsible que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito". Es decir, el texto legal reconoce una facultad jurisdiccional (no un imperativo) fundada en criterios de prevención especial positiva (en tanto se pretende evitar la imposición de penas desocializadoras)[11].

7 Como se puede ir advirtiendo, esa facultad jurisdiccional tiene condiciones legales que resultan funcionales o instrumentales a la prognosis que deberá realizar el juez penal en torno a la conveniencia de aplicación de la reserva del fallo condenatorio. La verificación de estas condiciones (asociadas al marco de pena abstracta prevista para el delito) resulta siempre previa a la prognosis de no delictuosidad futura que deberá realizar el juez penal.

8 En efecto, el legislador penal ha limitado la aplicación de la reserva del fallo condenatorio a los delitos de escasa lesividad, lo que se expresa en el marco de pena abstracta previsto para el delito de que se trate. Por eso se limita la imposición de la reserva del fallo condenatorio a los casos en los que la pena abstracta: i) sea privativa de libertad no mayor de 3 años o con multa; ii) no supere las 90 jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; o, iii) no supere los dos años de inhabilitación.

III. La prognosis de no delictuosidad futura

9 Conforme precisamos anteriormente, la parte inicial del artículo 62 del Código Penal establece que la imposición de la reserva del fallo condenatorio requiere por parte del juez de una prognosis de que "el agente no cometerá nuevo delito". El propio dispositivo bajo examen proporciona lineamientos de cómo debe realizarse dicha prognosis.

10 En primer lugar, la prognosis judicial (o presupuesto subjetivo de la reserva del fallo condenatorio[12]) debe realizarse a partir del análisis de las "circunstancias individuales" del sujeto. En ese contexto, es indispensable que el juez

(11) Cercano, Hurtado Pozo, J., "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En: *Anuario de Derecho Penal 97/98. Op. Cit.*, p. 238; Prado Saldarriaga, V., *Derecho penal, jueces y jurisprudencia, Op. Cit.*, p. 334.

(12) En expresiones de Oré Sosa, E., "La reserva del fallo condenatorio". En: *Derecho & Sociedad. Op. Cit.*, p. 222.

examine los antecedentes penales[13] del sujeto a fin de verificar si la reserva del fallo condenatorio resulta una medida idónea para evitar que incurra en la realización de un nuevo delito.

Ahora, este análisis (de las circunstancias individuales del sujeto) debe tener como punto de referencia temporal el de expedición de la sentencia. Esto supone que solo deben considerarse los antecedentes penales que estuvieran vigentes al momento de emitirse la sentencia condenatoria. Los antecedentes penales levantados como consecuencia de la rehabilitación no deberían ser considerados. 11

Ahora, el legislador penal ha considerado adecuado resaltar que la prognosis sobre la conducta futura de la persona requiere de "debida motivación". Aunque pareciera tratarse de una declaración superflua e innecesaria, pues el deber de motivación de las resoluciones judiciales es una obligación consustancial a la función jurisdiccional, la práctica forense revela serias deficiencias en dicho plano, por lo que la declaración introducida por la Ley N° 30076 (que incorporó la parte final del primer párrafo del artículo 62 del Código Penal) debe ser valorada positivamente. 12

IV. Plazo de la reserva del fallo condenatorio

El plazo de reserva del fallo condenatorio es de 1 a 3 años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada; esto es, cuando es consentida o cuando se emite la ejecutoria respectiva. Es evidente que la norma hace referencia al momento de emisión de la resolución de la que se trate y no al momento en que aquella haya sido notificada al sentenciado. 13

Ahora, como destaca PRADO SALDARRIAGA, la función del periodo de prueba es "permitir convalidar el pronóstico favorable de conducta futura que emitió la autoridad judicial al conceder tales medidas"[14]. 14

(13) No hablamos de los antecedentes de conducción de vida pues aquello nos ubicaría intramuros del denostado Derecho penal de autor. Errónea, por tanto, es la posición adoptada por PÉREZ LÓPEZ, Jorge, "La reserva del fallo condenatorio: Especial consideración a las modificaciones realizadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 53. *Op. Cit.*, p. 14, quien considera que "el legislador no puede desprenderse de valoraciones propias de un Derecho Penal de autor que en realidad encubren una necesidad protectiva de la sociedad".

(14) PRADO SALDARRIAGA, V., *Derecho penal, jueces y jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 336.

V. Bibliografía

15 Alpaca Pérez, Alfredo, "Apreciaciones sobre la reserva del fallo condenatorio como mecanismo alternativo a la pena privativa de libertad en el Código Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 34, Gaceta Jurídica, Lima, 2012; Bramont Arias, Luis, *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general.* Ediciones Jurídicas Unifé, Lima, 2004; Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general.* Eddili, Lima, 2002; Figueroa Navarro, Aldo, *Reserva de fallo condenatorio. ¿Pena abstracta o pena concreta?* Disponible en línea en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_08.pdf>; García Valdés, Carlos, "Alternativas legales a la privación de libertad clásica". En: AA. VV. *Derecho penal. Parte general (materiales de enseñanza).* Grijley, Lima, 1995; Hurtado Pozo, José, "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En: *Anuario de Derecho Penal 97/98.* Lima, 1998; Oré Sosa, Eduardo, "La reserva del fallo condenatorio". En: *Derecho & Sociedad* N° 11, 1996. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/14362/14977>; Pérez López, Jorge, "La reserva del fallo condenatorio: Especial consideración a las modificaciones realizadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 53. Gaceta Jurídica, Lima, 2013; Prado Saldarriaga, Víctor, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999; Prado Saldarriaga, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú.* Gaceta Jurídica, Lima, 2000; Roy Freyre, Luis, "La irracionalidad de las penas y sus correctivos jurídicos". En: Torres, Carlos (compilador), *El nuevo Código Penal peruano.* Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011; Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general*, ARA, Lima, 2014; Villegas Paiva, Elky, *La suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio. Problemas en su determinación y ejecución.* Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

§ 63
Efectos de la reserva de fallo condenatorio

James Reátegui Sánchez
Academia de la Magistratura
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Comentario	1	251

§ 63.- Efectos de la reserva de fallo condenatorio

"El Juez al disponer la reserva del fallo condenatorio, se abstendrá de dictar la parte resolutiva de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan.

La reserva de fallo se inscribirá en un registro especial, a cargo del Poder Judicial. El Registro informa exclusivamente a pedido escrito de los jueces de la República, con fines de verificación de las reglas de conducta o de comisión de nuevo delito doloso. El Registro es de carácter especial, confidencial y provisional y no permite, por ningún motivo, la expedición de certificados para fines distintos.

Cumplido el período de prueba queda sin efecto la inscripción en forma automática y no podrá expedirse de él constancia alguna, bajo responsabilidad. El Juez de origen, a pedido de parte, verifica dicha cancelación".

I. Comentario

El primer párrafo del artículo 63 del Código Penal establece que: "El juez 1
al disponer la reserva de fallo condenatorio se abstendrá de dictar la parte resolutiva de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan". Solo la parte resolutiva de la sentencia queda en reserva, mas no la reparación civil, la cual mantiene su vigencia ejecutiva. El fundamento de ello es que el pago de la reparación civil es un elemento importante que juega un rol preponderante en los mecanismos alternativos a la pena de privación de la libertad, pues la integración social favorecida por la prevención especial en este caso (por la reserva del fallo) es el primer eslabón por el que hay que recurrir para lograr la efectiva rehabilitación social.

El segundo párrafo del artículo 63 del citado Código señala que la reserva 2
de fallo se inscribirá en un registro especial, a cargo del Poder Judicial, lo cual nos parece adecuado desde que tal medida tiene un tratamiento diferenciado, por ejemplo, de la pena condicional o suspendida de la pena. El registro especial

informará exclusivamente a pedido escrito de los jueces de la República, con fines de verificación de las reglas de conducta o de comisión de nuevo delito doloso, lo cual resulta un avance interesante de cara a los objetivos del cumplimiento de las reglas de conducta impuesta.

3 El citado Registro tendrá las siguientes características: "especial" (diferenciado de las demás medidas alternativas a la prisión efectiva), "confidencial" (nadie más que el condenado y su abogado defensor deben tener conocimiento) y "provisional" (como se sabe, la medida tiene carácter permanente y no está sujeta a la cosa juzgada) y no permite, por ningún motivo, la expedición de certificados para fines distintos.

4 En la última parte del artículo 63 se normativiza una característica esencial de la reserva del fallo, en el sentido de que una vez cumplido el periodo de prueba, ya sea de 1 o 3 años por parte del condenado-beneficiado, quedará sin efecto la inscripción en el Registro Especial en forma automática y no podrá expedirse de él constancia alguna, bajo responsabilidad. El juez de origen o natural, a pedido de parte (en este caso, del excondenado), verifica dicha cancelación.

§ 63
Efectos de la reserva de fallo condenatorio

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO(*)
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Efectos de la reserva del fallo condenatorio. Distinciones con la suspensión de la ejecución de la pena	1	253
II.	Bibliografía	7	255

§ 63.- Efectos de la reserva de fallo condenatorio

"El Juez al disponer la reserva del fallo condenatorio, se abstendrá de dictar la parte resolutiva de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan.

La reserva de fallo se inscribirá en un registro especial, a cargo del Poder Judicial. El Registro informa exclusivamente a pedido escrito de los jueces de la República, con fines de verificación de las reglas de conducta o de comisión de nuevo delito doloso. El Registro es de carácter especial, confidencial y provisional y no permite, por ningún motivo, la expedición de certificados para fines distintos"(1).

I. Efectos de la reserva del fallo condenatorio. Distinciones con la suspensión de la ejecución de la pena

1 En el caso de la reserva del fallo condenatorio, aparecen igualmente los problemas conceptuales propios de la suspensión de la ejecución de la pena. No obstante, entre ambas existe una diferencia sustancial: en la reserva del fallo condenatorio, pese a existir una declaración de hechos probados, de subsunción legal(2) y de responsabilidad penal o culpabilidad (expresada en la parte considerativa de la sentencia)(3), no se emite la parte resolutiva de la sentencia (que contiene la pena aplicable), lo que en la suspensión de la ejecución sí ocurre.

(*) Abogado director de Caro & Asociados. Profesor de Derecho procesal penal de la Academia de la Magistratura.

(1) Conforme a la modificatoria introducida mediante la Ley N° 27868, del 20 de noviembre de 2002.

(2) Aspectos destacados por FIGUEROA NAVARRO, A., *Reserva de fallo condenatorio. ¿Pena abstracta o pena concreta?*, p. 8.

(3) Así, la Ejecutoria Suprema del 27 de mayo de 2005 emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el R.N. N° 3332-2004 (Junín). Como bien menciona ORÉ SOSA: "La aplicación de la reserva del fallo condenatorio supone la certeza de culpabilidad del agente, pues lo contrario –la duda sobre su responsabilidad– llevaría a la absolución del procesado"; en ese sen-

2 Resultan inaceptables las posturas que pretenden defender la tesis de que el juez debe igualmente fijar la pena concreta como presupuesto para la imposición de la reserva del fallo condenatorio[4]. Nuestra posición no solo responde a la literalidad del precepto, sino también a criterios asociados al enfoque predominante en la reserva del fallo condenatorio[5].

3 Esta sutileza afecta las consecuencias derivadas de la aplicación de cada uno de estos sustitutivos penales. Mientras la suspensión de la ejecución de la pena sí genera un antecedente penal (pues existe una declaración judicial de responsabilidad penal con indicación de la consecuencia jurídica del delito aplicable) la reserva del fallo condenatorio no (pues precisamente se encuentra ausente la parte resolutiva de la sentencia penal).

4 Esto no afecta, sin embargo, la declaración de responsabilidad civil que necesariamente deberá hacerse en la medida que se haya acreditado la existencia de un daño civil indemnizable atribuible causalmente a uno de los investigados.

5 Ahora, aunque la Ley N° 27868, que modificó la parte final del artículo 63 del Código Penal, tenía el *nomen* de "Ley que establece el registro de sentencias con reserva de fallo condenatorio", lo que hacía inminente la creación e implementación del registro a que hace referencia el artículo 63 *in fine*; sin embargo, dicho registro aún no se encuentra implementado.

6 Es importante destacar que el registro de sentencias con reserva de fallo condenatorio tiene por propósito permitir que los jueces hagan un mejor uso

---

tido, véase, Oré Sosa, E., "La reserva del fallo condenatorio". En: *Derecho & Sociedad* N° 11, 1996, p. 221.

(4) Como las postuladas por Bramont Arias, L., *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general,* p. 494; Hurtado Pozo, J., "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En: *Anuario de Derecho Penal 97/98*, p. 248; y Alpaca Pérez, A., "Apreciaciones sobre la reserva del fallo condenatorio como mecanismo alternativo a la pena privativa de libertad en el Código Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 34, p. 87. Estos autores parecen asumir el modelo propio de la condena condicional o *sursis* en contraposición al modelo de *probation* (sobre los mismos García Valdés, C., "Alternativas legales a la privación de libertad clásica". En: AA. VV. *Derecho penal. Parte general (materiales de enseñanza),* pp. 698-704; Maqueda Abreu, M., "Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la 'suspensión del fallo'". En: AA. VV. *Derecho penal. Parte general (materiales de enseñanza)*, p. 825 ss.

(5) Como señala García Valdés, C., "Alternativas legales a la privación de libertad clásica". En: AA. VV. *Derecho penal. Parte general (materiales de enseñanza). Op. Cit.,* p. 699 (en relación al *probation system* y que resulta aquí plenamente aplicable): "El sistema (...) hace hincapié más sobre la confianza que la justicia deposita en la persona sometida a *probation* que sobre la amenaza de una pena que se impondrá si el delincuente no aprovecha las posibilidades de resocialización que se le ofrece". Es evidente, si se fijara la pena, el enfoque trascendente sería el de prevención intimidatoria, en tanto que el predominante es el de prevención especial positiva.

de esta medida. Es que a través de este registro los jueces pueden hacer seguimiento a las reglas de conducta impuestas al sentenciado y pueden corroborar si este tiene alguna otra sentencia en la que se haya dispuesto la reserva del fallo condenatorio.

II. Bibliografía

ALPACA PÉREZ, Alfredo, "Apreciaciones sobre la reserva del fallo condenatorio como mecanismo alternativo a la pena privativa de libertad en el Código Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 34, Gaceta Jurídica, Lima, 2012; BRAMONT ARIAS, Luis, *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general.* Ediciones Jurídicas Unifé, Lima, 2004; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general.* Eddili, Lima, 2002; FIGUEROA NAVARRO, Aldo, *Reserva de fallo condenatorio. ¿Pena abstracta o pena concreta?* Disponible en línea en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_08.pdf>; GARCÍA VALDÉS, Carlos, "Alternativas legales a la privación de libertad clásica". En: AA. VV. *Derecho penal. Parte general (materiales de enseñanza).* Grijley, Lima, 1995; HURTADO POZO, José, "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En: *Anuario de Derecho Penal 97/98,* Lima, 1998; MAQUEDA ABREU, María Luisa, "Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la 'suspensión del fallo'". En: AA. VV. *Derecho penal. Parte general (materiales de enseñanza).* Grijley, Lima, 1995; ORÉ SOSA, Eduardo, "La reserva del fallo condenatorio". En: *Derecho & Sociedad* N° 11, 1996. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/14362/14977>.

7

§ 64
Reglas de conducta

JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ
Academia de la Magistratura
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Prohibición de frecuentar determinados lugares	1	258
II. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez.....	4	259
III. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades	6	259
IV. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo que demuestre que está en imposibilidad de hacerlo	9	260
V. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito	11	261
VI. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol	13	261
VII. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente	14	262
VIII. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.	15	262
IX. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico	16	262

§ 64.- Reglas de conducta

"Al disponer la reserva del fallo, el juez impone de manera debidamente motivada las siguientes reglas de conducta que resulten aplicables al caso:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares;

2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez;

3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;

4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;

5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;

6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;

7 Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,

8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

9. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico".

I. Prohibición de frecuentar determinados lugares

1 Una de las condiciones más típicas del régimen de conducta es el referido a que el condenado no frecuente ciertos lugares y, sobre todo en los grandes o medianos centros urbanos, como capitales de países en especial. Resultará difícil, sino imposible, constatar que se cumplan las prohibiciones de frecuentar lugares si es que no se cuenta con equipos tecnológicos de monitoreo, ya sea del Poder Judicial o Ministerio Público o de la propia Policía Nacional. Ahora bien, surge la interrogante de si estamos ante una prohibición legal "absoluta" o simplemente "relativa", en todo caso, si seguimos la redacción literal del inciso en referencia, no se trata de ninguna prohibición absoluta, pues se dice prohibición de "frecuentar" no de concurrir determinados lugares: se puede ir al lugar, visitarlo por una o dos veces, el condenado puede hasta quedarse por varias horas o pernoctar en el lugar, pero lo que no se puede hacer es realizar como una rutina diaria, pues eso ya sería frecuentar.

2 Habrá que tener en consideración que el supuesto en comentario está referido a determinados lugares que pueden ser considerados como ambientes nocivos para el propio condenado como también para la sociedad; además, el juez debe tener como única finalidad evitar la comisión de un nuevo delito por parte del beneficiario; por ejemplo, si al condenado se le ha declarado culpable porque al salir de una discoteca, estando ebrio, golpeó a su víctima (delito doloso-delito de lesiones corporales); entonces una regla de conducta racional sería que el condenado no frecuentara, por un periodo de tiempo, lugares donde se producen bailes sociales.

3 Bajo esta regla de conducta, no cabe establecer –como se ha observado en la práctica judicial– obligaciones ambiguas u equívocas como "abstenerse de concurrir a lugares de dudosa reputación" o "no frecuentar lugares que atenten contra la moral y las buenas costumbres", entre otras similares; asimismo, sería inadmisible la instrucción judicial en la que se impidiera visitar regularmente la iglesia, incorporarse a una asociación civil o separarse de los propios hijos, por ejemplo, porque eso atentaría contra la propia dignidad del ser humano.

II. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez

Esta regla de conducta exige una relación directa del juez con el beneficiario (condenado) de la reserva de fallo; se trata de una especie de "arraigo domiciliario" del condenado para que no pueda eludir la "ejecución" no de la condena en sí, sino de las reglas de conducta impuestas. Se trata de que exista comunicación hacia el juez de todas las veces en las que el sentenciado se deba ausentar del lugar donde reside por cualquier motivo, esto con la finalidad de esperar la autorización del magistrado para tal efecto. Empero, habrá situaciones de urgencia o de emergencia en la que el beneficiario se deba ausentar de su domicilio o de su residencia habitual, ya sea por la muerte de un familiar en un lugar lejano, enfermedad grave, etc., o por la existencia de situaciones excepcionales como los motivos de estudio que exigirían al beneficiario viajar periódicamente del lugar donde reside, en estos casos, se puede subsanar la autorización judicial luego de producido tal suceso. 4

El sentido de esta regla de conducta subyace en hacer efectivas en realidad todas las reglas de conductas impuestas y que puedan ser controladas, en principio, por el Poder Judicial; lo que se trata es de mantener el respeto del imputado por su domicilio o residencia habitual que ha consignado previamente en el proceso judicial. Si bien se ha señalado un determinado domicilio o residencia, este debe mantenerse por todo el tiempo que dure el régimen de prueba. 5

III. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades

Se trata de una regla de conducta en la cual se le impone al beneficiario un desplazamiento físico hacia las instalaciones del Poder Judicial más cercano donde se encuentra residiendo. Según la literalidad de la norma, esta regla tiene carácter "personalísimo" (no admite delegación o representación de terceros, salvo la que realice el abogado defensor acreditado en el proceso judicial) y su cumplimiento tiene carácter "obligatorio", es decir, no admite concesiones ni negociaciones entre las partes involucradas (condenado-fiscal) una vez impuesta esta medida de conducta por parte del juez. 6

Las actividades que informe o justifique el sentenciado-beneficiario deben tener una periodicidad de mes a mes, aunque a mi juicio, no obsta a que el juez pueda imponer una alternancia de 2 a 3 meses. Las actividades –laborales, personales– que se justifiquen deben ser obviamente lícitas, acorde 7

con las leyes y las buenas costumbres, el conocimiento del informe puede admitir distintas formas, lo relevante aquí es que el Juzgado o Tribunal acredite dichas actividades. El control de esta medida no se agota, como mal se acostumbra en estos tiempos, con la sola presencia del condenado-favorecido al Juzgado o Tribunal que lo condenó y a la suscripción en el cuaderno o registro de firma –manual o digital–, sino además este debe informar y sustentar –por escrito u oral– ante el magistrado judicial las tareas cotidianas a las que se dedica.

8 Lo que se busca con esta exigencia es el respectivo control inmediato de los trabajos, actividades a las que se está dedicando el agente activo "para evitar la comisión de futuros delitos" (prevención especial), así como para "encausarlo al sujeto al respeto nuevamente de la norma" (prevención general).

IV. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo que demuestre que está en imposibilidad de hacerlo

9 Por lo general todo delito genera no solo la afectación de un bien jurídico, sino también la producción de un daño –civil– en los intereses de la víctima, aun cuando se trata de un delito de peligro. En ese sentido, que el beneficiario-condenado pueda reparar económicamente los daños ocasionados por comisión delictiva demostrará un enorme sometimiento a la norma conculcada, la misma que debe ser valorada por el juez al momento de otorgarse la reserva del fallo. También se impondrán las reglas de conducta haciendo pagos fraccionados o periódicos para la víctima, ya sea impuesto de oficio por el propio juzgador o a pedido de parte. Obvio que la imposición de esta regla de conducta dependerá de que efectivamente sea viable la reparación económica, porque si existe la imposibilidad económica del condenado en realizarlo, no podrá aplicarse esta regla, aunque se puede optar por las otras medidas.

10 Lo central no es la deuda, sino la regla de conducta que tiene naturaleza penal y no civil. Acotando al respecto, la exigencia que se le hace al beneficiario de la reserva de fallo condenatorio de reparar el daño –esto es, la realización positiva a favor del agraviado, tenga connotación patrimonial positiva a favor del agraviado o connotación patrimonial para fines del análisis de la regla de conducta– no es lo central, sino lo periférico; por lo tanto, la aludida regla de conducta no pone en tela de juicio a la máxima de que no hay prisión por deudas.

V. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito

11 El juez puede, a través de esta regla de conducta, prohibir expresamente la tenencia de armas o de cualquier otro objeto que pudiera servirle al sentenciado-beneficiado de ocasión o estímulo para cometer nuevos delitos. Se entiende que, solamente, se refiere a ilícitos que se cometen con medios tangibles, materiales, aquellos que puedan ser observados por los sentidos (por ejemplo, armas de fuego, armas blancas, motos, vehículos motorizados, etc.).

12 Es preciso indicar que la prohibición está dirigida a aquellos bienes que puedan servir para la ejecución de delitos distintos al cometido –se exceptúan aquellos bienes que hayan sido intervenidos policial y judicialmente–. En tal contexto, habría una relación lógica "directa" entre el delito condenado y la regla de conducta impuesta luego: si ha sido condenado por el delito de conducción en estado de ebriedad, estaría prohibido –por regla de conducta– de poseer vehículos motorizados –solo poseer, sin necesidad de conducirlos–; lo mismo sucede cuando ha sido condenado por el delito de hurto agravado y se le prohíbe poseer armas de fuego o municiones; o cuando ha sido condenado por el delito de pornografía infantil a través de internet y se le prohíbe poseer computadoras. Sin embargo, también podría haber una relación lógica "indirecta" entre el delito condenado y la posibilidad de que la imposición de esta regla –de poseer determinados objetos– pueda evitar el facilitamiento de la realización de otro delito, en el caso si el agente fue condenado por el delito de coacción se le prohíba poseer manipular objetos o aparatos tecnológicos en general.

VI. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol

13 En el caso de que el sentenciado-beneficiado sea un dependiente a las drogas y/o alcohol y este vicio origine su conducta contraria a la ley penal, el juez puede obligarlo a que se realice un tratamiento de desintoxicación en un establecimiento creado para esos fines, sea público o privado. La dependencia a las drogas o al alcohol debe estar acreditado, mediante pericias, en el proceso judicial y; a mi juicio, debe haber existido una influencia notable y real en la comisión del delito cometido y juzgado, así, por ejemplo, si la ingesta de las drogas ha sido el móvil para que el agente activo haya provocado las lesiones corporales (leve) en la víctima, es razonable pensar que el juez le imponga como regla de conducta el sometimiento obligatorio para un tratamiento

progresivo de desintoxicación como parte de los objetivos a alcanzar (prevención especial) a través de la reserva del fallo.

VII. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente

14 Si el sentenciado realiza programas laborales o educativos o cualquier otro tratamiento organizado por la autoridad de ejecución penal o institución competente, a fin de evitar que este realice actividades que lo aparten de la ley, el juez puede obligarlo a continuar con los mismos por un tiempo determinado hasta que no exista riesgo de que el beneficiario recaiga en la comisión de delitos o este riesgo sea ínfimo. En el artículo 58, inciso 7 del Código Penal, en el tema referido a la suspensión de la ejecución de la pena, también se prevé una regla de conducta idéntica a esta, en la cual existe la obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente.

VIII. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado

15 La creación de reglas de conducta –como *numerus apertus*–, según estime conveniente el juez de acuerdo al caso concreto, tiene sus límites en la dignidad de la persona, es decir, del condenado-beneficiado; ello significa tratar al beneficiario no como un medio, sino como un fin en sí mismo, procurando siempre la verificación de los fines de la pena: la prevención especial, por lo que no se permiten tratos crueles ni degradantes, por ejemplo, la exigencia desmedida de obligaciones de jornadas que van más allá de lo normal o cotidiano.

IX. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico

16 En esta regla de conducta habrá que hacer la siguiente distinción: por un lado, la naturaleza del delito cometido y, por otro lado, las condiciones personales que ha poseído el autor al momento de ejecutar el delito. Con relación al primer punto, el delito que ha cometido el agente debe ser considerado de poca repercusión social, delitos que estén castigados con pena abstracta no mayor de 3 años o con penas sustitutas de prestación de servicios comunitarios

u otros similares, de manera que estaríamos hablando de delitos por ejemplo de omisión de asistencia, coacción, nombramientos ilegales, delitos culposos, entre otros. Y otra cosa es que durante la secuencia del proceso penal se desprenda que uno de los móviles que ha servido para la comisión del delito haya sido una anomalía psicológica y hasta psiquiátrica. En tal sentido, considero que debe existir una conexión lógica entre el delito cometido –y condenado– y el tratamiento psicológico o psiquiátrico como regla de conducta impuesta al mismo condenado.

§ 64
Reglas de conducta

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO(*)
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. La necesidad de vincular las reglas de conducta con la función preventiva de la reserva del fallo condenatorio	1	266
II. Las reglas de conducta	4	267
1. Reglas de conducta destinadas a evitar la vinculación con espacios o elementos que faciliten la reiteración delictiva.	5	267
2. Reglas de conducta destinadas al aseguramiento de la vinculación del sentenciado al control jurisdiccional	8	267
3. Reglas de conductas de orientación reparatoria	9	268
4. Reglas de conducta de orientación rehabilitadora	12	268
III. La obligación de delimitar el alcance de las reglas de conducta	14	269
IV. El significado de la (innecesaria) exigencia de "no atentar contra la dignidad humana" en la imposición de reglas de conducta	15	269
V. El pago de la reparación civil como "regla de conducta"	17	269
VI. El control del cumplimiento de las reglas de conducta.	19	270
VII. Bibliografía	21	270

§ 64.- Reglas de conducta

"Al disponer la reserva del fallo, el juez impone de manera debidamente motivada las siguientes reglas de conducta que resulten aplicables al caso:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares;

2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez;

3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;

4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;

5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;

(*) Abogado. Director de Caro & Asociados. Profesor de Derecho Procesal Penal de la Academia de la Magistratura.

6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;

7. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,

8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

9. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico"(1).

I. La necesidad de vincular las reglas de conducta con la función preventiva de la reserva del fallo condenatorio

1 Antes de ingresar al examen específico de las reglas de conducta es necesario resaltar la necesidad de sintonizar la aplicación concreta de las mismas con la finalidad preventiva (general y especial) que subyace a la reserva del fallo condenatorio.

2 Las reglas de conducta que fija el juez no deben tener carácter sancionatorio, contenido supererogatorio(2) ni deben imponerse a partir de criterios meramente subjetivos(3). Su imposición debe tener siempre como finalidad lograr que a través de ellas el sentenciado no incurra en nuevo delito. Este razonamiento se confirma a partir del dato proporcionado por la regla de conducta abierta prevista como supuesto octavo del artículo 64 del Código Penal y en la que se establece que la imposición de alguna otra regla de conducta debe responder a los fines de "rehabilitación social del agente".

3 Esta relación regla de conducta-prevención debe constar necesariamente en la motivación que realice el juez en la sentencia respectiva. De allí que el legislador haya optado también en este caso por resaltar la exigencia de motivación judicial.

(1) Conforme a la redacción correspondiente a la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, y el Decreto Legislativo N° 1351, del 7 de enero de 2017 (que incorporó la novena regla de conducta).

(2) Como indica HURTADO POZO, J., "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En: *Anuario de Derecho penal 97/98*, p. 249, al resaltar esta característica de las reglas de conducta: "el cumplimiento de estos deberes debe estar al alcance del condenado, aun cuando este deba hacer un esfuerzo especial".

(3) Da cuenta de esta problemática PRADO SALDARRIAGA, V., *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, p. 335.

II. Las reglas de conducta

Al igual que en la suspensión de la ejecución de la pena, en la reserva del fallo condenatorio corresponde al juez penal imponer una serie de reglas de conducta que pueden distinguirse entre (1) reglas de conductas destinadas a evitar la vinculación con espacios o elementos que faciliten la reiteración delictiva; (2) reglas de conducta destinadas al aseguramiento de la vinculación del sentenciado al control jurisdiccional; (3) reglas de conducta reparatorias y (4) reglas de conducta de rehabilitación. Examinaremos las mismas a continuación. 4

1. Reglas de conducta destinadas a evitar la vinculación con espacios o elementos que faciliten la reiteración delictiva

Dentro de estas se ubican las medidas comprendidas en los incisos 1 (prohibición de frecuentar determinados lugares) y 5 (obligación de no poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito) del artículo 64 del Código Penal. 5

La imposición de estas reglas de conducta debe tener vinculación directa con el hecho punible objeto de enjuiciamiento. El objetivo de la medida es evitar que el sentenciado incurra en delitos de la clase de aquellos que dieron lugar a la reserva del fallo condenatorio. 6

En ese contexto, será justificado –por ejemplo, en relación a la regla de conducta prevista en el artículo 64.1 del Código Penal– que el juez imponga como regla de conducta que no concurra a locales nocturnos donde exclusivamente se vendan bebidas alcohólicas cuando el delito objeto de procesamiento sea el de conducción de vehículos motorizados bajo los efectos del alcohol (Art. 274 del CP); por el contrario, no lo será si el delito objeto de procesamiento fuera el de omisión de asistencia familiar (Art. 149 del CP). Lo mismo puede decirse en relación al inciso 5 del artículo 64 del Código Penal. La regla de conducta (y en concreto los objetos susceptibles de facilitar otro delito), deberá relacionarse con la tipología delictiva de la que se trate. 7

2. Reglas de conducta destinadas al aseguramiento de la vinculación del sentenciado al control jurisdiccional

Dado que la reserva del fallo condenatorio coloca al sentenciado dentro de un régimen de prueba y entendiendo que el mismo es controlado por el juez, observaremos que el artículo 64 del Código Penal reconoce algunas reglas de conducta orientadas a facilitar dicho control a través del aseguramiento de la 8

vinculación del sentenciado. En ese contexto se puede mencionar la prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez (inc. 2) y la obligación de comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades (inc. 3).

3. Reglas de conductas de orientación reparatoria

9 Con la finalidad de evitar dejar de lado los intereses de la víctima del delito, el inciso 4 del artículo 64 del Código Penal prevé como regla de conducta la obligación del agente de "reparar los daños ocasionados por el delito", obligación que se excepciona cuando este "demuestre que esté imposibilitado de hacerlo".

10 Es de advertir que la reparación del daño provocado por el delito es una institución de notoria trascendencia dentro del Derecho penal, sobre todo cuando aquella se realiza de forma espontánea y compensa, por tanto, la culpabilidad (compensación positiva de la culpabilidad). La reparación del daño en el sentido previsto por este dispositivo no es espontáneo (precisamente por ese motivo el juez debe establecerlo como imperativo al fijarla como regla de conducta).

11 Nótese que la referencia a la reparación del daño no solo comprende a la reparación de los daños de índole patrimonial, sino cualquier tipo de medida reparatoria que el juez considere eficaz para salvaguardar los intereses de la víctima.

4. Reglas de conducta de orientación rehabilitadora

12 La mayoría de reglas de conducta recogidas por el artículo 64 del Código Penal tienen finalidad rehabilitadora. En ese contexto se ubican: i) la obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol; ii) la obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; y, iii) la obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico.

13 A estas medidas se agrega la fórmula abierta prevista por el legislador y que habilita al juez a imponer, como regla de conducta, la satisfacción de "los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado". Sobre la conveniencia y sentido de la exigencia expresa de que las medidas o reglas de conducta impuestas "no atenten contra la dignidad del condenado" profundizaremos más adelante.

III. La obligación de delimitar el alcance de las reglas de conducta

La eficacia de la imposición de la reserva del fallo condenatorio depen- 14
derá fundamentalmente de la capacidad del juez de vincular la imposición de las reglas de conducta con el hecho específico del que se trate, lo que exige a este –al juez– un esfuerzo especial por delimitar el alcance de la regla de conducta. De esta forma se evitan declaraciones judiciales ambiguas (difícilmente compatibles con el deber de motivación de las decisiones judiciales) y se permite que la regla de conducta tenga mayor eficacia preventiva[4].

IV. El significado de la (innecesaria) exigencia de "no atentar contra la dignidad humana" en la imposición de reglas de conducta

El octavo supuesto del artículo 64 del Código Penal (que habilita la impo- 15
sición de cualquier otra clase de regla de conducta) exige que las medidas o reglas de conducta no atenten contra la dignidad humana. La fórmula utilizada por el legislador podría llevar al absurdo (negado) de considerar viable que las otras reglas de conducta afecten la dignidad humana.

En nuestra opinión, dicha declaración solo sirve de refuerzo pedagógico al 16
resaltar la necesidad de preservar un interés (la dignidad de la persona humana) de raigambre constitucional y por ello de alcance interpretativo general. Esa cláusula tuvo cierto sentido al promulgarse el Código Penal (hace más de 25 años atrás) en el afán de propender y estabilizar la interpretación conforme a la Constitución de los contenidos del entonces nuevo Código Penal. Hoy en día no es más que una obviedad.

V. El pago de la reparación civil como "regla de conducta"

En conexión a esa cuestión se puede comprender la discusión en torno a 17
la licitud de incluir como regla de conducta el "pago de la reparación civil", regla de conducta prevista en el inciso cuarto del artículo 64 del Código Penal.

(4) Crítica expuesta en Oré Sosa, E., "La reserva del fallo condenatorio". En: *Derecho & Sociedad* N° 11, p. 223; Prado Saldarriaga, V., *Derecho penal, jueces y jurisprudencia, Op. Cit.*, p. 339, este último además recuerda la crítica expuesta por Hurtado Pozo respecto a la práctica penal relacionada al CP de 1924: "El Juez debería abandonar estas tradicionales y estereotipadas frases y tratar de establecer exigencias concretas que impulsen al condenado a bien comportarse y que por su misma naturaleza sean fáciles de controlar" (véase Hurtado Pozo, J., "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". *Op. Cit.*, p. 250).

18 Para responder a esta cuestión debe examinarse si el pago de la reparación civil tiene alguna finalidad preventiva y si, siendo así, es posible imponerla coactivamente. En ese contexto, aunque se reconozca que la reparación a la víctima constituye una forma de compensación positiva de la culpabilidad, el proponerla como imperativo podría constituir un supuesto de prisión por deudas recusado constitucionalmente. Por ese motivo su posible aplicación se debe condicionar o limitar a los supuestos en los que se encuentre plenamente acreditada la capacidad del agente para cumplir con reparar el daño provocado por el delito(5).

VI. El control del cumplimiento de las reglas de conducta

19 En la medida que nuestro ordenamiento jurídico concentra en el juez las facultades de control del cumplimiento de las reglas de conducta, es necesario resaltar que el cumplimiento satisfactorio de dicho deber judicial dependerá, en gran medida, de la capacidad del juez de acotar y delimitar correctamente las reglas de conducta. Ese factor –la capacidad de control judicial– es el que determina la eficacia de la reserva del fallo condenatorio(6).

20 Sin perjuicio de lo antes indicado, la práctica forense permite reconocer en el agraviado o actor civil un soporte o apoyo trascendente pues será generalmente a través de su actividad procesal que el órgano jurisdiccional reconocerá el incumplimiento de las reglas de conducta.

VII. Bibliografía

21 HURTADO POZO, José, "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En: *Anuario de Derecho penal 97/98*. Lima, 1998; ORÉ SOSA, Eduardo, "La reserva del fallo condenatorio". En: *Derecho & Sociedad* N° 11, 1996. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/14362/14977>; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*. Lima, Palestra, 1999.

(5) En contra, ORÉ SOSA, E., "La reserva del fallo condenatorio". *Op. Cit.*, p. 223.

(6) En ese sentido, HURTADO POZO, J. "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". *Op. Cit.*, p. 249.

§ 65
Efectos del incumplimiento de las reglas de conducta

James Reátegui Sánchez
Academia de la Magistratura
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Apuntes previos	1	271
II. Severa advertencia	3	272
III. Prórroga del régimen de prueba sin exceder la mitad del plazo inicialmente fijado	5	272
IV. Revocar el régimen de prueba	7	273
V. Bibliografía	9	274

§ 65.- Efectos del incumplimiento de las reglas de conducta

"Cuando el agente incumpliera las reglas de conducta impuestas, por razones atribuibles a su responsabilidad, el Juez podrá:

1. Hacerle una severa advertencia;

2. Prorrogar el régimen de prueba sin exceder la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada sobrepasará de tres años; o

3. Revocar el régimen de prueba".

I. Apuntes previos

En principio la eficacia de las reglas de conducta que se impongan al condenado-beneficiario depende de la posibilidad de controlar su cumplimiento por el tiempo impuesto, y ello es de responsabilidad, en principio, del Poder Judicial, como órgano que impone tal medida, como es el caso de la reserva del fallo. 1

Las reglas de conducta son de singular característica, pues su incumplimiento conlleva alguna consecuencia jurídica que reza el artículo 65 del Código Penal. El incumplimiento de las reglas de conducta por parte del beneficiario por razones atribuibles a su persona trae como consecuencia una sanción, en este caso el juez penal puede disponer la amonestación, la prórroga del plazo de prueba (sin exceder la mitad del plazo inicialmente señalado) o la revocación de la reserva de fallo condenatorio. 2

II. Severa advertencia

3 Como primera medida de "llamado de atención" para el condenado-beneficiado sería la advertencia que está incumpliendo las reglas de conductas imputadas, pero esta advertencia tiene que ser de carácter severo, no contemplativo. Además, la advertencia se puede realizar en un acto público con concurrencia del beneficiario a la sede del Juzgado o Tribunal, o por intermedio de una notificación judicial.

4 Según HURTADO POZO, la advertencia consiste en la notificación por la que se reprende al condenado por el incumplimiento de las reglas de conducta y se le advierte de las consecuencias si persiste en hacerlo. Debe ser expresada de manera formal y clara para que tenga el efecto de intimar al condenado a cumplir con los deberes que se le han impuesto(1). Con este objeto, debe ser personal, lo que no supone necesariamente que se haga oralmente y en presencia del condenado. Teniendo en cuenta las circunstancias concretas, esta amonestación se hará por escrito y cuidando que llegue a conocimiento del interesado. El riesgo es que esta medida se reduzca a una simple formalidad consistente en dejar constancia en el expediente respectivo(2).

III. Prórroga del régimen de prueba sin exceder la mitad del plazo inicialmente fijado

5 Esta sanción se da después de haber llamado la atención al agente de manera previa o advertida; con esta medida aún se sigue manteniendo incólume la reserva de fallo condenatorio, ya que solo se prolonga el plazo de prueba en la mitad del periodo inicialmente fijado, dándole oportunidad al beneficiario a que pueda retractarse en su comportamiento.

6 La prórroga del periodo de prueba constituye una medida grave que solo debe adoptarse de ser necesaria. El fundamento no solo debe ser de carácter represivo, sino sobre todo preventivo especial. De acuerdo a la finalidad de los deberes que se impongan, el juez debe llegar al convencimiento de que la prórroga es necesaria para "la rehabilitación social del agente". Dada la gravedad de la medida, el legislador ha limitado el poder del juez estableciendo

(1) HURTADO POZO, J., *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo.*
(2) Ídem.

que la prórroga no puede superar la mitad del plazo inicialmente fijado y, en ningún caso, la suma de ambos puede sobrepasar el límite de 3 años[3].

IV. Revocar el régimen de prueba

El efecto más drástico y lesivo del incumplimiento de las reglas de conducta es definitivamente la revocación del régimen de prueba por el del internamiento del condenado en un centro penitenciario, por el tiempo que reste, tal como se estipule en la sentencia condenatoria y en el auto judicial de revocación. Se puede acceder a esta última opción sin todavía haber pasado por la severa advertencia o la prórroga del régimen de prueba; así lo ha reseñado una Sentencia del Tribunal Constitucional, que en el fundamento 12 señaló lo siguiente: "A mayor abundamiento, ya en ejecución de la sentencia firme, el beneficiario fue amonestado por su incumplimiento y renuencia a resarcir el daño causado (fs. 79), prorrogándose el periodo de suspensión de la pena (fs. 88); posteriormente, fue requerido para dar cumplimiento al mandato judicial, bajo apercibimiento de revocársele la pena suspendida (fs. 91), y en aplicación del apercibimiento decretado se hizo efectiva la pena impuesta (fs. 102). Finalmente, fue puesto a disposición del Sexto Juzgado Penal a cargo en ese entonces del emplazado Tasaico Muñoz, que dispuso su internamiento en el Establecimiento Penitenciario que designe el Instituto Nacional Penitenciario, conforme se acredita con las copias certificadas que obran de fojas 121 a 123 de autos"[4]. 7

En definitiva, hay quienes piensan que la "revocación del régimen" sería una especie de "sanción punitiva" ante la conducta reticente del sentenciado y que evidencia su menosprecio por las decisiones del aparato judicial cuando no cumple con dichas reglas que se le han impuesto. En mi opinión, no se trata en realidad de una nueva pena criminal, porque la naturaleza y el tiempo de dichas penas solo están estipuladas en los artículos 28 y 29, respectivamente, del Código Penal. Se trata de la verificación de la defraudación normativa a la confianza que el juez del juzgamiento depositó en el sentenciado y la consecuencia es la aplicación de la pena –aunque sea mínima– que ya se le había impuesto y que, con la esperanza de su rehabilitación social, quedó en suspenso siempre que cumpliera las reglas de conducta impuestas. Quizá mucho 8

(3) Llanos Vilcanqui, G., *El nivel de aplicación de la reserva del fallo condenatorio en el distrito judicial de Puno - Año Judicial 2015*. Tesis para obtener el título profesional de abogado. La Universidad Nacional del Altiplano. 2017.

(4) Véase la STC Exp. N° 6314-2005-PHC/TC de fecha 12 setiembre de 2005.

más reprochable desde el punto de vista del Poder Judicial sea el caso cuando se tratan de sentencias de conformidad, ya sea de terminación anticipada o de conclusión anticipada de juicio, ya que aquí el sentenciado negoció en el juzgamiento con el actor civil y el fiscal un acuerdo de reparación civil y el cumplimiento de pena (por ejemplo, reservar el fallo condenatorio), es decir, las posibilidades de cumplir el acuerdo fueron eventualmente propuestas por el propio procesado y su abogado y, finalmente, aceptadas por el encausado.

V. Bibliografía

9 Hurtado Pozo, José, *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo*. Disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_10.pdf>; Llanos Vilcanqui, Gerson Romain, *El nivel de aplicación de la reserva del fallo condenatorio en el distrito judicial de Puno - Año Judicial 2015*. Tesis para obtener el título profesional de abogado. La Universidad Nacional del Altiplano. 2017. Disponible en <epositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/3510/Llanos_Vilcanqui_Gerson_Romain.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

§ 65
Efectos del incumplimiento de las reglas de conducta

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO(*)
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Principios de responsabilidad personal y proporcionalidad en el ámbito de la revocatoria de la reserva del fallo condenatorio	1	275
II.	Alcances de las respuestas frente al incumplimiento de reglas de conducta	4	276
III.	Bibliografía	8	277

§ 65.- Efectos del incumplimiento

"Cuando el agente incumpliera las reglas de conducta impuestas, por razones atribuibles a su responsabilidad, el Juez podrá:

1. Hacerle una severa advertencia;

2. Prorrogar el régimen de prueba sin exceder la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada sobrepasará de tres años; o

3. Revocar el régimen de prueba".

I. Principios de responsabilidad personal y proporcionalidad en el ámbito de la revocatoria de la reserva del fallo condenatorio

El artículo 65 del Código Penal desarrolla el régimen de sanción frente al "incumplimiento de las reglas de conducta impuestas" judicialmente y en el que prima dos principios de especial significación: el de responsabilidad personal y el de proporcionalidad. 1

En efecto, el artículo 65 del Código Penal precisa que el incumplimiento de reglas de conducta dará lugar a la aplicación de los mecanismos de respuesta siempre que aquel responda a "razones atribuibles a su responsabilidad" (principio de responsabilidad personal). Esto supone, en términos prácticos, que el juez solo podrá recurrir a las respuestas procesales previstas en este artículo 2

(*) Abogado director de Caro & Asociados. Profesor de Derecho procesal penal de la Academia de la Magistratura.

cuando verifique (a través de los mecanismos propios de la gestión judicial del caso) que el incumplimiento de las reglas de conducta resulta deliberado.

3 Por otra parte, aunque no existe una declaración taxativa, dada la existencia de una serie de respuestas de distinta magnitud o gravedad, subyace la necesidad de introducir criterios de racionalidad vinculados al principio de proporcionalidad que permitirán una aplicación más dinámica del artículo 65 del Código Penal. De esa forma, aunque sea posible (por no existir condicionamiento legal) que se imponga directamente la revocación del régimen de prueba, esta respuesta deberá producirse solo cuando se supere el test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)[1].

II. Alcances de las respuestas frente al incumplimiento de reglas de conducta

4 El legislador ha previsto tres supuestos frente al incumplimiento de reglas de conducta: i) formular una severa advertencia al sentenciado; ii) disponer la prórroga del régimen de prueba; y, iii) revocar el régimen de prueba. Examinemos sus contenidos.

5 Respecto a la *severa advertencia*, esta debe constar por escrito[2] fijando –de forma clara y precisa– los apercibimientos y apremios respectivos (apercibimiento de imponer medidas más graves) y estableciendo también el término en que el sentenciado deberá satisfacer la regla de conducta.

6 En relación a la *prórroga del régimen de prueba,* se establece que esta prórroga no podrá exceder la mitad del plazo inicialmente fijado ni podrá sobrepasar los 3 años de plazo acumulado. Es evidente –como es el caso también de la "severa advertencia"– que la adopción de esta respuesta mantiene como

(1) De distinta opinión, Pérez López, J., "La reserva del fallo condenatorio: Especial consideración a las modificaciones realizadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 53, p. 20, quien considera que la imposición de las medidas frente al incumplimiento debe realizarse necesariamente de forma progresiva.

(2) Pérez López es de la opinión que esta advertencia podría realizar también en "acto público" (ídem). Del mismo modo, Alpaca Pérez, A., "Apreciaciones sobre la reserva del fallo condenatorio como mecanismo alternativo a la pena privativa de libertad en el Código Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 34, p. 92, alude a la comunicación oral de la "severa advertencia" (lo que revela no solo el desconocimiento del procedimiento penal sino también una lectura imprecisa de la posición de Hurtado Pozo, J., "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En: *Anuario de Derecho penal 97/98*, p. 252 –a quien cita como fuente y que, por el contrario, sostiene que la exigencia de que la intimación sea personal "no supone necesariamente que se haga oralmente y en presencia del condenado). No obstante, somos de distinta opinión por considerar que constituiría una práctica, aunque plausible, poco dinámica.

elementos de referencia los criterios de prevención que son propios de la reserva del fallo condenatorio.

Finalmente, la medida más intensa es la revocatoria del régimen de prueba. 7
Esto supone que una vez dispuesta la revocatoria, corresponderá que el juez convoque al agente a fin de que se dé lectura al fallo condenatorio. De producirse la revocatoria de la reserva del fallo condenatorio, no corresponderá la suspensión de la ejecución de la pena.

III. Bibliografía

ALPACA PÉREZ, Alfredo, "Apreciaciones sobre la reserva del fallo condenatorio como mecanismo alternativo a la pena privativa de libertad en el Código Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 34, Gaceta Jurídica, Lima, 2012; HURTADO POZO, José, "Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo". En: *Anuario de Derecho penal 97/98,* Lima, 1998; PÉREZ LÓPEZ, Jorge, "La reserva del fallo condenatorio: Especial consideración a las modificaciones realizadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 53, Gaceta Jurídica, Lima, 2013. 8

§ 66
Revocatoria del régimen de prueba

James Reátegui Sánchez
Academia de la Magistratura
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Comentario	1	279

§ 66.- Revocación del régimen de prueba

"El régimen de prueba podrá ser revocado cuando el agente cometa un nuevo delito doloso por el cual sea condenado a pena privativa de libertad superior a tres años.

La revocación será obligatoria cuando la pena señalada para el delito cometido exceda de este límite. La revocación determina la aplicación de la pena que corresponde al delito, si no hubiera tenido lugar el régimen de prueba".

I. Comentario

Esta norma regula una causal específica de revocación del régimen de prueba, no sujeta quizá a determinados incumplimientos estrictamente a las reglas de conducta, sino está sujeta a que durante la vigencia del periodo de prueba el condenado-beneficiado cometa un nuevo delito doloso por el cual sea condenado a pena privativa de libertad superior a 3 años. Así, por ejemplo, se ha condenado por delito de violación de la correspondencia en la cual se le impone reserva del fallo y durante el transcurso del régimen de prueba comete luego una estafa; como se sabe, se trata de un nuevo delito y es de comisión dolosa, y la condición necesaria es que exista ya una sentencia condenatoria en contra del sujeto, que es el mismo beneficiario de la reserva del fallo. 1

Ahora bien, el efecto más riguroso del incumplimiento de las reglas de conducta es revocar el régimen de prueba para seguidamente ejecutar la pena, la cual no necesariamente es privativa de libertad, ya que puede ser también una multa o una pena limitativa de derechos, como es el caso de la prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres o la inhabilitación, que por supuesto debe haber sido previamente establecida en la parte considerativa de la sentencia. 2

3 En todo caso, la revocación será obligatoria cuando la pena señalada para el delito cometido exceda de este límite. La revocación determina la aplicación de la pena que corresponde al delito si no hubiera tenido lugar el régimen de prueba.

§ 66
Revocación del régimen de prueba

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO(*)
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Supuesto de revocación potestativa	1	281
II. Bibliografía	3	282

§ 66.- Revocación del régimen de prueba

"El régimen de prueba podrá ser revocado cuando el agente cometa un nuevo delito doloso por el cual sea condenado a pena privativa de libertad superior a tres años.

La revocación será obligatoria cuando la pena señalada para el delito cometido exceda de este límite. La revocación determina la aplicación de la pena que corresponde al delito, si no hubiera tenido lugar el régimen de prueba".

I. Supuesto de revocación potestativa

El artículo 66 del CP regula la revocación del régimen de prueba, efecto que se produce ante la comisión de un nuevo delito doloso por parte del agente. Como se va reconociendo de la literalidad del precepto, no es posible la revocación del régimen de prueba por la comisión de un delito de tipo culposo. 1

Ahora, la estructura del artículo 66 del CP permite distinguir entre dos supuestos de revocación: la potestativa o facultativa y la obligatoria. La distinción entre uno y otro depende de si estamos frente a la condena impuesta (revocación facultativa) o si estamos ante un supuesto de pena abstracta (revocación obligatoria). Esta opción legislativa (de diferenciación) es considerada por PRADO SALDARRIAGA(1) como desacertada, pues la referencia a la pena conminada podría llevar a soluciones insatisfactorias (en casos en donde, pese a la gravedad de la pena conminada, concurran atenuantes que reduzcan el marco de pena concreta aplicable). 2

(*) Abogado. Director de Caro & Asociados. Profesor de Derecho Procesal Penal de la Academia de la Magistratura

(1) PRADO SALDARRIAGA, V., *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, p. 204.

II. Bibliografía

PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia,* Palestra, Lima, 1999.

§ 67
Extinción del régimen de prueba

Luis Miguel Reyna Alfaro(*)
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Comentario.....	1	283

§ 67.- Efectos del régimen de prueba

"Si el régimen de prueba no fuera revocado será considerado extinguido al cumplirse el plazo fijado y el juzgamiento como no efectuado".

I. Comentario

Este dispositivo cierra la regulación de la reserva del fallo condenatorio, 1
estableciendo los efectos del vencimiento del plazo del régimen de prueba en caso no se haya producido la revocatoria del régimen de prueba.

Ciertamente resultará irrelevante si el agente cumplió o no con las reglas 2
de conducta, lo trascendente es el cumplimiento del plazo fijado del régimen de prueba. Esto supone que el juez, más que detenerse en el análisis de si el agente cumplió pulcramente las reglas de conducta, deberá enfocarse en el cálculo del vencimiento del plazo de régimen de prueba previsto.

Superado el plazo de régimen de prueba, se considerará el juzgamiento 3
como no efectuado, lo que determina –como consecuencia lógica– que no podría generar antecedentes penales.

(*) Abogado. Director de Caro & Asociados. Profesor de Derecho Procesal Penal de la Academia de la Magistratura.

CAPÍTULO VI

EXENCIÓN DE PENA

§ 68
Exención de la pena

Luis Miguel Mayhua Quispe
Universidad Peruana los Andes
(Perú)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Cuestiones previas	1	287	V.	Lista de delitos en los que se puede aplicar exención de pena en el Código Penal peruano	28	303
II.	Naturaleza jurídica de la exención de la pena	3	289	VI.	Bibliografía	91	307
III.	Requisitos de la exención de la pena	9	292				
IV.	Reparación civil en exención de pena	25	303				

§ 68.- Exención de pena

"El juez puede eximir de sanción en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa si la responsabilidad del agente fuere mínima"[1].

I. Cuestiones previas

El artículo 68 del Código Penal, ha sido incorporado en el Código Penal 1
de 1991, claramente se precisan sus fundamentos de inclusión en la Exposición de Motivos que señala: "Se trata de otro recurso del Proyecto para evitar se ejecute la pena privativa de libertad de corta duración. La exención de pena procede en los casos en que la sanción privativa de libertad señalada para el delito no sea mayor de 2 años, así como también cuando la pena es limitativa de derechos o multa, todo a condición que la responsabilidad del agente sea mínima (Art. 68). La Comisión Revisora advierte que la exención de pena mantiene resabios de la composición (acuerdo entre las partes), instituto que

(1) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29407, publicada el 18 de septiembre de 2009 (Ley que modifica e incorpora artículos al Código Penal e incorpora un párrafo al artículo 1 de la Ley N° 28122, en materia de delitos contra el patrimonio y reincidencia), el texto anterior indicaba que: "Artículo 68.- El Juez podrá eximir de sanción, en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa, si la responsabilidad del agente fuere mínima" no identificamos alguna modificación importante en relación al texto anterior con el texto vigente a la fecha.

cristalizó elementales anhelos de justicia y fue socialmente eficaz en la medida en que superó la venganza privada"[2].

2 La fuente legislativa más cercana que influyó en la exención de pena tiene su arraigo en el Código Penal portugués de 1982[3]. Queda claro que la idea del legislador penal peruano, en relación a la exención de la pena, es de dotar al juzgador[4] de la posibilidad de eximir de pena, bajo la condición de que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de 2 años; con pena limitativa de derechos o con multa (pena conminada) y la condición de que el hecho realizado por el autor debe ser considerado como un acto de responsabilidad mínima (examen de reproche penal)[5], es decir, bajo los alcances de la norma en comento, es posible que el juez perdone la reprensión penal. En suma, como veremos más adelante, el legislador ha indicado que este instituto del Derecho penal puede ser activado judicialmente si se cumple con dos características que analizaremos líneas adelante.

(2) Extracto penitente de la exposición de motivos del Código Penal peruano.

(3) Hurtado Pozo, J. / Prado Saldarriaga, V., *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo II, p. 371: "El Código regula la exención de pena en el artículo 68. Este es el único dispositivo tuvo por fuente legislativa extranjera al art 75, inc. I del CP portugués de 1982. Su incorporación en el proceso de reforma tuvo lugar a través del Proyecto de Código Penal de setiembre de 1989 (Art. 71)".

(4) García Cavero, P., *Derecho penal. Parte general*, p. 892: "La exención de pena se encuentra regulado en el artículo 68 del CP, en donde se le otorga al juez la facultad de eximir de pena cuando la responsabilidad del agente fuese mínima en un delito previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa. Dado que se trata de una facultad otorgado al juez, algunos califican a la exención de pena como un perdón judicial".

(5) En nuestra legislación también se presenta similitud con la alemana; ver con detalles: Jescheck, H. / Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 1286. En los demás aspectos, la aplicación de la disposición no se encuentra limitada; de ahí que la dispensa de la pena sea también posible en un delito de homicidio doloso (*vide BGH* 27,298), así como en relación con el § 315c I núm. 1a (OLG Celle *NStZ* 1989, 385 [386]). Las "graves consecuencias" deben haber alcanzado el autor mismo; cuando, sin embargo, este las ha provocado conscientemente (por ejemplo, en una mutilación para liberarse del servicio militar del § 109); entonces, no pueden alegarse en su beneficio en el marco del § 60, pues en relación con la lesión de otros intereses el autoperjuicio calculado no reduce sustancialmente las necesidades de prevención. Por el contrario, consecuencias del hecho similares a la pena como, verbigracia, la pérdida del puesto de trabajo o la ruptura del matrimonio están comprendidas por el tenor literal y el sentido del § 60 en la medida en que se trate de consecuencias del hecho mismo (y no del proceso penal). Las graves consecuencias del delito pueden residir también en la desesperación o las importantes lesiones de una persona cercana; "No obstante, aquí también hay que acoger los supuestos en los que el autor mismo ha lesionado o matado a un pariente de forma dolosa y culpable". También deben quedar fuera de consideración las consecuencias psíquicas "normales" de un delito tales como la conmoción o los autoreproches, a no ser que posean el valor de una enfermedad.

II. Naturaleza jurídica de la exención de la pena

Siendo así, la aplicación del artículo 68 del CP responde a una cantidad 3
significativa de delitos[6] en las que el juez penal[7] se encuentre con casos en los que se evidenciaría la culpabilidad del autor o partícipe de un hecho delictivo, pero tenga la posibilidad de eximir la consecuencia jurídica de la pena.

La exención de pena quiebra el trabajo cotidiano judicial, puesto que la 4
regla general, bajo los albores de legalidad penal, es que si se verifica la culpabilidad del autor, corresponde la imposición de la pena penal, la regla es que a la culpabilidad le sigue el reproche penal[8] (bajo los estándares de retribución penal), pues no habría sentido social en que el legislador eleve a la categoría de delito una conducta y dicha conducta no tenga como respuesta la pena estatal. Es decir, la regla general es entender la relación entre culpabilidad y prevención, el Estado selecciona las conductas para admitir el castigo, de modo que en estos casos se entiende que hay necesidad de castigar. En resumen, cuando el Estado señala el catálogo de delitos y sus consecuencias jurídicas, se presupone que dichas conductas son las que merecen castigar, en ese sentido, desde el punto de vista prescriptivo, el grado de utilidad de la pena ya lo fijó el legislador al momento de establecer la consecuencia jurídica. Ergo, bajo estos parámetros parece contraproducente pensar que el legislador permita excepciones al binomio culpabilidad y pena[9]. Sin embargo, dentro de

(6) Vamos a detallar más adelante la lista de delitos que pueden aplicar exención de pena.

(7) "Artículo 16.- Potestad jurisdiccional. La potestad jurisdiccional del Estado en materia penal se ejerce por: **1. La Sala Penal de la Corte Suprema. 2. Las Salas Penales de las Cortes Superiores. 3. Los Juzgados Penales, constituidos en órganos colegiados o unipersonales, según la competencia que le asigna la Ley**".

(8) Algunas consideraciones de la resistencia a las medidas de eliminación de pena lo ubicamos en ZYSMAN QUIRÓS, D., *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, pp. 316-317. Mientras los países europeos del *common law* han venido caracterizándose por conceder a los jueces un amplio margen de autonomía, que integra la idea de imparcialidad de la magistratura, el Derecho continental se encuentra más asociado a la tradición legalista del Código Napoleón de 1810 y, por ende, a las restricciones legislativas mediante penas máximas y mínimas. Como hemos visto, y aunque en términos generales esto es muy discutible, muchas veces a lo largo de la historia la flexibilidad es evocada como garantía de menor severidad.

(9) "Existe otra forma de entender la relación entre culpabilidad y prevención desde el punto de vista prescriptivo que, se podría decir, es neutral frente a los motivos. Esta culpabilidad está más relacionada con la idea clásica de imputación del ilícito. Esta postura podría resumirse de esta manera. Los casos que el sistema normalmente selecciona para admitir el castigo (los casos en que existe culpabilidad) son aquellos en los cuales es necesario castigar. Con otras palabras, solo se castiga a los culpables, porque solo el castigo sobre ellos puede tener algún grado de utilidad. No tiene sentido castigar a los inocentes, porque estos no son motivables por la norma o porque no la cuestionan". MILTON PERALTA, J., *Motivos reprochables una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el derecho penal liberal*, pp. 91-92.

la naturaleza jurídica de la exención de la pena, este trabajo judicial de determinación e individualización de pena se suspende[10], en la medida que el juez se encuentre ante la posibilidad de la aplicación de la exención de pena. En términos concretos la exención de pena se debe entender como la emisión de una sentencia sin pena, la declaración de culpabilidad pero en la que el juez renuncia en nombre del Estado a sancionar el delito cometido; pero esta no debe ser entendida como un acto de gracia judicial, sino de un acto judicial mediante el cual el juez justifique la no imposición de consecuencia jurídica[11], por lo que la propia norma coloca requisitos.

Podríamos afirmar que la exención de pena responde a un sistema de democratización del Derecho penal[12], en la medida que el sistema penal es

(10) Jescheck, H. / Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 1285. Con el instituto jurídico de la dispensa de la pena se rompe la vinculación entre la comisión de un delito y el castigo del autor; el principio *nulla poena sine culpa* no admite inversión. A primera vista ello parece paradójico: si las normas penales han sido creadas porque el comportamiento antisocial en ellas descrito está necesitado de pena, en realidad su castigo no debería omitirse si se comprueba la existencia de un comportamiento culpable. Sin embargo, se han formulado objeciones de dos clases distintas: por un lado, en el caso concreto el injusto típico puede situarse por debajo de la "medida normal"; por otro, también la ejecución del proceso penal y la declaración formal de culpabilidad suponen una palpable reacción del Estado frente al hecho; aun cuando se le dispense de la pena, al autor "le ha sucedido algo". Por ello, en un sistema de sanciones diferenciador la dispensa de la pena ha encontrado un espacio completamente razonable; marca el límite inferior de la actividad sancionadora en los casos en los que el injusto o la culpabilidad aparecen fuertemente reducidos o en los que, por razones especiales, falta la necesidad de una sanción para el rechazo simbólico de la infracción de la norma o para influir sobre la persona del autor.

(11) Posición de no reproche ante acto de culpabilidad, por análisis de merecimiento de pena lo encontramos en: Fernández Carrasquilla, J., *Derecho penal. Parte general, Principios y categorías dogmáticas*, p. 383.

(12) En los hechos, nuestro Derecho penal suele ser excluyente de los derechos y beneficios de la ciudadanía a aquellos contra quienes ejerce su poder. Esta situación tiene su ilustración más vivida en nuestro uso del encarcelamiento, sobre todo (pero no solo) en los regímenes dramáticamente opresivos y deshumanizadores de las prisiones supermax (de supermáxima seguridad) (véase, recientemente, Butler, 2012): en ellas el preso queda, tanto en lo material como en lo simbólico, excluido de la participación en la vida y las relaciones cívicas corrientes. Esto adquiere fuerza retórica en el infame lema "tres *strikes* y estás *out*": estás "fuera" de la sociedad civil, excluido de ella. Pero esta situación puede continuar aun después de que formalmente el castigo haya llegado a su fin: una persona que ha cumplido su pena de cárcel (un "ex convicto", en el curioso léxico que discutiré más adelante) quizá compruebe que todavía está excluida de aspectos de la sociedad civil tan vitales como la vivienda pública, el bienestar social o la educación, muchos tipos de empleo y hasta el derecho al voto (Chin, 2012; Hoskins, 2014). La exclusión también es evidente en la retórica política del Derecho penal: el castigo penal es algo que "nosotros", los ciudadanos cumplidores con la ley, les imponemos a "ellos", los otros peligrosos de quienes debemos estar protegidos; o visto desde el otro lado, se recibe como algo que "ellos", los poderosos, nos infligen a "nosotros", los desfavorecidos. Por eso el lenguaje –bien conocido a esta altura: "guerra" contra las drogas, el terrorismo o el delito– es a la vez revelador y alarmante. Aquellos contra quienes se libra una guerra no son (o han dejado de ser), justamente, nuestros conciudadanos; son enemigos,

una forma de reacción estatal solo para que desde el punto de vista del contexto dado haya la necesidad de reacción estatal. No toda persona merece ser privada de su libertad por haber realizado una conducta; típica antijurídica y culpable.

La academia local y puntualmente HURTADO POZO, señala que la denominación de exención de pena no es la más correcta, ya que bajo esos términos se pueden ubicar otros institutos del Derecho penal premial[13]; en esa línea de discusión consideramos que lo mas óptimo, a fin de no involucrar con situaciones similares –como, por ejemplo, el principio de oportunidad, colaboración eficaz, etc.–, se debería de *lege ferenda* precisar que la regla jurídica establecida en el artículo 68 del CP se denomine como *perdón judicial o dispensa de pena,* como se hace en el CP alemán[14] y el CP español.

Debe comprenderse entonces que la exención de la pena o perdón judicial 6
o dispensa solo se aplica por parte del juez. Esta característica excluye el aparejar a la exención de la pena a otras formas de Derecho penal premial o formas de conclusión anticipada del proceso penal, vale decir, que la exención penal dista formal y sustantivamente con los alcances del principio de oportunidad, terminación anticipada. El principio de oportunidad, tal como lo dispone el artículo 2 del Código Procesal Penal peruano, tiene como función básica que el Ministerio Público de oficio o a pedido del imputado, se *abstenga de ejercitar la acción penal,* es decir, que el principio de oportunidad tiene como fundamento que el fiscal decline el ejercicio del derecho de acción penal público y que dicho objetivo no tiene relación con el fin de la exención de pena. Por otro lado, la terminación anticipada del proceso penal tampoco comparte los mismos fines de la exención de la pena, la terminación anticipada está regulada en el artículo 468 del Código Procesal Penal y su función es reducir el proceso penal. El fiscal, el imputado y la víctima llegan a fijar los términos de una sentencia anticipada y lo someten a la verificación de legalidad por parte del juez y si este considera que la calificación jurídica del hecho punible y la

algo ajeno a nosotros. En DUFF, A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, p. 25.

(13) HURTADO POZO, J. / PRADO SALDARRIAGA, V., *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo II. *Op. Cit.*, p. 371.

(14) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 1286. De acuerdo con el § 60, el tribunal dispensa de la pena si el hecho ha compartido ya consecuencias tan graves para el autor que la imposición de aquella sería "manifiestamente adecuada". Ver con detalles lo que señala el § 60 del CP alemán: "Exclusión de pena. El tribunal puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho en una pena privativa de la libertad superior a un año".

pena a imponer, de conformidad con lo acordado, son razonables y obran elementos de convicción suficientes, emite sentencia incluyendo la pena concreta (que puede ser efectiva o suspendida), en las reglas de la terminación anticipada no hay posibilidad de perdón de la pena.

7 En la discusión dentro del Derecho penal tributario peruano, la Corte Suprema ha emitido el Acuerdo Plenario N° 2-2009/CJ-116, en el que se señala puntualmente una excusa absolutoria. La Sunat se perjudica con las acciones de ilícitos penales tributarios y si el agente o deudor tributario paga la totalidad de la deuda o repara el daño causado por la acción ilícita penal tributaria, el Ministerio Público y/o el juez penal deben abstenerse de proseguir el proceso penal en la etapa en la que se verifica la reparación del daño o el pago de la deuda tributaria[15]. Aquí nos encontramos ante efectos de no imposición de pena, pero que la causa de la no imposición de pena se realiza por la falta de legitimidad de la persecución penal.

8 En suma, la exención es una facultad judicial que solo se puede activar en la etapa de juicio oral, es decir, en la etapa decisoria, luego de realizado el acto oral[16]; de modo que, en ningún caso, podemos afirmar que hay exención de pena en el sentido del artículo 68 del CP cuando el perdón judicial no atenido lugar en esta etapa procesal[17]; esto establece la diferencia del artículo 68 frente a las demás instituciones procesales o sustantivas.

III. Requisitos de la exención de la pena

9 Señala la norma penal en comento que: "El juez podrá eximir de sanción, en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de

(15) Ver con más detalles en Castillo Alva, J., *Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y de ejecución penal*, p. 456: "En tanto se trata de una causa material de exclusión de punibilidad *ex post factum* sus efectos liberatorios de la sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito –autores y partícipes–. Destaca la perspectiva objetiva de la regularización tributaria, esto es, el ámbito de aplicación, los requisitos y los efectos de la regularización, como resulta evidente, se refieren al hecho o injusto culpable, no al autor. Tal consideración es, por cierto, compatible con el propio tenor literal del artículo 189 CT, que a final de cuenta impide toda posibilidad de someter a proceso penal por los hechos punible objeto de regularización".

(16) Ver con detalles en Caro John, J., *Summa penal. Toda la jurisprudencia vinculante, relevante y actual en un solo volumen*, p. 216.

(17) Esta posición la asume toda la doctrina peruana, Cfr. Urquizo Olaechea, J., *Código Penal práctico.* Tomo I, p. 276; también: Reyna Alfaro, L., *Introducción a la teoría del delito y las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 397-398. En igual sentido: Roy Freyre, L., *Causas de extinción de la acción de la pena*, pp. 235-236.

libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa, si la responsabilidad del agente fuere mínima".

En buena cuenta, como ya lo dijimos *supra,* para que el juez pueda eximir 10
de sanción penal, debe examinar exhaustivamente el cumplimiento de los dos presupuestos que la propia norma establece, los cuales son:

a) *Carácter punitivo*, es decir que la culpabilidad del autor o partícipe ostente 11
como consecuencia jurídica, *una pena privativa de libertad no mayor de 2 años*, que la pena solo se refiera a penas *limitativas de derecho*[18] o que contenga como consecuencia exclusivamente el *pago de multa*[19]. En este primer punto el trabajo judicial se reduce a verificar el dato de la consecuencia jurídica[20], que si no se supera esta cantidad o tipo de pena, de plano el juez se encuentra inhabilitado de pasar a la evaluación de siguiente requisito.

b) *Carácter valorativo*, es decir, examinar la *mínima responsabilidad del autor* 12
o partícipe del delito, bajo esta perspectiva, le queda al juez analizar el grado de culpabilidad del agente.

Siendo esto así, queda por resolver *prima facie* si la determinación de la 13
aplicación de la exención de pena corresponde a un ítem de la determinación judicial de la pena, o dicha labor es previa, o tiene otros lineamientos. Según la ubicación del artículo 68 dentro del CP –lo encontramos en el *capítulo VI, del Título III De las penas*– no se dispone dentro de este título un procedimiento especial para poder justificar dicho perdón judicial, de lo que se entiende que la labor de determinación de exención de pena posee sus propias reglas; en esa medida las reglas de determinación e individualización de la pena que se incluyen en el artículo 45-A y ss. del CP no aplica para justificar el perdón

(18) "Artículo 31. - Las penas limitativas de derechos son:
1. Prestación de servicios a la comunidad;
2. Limitación de días libres; e
3. Inhabilitación".

(19) "Artículo 41. - La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza".

(20) En ese sentido, si no se cumple esta condición queda excluida la exención de pena; JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op, Cit.*, p. 1288: "Queda excluida siempre una renuncia a la pena si para el delito estuviera prevista una pena de prisión de más de un año. Así pues, antes de poder decidir acerca de la dispensa de la pena debe ser fijado un marco punitivo hipotético. Además, las consecuencias que del delito se derivan para el autor ya han de tenerse en cuenta con efectos atenuantes; la prohibición de la doble valoración del § 50 (*vide infra* § 83 VII) no interviene aquí (*BGH* 27, 298 [299 ss.])".

judicial de la pena; por cuanto las reglas referidas en el artículo 45-A y ss. tienen como objetivo determinar la pena concreta y, como se advierte en el caso de exención de pena, por el contrario, se trata de evitar la fijación de pena[21]. En ese orden de ideas, el trabajo de perdón judicial corresponde a una etapa previa a la determinación judicial de pena[22], recordando que esta última tiene como objetivo principal fijar la pena concreta bajo la teoría de pena retributiva[23], la pena puntual bajo los sistemas de tercios que fija el legislador, es decir, la ubicación de la pena exacta dentro de los parámetros y las reglas del artículo 45 y ss. del CP.

14 Antes de entrar en detalles sobre los límites de la aplicación de la exención de pena, recordemos que ya desde la Exposición de Motivos de la regla de exención de pena el legislador estableció como regla el *evitar que se ejecute la pena privativa de libertad de corta duración*, y evitar la sobrepoblación en las cárceles[24]; del mismo modo, el núcleo central es que haya composición de la defraudación a la norma[25].

(21) "Ley exige del Tribunal una decisión en el sentido de 'todo o nada', puesto que solo se plantea una dispensa total de la pena y no la pena: solo si 'manifiestamente' ninguno de ellos hace necesario el castigo del autor hay (obligatoriamente) que dispensar a éste de la pena. El resultado convence inmediatamente pues una pena 'manifiestamente inadecuada' se muestra como un sufrimiento sin sentido e, incluso atentaría contra el art. 2 I GG; sin embargo, es difícil la subsunción de un supuesto de hecho bajo la consideración del 'microcosmos de los fines de la pena'. Dado que realmente las graves repercusiones del hecho bastan generalmente para la compensación de la culpabilidad y para la intimidación del autor frente a futuros delitos, la necesidad no obstante de imponer un castigo sólo puede ser fundamentada a través de consideraciones propias de la prevención general en el sentido de la 'defensa del ordenamiento jurídico' (OLG Karlsruhe NJW 1974, 1006 [1007]). Estas podrían a veces hablar en contra de una dispensa de la pena si el autor ha perjudicado a terceros de forma considerablemente más grave que a sí mismo (*vide*, al respecto, OLG Celle *NJW* 1971, p. 575; OLG Frankfurt NJW 1971 p. 767)". En Jescheck, H. / Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op, Cit.*, p. 1287.

(22) Sobre el fundamento de la determinación judicial de la pena, se recomienda revisar puntualmente el trabajo de: Prado Saldarriaga, V., *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*, p. 195 ss.

(23) Con mucha propiedad sobre la retribución como presupuesto de la determinación de la pena ver en: Cancho Espinal, C., *El* quantum *del dolor de la pena e imputación penal*, Lima, 2018.

(24) Zysman Quirós, D., *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, p. 151: "El problema de la sobrepoblación carcelaria, ya evidente a mediados de la década de los ochenta, hizo necesario que una reforma penal de características como la apuntada contemplara especialmente el impacto que podrían tener las directrices en este aspecto. Recordemos que las Minessota Sentencing Guildelines se habían elaborado sobre proyecciones destinadas a arbitrar que en ningún caso se superase un 95 por 100 de la capacidad máxima de las prisiones existentes en ese Estado".

(25) Con detalle de como el Derecho penal premial no afecta la prevención general, por el contrario, es un sistema que coadyuva al control social. En Perdomo Torres, J., *Los principios de legalidad y oportunidad*, p. 107 ss.

Conviene en ese estado de cosas, entonces, postular cuáles son los parámetros que el juez debe aplicar para la determinación de la exención de la pena. Alguna parte de la doctrina[26] sostiene que los límites los encontramos dentro de la prevención especial de la pena, de oportunidad, de merecimiento de pena[27] y de falta de necesidad de pena. Veamos si el fundamento de la exención de pena se limita sobre la base de estos lineamientos. 15

En primer lugar, razonemos si el límite para aplicar la exención de la pena lo encontramos en la teoría de prevención especial de la pena, en el sentido de 16

(26) Específicamente lo señal: Bramont Arias, L., *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*, p. 499: "La exención de pena resulta de consideraciones de prevención especial, de oportunidad, de merecimiento de pena y de falta de necesidad de pena. Prevención especial, porque se trata de imputados que no requieren de reeducación ni de readaptación a la vida social. Oportunidad, porque la afectación grave, el Ministerio Público puede abstenerse de ejercitar la acción penal correspondiente. Falta de merecimiento de pena, porque se trata de casos en los que la dispensa de pena está justificada, dada de la poca importancia del delito y la culpabilidad. Falta de necesidad de pena, porque el reo se ha castigado asimismo con las graves consecuencias de su delito que le ha alcanzado".

(27) Una exposición de los alcances de merecimiento, lo ubicamos en Robinson, P., "Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida, pp. 46-47. "Merecimiento deontológico y merecimiento empírico. Ya se ha mostrado que el merecimiento puede entrar en conflicto con la disuasión, la capacitación y la rehabilitación. Un principio de merecimiento insistiría en doctrinas exculpatorias como el trastorno mental y el requisito de una conducta voluntaria, doctrinas que absuelven a los autores no culpables, aunque puedan ser peligrosos y aun cuando su castigo pueda cumplir una función de disuasión general. Un ejemplo inverso se encuentra en la admisión por el Model Penal Code de la exención de responsabilidad por tratarse de una tentativa inherentemente improbable, caso en el que se absuelve a los acusados por falta de peligrosidad aun cuando puedan ser moralmente culpables. Evidentemente, la mayor fuente de conflicto entre el merecimiento deontológico, por un lado y los principios distributivos instrumentalistas basados en la prevención del delito, por otro lado, surge por su obvia diferencia de enfoque. Los principios distributivos instrumentalistas están calculados para reducir eficientemente la delincuencia futura. El merecimiento deontológico no tiene ningún interés ni en reducir el delito ni en hacerlo de manera eficiente; lo único que le preocupa es imponer la sanción merecida por imponer una pena sin efecto preventivo o que cuesta más que el delito que prevendría. Por el contrario, como se explica en los capítulos VII y VIII, el merecimiento empírico no comparte el conflicto fundamental del merecimiento deontológico con estos principios distributivos instrumentalistas. Sus reglas distributivas son fundamentalmente coherentes con las finalidades de prevención instrumental del delito. Al seguir los puntos de vista sobre la justicia de la comunidad, cimienta la credibilidad moral del sistema de justicia penal, lo que permite a éste aprovechar la capacidad de prevenir delitos de la influencia social y normativa. Como se ha visto, sin embargo, aunque el merecimiento empírico es de naturaleza instrumental, al centrarse en la culpabilidad del delincuente entra en conflicto con otros principios instrumentalistas tradicionales que no lo hacen. El merecimiento deontológico y el empírico también entran en conflicto entre sí allí donde la filosofía moral produce principios distributivos que colisionan con las intuiciones legas acerca de la justicia, como ocurre por ejemplo en el contexto de la relevancia dada al daño ocurrido, según se apuntó previamente. Los filósofos morales están bastante divididos sobre la cuestión de si el daño ocurrido agrava la culpabilidad, pero las opiniones legas apoyan tal relevancia de forma casi universal. El primer principio busca reglas que hagan justicia; el segundo solo busca reglas que hagan aquello que se percibe como justo".

que la atención de la finalidad[28] de que la pena se impone a una persona y que esta pena debe cumplir la misión de evitar la reincidencia o, en su expresión más dura de prevención especial la pena sería un método de inocuización del penado; en general, las teorías de prevención especial buscan dar contenido de utilidad de pena a fines de ejecución de pena. En este punto, mantenemos nuestra discrepancia, pues la teoría de la prevención especial, sea positiva o negativa, tiene como objetivo principal estar dirigida hacia la persona que está sometida a un tratamiento penitenciario, la prevención especial tiene como posición evitar que el delincuente reincida en la comisión de un nuevo delito[29], y esto se logra bajo las expectativas de resocialización. Del mismo modo, se ensaya que la exención de pena tiene realización directa con los alcances de las funciones constitucionales de la pena, señalando que la exención de la pena tiene relación directa en lo indicado por el artículo IX del Título Preliminar del CP[30], que puntualiza que: "La pena tiene función preventiva, protectora y

(28) "Una primera aclaración deberá hacerse en cuanto al término 'pena'. Obviamente, el término 'pena', en lo semántico, solamente puede significar un 'sufrimiento' por parte de quien se viere afectado por ella; es decir, una 'lesión de intereses de una persona por una conducta desaprobada, y que es impuesta por una instancia facultada para hacerlo'. Pero también la pena puede ser entendida como 'retribución', es decir, como 'castigo', 'respuesta', etc., que recibe el sujeto por algo grave que ha cometido violando la ley penal; esto ocurre en la comunicación cotidiana donde la pregunta que se hace sobre quién ha sido condenado (o incluso tan solo detenido) es el 'porque' (razón, sentido, motivo) y no el 'para que' (finalidad), cuestión esta última que más bien suele estar prevista expresamente en la ley y enfatizada por los tribunales. Es decir, en la 'pena' conjugarían, en realidad, tres cuestiones: 'la esencia' (qué es la pena), la 'justificación' de la pena (por qué motivo se impone) y la 'finalidad' de la pena (para qué impone). A partir de esta comprobación, en la doctrina se clara que la discusión no debería tener que ver con este sentido cotidiano y semántico de la 'pena', sino con la 'legitimación' de la pena, o sea del papel que la 'pena' (conceptualmente retributiva) jugaría en el orden jurídico- estatal y en el funcionamiento de la administración de justicia. Para esto se necesita una 'argumentación normativa', sobre la legitimación de la pena impuesta por el Estado, que es lo que se expondrá más adelante". En ABANTO VÁSQUEZ, M., *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*, pp. 90-93.

(29) "Teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (cfr. *supra* § 2), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución". ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 85 ss.

(30) A diferencias de otras legislaciones: ver como detalles en ZULGADÍA ESPINAR, J., *La legitimación del Derecho penal. Las teorías de la pena y otros problemas del Derecho penal. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de Derecho penal*, p. 20. "El Código Penal vigente no responde a ningún modelo de teoría de la pena. Esta actitud del legislador aparentemente podría considerarse un acierto ya que no cerraría una discusión absolutamente abierta y viva en la dogmática. Pero en realidad constituye un grave error desde el momento en que deja sin resolver cuestiones prácticas trascendentales en este ámbito de trascendencia incluso constitucional. Por ejemplo, se renuncia a

resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación"; en ese sentido, se remite al artículo 139 de la Constitución Política del Estado, que señala los principios y derechos de la función jurisdiccional y en relación de la pena: "22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad". Como se advierte, la CPE fija los fines de la ampliación de la pena; y la exención de pena tiene como premisa la no aplicación de la pena. En consecuencia, la teoría de prevención especial no cumple funciones de cara a la finalidad de perdón judicial(31), ya que la exención de pena otorga al juez la facultad de eximir de pena, es decir, que la finalidad es *no aplicar pena*, siendo ello así, dicho perdón judicial no puede ser limitado con base de prevención especial, porque el fundamento de prevención especial es la evitación de reincidencia del penado. La exención de la pena busca no aplicar consecuencia jurídica alguna a la conducta culpable. De manera puntual sostenemos que la teoría de prevención especial es teoría para justificar la imposición de la pena, pero no tiene fuerza explicativa para fundamentar la *no imposición de pena*. Las teorías de la pena(32) sirven para justificar la pena(33); sin embargo, estas teorías no pueden fundamentar la no imposición de la pena.

consagrar en la legislación ordinaria el principio constitucional de culpabilidad, debiéndose suplir esta omisión con una remisión directa a la Ce., ya que tanto el TC –Sentencia de 4 de julio de 1991, entre otras– como el TS –Sentencia de 6 de abril de 1990, TOL. 456.566, entre otras– han reconocido que "la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad, de manera que no sería legítimo un Derecho penal que no determine la pena en atención a la culpabilidad del autor en la comisión de los hechos".

(31) "La exención de pena se encuentra regulado en el artículo 68 del CP, en donde se le otorga al juez la facultad de eximir de pena cuando la responsabilidad del agente fuese mínima en un delito previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa". García Cavero, P., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 892. De igual forma, Jescheck, H. / Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op, Cit.*, p. 1287: "Ley exige del Tribunal una decisión en el sentido de 'todo o nada', puesto que solo se plantea una dispensa total de la pena y no la pena: solo si 'manifiestamente' ninguno de ellos hace necesario el castigo del autor hay (obligatoriamente) que dispensar a este de la pena".

(32) Más desarrollo en Helmut Frister, H., *Derecho penal. Parte general*, p. 58 ss.

(33) "La imposición de la pena resulta un complemento necesario para que el efecto preventivo de la amenaza de la misma surta plenos efectos, en tres sentidos distintos. Por un lado, la ejecución de la previa amenaza supone una confirmación del compromiso estatal asumido con anterioridad, teniendo en cuenta que estos deben ser respetados de manera absoluta si no se quiere perder irremediablemente la confianza en el Estado como garante. Por otro lado, la imposición del dolor penal es necesaria para que exista la disuasión a la que antes nos referíamos, ya que su funcionamiento precisa que los sujetos sepan que su conducta lleva aparejada un coste especialmente alto y no uno de magnitud pequeña (todo ello sumado a la idea, que ya hemos visto, de que por muy grande que sea la amenaza de imposición, el efecto preventivo desaparece). Y, en último lugar, para que la pena pueda desplegar su efecto de prevención general de mantenimiento de la cooperación, es decir, para que quede claro que las conductas desviadas siguen considerándose así y que deben seguir esperándose conductas no desviadas, se necesita una intervención estatal que vaya

17 Una inicial propuesta es ubicar en el principio de proporcionalidad de la pena el límite de la determinación de la exención de pena. No cabe duda de que una respuesta dogmática para interpretar los fundamentos de la exención de la pena, debe basarse en principios del Derecho penal. Recurrir al principio de proporcionalidad(34) es una propuesta de razonamiento jurídico(35) a partir de los estándares de un Derecho penal de corte liberal en un Estado democrático.

18 Antes de analizar el principio de proporcionalidad y sus ventajas para la aplicación de la exención de pena(36), debemos resaltar que dicho principio tiene su fuente original en la extensión del principio de culpabilidad. Desde el punto de vista funcional, el principio de culpabilidad debe ajustar las condiciones de necesidad, eficacia y proporcionalidad de la pena. La proporcionalidad de la pena es una distensión del desarrollo del principio de culpabilidad, de manera que funcionalmente tiene estrecha relación con el principio de culpabilidad. En ese entender consideramos que, para los fines de la exención de la pena la proporcionalidad debe concebirse como desarrollo del principio de culpabilidad(37). En consecuencia, la necesidad de pena tiene correlato con

más allá de las meras palabras. Las teorías preventivo-especiales son incapaces de explicar la complejidad de los efectos globales de la pena por centrarse exclusivamente en la tarea de eliminación o reducción de la reincidencia. Sin embargo, las estrategias de prevención especial también coadyuvan en la protección de bienes jurídicos, si bien de una manera colateral. Teniendo en cuenta esto, se puede aceptar que la prevención especial juegue un papel en el transcurso de la ejecución de la pena (siendo más bien una tarea de la política social estatal –sobre todo lo referente a la resocialización– que el propio Derecho penal), teniendo en cuenta además que las medidas que se tomen en esta fase tienen ya poca incidencia en el conjunto social y, por lo tanto, una incapacidad grande para restar en los efectos de prevención general social. La reducción del papel de la prevención especial en todo caso resulta compatible con la lectura que tanto la doctrina como el propio Tribunal Constitucional han hecho del art. 25.2 CE", en Rodríguez Horcajo, D., *Comportamiento humano y pena estatal disuasión cooperación y equidad*, pp. 312-313.

(34) Cfr. La propuesta en De La Mata Barranco, N., "La apuesta por un Derecho penal proporcionado". En: *Nueva Doctrina Penal*, 2008/A, p. 99 ss.

(35) "En el análisis dogmático del Derecho penal actual se hace en muchas ocasiones referencia a los principios. El principio de legalidad, el principio de utilidad de la intervención penal, el principio de subsidiariedad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de humanidad de las penas, el principio de proporcionalidad o el principio de resocialización, entre otros son profusamente estudiados y aplicados en el razonamiento jurídico por los penalistas". En Sánchez Martínez, O., *Los principios y la dogmática penal. Los principios en el Derecho y la dogmática penal*, p. 58.

(36) La contradicción del delito con la pena debe enmarcarse basado en el principio de proporcional. En Martínez Huamán, R., "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*, p. 633.

(37) Como mayor desarrollo ver: Luzón Peña, D., *Derecho penal. Parte general*, pp. 94-95: "**Principio de culpabilidad.** Contiene una doble limitación: que no hay pena sin culpabilidad, plena o normal o disminuida (que obviamente también reflejará al final en ambos casos la atribución o reprochabilidad individual por el mayor o menor grado de injusto típico realizado). En el aspecto funcional,

el principio de proporcionalidad[38], puesto que la verificación de exención de pena elimina la extensión de la pena, es decir, la no necesidad de la misma, por lo que resultaría desproporcionada una sanción que, estando en los límites de la exención de la pena, el juez no la aplica por puro capricho legalista.[39]

Mediante el principio de proporcionalidad se sostiene que debe haber 19
correspondencia sinalagmática entre la pena y la gravedad del injusto[40]. No

---

este principio está estrechamente conectado a los de necesidad, eficacia y proporcionalidad. Pues si un sujeto no es culpable al cometer un hecho, es innecesariamente la pena para la prevención general, ya que su impunidad no afecta a la intimidación frente a los sujetos normales, que saben que son culpables, y es comprendida por la sociedad; y, además, la prevención general es ineficaz frente a los inculpables. En caso de disminución de la culpabilidad disminuye correlativamente la necesidad y también la eficacia de la prevención general. Desde la perspectiva político-constitucional, si por culpabilidad se entiende la responsabilidad del sujeto como reverso de su libertad, como hace la concepción normativa de la culpabilidad (= reprochabilidad por el ilícito libremente realizado), dominante y perfectamente defendible desde la imagen o modelo constitucional (y social) de los hombres como seres libres y responsables, concepción que comparto, se puede fundamentar constitucionalmente el principio de culpabilidad en los valores superiores de la **libertad** y –nuevamente– de la **justicia** e **igualdad** (artículo 1.1 CE), en la "libertad del individuo" (art. 9.2 CE), y en el respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y, como consecuencia del reconocimiento del derecho fundamental a la libertad y a sus diversas manifestaciones (art. 17 CE) y de las demás libertades del Cap. II Tít. I CE. Para quienes no aceptan basar la culpabilidad en la libertad, el principio de culpabilidad también puede tener otra base constitucional, que para la concepción mayoritaria de la culpabilidad basada en la libertad también es compatible como fundamento adicional: la significación indicada de los principios conexos de necesidad, eficacia y proporcionalidad, y muy especialmente es una plasmación del principio de igualdad, que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inculpables o semiculpables, y por lo mismo, del principio de justicia (ambos en el artículo 1.1 CE)".

(38) YACOBUCCI, G., *El sentido de los principios penales*, pp. 715-716: "No hay pues sanción razonable sin ese requisito. Sin embargo, en este punto cabe analizar distintos aspectos que ya fueron puestos en evidencia en el mismo lugar, que hacen, por un lado, a la gravedad del injusto –antijuridicidad material– y, por el otro, a la necesidad misma de la pena y su extensión. En esos planos puede resultar desproporcionada una sanción que vaya más allá de las características del caso concreto o de la situación del condenado".

(39) "La exigencia de proporcionalidad no es solamente de orden jurídico, sino también requisito material de la prevención, pues solo penal proporcionadas a la gravedad de los delitos y a su valoración social están en condiciones de motivar a los ciudadanos al respecto a la norma. Por esta razón material fracasan sistemáticamente los recursos al 'terror penal', es decir, los intentos de evitar determinadas conductas incriminándolas como delitos –como el castigo general de la interrupción voluntaria del embarazo– o a través de la imposición de penal excesivamente graves a conductas que culturalmente se consideran delictivas, como ocurría en el derecho histórico cuando se aplicaba la pena capital hasta los hurtos menores o cuando, como hasta no hace mucho, se castigaban las conductas de inhabilitación con penas de cárcel o de inhabilitación totalmente desproporcionadas. En ambos supuestos, la prevención fracasa por falta de proporcionalidad del castigo que lleva a que, o bien los jueces no apliquen la Ley, o bien si la aplican efectivamente, los destinatarios de la norma consideren esa imposición de la pena como una lotería al revés", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros, *Curso de Derecho penal. Parte general*, pp. 74-75.

(40) "La representante más destacada de esta teoría es HORNLE en la doctrina alemana. En el punto central de su reflexión no está la persona que ha cometido el delito, sino la gravedad de sus hechos. La gravedad de los hechos tiene lugar de culpabilidad únicamente a partir del injusto, y tam-

sería óptimo que a un hecho de poca gravedad le corresponda una consecuencia de un hecho grave. Bajo este parámetro sostenemos que el principio de proporcionalidad tendría fuerza explicativa para fundamentar la exención de la pena. En ese sentido debe analizarse la gravedad interna del hecho, mediante el examen del desvalor del resultado y el desvalor de la acción. Es plausible valuar la importancia del bien jurídico lesionado con el injusto si estamos ante un delito pluriofensivo o uniofensivo, de otro lado, el grado o la intensidad del daño causado con el hecho y el contexto de la intensidad de la acción realizada por el autor. Del mismo modo debe explorar la gravedad externa, es decir, cómo es que el hecho ha causado alarma social, cómo es que la sociedad se afectó con la realización del hecho. En ese entender, el presupuesto indispensable de la pena es la culpabilidad[41], no hay legitimidad en una pena sin este presupuesto.

El principio de proporcionalidad, para aplicar el perdón judicial, dentro de las condiciones expuestas líneas arriba, no contradice la función preventiva general de la pena, ya que solo el análisis de la proporcionalidad de la pena de cara a la gravedad de los delitos, y su sometimiento de verificación social cumplirían la función de motivar el respeto a la norma; evitando en ese contexto ser un espacio de impunidad social.

bién de ser el caso aspectos de culpabilidad como elementos subjetivos que puedan aminorar la culpabilidad. Podemos graficar ello trayendo a nuestro sistema penal tipos privilegiados como el homicidio por emoción violenta (art. 109 del CP). Todos los aspectos no relacionados a las categorías de la estructura del delito, que corresponden a las circunstancias del autor, quedan fuera de lugar. En nuestro sistema de determinación judicial de la pena, que es básicamente regulado por los arts. 45-A y 46 del CP, por considerarse circunstancias de graduabilidad quedan al margen del injusto y culpabilidad, por lo que no tendrían importancia para establecer la pena, resultando siendo absurdo. Sin embargo, este punto de vista tiene la ventaja de que el *quantum* de la pena sea la concreción del desvalor de la acción y del desvalor del resultado que se concentra en atención a la víctima. Ello aparentemente proporciona seguridad y evita arbitrariedad por el rechazo en la determinación de la pena de elementos ajenos a la configuración del delito. Asimismo, otra ventaja muy importante frente a la antinomia entre prevención y culpabilidad es la orientación retrospectiva de la pena, y no prospectiva. Esto es bueno porque, en realidad, la pena se impone por el hecho pasado. La preocupación en el momento de individualizar la pena no será más sobre la influencia que pueda generar la pena en el propio autor o en terceros, sino más bien en buscar una pena adecuada a la gravedad de sus hechos", en CANCHO ESPINAL, C., *El* quantum *del dolor de la pena e imputación penal. Op. Cit.*, p. 66.

(41) Un Derecho penal configurado de este modo se orienta a la prevención y, en consecuencia, al futuro. Las preguntas que surgen entonces son: ¿qué tiene que ver todo esto con un Derecho penal de la culpabilidad, de la responsabilidad personal, que observa al pasado o, a lo sumo, a la historia del individuo en particular para promover se resocialización? ¿Es compatible un Derecho penal de la prevención con una expresión constitucional del Derecho penal? ¿Un Derecho penal "de la seguridad"?, en DONINI, M., "Principios constitucionales del sistema penal. Modelo y programa". En: *Derecho penal del Estado Social Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, p. 99.

Entonces la pregunta sería si el principio de proporcionalidad es regla para poder examinar el requisito de "responsabilidad del agente fuere mínima"; la respuesta es afirmativa, claro está, cuidando que dicha regla de proporcionalidad[42] no se confunda como los grados mínimos de injusto y culpabilidad, pues la consecuencia jurídica de los defectos de injusto o de culpabilidad se resuelve aplicando las reglas de la teoría del delito[43]. Por ello, cuando estamos ante una mínima culpabilidad, debe recurrirse a las consecuencias del defecto de dicha situación, es decir, declarar que el hecho no es culpable, y la consecuencia en puridad es declarar al hecho como un hecho no culpable, ya que existe vicio de atribución; del mismo modo si estamos frente a un hecho con defectos de injusto, la respuesta debe darse desde la consecuencia del mismo vicio. Solo es válido justificar la "responsabilidad del agente fuere mínima" en el examen entre culpabilidad y proporcionalidad de la pena (merecimiento de pena y eficacia de dicho aspecto en el contexto social). 21

Una consecuencia más de la exención de la pena, es que el favorecido con esta regla de perdón está exento de que dicha situación pueda generar antecedentes penales o judiciales. La condena en la que el juez opte por la figura de la exención de pena no debe ser inscrita en los registros de penas o condenas, por el contrario, esta sentencia no genera antecedentes de ninguna clase. 22

La sentencia más difundida en nuestro medio es la que se emitió en el Exp. N° 81-1995, evacuado por el Distrito Judicial de San Martín, el 20 de octubre de 1998, que en la parte pertinente señala: "que analizados debidamente los hechos y las pruebas se ha llegado a determinar que si bien el hecho ilícito juzgado así como la responsabilidad penal de la acusada están debidamente probadas, es conveniente tener en cuenta sin embargo qué hecho delictivo está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años; que siendo esto así y considerando además que la encausada ha devuelto en su integridad el dinero que le fuera sustraído y por otro lado ha sido suspendida por 23

(42) "En ese orden de ideas, por ejemplo, cambia el contenido conceptual del injusto, pues se niega operatividad al criterio meramente retributivo, para evaluar su contenido; cobra centralidad el principio de proporcionalidad, vinculado al principio de lesividad, y sus expresiones en los principios de insignificancia e inocuidad. En efecto, se trata de que los operadores penales, verifiquen la afectación significativa del bien jurídico, para evaluar la magnitud del injusto, para ello es central los hechos que configuran las circunstancias, pues sin estas, sería materialmente posible evaluar con materialidad la magnitud del injusto. Esto evitaría deslizarse por el fundamento imperativista, que sustenta la magnitud del injusto en meras infracciones de deber positivo o negativo, como fundamento preventivo". Mendoza Ayma, F., *Presupuesto acusatorio: determinación e individualización de la pena*, p. 99 ss.

(43) Esta conclusión también llega: García Cavero, P., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, 1ª edición, Lima, 2012; Cancho Espinal, C., *El quantum del dolor de la pena e imputación penal. Op. Cit.*, p. 66.

el lapso [de] ocho días sin goce de remuneraciones; en aplicación del artículo sesentiocho del Código Penal, es legal y justo considerar la dispensa de pena a favor de la acusada". Del texto se desprende que efectivamente el Tribunal ha llegado a determinar que el hecho ilícito juzgado, así como la responsabilidad penal de la acusada, están debidamente probadas; pero más adelante realiza (aunque no lo dice textualmente ni pormenorizada) una ponderación entre necesidad de pena y proporcionalidad, llegando al decretar la exención de pena, se verificaron y justificaron los datos de objetivos externos a la culpabilidad, y se llega a la conclusión de aplicar la exención de la pena. Afirmamos que esta sentencia ayuda a comprender, aunque de manera muy principista, los niveles de justificación de la exención de la pena.

24 Otra sentencia donde se puede notar un déficit de justificación sobre la exención de pena es la emitida por el Distrito Judicial de Junín, en el Exp. N° 187-94, evacuado el 20 de noviembre de 1995, que tiene como sumilla: *Procede eximir de pena al responsable del delito de violación de menor, el cual con el consentimiento de la madre de la víctima contrae matrimonio con ella.* El fundamento central de dicha resolución se enfoca en: "Que, concluidas las investigaciones pertinentes y realizado el juicio oral, se ha llegado a establecer; que el acusado AYP, desde el mes de julio de mil novecientos noventitrés hasta el dos de julio de mil novecientos noventicuatro, por reiteradas veces la hizo sufrir el acto sexual a la menor agraviada de trece años de edad de MCR, quien sometida al reconocimiento médico presentó 'desfloración antigua y gestación de doce semanas, aproximadamente', ilícito penal que se encuentra corroborado con la preventiva de la agraviada y declaración informativa de IRP, madre de aquella; que el acusado AYP en su manifestación policial, así como en su instructiva y durante el desarrollo del acto oral, con toda sinceridad, sintiéndose muy arrepentido se declaró convicto y confeso de la comisión del delito que se le incrimina, manifestando que lo hizo de buena fe con el propósito de contraer matrimonio y probablemente en la creencia de atenuar su manifiesta responsabilidad penal, adujo que ignoraba que tener relaciones sexuales con una menor de catorce años era delito; que en efecto, la aludida buena fe, se plasmó en realidad, pues, durante la prosecución de la instructiva, con expresa autorización de la madre de la agraviada, en vista [de] que esta se encontraba embarazada el nombrado acusado contrajo matrimonio civil con su ofendida de MCR". De la lectura de dicha resolución se devela que en este caso si no existe ninguna justificación en relación de la culpabilidad del autor y el merecimiento de pena, no existe ningún grado de examen de proporcionalidad de pena, por el contrario, esta resolución es el claro ejemplo de utilizar indebidamente la figura de la exención de pena, llegando el lector a pensar que

estamos ante una sentencia incongruente que llevaría a sentir que por medio de la exención de pena se pretende impunidad.

IV. Reparación civil en exención de pena

A pesar de que la ley en comento no señala absolutamente nada en rela- 25
ción a la reparación civil en los casos de exención de pena.

En el CP se señala en relación a la reparación civil, específicamente en 26
el artículo 92 del CP que la *reparación civil se determina conjuntamente con la pena*. Del mismo modo, el Código Procesal Penal en el artículo 12, numeral 3, indica que: *La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.*

Si hacemos un análisis literal de las dos normas, al parecer si la exención 27
de pena exonera de pena al autor del hecho, quedaría por afirmar que la reparación civil también permanecería exonerada; sin embargo, esto no es del todo correcto. El pago de la reparación civil, tal como lo ha indicado la Ejecutoria Suprema R. N. N° 948-2005-Junín, tiene finalidades distintas a la retribución penal que se aplica con la determinación de la pena. Entonces queda claro que si el juez opta por la exención de la pena, tiene la obligación de fijar el pago de la reparación civil.

V. Lista de delitos en los que se puede aplicar exención de pena en el Código Penal peruano

En nuestro Código Penal, podemos ubicar un catálogo de delitos que 28
cumplen el requisito del *quantum* de pena para una eventual examinación de exención de pena. Para fines eminentemente prácticos, aquí les presentamos el catálogo de delitos que cumplen dicho requisito.

En los *delitos contra la vida* tenemos a los delitos de homicidio culposo (Art. 29
111 primer párrafo), autoaborto (Art. 114), aborto preterintencional (Art. 118) y aborto sentimental y eugenésico (Art. 120).

En los delitos *contra la salud individual se encuentran los delitos de* lesiones 30
leves (Art. 122, primer párrafo), lesiones culposas (Art. 124), lesiones graves culposas (Art. 124) y omisión de auxilio a persona en peligro (Art. 127).

En los *delitos contra el honor* están los delitos de injuria (Art. 130), calumnia, (Art. 131), difamación (Art. 132 primer y segundo párrafos).

Delitos contra la familia

- Supresión o alteración del estado civil (Art. 143)
- Sustracción de menor (Art. 147)
- Inducción a la fuga de un menor (Art. 148)

Delitos contra la libertad

- Coacción (Art. 151)
- Violación de la intimidad (Art. 154, primer párrafo)
- Violación de domicilio (Art. 159)
- Violación de correspondencia (Art. 161)
- Frustración de correspondencia (Art. 163)
- Violación del secreto profesional (Art. 165)
- Violación de la libertad de reunión (Art. 166)
- Violación de la libertad de trabajo (Art. 168)

Delitos contra el patrimonio

- Hurto de uso (Art. 187)
- Hurto de uso de ganado (Art. 189-B)
- Modalidades de apropiación irregular (Art. 192)
- Contabilidad paralela (Art. 199)
- Producción o venta de alimentos dañinos para animales (Art. 207)
- Interferencia, acceso o copia ilícita de base de datos (Art. 207 primer párrafo)
- Delitos contra bienes culturales, en su forma culposa, facilitación por funcionario público (Art. 229, segundo párrafo)

Delitos contra el orden económico

- Especulación (Art. 234 segundo, tercer y cuarto párrafo)
- Rehusamiento a prestar información a la autoridad (Art. 242)

Delitos financieros

- Desvió fraudulento de crédito promocional (Art. 251) 52
- Alteración de billetes o monedas (Art. 253, segundo párrafo) 53
- Alteración de billetes o monedas (Art. 256) 54

Delitos contra la seguridad pública

- Conducción en estado de ebriedad o drogadicción (Art. 274 primer párrafo) 55
- Supuesto culposo de atentado contra la seguridad común (Art. 282) 56

Delitos contra la salud pública

- Comercialización de tráfico de productos nocivos, supuesto culposo (Art. 288, segundo párrafo) 57
- Anuncio o promesas fraudulentas de acciones curativas (Art. 291) 58

Delitos ambientales

- Modalidad culposa del incumplimiento de normas sanitarias y del Medio ambiente (Art. 307, segundo párrafo) 59
- Autorización ilícita de proyecto de urbanización. (Art. 312)
- Alteración del Medio Ambiente. (Art. 313) 60

Delitos contra la paz pública

- Ofensas a la memoria de los muertos (Art. 318) 61

Delitos contra el estado y la defensa nacional

- Quebrantamiento de la declaración de rentabilidad (Art. 318) 62
- Actos de menosprecio. (Art. 345) 63
- Exención de la pena por desistimiento voluntario. (Art. 351) 64
- Voto declarado públicamente. (Art. 358) 65

Delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares

- Ostentación de títulos, honores, que no ejerce. (Art. 362) 66
- Violencia contra un funcionario público. (Art. 365) 67
- Resistencia y desobediencia a la autoridad. (Art. 368 primer párrafo) 68

- Destrucción de envolturas, sellos. Marcas puestas por la autoridad. (Art. 370)
- Negativa de colaborar con la administración de justicia. (Art. 371)
- Supuesto culposo del atentado contra documentos q sirven de prueba en el proceso. (Art. 372, segundo párrafo)
- Perturbación de lugares donde la autoridad ejerce función pública. (Art. 375)

Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos

- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales. (Art. 377)
- Omisión o retardo injustificado de apoyo policial. (Art. 378, primer párrafo)
- Abandono de cargo por funcionario público. (Art. 380, primer párrafo)
- Nombramiento o aceptación indefinida para cargo público. (Art. 381)
- Patrocinio ilegal. (Art. 385)
- Peculado culposo. (Art. 387, tercer párrafo)
- Retardo injustificado de pago. (Art. 390)
- Rehusamiento de entrega de bienes a las autoridades. (Art. 3 91)
- Omisión de denuncia. (Art. 407 primer párrafo)
- Avocamiento ilegal de procesos en trámite. (Art. 410)
- Favorecimiento de fuga (culposo). (Art. 414, tercer párrafo)
- Ejercicio arbitrario del derecho por mano propia. (Art. 417)
- Prohibición de conocer un proceso que patrocinó. (Art. 420)
- Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial. (Art. 421)
- Negativa al cumplimiento de obligaciones de notarios, secretarios de juzgado y
- Auxiliares de justicia. (Art. 423)

Delitos contra la vida

Faltas

- Todas las faltas. (Desde el Art. 440 al 452)

VI. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Lima, 2014; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, *Curso de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Ediciones Experiencia, Málaga, 2010; BRAMONT ARIAS, Luis, *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*. Departamento de Ciencias Jurídicas de la Unifé, Lima, 2004; CANCHO ESPINAL, Ciro. *El* quantum *del dolor de la pena e imputación penal*. Editores del Centro, Lima, 2017; CARO JOHN, José Antonio, *Summa penal. Toda la jurisprudencia vinculante, relevante y actual en un solo volumen*. Nomos & Thesis, Lima, 2016; CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y de ejecución penal*. Pacífico, Lima, 2016; DE LA MATA BARRANCO, Norberto, "La apuesta por un Derecho penal proporcionado". En: *Nueva Doctrina Penal*, 2008/A; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*. Idemsa, Lima, Perú, 2016; DONINI, Massimo, "Principios constitucionales del sistema penal. Modelo y programa". En: *Derecho penal del Estado Social Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. La Ley, Madrid, 2010; DUFF, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*. Jurista Editores, Lima, 2012; HELMUT FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la cuarta edición alemanda de Marcelo A. SANCINETTI. Hammurabi, Buenos Aires, 2011; HURTADO POZO, José / PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tomo II. Idemsa, Perú, 2011; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Pacífico, Lima, 2014; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Derecho penal. Parte general,* B de f, Montevideo, 2016; MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto, "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*. Ideas Solución Editorial, Lima, 2015; MENDOZA AYMA, Francisco Celis, *Presupuesto acusatorio: determinación e individualización de la pena*. Jurista Editores, Lima, 2015; MILTON PERALTA, José, *Motivos reprochables una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el derecho penal liberal*. Marcial Pons, Madrid, 2012; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Los principios de legalidad y oportunidad*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, Lima, 2016; REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Introducción a la teoría del delito y las consecuencias jurídicas del delito*. Pacífico, Lima, 2016; ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*. Traducido por CANCIO, Manuel y ORTIZ DE URBINA, Iñigo. Marcial Pons, Madrid, 2012; RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, *Comportamiento humano y pena estatal disuasión cooperación y equidad*. Marcial Pons, Madrid, 2016; ROY FREYRE, Luis, *Causas de extinción de la acción*

90

de la pena. Grijley, Lima, 1997; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, *Los principios y la dogmática penal. Los principios en el Derecho y la dogmática penal*. Dykinson, Madrid, 2004; URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal práctico*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2016; YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*. B de f, Buenos Aires, 2014; ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel, *La legitimación del Derecho penal. Las teorías de la pena y otros problemas del Derecho penal. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de Derecho penal*. Grijley, Lima, 2010; ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*. Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012.

CAPÍTULO VII

REHABILITACIÓN

§ 69
Rehabilitación

JULIO CÉSAR MORALES CAUTI
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	312
II. La rehabilitación y los fines de la pena	5	313
1. Una mirada hacia los fines de la pena	5	313
2. ¿La rehabilitación es un fin de la pena?	20	320
III. Evolución legislativa	22	320
IV. Análisis propiamente dicho de la rehabilitación (Art. 69)	63	326
1. Los presupuestos para la rehabilitación	63	326
1.1. El cumplimiento de la pena o medida de seguridad o, de cualquier otro modo, la extinción de responsabilidad	63	326
1.2. El pago del íntegro de la reparación civil	67	327
2. Efectos de la rehabilitación	70	328
2.1. La restitución de 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	70	328
2.2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales	74	329
2.2.1. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación	77	330
2.2.2. La provisionalidad de la cancelación de antecedentes por la comisión de delito doloso cuando no medie reincidencia o habitualidad	78	330
2.2.3. La necesidad de declaratoria judicial de rehabilitación en los supuestos de inhabilitación perpetua por la comisión de delitos graves	81	331
V. Conclusiones	84	332
VI. Bibliografía	87	333

§ 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 los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297; o por la comisión de cualquiera de los delitos contra la Administración Pública; o por los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal así como el artículo 4-A del Decreto Ley Nº 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo Nº 1106, 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".

I. Introducción

1 La rehabilitación es una figura que no ha generado una abundante discusión en el ámbito penal como algunas otras instituciones o tópicos; sin embargo, ello no implica que no se adviertan aspectos controvertidos en su regulación y/o aplicación, o que toda discusión vinculada a ella se encuentre ya superada. Ello todavía sigue siendo una aspiración no alcanzada.

2 El presente artículo, en ese sentido, tiene por objetivo realizar un breve comentario sobre "la rehabilitación", conforme está prevista en el artículo 69 del Código Penal, identificando los aspectos controvertidos de su regulación y sentando posición respecto de aquello que requiera de una interpretación más allá de su sola literalidad.

3 En la medida que la rehabilitación se asocia con los fines asignados a la pena, a partir de lo establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, efectuaremos un breve análisis al respecto y sentaremos lo que viene a ser nuestra posición particular. Asimismo, comentaremos de manera no profunda las diversas modificaciones que ha sufrido esta figura desde la vigencia del Código Penal en el año 1991. Y, finalmente, comentaremos cada una de las particularidades de su regulación actual, esto es, sus presupuestos, sus consecuencias y/o algún otro aspecto relevante.

4 Quiero aprovechar la oportunidad para agradecer a Nelson Salazar Sánchez, amigo y excelente profesional, por la cordial invitación a realizar comentarios sobre la rehabilitación (Art. 69 CP), en la obra *Comentarios al Código Penal peruano* que reúne a los más importantes académicos extranjeros y nacionales.

Sin duda participar en este importante proyecto académico y formar parte de este selecto equipo me llena de mucho orgullo por el que solo me queda reiterar mis agradecimientos.

II. La rehabilitación y los fines de la pena

1. Una mirada hacia los fines de la pena

La historia del Derecho penal es la historia de sus fines. Ello en la 5
medida que se le ha ido atribuyendo uno u otro fin en función del modelo de Estado al que se ha encontrado circunscrito[1]. A su vez que cada modelo de Estado se ha configurado en función del pensamiento filosófico del respectivo momento histórico.

No es de extrañar por ello que en los antiguos Estados absolutistas o tota- 6
litarios el rey o monarca dispusiera con amplia discrecionalidad del tipo de sanción y del tiempo de la misma. En aquellos tiempos era legítimo condenar no solo al autor del hecho, sino también a la familia o al clan. De la misma forma que las penas podían ser corpóreas (v. gr. torturas, muerte, etc.) o de tipo patrimonial (v. gr. perdida de la ciudadanía, del patrimonio, etc.). Ello se explica, debido a que en dichos Estados se consideraba al gobernante un ser supremo dotado de poderes divinos. En esa medida, el Derecho penal y la pena no buscaban proteger la libertad del individuo, sino el poder absoluto y la vigencia del régimen.

A partir de la caída de los regímenes absolutistas la libertad individual se 7
fue consagrando como uno de los derechos fundamentales más importantes a protegerse por el Estado. Pese a ello, con el pensamiento idealista alemán, el Derecho penal y la pena fueron concebidos no como instrumentos al servicio de la sociedad en la prevención del delito, sino como instrumentos al servicio

(1) Feijoo Sánchez, B., *Retribución y prevención general*, p. 2. "Desde una perspectiva más global, un análisis histórico me ha hecho llegar a la conclusión de que cada una de las teorías que han marcado hitos en esta evolución es siempre fruto de un determinado contexto cultural, histórico, social y político, y que las variaciones en las concepciones sobre la pena van siempre precedidas o acompañadas de cambios sociales y políticos; es decir, toda teoría de la pena que ha tenido una influencia relevante es expresión del espíritu de su tiempo".

de la moral y la justicia[2]. KANT[3] y HEGEL[4] son los ejemplos más representativos de esta corriente[5]. La pena debía ser retribución por el hecho[6]. Se cuestiona a estas teorías absolutas por su falta de utilidad social al prescindir la pena de toda finalidad preventiva[7].

(2) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 81-82. Respecto de las teorías absolutas de la pena, refiere: "La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría 'absoluta' porque para ella el fin de la pena es independiente, 'desvinculado' de su efecto social. La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense". En ese mismo sentido, FONTÁN BALESTRA, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 87-88. "Son aquellas para las que la pena es la medida que corresponde al delito. Quien ha violado la ley, debe ser castigado. Esta noción retributiva ha sido apoyada en principios religiosos, morales y jurídicos. (...) B. Retribución moral. Sostienen sus partidarios la exigencia ineludible de la naturaleza humana de que el mal sea retribuido con el mal, como al bien debe corresponder la recompensa. Este principio general alcanza su forma más evolucionada a través de KANT, quien da como fundamento del derecho de reprimir el imperativo categórico del deber".

(3) HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 107. Sobre la concepción de la pena para KANT, sostiene: "En lo que se refiere al núcleo de nuestras tradiciones sobre el concepto, sentido y fin de la pena, sigue siendo válido el 'ejemplo de la isla' propuesto por KANT en su *Metafísica de las costumbres*. Según este ejemplo, antes de que todos los habitantes de una isla la abandonen, antes de que la sociedad se disuelva y sus miembros se esparzan por el resto del mundo, habría que ejecutar al último asesino que quedara en sus cárceles. Y no porque pudiera ser peligroso para alguien o porque en interés de todos se debiera resocializar (con la disolución de la sociedad ello no tendría sentido), sino para que con esta ejecución, según KANT, todo el mundo fuera consciente del valor de sus actos y con ello se restableciera la justicia". En ese mismo sentido, respecto del carácter retributivo del pensamiento de KANT, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, p. 253; SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena de libertad. Op. Cit., p. 39;* MUÑOZ CONDE, F., "Recensión: Vormbaum, Thomas. (Introducción a la moderna historia del Derecho penal)". En: *Política Criminal* N° 7, p. 6.

(4) VON LISZT, F., *La idea de fin del Derecho penal*, p. 97. Respecto de los postulados de Hegel señala: "Hegel exige, como es sabido, igualdad valorativa y no igualdad específica entre delito y pena". En ese mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo*, p. 203; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Op. Cit.*, p. 103.

(5) BACIGALUPO, E., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 13. "Los representantes más caracterizados de esta concepción son KANT y HEGEL".

(6) DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 58.

(7) Sobre la necesidad de otorgar finalidad a la pena, ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, pp. 43-44, refiere sobre este punto: "En tanto se haga derivar el poder estatal de la autoridad divina, no habrá más remedio, si se quiere ser consecuente, que contemplar al juez como ejecutor terrenal de un Tribunal divino y considerar su sentencia como compensación de la culpabilidad y restablecimiento de la justicia. Pero, como en una democracia todo poder estatal (inclusive el Poder Judicial) únicamente procede del pueblo, la sentencia judicial carece de legitimación metafísica-teológica y su fundamento, exclusivamente racional, descansa en la voluntad de los ciudadanos. Esta voluntad está dirigida a finalidades de prevención general y especial y no a una compensación de la culpabilidad cuya realización está sustraída al poder humano. En un sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo*. 2ª edición, Buenos Aires/Mondevideo, 2012; al respecto, el autor señala: "En el caso de la retribución, las razones de su superación como fundamento básico de la intervención jurídico-penal sobre personas y bienes de los ciudadanos son claramente

Aquella concepción retributiva de la pena cambió a partir de la Ilustración, pero sobre todo a partir de los postulados de la "Escuela jurídico-penal sociológica" liderada por FRANK VON LISZT[8]. Este autor plasmó en su conocido Programa de Marburgo que la pena debía servir para evitar la futura comisión de actos delictivos por parte de aquellos que habían delinquido[9]. Es decir, la pena debía servir para resocializar al delincuente. En esa medida, era un fin asignado a la pena la prevención especial[10]. Sin embargo, se señalaba que ante la imposibilidad de resocialización el delincuente debía ser inocuizado o excluido del orden social[11]. Las penas elevadas o el encierro de por vida encontraban justificación bajo estos postulados. 8

Posteriormente, se produjo un cambio de paradigma. La pena no debía cumplir fines preventivo-especiales, por cuanto no debía estar dirigida a los sujetos que ya habían delinquido; sino debía cumplir fines preventivo-generales, es decir, debía estar dirigida a la sociedad en su conjunto[12]. Se afirmaba que la pena debía servir a la prevención del delito constituyéndose en un instrumento de amenaza y coacción (la coacción psicológica). El sujeto debía saber que aparejado a su comportamiento delictivo venía la imposición de una 9

culturales (o ideológicas). En efecto, para fundamentar el 'adiós a Kant y Hegel' se alega –entre otras cosas– que en el moderno Estado de corte liberal no son de recibo fundamentaciones metafísicas del recurso a la pena, que, rechazando toda referencia 'final' para la misma, apelen al apriorismo de la realización de la Justicia absoluta. Asimismo, difícilmente puede apelarse, en un Estado de constitución no teocrática, a la analogía del juicio humano con el Juicio Final Divino sobre los pecadores, para justificar su carácter desprovisto de todo fin trascendente al mero castigo. Por otro lado, tal concepción, para poder fundamentar convincentemente el recurso a la pena, requiere la presencia de determinados presupuestos (muy especialmente, la culpabilidad en el sentido libero-arbitrista de la misma), sobre cuya existencia se da un vivo debate".

(8) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 85.

(9) VON LISZT, F., *La idea de fin del Derecho penal. Op. Cit.*, p. 114. "En efecto, la pena se dirige contra ellos, y no contra las figuras de delito; el delincuente es el titular de los bienes jurídicos cuya lesión o destrucción constituyen la esencia de la pena".

(10) MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 373-374. "La prevención especial es actuación sobre el individuo para evitar que éste cometa delitos".

(11) WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, p. 239. "Las teorías preventivas especiales quieren conseguir la evitación del delito, mediante una influencia sobre el penado. Pero como la eficacia individual del medio aplicado depende de que esté adaptado a la personalidad del autor, estas teorías deben individualizar: intimidar al delincuente ocasional, reeducar al delincuente corregible, inocuizar al delincuente incorregible".

(12) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 89. "No ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las 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 especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general".

sanción. Una sanción que le generaba mayores perjuicios que beneficios[13]. El hombre era considerado así como un animal al que había que levantarle un palo. Bajo estos postulados se construyó la teoría de la prevención general negativa de FEUERBACH.

10 La consecuencia más destacada de este postulado es que las penas tienden al endurecimiento. Ello, en tanto, al no atacarse las causas del delito, sino solo los efectos; la amenaza penal solo sirve como una barrera de contención, que necesitará siempre de mayor rigor para evitar su desbordamiento. La instrumentalización del hombre se convierte también así en otra de sus consecuencias, pues el ciudadano debe soportar penas drásticas y aflictivas para que la sociedad (en su conjunto) se sienta amenazada e intimidada y, de esa forma, se inhiba de emprender actos delictivos.

11 El fracaso de estas teorías dio lugar al surgimiento de las denominadas teorías eclécticas o mixtas. Como principal exponente podemos mencionar a CLAUS ROXIN (teoría de la unión). Al respecto, señala el prof. de Münich que: "la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo generales"[14]. Puede cuestionarse a este postulado que la culpabilidad no es fundamento de la pena, sino solo límite[15], lo cual es incompatible con los postulados de un Derecho penal moderno.

12 Finalmente, en los últimos años se ha incorporado en el debate jurídico-penal la teoría de la prevención general positiva representada por GÜNTHER JAKOBS. Este autor construye su teoría fusionando los planteamientos retributivos

(13) SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo. Op. Cit.,* p. 223. Al respecto, "la concepción con origen en FEUERBACH acerca del *modus operandi* de la función intimidatoria del Derecho penal debe puntualizarse en otro sentido. Así, resulta que no es solo que la misma no opere de modo directo, sino casi siempre indirecto; además, debe afirmarse que opera no solo específicamente (esto es, mediante una norma y respecto a una conducta delictiva determinada), sino también genéricamente (el Derecho penal como sistema global de normas contra el delito como conjunto de conductas 'criminales'). Sin embargo, lo que aquí interesa es que el Derecho penal puede contribuir a ello mostrando, a través de la intimidación –que, en estos casos, será también necesariamente indirecta– que la opción por el delito no merece la pena en una palabra, desacreditando, en términos generales, y desde perspectivas de utilidad, la decisión por una carrera criminal, con el fin de lograr que el sujeto tome la decisión genérica de adecuar su conducta externa a las normas penales".

(14) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* p. 103.

(15) FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Op. Cit.,* pp. 247-248.

de HEGEL y los postulados sociológicos de LUHMANN[16]. En ese sentido, entiende que la pena, como instrumento del Derecho penal, debe servir para restablecer las expectativas normativas (contrafácticas) puestas en entredicho por la comisión del acto delictivo. Se afirma que si el delito niega la vigencia de la norma entonces la pena debe negar al delito[17]. De esta forma se restablece su vigencia. La vigencia de la norma será entonces el objetivo o finalidad del Derecho penal. Solo mediante ella podrá evitarse la desintegración social, pues el orden jurídico establecido se mantendrá incólume.

Se cuestiona que la prevención general positiva, postulada en estos tér- 13
minos, carece de límites. El Estado podría servirse del Derecho penal y de la pena para proteger normas ilegítimas[18]. La proliferación de tipos penales y el endurecimiento de las sanciones podrían encontrar justificación. En esa medida, la instrumentalización del ser humano podría ser también una consecuencia contingente.

Si bien es cierto coincidimos con los postulados básicos de la prevención 14
general positiva planteada por el funcionalismo sistémico, en el sentido de que la pena comunica y, por tanto, al negar el delito se restablece el orden jurídico trasgredido; nos alejamos de este postulado al complementar algunos de sus fundamentos y al cuestionar otros.

Consideramos, a diferencia de JAKOBS (que no lo señala expresamente), que 15
la prevención general positiva solamente puede tener vigencia en un Estado Social y Democrático de Derecho[19], donde sus pilares fundamentales sean la

(16) CANCIO MELIÁ, M. / FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar". En: *La pena estatal: significado y finalidad*, p. 49. "En definitiva, la teoría funcional de la confirmación de la identidad social de Jakobs aporta menos contenidos materiales nuevos de los que parece. Su teoría comunicativa no supondría nada distinto que una trasposición del concepto hegeliano de la pena al presente, con un nuevo revestimiento funcional y con una concepción más moderna y liberal del Estado que la mantenida por Hegel. JAKOBS ha conseguido fusionar bajo estos parámetros a Hegel y a Luhmann en una teoría muy personal".

(17) JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional,* pp. 17-18. "Solo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas (...)".

(18) SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad,* p. 65.

(19) ALCACER GUIRARO, R., *Los fines del Derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, p. 17. También expresa una dura crítica a JAKOBS, en el sentido de no circunscribir sus postulados con un concreto modelo estatal, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de GÜNTHER Jakobs". En *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad,* p. 147.

libertad y la dignidad de la persona humana. Esta inserción de la teoría en un concreto modelo estatal es la que justamente le impone límites[20].

16 La libertad, como derecho fundamental, impedirá la intervención estatal en las esferas privadas del hombre. Cada cual se autodeterminará conforme a su particular autocomprensión del mundo[21]. La pena por tanto no tendrá como objetivo alcanzar la fidelidad de sus destinatarios (fidelidad al derecho). El hombre, en el marco de un Estado pluralista podrá internamente discrepar de las normas pero estará obligado a respetarlas externamente[22]. El Estado, mediante *ius puniendi*, solo intervendrá cuando se afecten ámbitos de libertad ajenos (bienes jurídicos)[23]. Se consagra así el sinalagma libertad responsabilidad.

17 La dignidad, por su parte, implica la prohibición de instrumentalización del ser humano y la concepción del mismo como ser racional y razonable. Serán ilegitimas, por tanto, aquellas normas que buscan proteger a la sociedad por sobre el ser humano. La libertad individual no podrá ser sacrificada por intereses colectivos. Las penas drásticas, las que se alejen de una responsabilidad por el hecho, las penas degradantes, las cadenas perpetuas, las penas de muerte, etc. se encontraran proscritas a la luz de estos postulados[24].

(20) Berdugo Gómez de la Torre, I., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal,* Tomo I, p. 105. "El contenido del sistema penal generado por la Dogmática tiene que considerarse, al igual que el ordenamiento jurídico penal del que se deriva, en el marco del modelo social constitucionalmente diseñado". Asimismo, respecto de la influencia del modelo estatal en los fines asignados a la pena; Sanz Mulas, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad,* p. 111. "En la concepción moderna del Estado la pena es monopolio de este y, en consecuencia, su función depende de los cometidos que aquel tenga".

(21) Berdugo Gómez de la Torre, I. *Op. Cit.,* p. 234. "El Derecho en una sociedad es único, dirigido a todos sus integrantes, pero, en cambio, la sociedad que corresponde a un Estado Democrático tiene que garantizar la posibilidad de coexistencia de diversos órdenes éticos, manifestación del pluralismo propio de las sociedades democráticas".

(22) Feijóo Sánchez, B., *Retribución y prevención general. Op. Cit.,* pp. 468-469. "La referencia al 'ejercicio de la fidelidad en el Derecho' ha venido protagonizando las críticas contra las aportaciones de autores como Jakobs y Kindhäuser, al resaltarse, por parte de un sector doctrinal crítico, que este tipo de posiciones no respetan la autonomía de los individuos al imponerles con el mecanismo de la pena no solo un respeto externo a las normas, sino también una actitud interna de adhesión a los valores subyacentes".

(23) Feijóo Sánchez, B., *Retribución y prevención general. Op. Cit.,* pp. 218-219. "El Estado se debe conformar con un respeto externo a las normas (...) con independencia de la posición interna del autor en relación con el ordenamiento jurídico y el sistema social que este estabiliza".

(24) Jaén Vallejo, M., *Cuestiones básicas del Derecho penal,* p. 38. "Difícilmente puede ser compatible con la dignidad humana el castigar a una persona por lo que puedan hacer los demás, es decir, utilizarla como ejemplo para los demás. La dignidad humana impide que el Estado tome a la persona como medio para lograr un fin; ¡la persona es un fin en sí misma!".

Solo esta concepción del Derecho penal y de la pena compatibiliza además perfectamente con el principio de culpabilidad[25]. La pena en esencia será retribución de un mal por otro al haberse verificado que se ha hecho un inadecuado uso de la libertad; pero su fin o finalidad será la prevención a partir de la estabilización del orden jurídico[26]. Esta compatibilización le otorga vigencia también al subprincipio de "la responsabilidad por el hecho"[27]. 18

El autor solo responderá por la realización de hechos penalmente relevantes[28]. Es decir, por hechos que en esencia signifiquen una lesión o puesta en peligro del contenido (bienes jurídicos) de las normas (principio de lesividad). Por tanto, los pensamientos, las intenciones, los actos preparatorios (actos no ejecutivos), etc., no darán lugar a la intervención penal[29]. Sobre la base de 19

(25) Feijóo Sánchez, B, *Retribución y prevención general. Op. Cit.,* p. 672. "Todo lo dicho hasta aquí es una consecuencia de que, en mi opinión, el fundamento material de la idea de culpabilidad reside en que, con el reconocimiento de la personalidad jurídica o de la dignidad por parte del orden social vigente, surge, al mismo tiempo, la responsabilidad personal por el respeto externo a las normas (se es responsable de no erosionar las normas esenciales). No hay alternativas a dicha responsabilidad para construir un auténtico sistema de libertades en una sociedad pluralista y democráticamente constituida. El reconocimiento de la personalidad y el uso de la libertad conlleva la atribución social y jurídica de responsabilidad (se trata de dos caras de la misma moneda). Por ello, hay algunos autores que hablan de un sinalagma básico entre libertad (autodeterminación) y responsabilidad".

(26) Roxin, C., *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal,* pp. 28-29. Sobre las ventajas de la prevención general. "También en el ámbito de los fines de la pena ha prevalecido la teoría de la prevención general en gran parte de la doctrina. Eso se debe a varias razones. En primer lugar, porque una concepción de la pena orientada a la corrección individual se concilia mal con la tendencia descrita de minimizar los riesgos de la sociedad. Los eventuales déficits de personalidad de un autor individual, que además resulta a menudo difícilmente identificable en este ámbito, tienen desde el principio un papel más limitado que el aseguramiento de la sociedad en su conjunto. Además, las pretensiones resocializadoras tampoco han conseguido hasta la fecha resultados convincentes con los autores de delitos clásicos, tradicionales, como por ejemplo el hurto, delitos violentos y delitos sexuales. Ello conduce fácilmente a la resignación y a la vuelta a la prevención general, cuyo éxito bien es verdad que tampoco es demostrable en sentido estricto, pero al menos, en términos de una teoría de lo cotidiano, es plausible desde el punto de vista de la garantía de una seguridad suficiente de la sociedad".

(27) Castillo Alva, J. L., *Principios de Derecho penal. Parte general*, p. 456. "El principio de responsabilidad por el hecho implica que el Derecho penal, como sucede en el ordenamiento jurídico en general, sólo puede explicar una sanción cuando la voluntad humana se manifieste en el mundo exterior convirtiéndose en una 'conducta objetiva'".

(28) Ibídem, p. 457. "Solo las conductas o hechos humanos previstos o establecidos en una ley penal pueden generar responsabilidad penal. Una conducta inmoral o nociva socialmente por más que sea manifestación auténtica de una personalidad malvada, si no se encuentra consagrada en una ley penal no legitima la aplicación de penas o medidas de seguridad".

(29) Ibídem, pp. 475-476. Respecto de la impunidad de los actos preparatorios, refiere: "Son los que se encuentran en una fase anterior a la tentativa y que al no crear un peligro inminente contra el bien jurídico, por lo general, no son punibles. Una disposición en sentido contrario infringiría el principio del hecho y su correlato inmediato como es el principio de lesividad. Los actos preparatorios suponen un momento intermedio entre la fase interna y el propio inicio de ejecución del tipo

estos presupuestos es que el moderno Derecho penal es considerado un Derecho penal de acto y no un Derecho penal de autor. En esa medida, la intervención estatal que infrinja estos presupuestos será arbitraria e ilegítima.

2. ¿La Rehabilitación es un fin de la pena?

20 La pena entonces es prevención general positiva, es comunicación normativa, es reafirmación de los valores jurídicos de un determinado espacio y tiempo. La rehabilitación, como consecuencia de la resocialización, no tendría por tanto un espacio en el ámbito de los fines de la pena. La resocialización para el autor no es un fin de la pena sino una política en el ámbito de la ejecución de la misma. Una posición fundamentada de este aspecto excede los objetivos del presente artículo por lo que solo dejaremos sentada dicha posición en esos términos.

21 Sin embargo, más allá de la posición que en este trabajo se adopte, lo cierto es que la legislación nacional en su artículo IX del Título Preliminar del Código Penal señala literalmente que "[l]a pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora". Es decir, el marco legislativo nacional adopta una posición ecléctica sobre los fines de la pena. En esa medida, la pena no es exclusivamente retribución o prevención. La pena tiene fines diversos. Es retribución y prevención, con efectos generales y especiales. La resocialización es por tanto también un fin de la pena. La rehabilitación, como consecuencia de la función resocializadora de la pena, encuentra su espacio de regulación jurídica. Es en este contexto en el que debe ser observada, analizada y comentada.

III. Evolución legislativa

22 El actual artículo 169 del Código Penal de 1991 ha sido modificado en varias oportunidades. En este ítem se hace un recuento de las diversas modificaciones que ha sufrido dicho precepto legal.

23 El texto original del artículo 69 del Código Penal de 1991 reguló la rehabilitación en los siguientes términos:

respectivo. La elección de las armas, el reconocimiento del lugar, el llamado reglaje de la víctima constituyen expresiones de dichos actos. (...). La distinción entre actos preparatorios y tentativa tiene suma utilidad pues sirve para delimitar qué conductas son punibles y qué otras son impunes".

"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. 24

La rehabilitación produce los efectos siguientes: 25

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 26

2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación". 27

Posteriormente, este artículo fue modificado por el artículo 2 de la Ley N° 28730, que se publicó el 13 de mayo de 2006. Se agregó el siguiente texto: "La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena". En ese sentido el artículo quedó redactado de la siguiente manera: 28

"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. 29

La rehabilitación produce los efectos siguientes: 30

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, 31

2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación". 32

La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena". 33

A su vez, este último párrafo fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29407, que se publicó el 18 de setiembre de 2009. El texto quedó previsto en los siguientes términos: "Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia, la cancelación será definitiva". Se incorporó el criterio de la provisionalidad 34

como consecuencia del comportamiento doloso del autor. Asimismo, el criterio de la temporalidad de la provisionalidad ("hasta por cinco años"). Todo ello condicionado a la inexistencia de la reincidencia.

35 Sin embargo, mediante el artículo 1 de la Ley N° 30076, que se publicó el 19 de agosto de 2013, se agregó además de la reincidencia, el criterio de la "habitualidad", lo que resulta coherente con el sentido de la norma que inicialmente incorporó solo la reincidencia. En ese sentido el texto legal quedó expresado en los siguientes términos:

36 "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.

37 La rehabilitación produce los efectos siguientes:

38 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,

39 2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

40 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".

41 Posteriormente, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016, incorpora un nuevo párrafo al artículo 69 del Código Penal. Concretamente añade la proscripción de la rehabilitación automática cuando se está ante una *inhabilitación perpetua* por delito contra la Administración Pública. Se establece que la rehabilitación solo puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que emitió condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal[30]. Literalmente el texto quedó de la siguiente manera:

(30) Al respecto, el artículo 59-B del Código de Ejecución Penal establece que: "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

"El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o 42
que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite.

La rehabilitación produce los efectos siguientes: 43

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sen- 44
tencia. 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 45
certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito 46
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 per- 47
petua 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".

Posteriormente, el último párrafo fue nuevamente modificado. Esta vez 48
por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1367, que se publicó el 29 de julio de 2018. En esta oportunidad se cambió la referencia general de los delitos

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 corresponda 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". Este capítulo sexto incorporado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 octubre de 2016.

contra la Administración Pública por la referencia a delitos concretos expresamente identificados. El texto quedó de la siguiente manera:

49 "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.

50 La rehabilitación produce los efectos siguientes:

51 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,

52 2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

53 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.

54 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 N° 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 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".

55 Pocos días después, el artículo 69 del Código Penal fue nuevamente modificado. El Artículo 1 de la Ley N° 30838, publicada el 4 de agosto de 2018, incorporó el texto "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 ese sentido, la norma quedó expresada de la siguiente manera:

56 "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: 57

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, 58

2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación. 59

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. 60

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". 61

No pasó mucho tiempo para que se produjese una nueva modificatoria a través del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1453, que se publicó el 16 de setiembre de 2018. Ello en la medida que en esta última modificatoria se obviaron varios de los delitos incorporados en la anterior regulación. Como se advierte claramente, las últimas modificaciones están vinculadas a la "inhabilitación permanente"[31] con relación de determinados delitos. Ello como una 62

(31) El artículo 38 establece que "La duración de 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 N° 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 N° 1106, la inhabilitación

medida de política criminal en la lucha contra el crimen organizado y los delitos más graves que actualmente aquejan a nuestra sociedad.

IV. Análisis propiamente dicho de la rehabilitación (Art. 69)

1. Los presupuestos para la rehabilitación

1.1. El cumplimiento de la pena o medida de seguridad o, de cualquier otro modo, la extinción de responsabilidad

63 Si se asume, conforme lo hace nuestra legislación, que un fin de la pena es la resocialización del autor del delito; entonces, una consecuencia natural es que, cumplida la misma, se tenga por resocializado al delincuente. Por tanto, la declaratoria de rehabilitación, consecuencia de la primera, no debería esperar más que el solo cumplimiento de la pena. Por ello, es coherente el precepto legal en cuanto a que la declaratoria de rehabilitación no requiere tramite adicional.

64 Por su parte, se ha utilizado el mismo criterio para los supuestos de rehabilitación vinculados al cumplimiento de las medidas de seguridad. Nuestra legislación, en este aspecto, es expresa en sostener que es una finalidad de la medida de seguridad la rehabilitación del inimputable[32]. La ley, sin embargo, no se pone en el supuesto en que, cumplida la medida de seguridad, la peligrosidad del sujeto se mantenga. ¿En este supuesto debe de todas formas decretarse la rehabilitación?

65 Por su parte, se hace referencia a la extinción de la responsabilidad penal, no por cumplimiento de la pena o medida de seguridad, sino por la extinción que se produzca de cualquier otro modo. En este caso, la norma debe interpretarse de forma amplia, más allá incluso de solo los estrictos supuestos de extinción de la acción penal. En esa medida, cabe dentro de lo que se denomina "de cualquier otro modo" los supuestos de muerte, prescripción, amnistía, derecho de gracia, cosa juzgada, desistimiento (acción privada); pero, además, sobreseimiento, absolución. En todos estos casos, en tanto, no se ha llegado a la determinación de culpabilidad, se presume *iure et e iure* la inocencia

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".

(32) Código Penal, artículo IX del Título Preliminar. "La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. **Las medidas de seguridad persiguen fines de curación; tutela y rehabilitación**".

de la persona. Por ello, la rehabilitación –en estos casos– es y, además, debe ser automática.

Cabe precisar, sin embargo, que en cuanto a lo último que se ha seña- 66
lado no se debe hablar propiamente de rehabilitación, en la medida que dicho término debe estar reservado únicamente a los supuestos de cumplimiento de condena (pena o medida de seguridad). Solo la condena cumplida resocializa y genera la declaratoria de rehabilitación. En esa medida, la anulación de los antecedentes por archivo, sobreseimiento o absolución no debería comprenderse como una consecuencia de la rehabilitación, sino como una consecuencia de la presunción de inocencia que ha sido confirmada por la respectiva resolución. En estos términos, expresamos nuestra disconformidad con el texto legal.

1.2. El pago del íntegro de la reparación civil

El artículo 69 del Código Penal establece como un presupuesto de la reha- 67
bilitación el pago del íntegro de la reparación civil. Este presupuesto, a nuestro entender, se expresa como una medida de política criminal que busca la efectividad de la condena. Es decir, que se cumpla tanto con la pena como con el pago del íntegro de la reparación.

Desde otro punto de vista puede interpretarse como que solo puede alcan- 68
zar la condición de rehabilitado aquella persona que ha cumplido con todos los términos de la sentencia. Es decir, con la pena y la reparación. Por tanto, desde esta lectura de la ley, no podría ser una persona rehabilitada quien solo ha cumplido con la pena (solo un extremo de la condena). El incumplimiento del pago de la totalidad o parte de la reparación sería la prueba de la no rehabilitación.

Este criterio; sin embargo, reflejaría una grave inconsistencia desde el punto 69
de vista de la finalidad de la pena o los objetivos que se establecen para la fase de ejecución de la misma. Si se entiende que en fase de ejecución se busca que el autor del delito modifique su comportamiento y lo adecue para desenvolverse correctamente cuando obtenga su libertad; entonces, no se comprende cuál es el fundamento para que se establezca como presupuesto para la rehabilitación el pago del integro de la reparación civil. Ello sobre todo porque el pago de la reparación no necesariamente está vinculada a una voluntad de incumplir la condena. En muchos casos podríamos estar ante un incumplimiento por falta de capacidad económica. La rehabilitación conforme al texto legal puede

considerarse como un precepto que trasgrede el derecho a la igualdad ante la ley. Favorece o desfavorece en virtud de la capacidad económica del autor.

2. Efectos de la rehabilitación

2.1. La restitución de 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

70 Con la imposición de una condena el principal derecho que se suspende o restringe es el derecho a la libertad ambulatoria. Ello se advierte con total claridad cuando la condena impone pena privativa de libertad con carácter de efectiva. Sumado a este derecho se suspenden o restringen los derechos conexos a aquel o que requieran del mismo.

71 Además de ello, la condena puede generar la suspensión de varios otros derechos si además se impone la inhabilitación(33).

72 Una vez cumplida la pena privativa de libertad se restituyen los derechos que con él se suspendieron, esto es, la libertad ambulatoria y derechos conexos. Asimismo, cumplida la pena de inhabilitación, se restituirán los derechos

(33) Al respecto, el artículo 36 del Código Penal establece que: "La inhabilitación produce, según disponga la sentencia: 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; o, 12. Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios; 13. Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales".

que quedaron inhabilitados. Debe tenerse en consideración que no necesariamente la pena privativa de libertad y la pena de inhabilitación se cumplen en el mismo tiempo. Cada uno tiene su regulación específica.

Un aspecto importante que debe ser precisado es que los derechos sus- 73
pendidos se restituyen al margen de si se ha cancelado o no el íntegro de la reparación civil. Si bien podría no expedirse la resolución que declara la rehabilitación del delincuente, ello no será óbice para la restitución de los mencionados derechos. Con ello queda desdibujado el precepto que establece como presupuesto para la rehabilitación el pago del íntegro de la reparación civil. Se entiende que esta restitución de los derechos, independientemente del pago de la reparación civil, se produce como consecuencia de una interpretación constitucional del precepto. En esa medida, la falta de pago de la reparación civil solo podría impedir la anulación de antecedentes y, asimismo, la no emisión de la resolución de rehabilitación.

2.2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales

Otro efecto de la rehabilitación es la cancelación de los antecedentes pena- 74
les, judiciales y policiales. Con ello se borra todo registro de condena, reclusión en un centro penitenciario o investigación policial, respectivamente. También se dispone la eliminación de los antecedentes cuando se extingue la responsabilidad por extinción de la acción penal, archivo, sobreseimiento o sentencia absolutoria.

Algunos procedimientos para la anulación de antecedentes se han regu- 75
lado de forma expresa. Así, el 12 de agosto de 2011 se expidió la "Circular sobre la debida cancelación de los antecedentes policiales como parte del proceso de inhabilitación automática". En ella se recoge lo siguiente:

> "**Artículo 2.- Establecer** que, como parte del procedimiento de rehabilita- 76
> ción, el trámite de anulación y/o cancelación de los antecedentes policiales será realizado de oficio por los órganos jurisdiccionales competentes. De la misma manera debe proceder cuando el proceso hubiera culminado con auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria firme o cualquier otra forma de resolución judicial que declare la extinción de la responsabilidad o el archivo de la causa. Para tal efecto los órganos jurisdiccionales deberán remitir copia certificada de las resoluciones antes señaladas, para que así se proceda a la anulación de los antecedentes policiales correspondientes".

2.2.1. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación

77 Los certificados que se expidan con posterioridad a la rehabilitación del delincuente no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación. Esto quiere decir simplemente que el certificado solo debe expresar el resultado de la búsqueda. En caso de la persona rehabilitada el certificado arrojará un resultado negativo sin mayor descripción. Por ningún motivo debe consignarse que la persona rehabilitada en su momento cometió determinado delito o tuvo la condición de investigado. No debe existir ningún tipo de huella que describa el pasado del rehabilitado.

2.2.2. La provisionalidad de la cancelación de antecedentes por la comisión de delito doloso cuando no medie reincidencia o habitualidad

78 La regulación de la provisionalidad de la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales, conforme se encuentra actualmente previsto, fue incorporada en la legislación penal mediante el artículo 1 de la Ley N° 30076, que se publicó el 19 de agosto de 2013. Desde aquel momento se ha establecido que en los casos de delito doloso la cancelación de los antecedentes será provisional por el tiempo de cinco años. Una vez vencido este plazo recién la anulación será definitiva.

79 Esta medida se fundamenta, a nuestro criterio, en que el autor del delito doloso expresa al cometer el delito una voluntad antinormativa *más intensa que aquel que solo ha cometido un delito imprudente.* Existe, usualmente, en estas personas el riesgo latente de la comisión de nuevo delito. Por ello, el legislador ha establecido una temporalidad de cinco años de la provisionalidad de la anulación de los antecedentes. Pasado este tiempo el riesgo se minimiza o desaparece.

80 Sin embargo, no basta la simple comisión de nuevo delito para que la provisionalidad desaparezca y los antecedentes se expresen nuevamente en los registros; sino se requiere que el autor incurra en los supuestos de reincidencia[34]

(34) "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.

y habitualidad[35], conforme lo prevén el artículo 46-B y 46-C, respectivamente, del Código Penal.

2.2.3. La necesidad de declaratoria judicial de rehabilitación en los supuestos de inhabilitación perpetua por la comisión de delitos graves

En la primera parte de este comentario nos hemos referido a "la rehabilitación y los fines de la pena". Nuestra posición ha sido que la resocialización no es un fin de la pena y, por tanto, la rehabilitación (su declaratoria) tampoco se enmarca dentro de este ámbito. Hemos señalado más bien que la resocialización (prevención especial) es un objetivo en fase de ejecución de la pena como expresión de una política pública en el ámbito de la criminalidad. En algunos casos se alcanza y en otros no. Por ello, sobre todo en los delitos dolosos graves, se requiere de declaración judicial de rehabilitación, el mismo que podrá expedirse si se verifica luego del transcurso del tiempo la condición de rehabilitado. 81

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".

(35) "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".

82 En ese sentido, en los delitos culposos la rehabilitación es automática. En los delitos dolosos menos graves, la rehabilitación es automática pero provisional hasta los siguientes cinco años de cumplida la condena. Sin embargo, en los delitos dolosos graves, como lo hemos referido, la rehabilitación no es automática. En los supuestos en que se impone inhabilitación perpetua por delitos especialmente graves (taxativamente previstos en la ley), la rehabilitación deberá ser declarada por el juez penal. Pero, además, esta declaratoria judicial solo podrá efectuarse luego de transcurridos 20 años.

83 El legislador en principio previó la rehabilitación judicial para los delitos contra la Administración Pública. Sin embargo, luego se ha ampliado para delitos como de tráfico ilícito de drogas, delitos contra la libertad sexual, terrorismo y lavado de activos. Claramente se expresa la voluntad del legislador de otorgarle especial atención a los delitos que actualmente son los considerados más graves.

V. Conclusiones

84 1. La rehabilitación es una condición que se alcanza, por regla general, de manera automática, una vez cumplida la pena y cancelada la reparación civil. De manera excepcional la rehabilitación debe ser declarada por el juez penal. Esto último sucede cuando se trata de delitos especialmente graves como delitos contra la libertad sexual, delitos contra la salud pública (tráfico ilícito de drogas), delitos contra la Administración Pública, delitos de terrorismo y delitos de lavado de activos.

85 2. La rehabilitación, asimismo, genera la restitución de los derechos suspendidos por la condena y la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales –se entiende–, una vez cumplidos sus presupuestos, esto es, el cumplimiento de la pena y el pago del integro de la reparación civil. Sin embargo, debe anotarse que la falta de pago de la reparación no impide la restitución de los derechos suspendidos una vez cumplida la pena. Esto quiere decir, que la falta de pago solo podrá impedir la anulación de los antecedentes y la expedición de la resolución de rehabilitación. Con ello se advierte que parte de los efectos de la rehabilitación no están condicionados al pago de la reparación civil.

86 3. La rehabilitación ha sufrido diversas modificaciones en los últimos años. Esto –consideramos– como consecuencia de la aplicación de una política criminal que busca combatir la delincuencia más agresiva. En ese sentido,

las normas de endurecimiento se expresan también en la actual regulación de esta figura.

VI. Bibliografía

ALCACER GUIRARO, Rafael, *Los fines del Derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena.* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001; BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general.* Temis, Bogotá, 1996; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal.* Tomo I. Madrid, 2010; CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, "¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar". En: *La pena estatal: significado y finalidad.* Aranzadi, Madrid, 2006; CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho penal. Parte general.* Gaceta Jurídica, Lima, 2002; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena.* Ediciones Salamanca, Salamanca, 1999; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, "Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs". En: CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (editores), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad.* Aranzadi, Navarra, 2008; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general.* B de f, Buenos Aires, 2007; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón.* Trotta, Madrid, 1995; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte general.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad.* Temis, Bogotá, 1999; JAÉN VALLEJO, Manuel, *Cuestiones básicas del Derecho penal.* Ábaco, Buenos Aires, 1998; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Civitas, Madrid, 1996; MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general.* Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958; MUÑOZ CONDE, Francisco, "Recensión: Vormbaum, Thomas. (Introducción a la moderna historia del Derecho penal)". En: *Polititica Crim*inal N° 7, 2009; ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal.* Reus, Madrid, 1981; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general.* Civitas, Madrid, 1997; ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad.* Madrid, 2000; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo.* Bosch, Barcelona, 1992; VON LISZT, Frank, *La idea de fin del Derecho penal.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D. F., 1984; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán.* Depalma, Buenos Aires, 1976.

87

§ 70
Prohibición de comunicación de antecedentes

LUIS MIGUEL MAYHUA QUISPE
Universidad Peruana los Andes
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Cuestiones previas	1	335
II. Naturaleza jurídica	3	336
III. La rehabilitación del condenado como presupuesto del derecho a la prohibición de la comunicación de antecedentes	11	340
IV. Jurisprudencia relevante	23	343
V. El derecho de la prohibición de comunicación de antecedentes y la discriminación	26	344
VI. Bibliografía	31	345

§ 70.- Prohibición de comunicación de antecedentes

"Producida la rehabilitación, los registros o anotaciones de cualquier clase relativas a la condena impuesta solo podrán ser comunicadas a solicitud del Ministerio Público o del juez"(1).

I. Cuestiones previas

El presente artículo tuvo una modificación importante para la consecución 1
de una flexibilización en cuanto a la prohibición absoluta del artículo anterior, modificándose y estableciéndose "solo podrán ser comunicadas a solicitud del Ministerio Público o el juez", es decir, la sociedad está vetada de poder conocer los antecedentes penales de la persona que ya haya cumplido con su condena, promoviendo un acceso restringido a esta información en pro del cumplimiento fidedigno de los principios que sustentan el sistema jurídico, son dos aspectos importantes que conducen a esta flexibilización: primero, la factibilidad del conocimiento de la reincidencia, esto con las características relacionadas con la modificatoria de "pena privativa de la libertad" por "pena" según la Ley N° 30076(2) se deja de lado el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, de

(1) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013 (Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana), el texto anterior indicaba que: **Artículo 70.-** "Producida la rehabilitación, los registros o anotaciones de cualquier clase relativas a la condena impuesta, no pueden ser comunicados a ninguna entidad o persona".

(2) SÁNCHEZ TORRES, A., *Evolución y modificaciones de la reincidencia a propósito de la Ley N° 30076*, p. 40.

18 de julio de 2008, que establecía como uno de los requisitos de reincidencia la condena en prisión, ahora es reincidente cualquier persona que cumpla una pena[3]; y, segundo, al conocimiento de la habitualidad del individuo.

2 La norma penal anterior sostenía que producida la rehabilitación, los registros o anotaciones de cualquier clase relativos a la condena impuesta no pueden ser comunicados a ninguna entidad o persona. El sentido de la modificación es una decisión de política criminal a efectos de implementar materialmente los ámbitos de determinación como agravantes la figura de reincidencia y habitualidad. Puesto que, antes de esta reforma, cumplida la condena el condenado era rehabilitado, se producía la cancelación de los antecedentes y no cabría la posibilidad de publicitar dicha condena a ninguna personas, sea particular o funcionario[4]. Sin embargo, con la modificación del artículo 70 del CP que, entre otras cosas, regula nuevamente la incorporación de la reincidencia o habitualidad como agravantes hubo la necesidad de reformar la prohibición de que ninguna persona, sea privada o pública, deba saber de los antecedentes del condenado rehabilitado, puesto que a partir de la incorporación de la reincidencia o habitualidad como agravantes para la determinación de la pena concreta, el juez o fiscal deban acceder a los antecedentes con la finalidad de aplicar estos supuesto de agravantes[5].

II. Naturaleza jurídica

3 En virtud del análisis del artículo, se evidencia que dentro de la literatura penal no se encuentra claro qué es lo que se debe entender por "prohibición de comunicación de antecedentes penales" o, como lo llamaremos, el "derecho a la prohibición de la comunicación de antecedentes". Aproximándonos a ubicar la naturaleza jurídica de dicho instituto, señalamos que *es el instrumento mediante el cual se logra la aplicación de los fines abstractos de la pena, mediante el cual el Estado garantiza la proscripción de conocer si una persona cumplió o no condena*. El cumplimento de la pena, la cancelación de los antecedentes penales y su prohibición de comunicación son los derroteros irremediables de la tan anhelada reinserción social. Tiene su sustento político criminal desde la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico (Constitución Política del Perú). Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano señala en abundante

(3) Ibídem, p. 39.

(4) *Cfr.* Quintero Olivares, G., *Parte general del Derecho Penal, adaptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, pp. 693-694.

(5) Ver con más detalle esta reforma en la determinación judicial de la pena, en: Prado Saldarriaga, V., *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*, p. 76 ss.

jurisprudencia, en correspondencia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la finalidad de la pena en abstracto.(6)

El artículo 70 del CP señala la regla que debe cumplirse a fin de garantizar la prohibición de comunicación de antecedentes, señalando expresamente que, "[P]roducida la rehabilitación, los registros o anotaciones de cualquier clase relativas a la condena impuesta solo podrán ser comunicados a solicitud del Ministerio Público o del juez"(7). En ese entender queda como premisa que dicha norma penal tiene como objetivo principal que después de haberse declarado judicialmente la rehabilitación de una persona sometida a una condena, los registros o anotaciones de cualquier clase que se hubieran generado por esa condena no pueden ser informados a ninguna persona o autoridad; salvo, como se señala en la modificación de dicha norma, sea a pedido del fiscal o juez. 4

Ante la satisfacción de las secuelas de responsabilidad penal, el estatus aflictivo anterior debe ser extinguido, la forma idónea de consecución práctica es la respectiva cancelación de antecedentes y su respectiva prohibición de exhibición. En legislación comparada, en el artículo 136 del CP español se evidencia que ante la extinción de la responsabilidad penal se tiene el derecho de la cancelación de antecedentes penales(8). 5

La prohibición de comunicación se constituye como un derecho indispensable que presupone que el individuo que cumplió la condena, o la haya extinguido de otra forma, queda automáticamente "purificado ante la sociedad", estableciéndose un imperativo jurisdiccional que se resume en la **declaración de rehabilitación**; ergo, el surgimiento del derecho de la prohibición 6

(6) Expediente N° 010-2002-AI/TC, FJ 1790 "Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el 'régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad', en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que 'el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados'".

(7) Veamos detalles del desarrollo de esta norma en: URQUIZO OLAECHEA, J., *Código Penal práctico*, pp. 279 y 280.

(8) VAELLO ESQUERDO, E., *Las consecuencias jurídicas del delito,* p. 203. "La regulación del artículo 136 del CP –ampliamente reestructurado por la Ley Orgánica 15/2003– empieza sentando que los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales previo informe del juez o tribunal sentenciador".

de comunicación de antecedentes; sentando así las bases imprescindibles de los fines de la pena[9].

7 Si bien la pena no es la única consecuencia jurídica del delito, es la que tiene mayor importancia por ser la más común y la más grave en la medida que puede restringir o suprimir bienes jurídicos fundamentales del individuo[10], siendo sustentados y limitados por los principios constitucionales de naturaleza garantista, entre estos, el "principio de legalidad", buscándose con la pena una finalidad armónica, coherente y consistente con el sistema jurídico en su conjunto. Con base en la premisa "los extremos son dañinos" tanto una finalidad absoluta como una relativa, consideradas autónomamente, no satisfacen las necesidades que persigue el sistema jurídico, en el presente trabajo no se pretende realizar un estudio de estos fines tradicionales, en tanto se dará luces de la conexión inescindible entre la teorías mixtas, sobre todo en la manifestación de la prevención especial positiva en el marco del artículo 70 del CP.

8 Bajo las premisas de la teoría mixta de la pena se llega a determinar la fuerza vinculante de los distintos fines de la pena; en función a la fase o momento del proceso penal respectivo, estableciéndose tres fases, las cuales son: 1) la fase de conminación legal abstracta, donde predomina la prevención general, siendo este momento dónde el Poder Legislativo correspondiente estipula taxativamente una conducta delictiva y su respectiva consecuencia penal; 2) la fase de la aplicación de la pena, predominio de la prevención general y especial, es en esta fase donde el protagonismo del juez juega un rol trascendental para la consecución de los fines constitucionales bajo el paragón del principio de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad; y, 3) la fase de ejecución de la pena, donde predomina sin lugar a dudas la prevención especial. Es en esta última fase donde se tienen que efectivizar los fines de prevención especial positiva, para el cumplimiento real de los fines constitucionales que se busca, entendiendo así que la mayor concentración de esfuerzo debe ser abocada al que sufre las consecuencias de la conducta delictiva. Dentro

(9) Contraria a ello es la propuesta legislativa establecida en Decreto Legislativo N° 1454, donde se señala que: "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; o por la comisión de cualquiera de los delitos contra la Administración Pública o por los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo 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 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". Posición que no compartimos en absoluto.

(10) Vaello Esquerdo, E., *Las consecuencias jurídicas del delito. Op. Cit.*, p. 23.

del desarrollo de esta teoría VON LISZT en su famoso Programa de Marburgo (1882/83)[6] distingue tres formas de hacer abstenerse al autor de cometer ulteriores delitos: mediante "inculcación de motivos sociales y altruistas"; mediante "inculcación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero que coincidieran en sus efectos con los altruistas" (intimidación); mediante el encierro temporal o permanente (inocuidad)[7], estableciendo pautas importantes para la consecución de la imposición de un mal con el objetivo de resocializar, objetivo que debe valorarse optimistamente aun cuando se conciba que la pena no tiene efecto resocializador en el individuo que realiza la conducta delictiva teniendo como norte que el autor "lleve una vida sin cometer ulteriores delitos", declarándose así como mandato de la humanidad.

Dentro de nuestro marco normativo constitucional se establece en el 9
artículo 139.22: "El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", es así que en la STC N° 0033-2007-AI/TC el Tribunal Constitucional lo reafirma(11). Anota con razón, SILVA SÁNCHEZ que se debe de considerar tal finalidad como una garantía individual y no a un derecho de la sociedad ni del Estado. La idea de la resocialización se opone, ante todo, a penas de esencia, duración o configuración desocializadora. En definitiva no hay, pues, un mandato constitucional de resocializar, sino de orientar la ejecución de las sanciones(12). La razonabilidad dentro de los fines que se persigue mediante la pena dependerán en gran medida del sentido relacionado a la aplicación de la culpabilidad y el de evitar nuevos delitos, una interpretación contraria a lo mencionado acarrearía un trato inhumano e injusto a la sociedad en general.

En concreto, la prohibición de comunicación de antecedentes mantiene 10
su naturaleza de impedir; *por un lado*, que nadie tenga acceso a los antecedentes de una persona que sido rehabilitado y, *por otro,* garantiza que el Estado no publicite los antecedentes policiales, penales o judiciales de una persona que ya fue declarada rehabilitada; siendo la única excepción a dicha regla que el

(11) En la STC Exp. N° 0033-2007-AI/TC, se menciona en el fundamento 30: "Así, la prevención especial hace referencia al procedimiento que tiene como objetivo la 'resocialización' de los internos sometidos a un régimen penitenciario. El concepto de resocialización, si bien es cierto no se encuentra expresamente en la Constitución, se puede deducir ella de los fines que la establece. Entonces 'Este concepto (la resocialización) comprende tanto el proceso reeducativo como el resultado, la reincorporación social, sin que se descuide tampoco la comprensión jurídica de este resultado y que es determinada por la rehabilitación'. Así ha sido tomada por nuestra Constitución el discurso de los fines del régimen penitenciario, los que, si bien es cierto, han sido objeto de críticas en la doctrina, también lo es que son principios asumidos por el Constituyente que buscan hacer efectivos los fines preventivo especiales".

(12) SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 421.

solicitante al acceso a los antecedentes eso únicamente el juez o fiscal y bajo el la condición exclusiva de determinar si el condenado se encuentra en supuesto de reincidencia o habitualidad. En ese sentido mantiene la naturaleza propia del artículo 70 del CP, puesto que con ella se *protege la información de los antecedentes de una persona rehabilitada.*

III. La rehabilitación del condenado como presupuesto del derecho a la prohibición de la comunicación de antecedentes

11 Para comprender de manera más precisa los alcances del *derecho a la prohibición de la comunicación de antecedentes*, debemos partir por señalar que la prohibición de comunicación de antecedente debe ser entendida como una consecuencia inmediata de la rehabilitación; solo cuando se ha declarado la rehabilitación se puede ser acreedor del derecho a la prohibición de la comunicación de antecedentes. En términos del propio artículo 70 del CP redunda que este derecho se obtiene producida *la rehabilitación.*

12 En ese orden de ideas, la rehabilitación constituye un *binomio* de *restitución de los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia y cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales.* Entonces la prohibición de comunicación de antecedentes es un correlato de la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales y, a su vez, una consecuencia de la restitución de los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. En ese entender debemos señalar que el proceso de rehabilitación y su futura prohibición de comunicación de antecedentes pasa previamente por ser declarado judicialmente al condenado con la categoría de rehabilitado.

13 En una interpretación sistemática, el proceso que produciría la prohibición de comunicación de antecedentes debe pasar primero por la declaración de la rehabilitación; es decir, verificado el cumplimiento de la pena o medida de seguridad, sin más trámite se debe restituir los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia, tal como reza el primer numeral del artículo 69 del CP , esto es, la comprobación del cumplimiento de la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad; y en segundo momento, como señala el segundo numeral del artículo 69 del CP, es la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales; en este extremo debemos precisar que las modificatorias recientes señalan adicionalmente que dicha cancelación será provisional hasta por cinco años; la provisionalidad es a fin de verificar si en ese periodo de tiempo no se presentará supuesto de reincidencia o habitualidad en contra del beneficiado

con la rehabilitación; por lo que, de trascurrir dicho plazo sin que el condenado no cometa nuevo delito, recién se podría decir que ha operado la cancelación definitiva.

14 En suma, verificado el cumplimiento de la condena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que se presenten otras formas de extinguir la responsabilidad (el sobreseimiento, prescripción, indulto, etc.); el juez de ejecución penal debe declarar la restitución de los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia; e inmediatamente generar la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Como señala la propia norma, esta cancelación es interina, pues para que se cancelen definitivamente dichos antecedentes penales, judiciales y policiales deben esperar el trascurso de cinco años.

15 Finalmente, como se puede advertir la rehabilitación es la concreción de dos aspectos; *restitución de derecho*[13] y *cancelación de antecedentes*. Pero este último, la cancelación de antecedentes, según el artículo 69 del CP, se difiere por el plazo de cinco años para que quede decisiva. Bajo este contexto, TORRES GONZALES ha referido que habría una rehabilitación provisional y otra rehabilitación definitiva[14], es decir, después del transcurso de 5 años desde el cumplimiento de la condena; afirmación que consideramos no correcta, porque la rehabilitación se produce inmediatamente se cumpla con la condena.

16 El hecho de que la cancelación se suspenda por el plazo de cinco años para ser definitiva no suspende el proceso de rehabilitación, la suspensión de la cancelación de antecedentes debe ser entendida como una medida legal para aplicar la reincidencia o habitualidad; dicha suspensión de la cancelación de antecedentes no arrastra la suspensión de la rehabilitación. La interrupción de la cancelación al plazo de cinco años no suspende el proceso de rehabilitación, solo aplaza sus efectos, es decir, extiende sus efectos al plazo de cinco años. Si en el plazo de cinco años de haber cumplido la pena, el rehabilitado comete un nuevo delito o nuevos, se le considerara reincidente o habitualidad, según sea el caso.

17 Las entidades que llegan a darle vida a lo preceptuado en el artículo 70 del CP, con base en la cancelación de antecedentes penales son tanto el Poder Judicial y el Ministerio Publico, donde su deber de actuar está ligado a la defensa de la Constitución y, en consecuencia, deben propulsar los fines especiales que

(13) La reincorporación de los derechos afectados con la sentencia, sumando a ello los derechos inhabilitados de ser el caso. Ver con más detalle este apartado en: RAMOS JUYO, J., *Derecho de ejecución penal y administración pública*, p. 139 ss.

(14) TORRES GONZALES, E., *Beneficios penitenciarios, cuestiones prácticas,* p. 232.

la norma constitucional preceptúa. Los oficios deberán ser enviados a cada autoridad correspondiente, tales como son:

18 • La Policía Nacional del Perú (PNP), que se encarga de registrar los antecedentes policiales.

19 • El Poder Judicial (PJ), que se encarga de registrar los antecedentes penales.

20 • El Instituto Nacional Penitenciario (INPE), que se encarga de registrar o anular los antecedentes judiciales.

21 La diferencia sutil pero de importancia evidente entre antecedentes judiciales y penales yace en que el primero hace alusión al registro o ingreso a un centro penitenciario (pudiendo ser con o sin sentencia), mientras que los antecedentes penales se presentan sí o sí con una condena firme y definitiva por parte del ámbito jurisdiccional pudiéndose ejecutar con o sin ingreso a un establecimiento penitenciario; con respecto a los antecedentes policiales, debido a la modificatoria que ya se implantó paulatinamente con el ingreso del nuevo Código Procesal Penal, llegó a presentar decadencia en cuanto a su importancia, debido a que se le quitó un poder trascendental en sus funciones, el cual era calificar la conducta como delito o no, trasmitiendo dicha facultad al Ministerio Público como titular de la acción penal.

22 El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00930-2014-PHC/TC-La Libertad fundamento trece que "A mayor abundamiento, este órgano colegiado recuerda a los órganos jurisdiccionales respectivos que se encuentran vigentes las Resoluciones Administrativas N°s 298-2011-P-PJ y 206-2014-CE-PJ, las cuales contienen o reiteran, respectivamente, la 'Circular sobre la debida cancelación de los antecedentes policiales como parte del proceso de rehabilitación automática', documento en el cual se prescribe que las autoridades judiciales deben tramitar, de oficio, la anulación o cancelación de los antecedentes policiales como parte del procedimiento de rehabilitación, conforme a las precisiones de la referida circular. La precisión que puede avizorar dentro de este fundamento es que obvia mencionar que el Ministerio Público también tiene el deber de ejecutar acciones tendentes a cancelar los antecedentes respectivos debido al cumplimiento de la condena o la declaración firme y definitiva de la inocencia del individuo que se sometió al proceso penal correspondiente y por ende establecer la rehabilitación según corresponda en el caso en concreto, puesto que no se podría concebir un tipo de rehabilitación sin ningún tipo de pena, como podría suceder cuando una persona ingresa a un centro penitenciario para cumplir prisión preventiva (antecedente judicial) y

al final resulte ser inocente de los cargos imputados, a menos que se conciba la prisión preventiva como un anticipo de pena. Algo evidente dentro de un sistema coherente y armonioso con las garantías constitucionales es el concebir a los antecedentes judiciales y policiales no como penas, sino como instrumentos accesorios de los que se vale el sistema de justicia para la aplicación del *ius puniendi estatal*, pero lastimosamente en nuestro sistema peruano son concebidas como penas, basando dicha premisa en el artículo 399 del Nuevo Código Procesal Penal.

IV. Jurisprudencia relevante

En el Perú, en relación a la trasgresión del derecho de prohibición de 23
comunicar los antecedentes penales, tenemos la solicitud de medidas provisionales presentada por los representantes de un grupo de víctimas en el caso del penal Castro Castro, contra el expresidente García Pérez, ante Corte Interamericana de Derechos Humanos[15], esta solicitud fue del año 2008. Solicitando expresamente que se aplique los alcances de los artículos 69 y 70 del CP.

Dicha solicitud tiene como referencia la amenaza que realizó el entonces 24
presidente García respecto de la publicación de una lista con los nombres de las personas que habrían sido detenidas y acusadas por delitos de terrorismo y traición a la patria, entre las que se encontrarían aquellas detenidas en el penal Castro Castro, en consecuencia, según los recurrentes constituiría una medida que pondría "en riesgo inminente no solo el proceso de reintegración a la sociedad [de esas personas y sus familias], sino también la integridad física, psicológica y seguridad de aquellos". Indicaron que los "hechos concretos [que han sido] perpetrados en el marco de la situación general que [supuestamente] se vive actualmente en el Perú y que será agravada de publicarse la lista anunciada por el Presidente García Pérez, hacen patente la situación de extrema gravedad y urgencia en la que se encuentran las víctimas sobrevivientes de la masacre de mayo de 1992".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió dicho pedido el 25
29 de enero de 2008, desestimando la solicitud, debido a la falta de acreditación de las afirmaciones sostenidas por los recurrentes. Se llega a desestimar la pretensión referida a la no publicación de los antecedentes penales que presentaban y su correlativa afectación a la reinserción social.

(15) Ver con detalles la sentencia en <www.corteidh.or.cr/docs/medidas/castro_se_02.doc>.

V. El derecho de la prohibición de comunicación de antecedentes y la discriminación

26 En nuestro medio, como en la mayoría de países, se ha abusado de la presentación de antecedentes penales, fundamentalmente al momento de solicitar como requisito no contar con antecedentes penales. Esta situación nos permite apuntar algunas premisas.

27 El condenado solo está obligado a informar los antecedentes que posee al momento de ser requerido. Ni el Estado ni nadie (persona, natural o jurídica) puede atentar contra este derecho.

28 Sobre el punto en cuestión, en mayo de 2018, se puso "en alerta" que en el Congreso de la Republica había sido contratada la señora Nancy Madrid Bonilla, quien en su tiempo fue sentenciada a 18 años de cárcel por terrorismo, por haber pertenecido al Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, y que los propios congresistas estaban escandalizados por dicha contratación y más de un congresista pidió que se solicite sus antecedentes penales para saber si dicha condena existía. Poniendo en clara evidencia el total desconocimiento del *derecho de la prohibición de comunicación de antecedentes.*

29 Casos como este deben ser los que nos lleven a recapitular la real naturaleza jurídica del artículo 70 del CP, que expresamente señala que: "producida la rehabilitación, los registros o anotaciones de cualquier clase relativas a la condena impuesta solo podrán ser comunicadas a solicitud del Ministerio Público o el juez"; bajo ese contexto legal, está prohibido pedir información sobre los antecedentes de personas ya rehabilitadas. Por ello, fijar, condicionar o establecer como requisitos, laborales, profesionales o de otra naturaleza, a la entrega de información sobre penas y hechos ya sometido a rehabilitación es un acto ilegal y de discriminación, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional[16]: "En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha precisado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional (STC N° 0045-2004-AA/TC, fundamento 20). Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un

(16) Expediente N° 05157 2014-PA/TC Puno, María Chura Arcata.

destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ('motivo' 'de cualquier otra índole') que jurídicamente resulten relevantes"

El derecho de la prohibición de comunicación de antecedentes no solo importa 30
que el Estado desvanezca los antecedentes del rehabilitado y que no lo pueda publicitar de ninguna forma; sino que esta garantía alcanza que el propio rehabilitado que no tiene la obligación de hacer referencia de dicha situación anterior. Obligar al rehabilitado a señalar la situación de sus anteriores condenas es ilegal.

VI. Bibliografía

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal.* Idemsa, Lima, 2016; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte general del Derecho Penal, adoptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal.* 5ª edición. Thomson Reuters, Madrid, 2015; RAMOS JUYO, Juan, *Derecho de ejecución penal y Administración Pública.* Grijley, Lima, 2016; SÁNCHEZ TORRES, Alexander, *Evolución y modificaciones de la reincidencia a propósito de la Ley Nº 30076*, En: *Gaceta penal y procesal penal,* Tomo 85, Lima, 2016; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª edición, Buenos Aires/Mondevideo, 2012; TORRES GONZALES, Eduardo, *Beneficios penitenciarios, cuestiones prácticas.* Idemsa, Lima, 2017; URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal práctico.* Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2016; VAELLO ESQUERDO, Espezanza, *Las consecuencias jurídicas del delito.* 3ª edición. TD editores, publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2006.

TÍTULO IV
DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

§ 71
Medidas de la seguridad. Clases

VICTOR GABRIEL DE OLIVEIRA RODRIGUEZ
Universidade de São Paulo
(Brasil)

Sumario

	Nm	P
I. Consideraciones iniciales	1	349
II. La idea de defensa y del individuo curable	11	351
III. El origen de la seguridad: el pensamiento positivista	13	352
IV. El correccionalismo: toda pena como intento de cura	22	355
V. La cura del delincuente a partir de la teoría de la evolución	25	356
VI. La intervención curativa bajo la influencia psicoanalítica	30	360
VII. La inimputabilidad y las neurociencias	36	363
1. Las neurociencias y el individuo delincuente	37	363
2. La meta: el *enhancement*	45	367
VIII. El derecho individual a rechazar la cura ante la medida de seguridad	51	369
IX. Bibliografía	58	372

§ 71.- Medidas de seguridad

"Las medidas de seguridad que establece este Código son:

1. Internación; y

2. Tratamiento ambulatorio".

I. Consideraciones iniciales

El Código Penal peruano contiene medidas de seguridad clásicas, es decir, 1
la internación y el tratamiento ambulatorio.

Lo que parece ser una división muy estable entre dos formas bien estruc- 2
turadas de provisión criminal es en realidad un *locus,* pues se trata de una distinción lingüística entre los elementos, con bordes no tan definidos. Los tratamientos ambulatorios y la internación se distinguen primordialmente por el estado del individuo inimputable, no por su acción reprochable en sí misma. En el primer caso, el tratamiento no priva al individuo de la capacidad de convivencia social; por el contrario, en el segundo caso, el cuidado debe ser constante e incluso, algunas veces, exige la vigilancia del individuo, cuando se considera que este es un peligro para sí o para la sociedad. Cómo se verá en los comentarios finales de este capítulo (Art. 77), la gran tendencia mundial

es la de disminuir al máximo la internación, o incluso extinguirla por completo. Pero eso es para el futuro.

3 En la confección topográfica del Código Penal, el legislador optó por definir primero las clases de medidas de seguridad y luego especificar los criterios para su aplicación. No parece el orden más lógico, pero, evidentemente, esta formulación solo está permitida por creerse que ya existe para el intérprete del Código Penal una diferenciación entre lo que es la pena y lo que es una medida de seguridad. Lo más sensato hubiera sido definir primero la medida de seguridad y, a continuación, disponer cuáles son sus clases.

4 Pero, al invertir este orden de cosas, en nuestra opinión, el legislador señala algo sobre el tema: que la acción prohibida cometida por el agente inimputable es menos importante que la medida de seguridad en sí misma. Esto significa que el cometimiento no es la causa efectiva de la medida de seguridad, sino un filtro, una condición para su aplicación. Así pues, si eso nos permite decirlo, el Código Penal demuestra, en este pequeño detalle topográfico, la idea de que la medida de seguridad no es, en su naturaleza más absoluta, una consecuencia legal/proporcional del delito, sino una forma de defensa social que pasa a la comisión de la ley punible.

5 Esta no es una característica exclusiva de la realidad peruana, sino de todo un sistema diseñado para hacer que el castigo sea efectivo. En este sentido, los artículos del título VI no pueden ser analizados individualmente, pero especialmente los artículos 71 y 72 se amalgaman en un orden lógico: causa de medidas y medidas de seguridad por sí mismas.

6 De ahí, el Código Penal establece un doble estándar para que las medidas se cumplan: que el agente haya ejecutado un acto descrito como delito y, por otro, que su peligro se extienda hasta el límite de la medida.

7 En relación con el primer requisito, debemos pensar en una cuestión sustantiva: cómo y en qué medida puede considerarse que un agente *no* responsable, para usar la frase del Código Penal, ejecute el acto como un crimen. Esta no es una cuestión bizantina, porque levanta la paradoja de un hombre que no tiene motivación, pero a quien se atribuye ser causa de un evento típico. Es difícil comprender las cosas de esa manera, porque si el individuo no tiene libre motivación, es solamente un eslabón de una cadena causal, y a un eslabón no se puede imputar ontológicamente el predicativo de "causa". Por ejemplo: de un menor que, por acuerdo con un autor detrás, acciona el gatillo de un revolver y quita la vida del individuo, ¿se puede decir que haya matado a

alguien? ¿Su condición de irresponsable penal autoriza a que ocupe el puesto de autor de un hecho delictivo, aunque inimputable?

Cuestiones como esas, son esenciales para la comprensión del puesto que ocupan las medidas de seguridad en el Código Penal, conllevan decisiones acerca de la teoría del delito misma, a la que sencillamente hacemos remisión. No cabría, en estos comentarios, regresar a la teoría del delito como un todo, ni a la normativa de la causación. 8

Pero sí merece la pena, a fin de iniciar estos comentarios sobre la respuesta penal a los inimputables, plantear dos preguntas muy fundamentales, cuyas respuestas pueden alterar mucho la: 1) primeramente, si su finalidad es *principalmente curativa,* o si más bien es una forma de alejar el individuo peligroso del convivio con la sociedad; 2) caso se pueda admitir que es una cura, si el individuo tiene *derecho a rehusarla,* es decir, rechazar esa "cura", o si su condición de inculpable le quita el derecho a consentir. 9

Para responder a la primera cuestión, hay que revisar las opiniones más radicales que hicieron que la finalidad del Derecho penal como un todo fuera sencillamente curativo o una forma de protección pura. Para responder a la segunda, se puede visitar las teorías que, desde hace mucho, preguntan cuál es el derecho del Estado de imponer la cura y hasta dónde se extiende el derecho del ciudadano en rechazar un tratamiento. 10

II. La idea de defensa y del individuo curable

Algunas codificaciones penales del mundo intentan indicar finalidades de la pena, pero ninguna de ellas, entre las cuales la peruana, osa definir el verdadero fin de la medida de seguridad. Lo único que se sabe, como anteriormente se ha dicho, es que ella parte del presupuesto de un individuo existente, pero incapaz de una decisión normativamente motivada. 11

El Derecho penal nunca fue pródigo en reflexionar sobre las medidas de seguridad, ya muchas veces intentó una toma de posición acerca del individuo que no es causa libre de su propia decisión. Fue así en las corrientes deterministas del pensamiento penal que se dividieron en dos fases: la primera, muy conocida, del positivismo primero, que indicaba la pena como fin social y como alejamiento del sujeto. La segunda, que hoy intenta renacer, es la del Derecho penal como forma de cura del individuo. Esta es más actual, frente incluso a los avances de la ciencia. 12

III. El origen de la seguridad: el pensamiento positivista

13 Son conocidas las primeras corrientes positivistas que, para nuestro sistema, apuntaron que toda pena tendría que ser una forma de defensa social, puesto que cada individuo criminal sería por sí mismo un no adaptado a la sociedad, de comportamiento desviante. Esa fue una comprensión derivada de la opinión primera de los positivistas de que las decisiones humanas eran determinadas por causas ajenas a la voluntad libre, lo que llamamos determinismo. Sus efectos serán transformar toda pena en la naturaleza de la medida de seguridad.

14 El debate de ENRICO FERRI se redundará en la discusión sobre cómo evaluar la severidad del acto criminal en un hombre no-libre. Esta es una nueva discusión que, sin embargo, tiene un tema clave para la impulsabilidad[1], para el cual su fórmula no es nueva: el hombre con la capacidad normal de utilizar la razón es el imputable. Aunque no libre en su querer, razona. Claro que eso implica otras preguntas a imponer a los deterministas, como: ¿qué es ese 'uso de la razón' que hace el sujeto imputable si no somos libres de construir nuestros propios pensamientos? O, incluso, saber si sería verdad que el cerebro que no razona tendría su propia razón, ya que, para los deterministas como FERRI, el individuo es esclavo del cerebro.

15 El trabajo del penalista italiano es, en cualquier caso, un hito para comprender la *función de seguridad* del Derecho penal, en la escuela positiva. Se convierte en la base principal de la función de seguridad del Derecho penal, y en este sentido encuentra coherencia: si la pena busca corregir tanto como sea posible y eliminar al individuo de la convivencia social, la libertad de querer puede ser suprimida. De ahí nace la medida de seguridad: la respuesta científica del Derecho penal al individuo que no razona.

16 El trabajo de GAROFALO, que marcaría la denominada fase criminológica de la escuela positiva, a su vez, confirma las principales pautas de los anteriores, aunque con la relatividad visible. Reconoce, por ejemplo, que en las teorías de LOMBROSO puede haber contradicciones[2] que entonces ya estaban señalados, pero en su obra da el testimonio personal de efectividad de las tesis del médico y sus seguidores, lanzando un desafío al lector: quién quiera, dice

(1) Diferencia entre imputabilidad potencial y efectiva. Un potencial es "capacidad para ser un autor moral, eso es razonable" y eficaz consiste "en" ser el autor, no solo razonable, pero también culpable, véase, FERRI, E., "La negazione del libero arbitrio". En: *La teorica dell'Imputabilità e La Negazione del Libero Arbitrio*, p. 470.

(2) GARÓFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, p. 72.

GAROFALO, que entre en una prisión cualquiera y, por las señales características que están en la obra de LOMBROSO, trate de identificar a primera vista a los condenados por robo y los encarcelados por asesinato. "Por mi parte", dice, "declaro que me equivoqué menos de dos veces en diez"(3). Si se nos permite una observación muy breve, para tratar de resumir lo que la experiencia personal de GAROFALO significa en el empirismo, hay que decir que, al tratar de encontrar elementos más amplios para el comportamiento criminal de imputables y de inimputables, sus observaciones son reduccionistas, a partir de un marcado intento de resumir el mundo a la causación empírica. Llega, por ejemplo, para encontrar el "mal humor" y "una falta de belleza" en los encarcelados(4), especialmente las mujeres, que, sin alcanzar el estatus de deformidad, apuntan como característicos los propios delincuentes, despreciando así la cárcel como un factor en sí mismo para esos rasgos individuales. Para GAROFALO, la causalidad de la acción del hombre depende de las características hereditarias y de la adaptación al entorno(5), de –siguiendo a FERRI– educación y medio ambiente(6), y, en mayor o menor medida, todos los criminales que cometen el delito natural, el que va en contra de los valores más grandes de la sociedad, *traen alguna anomalía psíquica*, incluso cuando hay suficientemente determinantes otros factores, como la raza, las condiciones geográficas y de vida(7). De esa forma, es herencia del positivismo la relación directa entre criminalidad y los disturbios mentales.

Es así que el positivismo busca traer para los límites de la enfermedad 17
cualquier tipo de desvío de comportamiento, sacando toda responsabilidad moral(8). Para GARÓFALO, incluso aquellos que ya apoyan el indeterminismo no

(3) El autor completa: "Lo que es indudable es que en las tres especies que acabo de indicar se distinguen por su fisionomía, y que si no tenemos el tipo antropológico del delincuente tenemos de seguro tres tipos fisonómicos de criminales, asesinos, violadores y ladrones". Ibídem, p. 75.

(4) "Esa mala cara indefinible que se ha convenido llamar **patibularia**". Ibídem, p. 83.

(5) Ya al principio de su criminología el autor lanza referencias complementarias a Darwin (p. 7) y muestra cómo la civilización humana tiene un sentido moral más profundo, casi perpetuo (cuyo delito resulta ser **ofensa natural**) y otra que depende de la fase evolutiva de cada pueblo. Para ilustrar, llega a Brasil, donde "la esclavitud aún no ha desaparecido". Ibídem, p. 12.

(6) La "influencia de la raza", así como la geografía, el medio ambiente, son en varios momentos recordados por el autor. Ibídem., pp. 85 y 533.

(7) Cf. Ibídem, p. 85. En un momento posterior dirá que ante el crimen del borracho "averiguar si la naturaleza del delito corresponde al carácter del agente, si la inhumanidad y falta de probidad del hecho está en relación con las inclinaciones del delincuente, de modo que la embriaguez solo los haya determinado y manifestado de manera ligera". Ibídem, p. 330.

(8) Para transcribir: "Sin enredarnos en la discusión del libre arbitrio, y concediendo que la persuasión que tenemos de esta libertad moral se extiende hasta hacernos creer que somos dueños de sentir y de pensar de una manera diferente de lo que sentimos y pensamos en un momento dado, todos comprendemos que el yo que se determina no puede ser causa de sí mismo y que el carácter se

radical tienen que revisar su posición, porque un juez no sería capaz de distinguir lo que sería la acción del delincuente debido a anomalías psíquicas, a la estructura de su cerebro o a su propia elección libre. Cualquier tipo de responsabilidad moral, dirá, es un "dique construido por el legislador para evitar perseguir el delito". La voluntad humana se guía por los factores más influyentes en la sociedad, las leyes que lo reconocen habrían experimentado, según el autor, un progreso inmenso. Esta teoría, dice, es el determinismo con el cual "están de acuerdo muchos pensadores, y que difunde más diariamente por los efectos del progreso del naturalismo"[9]. Selección, defensa y alejamiento de la sociedad son la semilla de la seguridad. Además, la función de la pena coincidiría con la ley de adaptación, quien confesamente se retira de DARWIN. El hombre es un ser social y pertenece a la sociedad sin haber firmado ningún contrato. Así que el individuo sabe que está en sociedad y así tiene que permanecer en su seno, "a excepción de los casos de anomalía" [10].

18 Esta es la denominada ley de adaptación, que hace que, para él, las penas se midan en consecuencia, de acuerdo con la capacidad del individuo para lograr o no volver al seno social. La idea de justicia humana por lo tanto tiene que ser la expulsión de cualquier concepto de igualdad y no puede hacer otra cosa que imitar la naturaleza[11], excluyendo organismos inadaptables.

19 Para fijar la pena, por lo tanto, es casi totalmente prescindible el criterio cuantitativo del delito. Esto serviría, si es así, para desentrañar el impulso criminal y, sobre todo, la capacidad de resistencia a ella, el "freno apropiado a la naturaleza especial"[12] de todos los delincuentes. La respuesta del Estado al criminal tiene entonces la función específica de producir una disminución progresiva del crimen, y debe satisfacer cada tipo de *anomalía delincuente*. En

encuentra constituido por una serie de actos anteriores ignorados por nuestra conciencia en el momento de la determinación. De otro modo, habría que convenir en que todos los hombres realizan a cada instante un verdadero milagro (...)". Ibídem, p. 312.

(9) "Ante todo, no admite duda que este principio pone a la legislación bajo la tutela de la filosofía dominante en un momento dado. Para el determinismo (y quien haya leído las páginas precedentes debe estar convencido de ello) todo delito, lo mismo que toda acción buena, malvada o indiferente, es un efecto necesario, una manifestación de la voluntad influida por un motivo que predomina sobre los demás, por el carácter especial del individuo". Ibídem, p. 315.

(10) Ibídem, p. 271.

(11) Y sigue: "Y así como en un hospital no se gradúan los remedios que se prestan a un enfermo en razón a la mayor o menor posibilidad que haya tenido de evitar las causas de su enfermedad, del mismo modo no puede medirse la intensidad y la duración de la reacción por las fuerzas internas de resistir los motivos del delito". Ibídem, p. 359.

(12) Ibídem, p. 351.

resumen, los infractores más serios tienen que ser excluidos[13] de la sociedad, y los demás, que demuestran la posibilidad de hacerlo, deben ser forzados a la adaptación. Todo sistema de penas debe descifrar o identificar el grado de peligro criminal, de modo que el grado de reacción se encuentre vinculado a dicho peligro. Es decir, optar por la eliminación del criminal o, si es posible, otro tipo de sanción que pueda incentivar a los condenados a que vuelvan a las condiciones de convivencia social.

20 Con este complejo teórico confesamente inspirado en el determinismo biológico, GAROFALO expone muchas de las concepciones y argumentos que renacerán contemporáneamente, y que no podemos dejar de identificar como trasfondo de las medidas de seguridad aún al día de hoy: la sociedad como cuerpo biológico que tiene que reaccionar contra "la violación de las leyes que regulan sus funciones naturales"[14], la necesidad de erradicar la convivencia social de aquel que no puede entender sus reglas, o el riesgo de instrumentalización del acusado cuando se pretenda hacer uso de la prevención general[15].

21 Muchas otras teorías positivistas podrían traernos la idea de un Derecho penal que tiene como principal móvil la cura o la inocuización de un individuo criminal, lo que nos identifica con lo que hay hoy en las medidas de seguridad, a partir de la consideración de inimputabilidad. La idea, empero, del derecho de cura en general también se renueva hoy, pero ya estuvo más radical. Es lo que se comenta adelante.

IV. El correccionalismo: toda pena como intento de cura

22 Sin tratar de retribución, el Estado puede intervenir en el individuo no para alejarle del convivio social, sino para curarlo. Eso significa imaginar que el cometimiento delictivo, sumado a la asertiva médica de incapacidad de actuar libremente o de comprender el alcance de la norma, implican una inclinación al mal, que puede ser revertida vía un tratamiento.

(13) En muchos extractos GARÓFALO defiende la pena de muerte como única forma de excluir a aquellos que no pueden ser parte del entorno social porque son absolutamente inadecuados, por ejemplo: "(...) no se alcanza la razón de conservar la vida de estos seres nocivos, que no pueden volverse a admitir en el consorcio social; no se comprende el objeto de conservar la vida animal de estos individuos; no puede explicarse por qué ha de soportar el país un gasto importante para que gocen una existencia fácil y segura". Ibídem, p. 499.

(14) Ibídem, p. 264.

(15) "El culpable es entonces un instrumento, su pena no se impone por los delitos probables de otros, sino que se dirige a él personalmente, es apropiada a su individualidad, podrá servir de ejemplo de intimidación por un efecto natural, cuya consideración no debe determinarla". Ibídem, p. 361.

23 Son distintas las consecuencias de ese pensamiento, en especial la idea de que exista una posibilidad de intervención curativa, y de que se pueda convertir el ser humano en alguien con una personalidad en patrones normales, volcado al cometimiento del bien.

24 Esa fue una tendencia en la segunda mitad del siglo XIX e inicios del XX, nacida de la misma base darwinista, pero perfeccionada a partir del contacto de los penalistas con las teorías psicológicas, en especial el psicoanálisis. Comprender brevemente esas dos tendencias del pasado nos pueden ayudar a entender el estado actual de esa forma de respuesta penal del Estado, pero especialmente pensar en el futuro, es decir, qué habrá cuando las neurociencias puedan imponer curas concretas a comportamientos delictivos.

V. La cura del delincuente a partir de la teoría de la evolución

25 El profesor de Salamanca, DORADO MONTERO fue objeto de gran controversia porque, en España de su época, la defensa de las teorías deterministas, en especial de la teoría de la evolución darwiniana, estaba expuesta a la censura eclesiástica.

26 Fue conocido el debate salmantino, a partir del padre TOMÁS CÁMARA, que, en 1897, escribió[16] una carta pastoral titulada *Determinismo: antropología criminal*, en crítica a esa posición determinista de DORADO, que pensaba que el individuo –mismo el imputable– es incapaz de decisiones libres. Este determinismo absoluto, dirá después JIMÉNEZ DE ASÚA, encuentra en el pensamiento de Dorado la ventaja de no caer en los errores de los positivistas para sustituir la negación del libre albedrío por la teoría de la responsabilidad social. Para JIMÉNEZ, DORADO combina el positivismo y la corrección protectora del delincuente, y eso es lo que eleva su conocida obra *Derecho protector de los criminales* a un "auténtico tratamiento protector del porvenir"[17], proyectando toda pena como forma de intervención curativa. Una exageración a la función de

(16) LIMA TORRADO relativiza ese determinismo de DORADO, pero parece ser voz única: "Ni es entonces Dorado absolutamente determinista –pues no niega el libre albedrío– ni tampoco es absolutamente indeterminista, pues afirma que hay una serie de factores que condicionan –incluso muy fuertemente– la acción del hombre. Pero como la vida social, en la evolución histórica, se va haciendo cada vez más espiritual y cada vez menos brutal, y regida por leyes físicas, el hombre va ganando en campo de actuación de su libertad, esto es, va teniendo cada vez más libre albedrío –por así decirlo, como consecuencia de su progresiva racionalización–.". LIMA TORRADO, J., "El problema del libre albedrío en el pensamiento de Dorado Montero". En: *Doctrina Penal* N° 1-4, pp. 726 y 732.

(17) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*. Volumen II, p. 139.

la pena, que entre tanto ejerce gran influencia en lo que ahora es resquicio de ella: la medida de seguridad como manera de imponer la cura.

DORADO, de hecho, es la figura más representativa de la correccional positivista[18], y su obra refleja el determinismo naturalista[19] influenciado por el krausismo[20] tan floreciente en España desde ese momento[21], pero avanza en el humanismo retirando de toda ley penal cualquier tipo de sanción como 27

(18) DORADO se inspira en Antonio MARRO, que piensa tan o más importante que LOMBROSO, para estudiar el positivismo, pero trata de superar este pensamiento en su sentido más primitivo. Pero incluso observando el positivismo incipiente en ella se identifica y elogia que "la nueva escuela [reclama] la existencia de algunas instituciones encaminadas a curar los delincuentes: por ejemplo, los manicomios criminales, los asilos para la infancia abandonada, las colonias penitenciarias, etc.". DORADO MONTERO, P., *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana. Primera parte: el Derecho penal*, p. 137.

(19) Jerónimo MONTES, catedrático eclesiástico del Colegio Escorial, ocupó en su tiempo dos teorías de **prevención especial**, la teoría correccional y la psiquiátrica. Sus palabras valen: "Los sistemas caracterizados por la prevención especial nos presentan, a su vez, otras dos teorías, de que ahora vamos a tratar, son la de la corrección o la enmienda y la psiquiátrica, por ser la corriente seguida por muchos médicos alienistas inspirados en las doctrinas lombrosianas o en las ideas materialistas del determinismo". MONTES LUENGOS, P. Jerónimo, *Derecho penal español*. Volumen I, p. 131.

(20) Vale recordar que las teorías de Karl KRAUSE tienen influencia enorme en España. Allí entró, según disertación de Heredia, la obra de Julián Sanz del Río a finales del siglo XXI. Sin embargo, los críticos dicen que su teoría no fue completamente entendida, a pesar de que era lo suficientemente válida para dar forma a las ideas de libertad y, en el campo penal, el sello de la pena como venganza. Habrá quienes levanten la generación de Francisco de Vitoria en el siglo XXI; al postular los mismos ideales en la práctica, debe entenderse como un krausista. La Controversia así se explica: "terminamos esta primera parte haciendo referencias a la cuestión de la ONU particularmente interesante, objeto del aún y el fenecidas discutible. Nos referimos a la polémica tesis de la raigambre hispánica del krausismo. ¿Deben o no deben ser comprendidos los krausistas dentro de aquella corriente de pensamiento española, típica y fértil, que arrancando de las Universidades de Salamanca y de Alcalá, de Luis Vives y Luis de León, de Alonso de Castrillo y de Francisco de Vitoria, de Teresa de Jesús y Luis de Granada, de Soto, Cano, Báñez, Suárez..., se ha caracterizado por su consistente apresto democrático y liberal, religioso y humanista?". O fato, entretanto, é que os krausistas espanhois exerceram influencia na condução da nação espanhola no fim do séc. XIX: "Con la Revolución de Septiembre se inaugura la época dorada del krausismo histórico, cuyo esplendor se mantiene prácticamente intacto hasta la caída de la primera República. Durante este periodo, los krausistas gozaron de un gran predicamento social y de un fuerte poder político, circunstancias que ellos aprovecharon para influir, sobre todo, en la organización de la enseñanza, en la vivificación del espíritu y en la orientación política general del país". HEDERIA SORIANO, A., *El krausismo español*. Disponible en <http://www.ensayistas.org/critica/generales/krausismo/introd.htm>. Entre os influenciados pelo krausismo, naquele tempo, estará Dorado Montero. Para Jerónimo Montes, depois de encontrar em Platão sua mais remota origem, diz sobre a teoria correcionalista que "En la época moderna, se halla envuelta en las nebulosidades de la filosofía de Krause, fue aclarada y desarrollada por su discípulo Ahrens, y organizada como nuevo sistema penal por Roeder". MONTES LUENGOS, P. Jerónimo, *Derecho penal español*. Volumen I. *Op. Cit.*, pp. 133-134.

(21) Recásens Siches dá grande realce ao krausismo espanhol, lembrando que foi mais que um movimento filosófico, senão cultural. Para ele, "No es de extrañar, pues, como algunos han creído, que Krause, que tan escasa resonancia obtuvo en su patria alemana, llegara a ejercer en España una influencia considerable y prolongada, porque el krausismo español no ha de ser enfocado como un mero producto de filosofía sistemática, sino como una corriente espiritual renovadora, en la

retribución *o incluso inocuización pura y simple, sino exclusivamente un elemento de mejora de carácter y comportamiento social.* De ahí la incredulidad en la libertad de la voluntad[22] y la determinación[23] de factores externos (sociales) e internos (psíquicos) para las acciones humanas[24], muy quizá debido a su ateísmo casi en absoluto[25] asumido, y su relativismo moral elevado al extremo interesante de no ver en la diferenciación entre más justo e injusto más que creaciones humanas y asociaciones criminales cualquier esencia diversa del Estado, de la "sociedad justa por excelencia"[26]. Esto es lo que le hace oponerse a la medida segregadora, simplemente porque no tiene efecto social, no es curativa y el autor ilustra: *las medidas higiénicas, dice, no son remedios terapéuticos*[27]. En segundo lugar, reconociendo las buenas semillas liberadas por la corrección de RÖDER y su *Besserungstheorie* –la tutela regenerativa de los delincuentes[28]– pero con dos críticas esenciales: RÖDER consideró al delincuente como un enfermo sin tener en cuenta adecuadamente el *causas criminales*, que están

cual flotaron, con ejemplar libertad, muy variados elementos". RECASENS SICHES, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, p. 20.

(22) Concepción ARENAL, também conhecida por defender o correcionalismo, defendia que ele deve ter um mínimo de vontade livre. Daí crer melhor utilizar, em seu idioma, o vocábulo *enmendar* em lugar de *corregir*. Para a professora, "Ya porque la palabra corregir se aplica indistintamente a cosas y a personas, lo cual no sucede con la de enmendar, ya porque esta expresa un acto que no puede realizarse sin el concurso de la voluntad del sujeto, la enmienda es una cosa más intima, más interior que la corrección; para enmendar es necesario corregirse". ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, p. 208.

(23) Cabe señalar que los factores biológicos más radicales son impugnados vehementemente por el salamanco: "Claro parece que la existencia real del delincuente llamado 'nato' y del correspondiente 'tipo criminal' quedan desvanecidos". DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales*, p. 59.

(24) Corté uno de los fragmentos que creo más representativo: "La raza a que uno pertenece, el temperamento que tenga, el organismo fisiológico y psíquico que le haya sido transmitido, el mayor o menor desgaste de su sistema nervioso... Todo, en fin, lo que el hombre es, independientemente de su voluntad, y todo cuanto le rodea, son otros tantos elementos que contribuyen, cuando juntos cuando separados, a determinarle a obrar en este o en el otro sentido, a que sea delincuente o a que no lo sea". Ibídem, p. 335.

(25) Dice justo al principio de su trabajo de capital en la correccional que no sabe si Dios creó al hombre, "pero lo que sí es posible afirmar, en cambio, es que los hombres tienen aptitudes para crear a Dios y el mundo a su propia imagen y a su placer". Ibídem, p. 7.

(26) En sus palabras, "Yo pienso muchas veces en las llamadas asociaciones de malhechores, y veo en ellas una imagen de cualquiera otra asociación de las llamadas lícitas, y principalmente del Estado, la sociedad justa por excelencia, la encargada precisamente, según se dice, de implantar en la vida el reinado del Derecho". Ibídem, p. 33.

(27) "Las medidas de higiene no son remedios terapéuticos. Ni representan tampoco curación o restauración de los tejidos lesionados el colocarse una venda antes que la lesión se haya producido (...). Por eso he entendido siempre que las llamadas penas preventivas, como las intimidadoras o ejemplares, las de seguridad y las correccionales, cuyo objetivo es oponerse a los delitos posibles y temidos, no son penas propiamente, traducción de la responsabilidad penal, sino verdaderas medidas de precaución, análogas a todos los demás de su clase". Ibídem, p. 113.

(28) cf. Ibídem, p. 190.

sobre una base congénita, que puede ser naturalísticamente investigado y ser determinado[29]. La propuesta correccional de DORADO, a su vez, está impulsada por la posibilidad de conocer verdaderamente la razón de la acción humana, que es el resultado de *querer*, y el deseo, aunque en casi su totalidad ignorado por el individuo[30], es básicamente determinable. Pero que no se preocupó de encontrar los motivos determinantes de la voluntad criminal[31], que DORADO cree residir en bases psicosociales[32], RÖDER y los de su tiempo no alcanzaron el "correccionalismo criminal hoy el del porvenir", en el que la pena no se encuentra en el delito, ni medido por la cantidad o severidad de esta, sino "por los consejos sociales transitorios que de su empleo sí experimenta"[33]. La pena es la corrección del ciudadano que lo necesita, para que alcance un final social solamente, de modo que, en el extremo, "hay delitos sin delincuentes y delincuentes sin delitos". La función criminal, dirá, debe renunciar al crimen completo, la perturbación del orden o el derecho, para buscar al delincuente[34], por tan solo una voluntad dirigida[35] al mal. Este es, en nuestra opinión, el peligroso final al que llega Dorado, manteniendo el posicionamiento de la pena correccional, que el régimen pedagógico[36] y el tratamiento[37], como se

(29) En su ilustración, "la voluntad del toro bravo ha de hallarse ligada con su bravura, y esta bravura ha de ser natural, congénita, con base orgánica". Ibídem, p. 209.

(30) Ibídem, p. 211.

(31) Ibídem, p. 194.

(32) ONECA confirma que la diferencia básica entre RÖDER y DORADO está en el determinismo que asumió, y observa: "Pero desde el momento en que basó Dorado su Derecho protector de los criminales en la hipótesis determinista, colocando en el mismo plano al niño y al adulto, al sano de mente y al loco, hubo de renunciar la idea de responsabilidad, alejándose considerablemente de Röder y de los demás correccionalistas, quienes concebían al delincuente como hombre libre para dirigir su voluntad hacia el bien, así como la había dirigido anteriormente en el sentido del mal". ONECA, J., "La teoría de la pena en los correccionalistas españoles" (orig. 1960). En: *Obras I*, p. 169.

(33) DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales. Op. Cit.*, p. 227.

(34) Cfr. Ibídem, p. 252.

(35) En otro trabajo, DORADO le explicará que "no es toda y cualquiera intención, sino precisamente la que se califica de mala, única que presupone peligro por parte del sujeto en que ella reside. Todos los actos humanos, para que puedan recibir la consideración de tales, tiene que ir animados por la intencionalidad, que vale lo mismo que decir por el estímulo o el aliciente de finalidad, más o menos inmediata". DORADO MONTERO, P., *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, p. 160.

(36) En la obra más reciente de dorado encontramos su definición de "educación", que no resulta de imponerse una personalidad. Lo que si hace es establecer un libre desarrollo de la personalidad en la educación. Como en su teoría correccional DORADO se refiere especialmente a la educación, uno tendría que preguntar cuál es el límite exacto de esa Libertad, en vista del hecho de que su trabajo de capital denota la carencia de él por completo. Eso es porque, si DORADO viene a defender que –digo, no lo hace expresamente– un libre albedrío solo en lo que tiene la tendencia delincuente, casi equivale al RÖDER criticado, con la única diferencia que, para el alemán, el acto delincuente es un elemento de castigo. Cfr. DORADO MONTERO, P., *El derecho y sus sacerdotes*, 1909, p. 552.

(37) Cfr. DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales. Op. Cit.*, p. 387.

aplica al delincuente juvenil, es el norte más grande que se perseguirá en el Derecho penal como un todo. Un potente Derecho penal de medidas de seguridad, pero que visa solamente la cura.

28 Cuando cuidamos de las medidas de seguridad a los inimputables, al día de hoy, no se puede, al contrario de lo que hizo Dorado, defender que la intervención penal pueda prescindir del delito (como mejor se comentará en el artículo al analizar el Art. 72 del Código Penal), pero es verdad que existe la tendencia a la anticipación de la intervención curativa. De alguna forma, es el renacer de ese primer momento correccionalista.

29 Ese correccionalismo se va a apurar un poco más cuándo las teorías psicoanalíticas vengan a tomar forma. Para el mundo hispánico, fue en el trabajo de JIMÉNEZ DE ASÚA que hubo más intensa difusión de esas ideas.

VI. La intervención curativa bajo la influencia psicoanalítica

30 Conforme adelantamos, el autor que va a agregar a lo que es la medida de seguridad hoy, en los términos que vamos plantear, es JIMÉNEZ DE ASÚA, con su idea de cura a partir de las teorías psicológicas. El penalista se confiesa un mero observador de teorías criminológicas y psicoanalíticas, pero todavía profundiza en ellas, casi medio siglo después de Dorado. Más que referencias a las teorías psicológicas que aparecen en su extenso tratado, JIMÉNEZ discute específicamente el tema en su obra "psicoanálisis criminal", por primera vez editado en 1940, Argentina. Esa obra es muy interesante para comprender en lo que se inspira la idea de cura, hoy reservada a los inimputables. En la monografía, el profesor español compara, por un lado, las teorías psicoanalíticas de FREUD y sus seguidores y, por otro, la teoría de la "psicología individual" de ADLER, exaltando como la más adecuada para la aplicación en la interpretación del comportamiento criminal y en las formas de su corrección.

31 Para JIMÉNEZ, las teorías psicológicas[38] en general, cuando se transportan al análisis del delito, imponen una interpretación *etiológica* de él. A continuación,

(38) El gusto de JIMÉNEZ para la interpretación psicológica del delincuente se observa en varias ocasiones. En su compilación *Crónica del crimen*, al describir varios casos concretos, lanza repetidamente frases del contenido: "En tan extraño episodio criminal, solo debió tener voz la psiquiatría (*La defensa del Vampiro de Düsseldorf*, p. 143)", "La personalidad de Smith importa más que sus crímenes (*A sangre fría*, p. 173), "El médico con sus conocimientos del cuerpo y de la mente de los hombres, y el pedagogo con sus estudios de educación, han de ser llamados para que informen sobre el ejemplar humano que ha perturbado la paz social (*Peligros de la peligrosidad*, p. 253), entre tantos autores. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Crónica del crimen*.

se muestra que, en busca de estas *causas* del delito, la contribución más representativa del psicoanálisis freudiano será la definición de los diversos "complejos", que nacen en la vida psíquica infantil, de manera inconsciente, y pasan a la conciencia con distintas "formas compensatorias". Por lo tanto, expone con un cierto detalle el hoy conocido "complejo de Edipo", "complejo de Electra" o el "complejo de castración", para afirmar que, para el psicoanálisis, subyace en el delincuente un "sentimiento de culpa", lo que hace que trate de deshacerse de la ofensa y luego, *inconscientemente, en lugar de temer la pena, el criminal la desea*(39). Por lo tanto, el sentimiento de culpa precede al delito, no es su consecuencia. A través de un largo análisis de los principios psicoanalíticos, además de FREUD, el autor en ellos encuentra la superación de la negación de la libre voluntad totalitaria que había, por ejemplo, en FERRI, quien se refería a la responsabilidad del mero hecho de vivir en sociedad. Por el contrario, para los buenos psicólogos, las acciones del hombre obedecen una constelación heterogénea de motivaciones(40), consciente o inconsciente. Con eso, la clave para la imputabilidad, que aquí nos interesa particularmente, sería: todo lo que sea *consciente* debe contar para la responsabilidad penal, aunque la acción sea determinada por el conjunto de estos dos planes.

Paralelamente al psicoanálisis freudiano, el trabajo de JIMÉNEZ DE ASÚA se 32
direcciona a la psicología individual de ALFRED ADLER, que clarifica los fenómenos animistas a través del "complejo de inferioridad", que la individualidad intenta superar, en un proceso de "sobrecompensación", lo cual conduce a conflictos internos y externos. Para ella, la ofensa es originada por el mundo circundante y por la reacción de la personalidad a este mundo, también en una nueva concepción determinista. JIMÉNEZ DE ASÚA se vuelve entusiasta *Individualpsychologie*, en la escuela adleriana, porque esto toma más en cuenta el "desaliento social"(41).

El profesor de Madrid era, verdad, muy crítico con las concepciones 33
que llevan todo el psicoanálisis o psicología individual a la esfera de la

(39) "El complejo de Edipo hace surgir el sentimiento social de culpabilidad. El poseedor de este sentimiento, que no está satisfecho de sus deseos criminales, comete un acto criminal y exige para él una pena, con el designio de aplacar la consciencia delictiva de la culpabilidad reprimida. El sentimiento de culpabilidad y la autopunición preceden al acto delictivo y no son solo su consecuencia". JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Psicoanálisis criminal*, p. 307.

(40) "La psquiatría y la psicología contemporánea constatan una realidad menos atractiva: el condicionamiento (psico-social) cada vez más agudo del individuo, atado a una cadena de pulsiones incognoscibles y reacciones no empadronables, de densa carga instintiva, sumido en una situación estructural de inestabilidad". FERNÁNDEZ, G., "El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal". En: *De las penas: libro homenaje a Isidoro de Benedetti*, p. 224.

(41) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Psicoanálisis criminal. Op. Cit.*, p. 273.

responsabilidad penal. Pero creía que la *Individualpsycologie* aportaba soluciones al Derecho penal. Porque si el criminal es un "un ser activo contra el complejo de inferioridad"[42], no rechaza cualquier tipo de sanción-castigo u otro efecto intimidante[43], porque la retribución y la intimidación solo agravan el problema en el delincuente. Por lo tanto, *toda respuesta penal debería buscar la educación*, y eso explica, entre otros, la quiebra total del sistema penitenciario, que el autor enuncia en alabar la experiencia de la "Colonia de Bolchevo", en la Rusia soviética, donde los delincuentes están "sometidos a tratamiento correccional y de trabajo, pero de modo que no se destruyan en ellos los sentimientos de comunidad y relación"[44]. Su tesis principal, entonces, es seguir el dictado del psicoanálisis como una manera útil de explicar las causas del crimen, pero solo la psicología social para justificar la intervención penal del Estado, que debe *abolir* cualquier resultado intimidatorio-expiatorio[45] para recurrir a la educación. Y luego se pone de acuerdo con DORADO MONTERO, en el sentido de que el futuro[46] reserva un derecho de protección de los criminales, y que "el delito nada valdrá en sí, y solo habrá que atenderse al estado peligroso del sujeto"[47]. Luego, los jueces serán verdaderos médicos sociales, que tendrán amplio espectro para fijar las sanciones que corrigen, porque la defensa social solo existe como carácter educativo y protector.

34 Llega, incluso, a profundizar DORADO MONTERO, para decir que "Yo voy mas allá. *Nuestro Derecho será cancelado y solo la Criminología, ciencia causal-explicativa, completada con remedios, imperará en el futuro.* Acaso se me diga que esta

(42) Ibídem, p. 261.

(43) "La intimidación fortifica la hostilidad del hombre contra la sociedad. Por eso debe suprimirse toda tendencia intimidante". Ibídem, p. 275.

(44) Ibídem, p. 291.

(45) Ibídem, p. 292.

(46) POLAINO es crítico en la observación de JIMÉNEZ DE ASÚA a las ideas de DORADO MONTERO. Si bien hay un "exceso de entusiasmo científico", la aceptación JIMÉNEZ del correccional es gradual, proyectada al futuro, casi utópica. Para JIMÉNEZ, lo más importante es que las *salvaguardias y assecuratórias* "como se comprueba en la evolución histórico legislativa del Derecho comparado, paulatinamente han ido ganando terreno a las penas y sucesivamente prevalecerá sobre ellas en aras de una más progresiva protección de la sociedad y de los criminales". POLAINO NAVARRETE, M., "Sistema de penas y medidas de seguridad en el pensamiento de Jiménez de Asúa". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, jun. 1986, p. 549.

(47) Sigue a JIMÉNEZ, postulando cuáles son los principios ya clásicos de la escuela correccional: "Los nuevos jueces, verdaderos 'médicos sociales', gozarán del más absoluto arbitrio en la aplicación de esas medidas, y los establecimientos penitenciarios se demolerán, para construir en su puesto reformatorios, instituciones pedagógicas y tutelares y asilos curativos". JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Psicoanálisis criminal. Op. Cit.*, p. 314.

es una utopía. Rechazo la imputación. De ningún ideal puede decirse que es ajeno a este mundo"[48].

En este sentido está un recorte del origen de lo que es hoy la medida de 35
seguridad: una intervención penal anclada en un derecho de defensa, que, por un lado, debe promocionar la inocuización del individuo inimputable peligroso, pero, mucho más, buscar su cura. Hasta un futuro en que, al menos como preveían anteriores penalistas, solo habría medidas de seguridad, sin punición. No sabemos si ese futuro llega, pero la verdad es que no se puede estudiar, a día de hoy, un sistema de respuesta penal al inimputable sin hacer la correspondiente transición. Es decir: si en los tiempos de Jiménez de Asúa la psicología tenía lugar como gran promesa de cura de los comportamientos desviantes, hoy son las neurociencias que asumen esa tarea. Comentamos sobre ellas enseguida.

VII. La inimputabilidad y las neurociencias

La idea de un Derecho penal de puras medidas de seguridad se agrava 36
con la evolución de las neurociencias. La posibilidad misma de que la ciencia consiga comprobar que las decisiones son tomadas no por un sujeto libre, sino por pura combinación neuronal puede traer dos consecuencias muy distintas, en términos de las medidas de seguridad: primero, que se considere que todo delincuente es inimputable, porque responde a impulsos de su cerebro y no cualquier forma de carácter; segundo, que se haga una intervención curativa en todo individuo. Son tendencias que solo hacen renacer los distintos aspectos del correccionalismo del pasado, pero que cabe rápidamente analizar en esos dos aspectos anteriores.

1. Las neurociencias y el individuo delincuente

La evolución de la neurociencia va, poco a poco, demostrando que, de 37
hecho, no por la mera asunción de la observación anatómica del pasado, se puede atribuir a cada región del cerebro una función muy específica en el comportamiento. El progreso de estas investigaciones para mapear y encontrar cada una de las regiones donde se procesan percepciones y pensamientos. Eso destruye la idea primera de separación entre mente y cuerpo, que, como

(48) Jiménez de Asúa, L., *La ley y el delito*, p. 81.

vamos a observar más adelante, tiene su lugar en los fundamentos del Derecho penal, incluso para la atribución de responsabilidad por la imputabilidad[49].

38 El problema es que nuevos experimentos progresan aún más esta función, para demostrar que no solo la separación entre cerebro y mente[50] no existe en la naturaleza, como un ser intangible que se superpone a lo físico, sino que no es el cerebro solamente un órgano donde se encuentra todas las ideas. La concepción de que los demás órganos son un centro de percepción mientras que el cerebro es un centro de decisión también tiende a ser superada.

39 Los estudios revelan la falsedad, en primer lugar, de la existencia de un *sitio cerebral integral*, un área en el cerebro en la que toda la información que viene del cuerpo se reuniera, de modo que *diseño* la realidad, con la mezcla de la imagen, el sonido, el olfato, el tacto, como en un escenario grande o en una pantalla de cine, que DENNETT, para negar su existencia, nombró *Cartesian Theater*, el teatro cartesiano[51]. El sistema cerebral procesa varias informaciones distintas, y no hay cualquier sitio específico en que todas ellas se vengan a recomponer, donde se pueda proyectar ese 'yo' decisor, sino como simple ilusión[52]. Los estudios del cerebro ya permiten mapear las áreas del córtex responsables cada una de ellas por un comportamiento específico[53], sin que

(49) Véase, en este sentido, nuestro: RODRÍGUEZ, V., *Livre arbitrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, especialmente pp. 86-92.

(50) Tenemos que definir, como una cuestión terminológica inicial, que el término **mente** tendrá que ser utilizado en el mismo sentido de **espíritu**, ambos correspondientes a la *Geist* alemana. La reticencia a identificar los términos **mente** y **espíritu** como equivalentes es un problema tal vez vinculado a la tradición religiosa, que se niega a hablar de **espíritu** cuando es solo una libertad única del cuerpo. Esto, tal vez, a causa de cierta aproximación entre **espíritu** y **alma**. Esta dicotomía conduce al término **mente**, ya sea en el lenguaje común asociado con la racionalidad, solo en el cerebro. Tenga en cuenta que el idioma inglés otorga la palabra **mente** un significado mucho más cerca de la *Geist* alemana que a nuestro significado portugués (en sentido común) de la palabra "mente" como "capacidad de razonamiento". En **mente** o **espíritu** habrá un elemento metafísico externo al cerebro físicamente determinado.

(51) Este filósofo exhibe por fin sobre la falta de dualismo cartesiano en su *Consciousness Explained*. Para él, "The Cartesian Theater is a metaphorical picture of how consciouss experience sit in the brain". E, ainda depois de opor-se ferozmente a esse dualism, Dennet alerta, referindo-se aos neurocientistas: "But as we shall see, the persuasive imagery of the Cartesian Theater keeps coming back to haunt us –laypeople and cientists alike– even after its ghostly dualism has been denounced and even exorcized". DENNETT, D., *Consciousness Explained*.

(52) Como explica DAMÁSIO, "Talvez seja mais proveitoso pensar que nosso forte sentido de integração mental é criado a partir da ação concertada dos sistemas de grande escala, pela sincronização de conjuntos de atividade neural em regiões cerebrais separadas – na verdade, em truque de sincronização". DAMÁSIO, A., *O Erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*, p. 123.

(53) Esta cartografía parece bastante desarrollada por ROTH en su artículo "The Evolution and Ontogeny of Consciousness". Por supuesto que habrá muchos otros estudios que lo hagan, porque siendo objeto de investigación de un sinnúmero de científicos, pero las otras intervenciones de ese

cualquiera de ellas concentre todas las demás, lo que, para algunos especialistas, sigue siendo un misterio: como afirma Singer, la intrincada pregunta de cómo todos los procesos de asimilación de la realidad simultáneamente se pueden coordinar(54). Esa pregunta no es esencial, como vamos a tratar en los comentarios a los artículos posteriores, en términos de imputabilidad, ya que, para afirmarla, hay que tener alguna evidencia sobre la capacidad humana de comprender los estímulos y de decidir acerca de ellos. Pero ¿dónde está eso en el cerebro?

Hay investigaciones que indican que, si no existe en el cerebro ese *teatro cartesiano*, hay algo como un *centro coordinador de la voluntad*. Es el caso de los experimentos de Henrik Walter, quien, a partir de estudios con personas con lesiones en la corteza cerebral(55), ha demostrado que esta parte del órgano, especialmente la llamada corteza prefrontal, es responsable de las decisiones. Incluso retrata un estudio (Damásio), en el que se describe un caso paradigmático: después de un accidente, una mujer sufre lesiones en la corteza cerebral; en su cama, aunque ella presenciara los diálogos de sus visitantes, no pronunciaba una palabra; cuando se recuperó de la lesión, narró que ella entendía en su momento todos esos diálogos, pero nada contestó porque "nada tenía que decir". Los científicos observaron entonces que ella "había perdido su voluntad"(56), su determinación, por lo que dominó el idioma, pero no tenía la capacidad de *motivarse* a intervenir sobre cualquier tema. Es solo una

neurocientífico en el área de responsabilidad transforman a Roth en uno de los más mencionados. Es uno de los que sostiene que la responsabilidad es la interacción entre la amígdala (región del sistema cerebral), el hipocampo y el nodo central y dorsal. Cfr. Roth, G., "The Evolution and Ontogeny of Consciousness". En: *Neural Correlates of Consciousness*, pp. 81-82.

(54) En sus palabras: "Los diagramas de distribución de interconexión de las áreas de la corteza cerebral no dejan intuir referencia alguna a la existencia de un centro de convergencia de carácter singular (...) Esto suscita la complicada pregunta de como todos los procesos de asimilación que simultáneamente se producen en las distintas áreas de la corteza cerebral pueden coordinarse de modo que sea posible realizar interpretaciones coherentes de las múltiples señales sensoriales, que además se den claras determinaciones respecto a determinadas opciones de acción y que puedan llevarse a cabo reacciones motoras coordinadas". Singer, W., "Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena: dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N° 12-r5, p. 16.

(55) Los pacientes del "con lesiones más grandes (daño) de la corteza demuestran un síndrome clínico típico. Sus habilidades de pensamiento estratégico son fuertemente deterioradas, una vez que han hecho planes no pueden ser persuadidos para alterarlos y tienen dificultad en adaptar su comportamiento a circunstancias alteradas (Kolb y Wishaw 1996:305-33). Es como si faltara algún mecanismo de ordenación que controle la coordinación y armonización de diversas actividades". Walter, H., "Neurofilosofía del libre albedrío". En: Kane, R. (organizador), *El manual de Oxford de albedrío*, p. 566.

(56) La frase se atribuye a Francis Crick, el científico que descubrió el ADN helicoidal, y se narra en ibídem, p. 568.

de las pruebas de que, para WALTER, la corteza prefrontal es responsable de la voluntad. Es ella quien genera la imagen de las hipótesis que luego se dedican a la posibilidad de actuar de una manera diferente, creando alternativas para la decisión, mientras que otras partes[57] del cerebro transmiten las consecuencias al cuerpo.

41 Pero hay algo más: otros análisis han propuesto que los procesos de toma de decisiones son una *interacción* entre el cerebro y el cuerpo, no simplemente un proceso cerebral basado en la información corporal. ANTÓNIO DÁMASIO, de sus propias experiencias, no solamente es categórico en afirmar que la mente no está en los circuitos neurales, sino que "muchos de estos circuitos están configurados durante la evolución por requerimientos funcionales del organismo"[58]. La idea de que todo el cuerpo parece implicado en el proceso físico de la percepción cerebral es un paso más allá en la neurociencia, que tiende a hacer que el estudio de las decisiones sea aún más complejo.

42 De esta realidad, como explica SINGER, una doble interpretación puede surgir: la primera, que hay un *yo* volitivo en el individuo, de un carácter absolutamente inmaterial, que solo utiliza las neuronas para "informarse sobre el mundo" y luego retirar de esta información sus decisiones independientes. Otra parte de la actual idea de que las decisiones libres son tomadas por el cerebro; sin embargo, por razones misteriosas, los procesos en los que se basan estarían por encima de los que determinantemente yacen en las neuronas. Estos, aunque mapeados en su conjunto, no resolverían la vieja cuestión de si existe algún principio que logre, por sí mismo, escapar de la física común, para poder dirigir los procesos de decisión. Esa sería la *mente*, que DESCARTES en el tiempo juzgó independiente de los procesos físicos. En ella, lo que acá más nos interesa: los procesos de decisión.

43 Los estudios que registran el cerebro y tratan de encontrar funciones específicas para cada parte –o incluso aquellos que, con DAMÁSIO, encuentran la interacción entre el cerebro y el cuerpo en el proceso de toma de decisiones– se

(57) La corteza prefrontal genera estos escenarios de eventos futuros (ver la discusión que sigue). Simultáneamente la amígdala y el hipotálamo (centro de control hormonal) también afectan el cuerpo de uno, particularmente las funciones viscerales (corazón, intestinos, presión sanguínea, etc.). El cuerpo reacciona como lo ha sido en situaciones pasadas similares y, a través de bucles de retroalimentación, reporta su estado de vuelta al cerebro. Ibídem, p. 571.

(58) Y adiciona: "Solo puede haber una mente normal si estos circuitos contienen representaciones básicas del cuerpo y si continúan monitoreando los estados del organismo en acción. En resumen, los circuitos neurales representan el organismo continuamente, ya que es perturbado por los estímulos del entorno físico y sociocultural y como actúa sobre ese organismo". DAMÁSIO, A., *O Erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano. Op, Cit.*, p. 123.

alejan de la posibilidad de la existencia de un control externo no físico y, por así decirlo, hacen imposible trazar un proceso de toma de decisiones. Sin necesariamente conducir a la conclusión de una falta de libertad, la teoría del cerebro como una "máquina de decisión" tiende a alejar este "vacío", o *vacuum* causal que tiene que ser para que el cuerpo esté dominado por la personalidad. En este sentido, en nuestra opinión, todos los estudios neurocientíficos que buscan mapear el cerebro y su entorno –y sé que son muchos– serán interpretados como un avance determinista: ganan terreno para constituir la prueba negativa de un ser humano capaz de producir una nueva cadena causal (la decisión) diversa de los procesos físicos observables en el sistema registrado. En esa libertad está la capacidad de decisión y de cura, como meta principal de lo que pueden ser, al día de hoy, las medidas de seguridad.

De todas formas, hay que mirar más allá: si esas investigaciones pueden 44
mejorar el ser humano y qué puede eso significar, en la idea de Derecho penal.

2. La meta: el *enhancement*

Aquí se plantea una pregunta esencial para el cuidado del inimputable, 45
principalmente dada su vulnerabilidad, de persona que se encuentra bajo el poder del Estado de, que, en principio, imponerle una obligación de cura. La cuestión es: ¿el propósito puesto por las neurociencias de conocer el cerebro y su función es poder manipularlo? Si es así, ¿la idea en el futuro puede ser alterar el comportamiento del individuo peligroso, haciéndolo capaz de atender a la norma?

En nuestra opinión, al menos bajo el punto de vista de los médicos y neu- 46
rocientíficos, el propósito de conocer el cerebro y su función es poder manipularlo, y eso nos impone serias consecuencias en relación a las oportunidades de intervención. Aunque pueda haber quienes discrepan, parece evidente (o incluso natural) que los estudios médicos siempre apuntan a la posibilidad de interferencia en el objeto estudiado. Si esta interferencia ocurre para una curación sana de casos evidentes patológicos o si puede imponer una normalización del comportamiento humano, rozando la eugenesia, es un asunto que se decidirá en el campo ético.

Específicamente, se puede salir, como ejemplo paradigmático de esa posi- 47
bilidad de intervención, del campo de la *cura* para el campo de la (eufémica o no) *mejora cerebral*, en el llamado *enhancement*. Los estudios han mostrado la posibilidad de que el cerebro se incremente para lograr capacidades que aún no tiene, no necesariamente para curar incapacidades. Ese es el caso con la

experiencia de optogenética de KARL DEISSEROTH, también descrita por REINHARD MERKEL. La optogenética en realidad fue inaugurada en el año 2005, cuando DEISSEROTH y su pupilo de posdoctorado ED BOYDEN insertaron un conductor fotosensible de algas verdes, llamado ChR2, en neuronas probeta. Expuesto a un *flash* de luz azul, los canales de algas se abrieron y una ola de iones positivos inundó las neuronas, iluminándolas. Esa tecnología ha avanzado considerablemente, hasta el punto en que se ha inyectado el ChR2 en un virus, que alcanza neuronas específicas, las cuales luego pueden ser dirigidas, en sus funciones, por su reacción a los rayos de luz, en un experimento proporcionado por el llamado *optrode*, un cable de fibra óptica con electrodos. En un experimento cuyo registro de video se puede encontrar fácilmente en internet[59], discípulos de DEISSEROTH hacen que un ratón altere sus pasos de acuerdo a la luz que se lanza a su cerebro[60]: cuando el *optrode* se enciende, el sujeto del experimento se mueve rápidamente en círculos; cuando el aparato se apaga, el ratón vuelve a su movimiento normal, sin dirección predeterminada y a velocidad más lenta.

48 Como observa MERKEL, ver el video con la imagen del animal de laboratorio que tiene su movimiento comandado por el estímulo luminoso hace deducir que el cerebro humano también puede ser *dirigido* por impulsos luminosos, evidentemente con mayor precisión. Y esto no es mera suposición, porque en los pocos años que desarrolló la técnica, su evolución ha sido exponencial[61]. En nuevo artículo, DEISSEROTH afirma que lo descubierto demostró que se podía manipular con cierta precisión el cerebro de los mamíferos, superando las técnicas anteriores, que ya indicaban esta posibilidad en los invertebrados[62], pero que, sumado a sus últimas aplicaciones, ya es plausi-

(59) MERKEL describe el video: "El investigador comenta lo sucedido con dos frases: '¿Da un poco de miedo, ¿no? Pero desde el punto de vista clínico es una maravilla. Demuestra que estamos en condiciones de modificar el comportamiento de personas mediante luz". MERKEL, R., "Novedosas intervenciones del cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites del Derecho penal". En: *Revista de Derecho penal* 2001-1, p. 51.

(60) El experimento patentó seis etapas de Optogenetic, que fueron en gran parte, a partir de 2005, solicitados por varios laboratorios por todo el mundo. La expectativa es que muchos resultados prácticos de manipulación de comportamientos se pueden lograr a través de la técnica que solo comienza. Segundo artículo de noticias *Naturaleza*, "Deisseroth y Boyden han descubierto o diseñado muchos otros opsina [tipo de proteína] que permiten que las neuros sean manipuladas de diferentes maneras, incluyendo silenciadores neurales". BUCHEN, L., "Iluminando el cerebro". En: *Nature* Vol. 456, 6 de mayo 2010, p. 27.

(61) "'The number of tangible results are still of the order of half a dozen or so. But we're on the rising phase of the exponential', says Karen Svoboda (...)". Ídem.

(62) "Ya, la investigación en algunos sistemas nerviosos de invertebrados (dentro de las cuales las células definidas pueden ser controladas selectivamente por microelectrodos) ha demostrado la importancia de conocer los patrones de cableado de las células destinadas al control, para lograr

ble mapear y tratar de dirigir el comportamiento humano en relación con *la recompensa, la motivación, la depresión y la interacción social*[63], sin embargo, por el momento, incipiente.

Experimentos como la optogenética conducen a la verosimilitud de lo que 49
Merkel llama al *enhancement*, el desarrollo del cerebro artificial. Así como el autor recuerda, el tratamiento se está acercando a una realidad, cuando uno toma como ejemplo el proyecto de desarrollo americano de supersoldados, que no son una ficción. Sin tener que llegar a tanto, la actual existencia de tratamientos para la mejora de la capacidad mental del individuo es suficiente para afirmar, sin temor a error, que este tipo de tratamiento tiene el potencial de ser utilizado para *arreglar* personalidades relacionadas con el crimen. Algo así como una idea que reúne la prevención y la corrección, que importa muy directamente cuando se trata de medidas de seguridad: ¿cuál es el propósito de ellas? ¿La cura? ¿La trasformación del individuo incapaz en capaz? ¿La mejora forzada de la personalidad?

Por lo tanto, si las medidas de seguridad permiten el tratamiento –en 50
ambulatorio o en internación– y si es médica la posibilidad, hoy real, de intervención en el cerebro es el momento de imponer preguntas éticas pertinentes a ese estado de cosas. Algunas de ellas aparecen en el subtítulo siguiente, aunque haya otras en los comentarios a los próximos artículos.

VIII. El derecho individual a rechazar la cura ante la medida de seguridad

Para defender la libertad de querer hay que hacer frente a una última pre- 51
gunta, en nombre de la mínima completitud argumentativa. Principalmente

predecibles influencias sobre las propiedades dinámicas complejas y sensibles de las redes incluso pequeñas de neuronas. Sin embargo, en los sistemas de mamíferos, hasta hace muy poco tiempo no era posible controlar la dinámica de alta velocidad de las células definidas por el cableado, ya que incluso cuando se dirigía a haces de fibra o de materia blanca, los electrodos no pueden seleccionar como objetivo directo inicial una determinada proyección definida por el origen y trayectoria de la célula-cuerpo". DEISSEROTH, K., "Dinámica del circuito de comportamiento adaptativo y maladaptativo". En: *Nature* Vol. 505, p. 312.

(63) "Poco después, se logró el control Optogenetic de las proyecciones específicas de la trayectoria en el comportamiento, revelando inesperadamente la inhibición endógena de los Estados relacionados con la ansiedad en la amígdala, en un estudio que utiliza la intervención de ganancia y pérdida de función de las proyecciones de la amígdala. Los enfoques Optogenetic han permitido desde entonces el control de actividad definido por la proyección en comportamientos relacionados con la recompensa, motivación, depresión, interacción social, compulsiones, Cognition y otros dominios de la función cerebral normal y mal adaptativa". Ídem.

frente a la posibilidad de que las neurociencias vengan a imponer una rápida intervención curativa, es decir, que aleja el individuo de su peligrosidad criminal por una alteración cerebral, cabe cuestionar: ¿el individuo, aunque inimputable, que haya cometido un hecho típico(64), tiene el derecho de rechazar la cura?

52 La indagación parece muy moderna, pero sus fundamentos filosóficos son antiguos: significa preguntar si el Estado, frente al ciudadano no adaptado al cumplimiento de las reglas sociales, tiene o no derecho a una 'conversión al bien'. Hubo ya, en nuestra historia, grandes debates acerca de eso, pero aquí vamos a recuperar el que nos parece más ilustrativo: la *diatriba* entre BARTOLOMÉ DE LAS CASAS y GINÉS DE SEPÚLVEDA, en el siglo XVI.

53 El firme posicionamiento del primero, BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, nombrado *abogado de las Indias*(65), se dio cuenta de que, por muy fuerte que fuera la necesidad de conocimiento del bien –en el caso, de los valores del catecismo católico– no era de ningún valor moral si no surgiera *libremente* del individuo, a través de su voluntad. En otras palabras, fue una consecuencia de creer, de recuperar su expresión, en la "voluntad libérrima" que la única manera de transformar al hombre era persuadirlo a conducir a voluntad mientras preservaba la libertad de querer. Suprimiendo esto, la convicción para el bien llega a ser moral objetable, un absurdo, frente a la doctrina católica. Vale la pena recuperar sus palabras: "el entendimiento, persuadido con la explicación y apacible insinuación de las verdades creíbles, recibe la forma inteligible de donde nace, en nosotros los seres inteligentes, la inclinación de la voluntad para aceptar y creer las verdades de la fe y la religión" y completa: "pero si el entendimiento no se sigue determinando, entonces la voluntad interviene a moverlo y determinarlo para dar su asentimiento, para realizar el acto de creer, como es ampliamente demostrado"(66). Transportando su ideal de la sociedad perfecta (América catequizada) al ideal de la sociedad contemporánea (sociedad

(64) Véase comentario al artículo 72, adelante.

(65) Sobre la leyenda negra de Bartolomé de las Casas y sobre el Debate de Valladolid, véase nuestro RODRÍGUEZ, V., *Livre arbitrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática. Op. Cit.*, p. 77 ss.

(66) Completamos. "De todo lo dicho se desprende con claridad que para mover a los hombres a creer mediante las operaciones de su entendimiento y de su voluntad, es preciso proponerles las verdades relativas a la fe y a la religión, o de cualesquiera otras virtudes o bienes, por medio de la enseñanza externa impartida de un modo tranquilo, modesto, agradable, detenido y en intervalos sucesivos de tiempo, persuadiendo al entendimiento y halagando o atrayendo suavemente la voluntad, y declarando suficiente y eficazmente la utilidad y el premio que los creyentes han de alcanzar; pues la fe proviene del oír y el oír depende de la predicación de la palabra de Jesucristo". DE LAS CASAS, B., *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*, p. 90.

con el nivel bajo de crimen[67]), continuamos en lo que acá más nos interesa: el derecho individual de seguir en su propia convicción, o de rehusar la cura, incluso si hay para tanto que enfrentar la respuesta penal, el cumplimiento de la pena o de una medida de seguridad que implique privación de libertad.

Tenemos que creer, con DE LAS CASAS, la libertad de elegir el castigo es 54
la base del premio, mientras que la coerción a la bondad desmerece el fundamento mismo de la conversión al camino correcto. Cuando se trata de pena, se puede decir que el individuo tiene derecho a elegir cumplirla, en lugar de un tratamiento alternativo, pero acá las cosas son más complejas: si las neurociencias llegan a comprobar que todo comportamiento criminal es una *desviación* neuronal, entonces se puede fácilmente llegar a la conclusión de que no debe haber *pena*, sino sencillamente *medidas de seguridad*, porque los criminales serían todos, como ya afirmaba FERRI, personas de comportamiento desviado. La pregunta se hace más aguda: ¿el individuo que puede tener su cerebro "corregido" puede decidir por cumplir una punición, en lugar del tratamiento? ¿Cuánto vale una 'conversión neurológica' al buen camino?

La destrucción de la personalidad –o el impedimento físico de su ejerci- 55
cio– es una consecuencia que la medicina nos presenta ahora como plausible, y que puede obstaculizar el libre ejercicio de la voluntad, al menos para aquellos que creen en esa libertad. Si este cambio es lícito o no, procederá del reconocimiento de un mínimo de kantiana valor individual o, por otra parte, en una ley penal orientada puramente a las consecuencias, funcionales y de utilidad, que probablemente no se preocupará por el mantenimiento de la personalidad libre, aun cuando se cuide de un individuo que no tiene capacidad de autodeterminarse de acuerdo con la norma. Un pensamiento utilitario pesaría fuertemente a favor de la corrección obligatoria, pero hay riesgos en ello.

Como punto de partida de esta elección, una vez más, la decisión será 56
metafísica de la existencia o no de la *Willensfreiheit*, la libertad de querer: si no lo tienes como telón de fondo del individuo, la intervención neurocientífica no representará un sacrificio de derechos, y la alteración cerebral de la cura del delincuente es solo el reparo de una conformación orgánica, que respetaría todos los demás aspectos de la conformación del individuo: sus experiencias,

(67) Al decir que la sociedad perfecta es la tasa de delincuencia más baja, no se escapa a nosotros para ser una definición reduccionista. Una sociedad con límites al funcionamiento del castigo, así como con amplio racionalismo para elegir lo que debe ser castigado es el deseo común, como alerta Fernando FERNANDES al definir la política criminal. Cfr. FERNANDES, F., *El proceso como instrumento de la política criminal*, p. 50.

su educación y su estructura genética. Solo la creencia en la libertad de querer entendería tal intervención como la *alteración del espíritu*, a través de la reforma de los caminos que la mente misma formó al modo de operación de los billones de neuronas y que tal vez puede incluso revertirse en algún tiempo. Esto es, solo la creencia en la libertad de querer puede, a través de su discurso metafísico, demostrar que la corrección neurocientífica del individuo que presenta potencial comportamiento delictivo es una ofensa al libre ejercicio de la personalidad. A la ausencia de discurso metafísico, un futuro de los individuos médicamente 'conversos' al buen comportamiento puede eliminar la pena, transformando toda la reacción penal en una medida de seguridad curativa. Claro, ese es un futuro distópico, pero sobre lo cual hay que pensar.

57 En los comentarios a los artículos siguientes, algo más se dirá acerca del futuro de las medidas de seguridad y del posible esfume de sus límites con la pena en sentido estricto.

IX. Bibliografía

58 ARENAL, Concepción, *Estudios penitenciarios*. Lib. de Victoriano Suárez, Madrid, 1895; BUCHEN, Lizzie, "Iluminando el cerebro". En: *Nature* Vol. 456, 6 de mayo de 2010; BURGESS, Anthony, *A clockwork orange*. Ballantine Books, Nueva York, 1972; DAMÁSIO, António, *O Erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. Cia das Letras, São Paulo, 2006; DE LAS CASAS, Bartolomé, *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1975; DEISSEROTH, Karl, "Dinámica del circuito de comportamiento adaptativo y maladaptativo". En: *Nature* Vol. 505, 16 enero 2014; DENNETT, Daniel, *Consciousness Explained*. Penguin Books, London, 1991 (Kindle Version, pos. 1896); DORADO MONTERO, Pedro, *El derecho protector de los criminales*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915; DORADO MONTERO, Pedro, *El derecho y sus sacerdotes*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909; DORADO MONTERO, Pedro, *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana. Primera parte: el Derecho penal*. Imprenta de la Revista de la Legislación, Madrid, 1891; DORADO MONTERO, Pedro, *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*. Hijos de Reus Editores, Madrid, 1910; FERNANDES, Fernando Andrade, *El proceso como instrumento de la política criminal*. Almedina, Coimbra, 2001; FERNÁNDEZ, Gonzalo, "El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal". En: *De las penas: libro homenaje a Isidoro de Benedetti*. Depalma, Buenos Aires, 1997; FERRI, Enrico, "La negazione del libero arbitrio". En: *La teorica dell'Imputabilità e La Negazione del Libero Arbitrio*. Tipografia di G. Barbèra, Firenze, 1878; GARÓFALO, Rafael, *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*. Traducción de P. Borrajo. Daniel Jorro Editor, Madrid, 1912; HEDERIA SORIANO, Antonio, *El*

krausismo español. Disponible en <http://www.ensayistas.org/critica/generales/krausismo/introd.htm>; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Crónica del crimen*. LexisNexis, Buenos Aires, 1994; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*. Hermes, Buenos Aires, 1954; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Psicoanálisis criminal*. 4ª edición. Losada, Buenos Aires, 1947; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*. Volumen II. Losada, Buenos Aires, 1982; LIMA TORRADO, Jesús, "El problema del libre albedrío en el pensamiento de Dorado Montero". En: *Doctrina Penal* Nº 1-4, año 1, Buenos Aires, 1978; MARCANTONIO, Jonathan Hernandez, *Derecho y control social en la modernidad*. Saraiva, Sao Paulo, 2013; MERKEL, Reinhard, "Novedosas intervenciones del cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites del Derecho penal". En: *Revista de Derecho penal* 2001-1 Imputación, causalidad y ciencia III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; MONTES LUENGOS, P. Jerónimo, *Derecho penal español*. Volumen I. Imprenta del Real Monasterio San Lorenzo del Escorial, Madrid, 1929; ONECA, José Antón, "La teoría de la pena en los correccionalistas españoles" (orig. 1960). En: *Obras I*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000; POLAINO NAVARRETE, Miguel, "Sistema de penas y medidas de seguridad en el pensamiento de Jiménez de Asúa". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, jun. 1986; RECASENS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Porrúa, Mexico D. F., 1963; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, *Livre arbitrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*. Marcial Pons, São Paulo, 2018; ROTH, Gerhard, "The Evolution and Ontogeny of Consciousness". En: *Neural Correlates of Consciousness*. MIT Press, Massachusetts, 2000; SINGER, Wolf, "Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena: dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto". Trad. M. Ángel Cano Paños. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* Nº 12-r5, 2010; WALTER, Henry, "Neurofilosofía del libre albedrío". En: KANE, Roberto (organizador), *El manual de Oxford de albedrío*. 10ª edición. Prensa de Oxford, New York, 2002.

§ 72
Requisitos de la aplicación de la medida de seguridad

VICTOR GABRIEL DE OLIVEIRA RODRIGUEZ
Universidade de São Paulo
(Brasil)

Sumario

	Nm	P
I. Consideraciones iniciales	1	375
II. La tipicidad penal: hasta dónde alcanza al inimputable	3	376
III. La complejidad de la descripción típica frente al inimputable	6	377
IV. El tipo como narrativa y su consecuencia en la medida de seguridad	9	378
V. Sigue: el conflicto del tipo y su solución	13	380
VI. Consecuencias para la medida de seguridad	27	384
VII. Peligrosidad, personalidad y libertad	31	385
VIII. Las cuestiones a plantearse: imputabilidad y carácter	37	386
IX. El origen de la decisión en el finalismo: HARTMANN	41	387
1. Los estratos en HARTMANN	46	390
X. WELZEL, el finalismo y conducción de vida	54	394
XI. La respuesta de ENGISCH: una responsabilidad por el carácter	58	396
XII. Inclinación al mal y seguridad	62	398
XIII. Bibliografía	66	399

§ 72.- Requisitos para la aplicación

"Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes:

1. Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y

2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos".

I. Consideraciones iniciales

El Código Penal peruano observa dos requisitos para la aplicación de la 1
medida de seguridad: la realización de un hecho previsto como delito y cuando la personalidad del agente sea pronosticada como causa extremadamente probable de comportamientos criminales.

Se hace necesario el análisis de cada requisito por separado para que se 2
pueda comprender, en su completitud, los supuestos de la aplicación de la medida de seguridad en la norma. El primero, desde luego, nos remite al análisis de

la tipicidad penal; mientras, el segundo, a la personalidad del agente y, propiamente, aspectos de la formación de su voluntad.

II. La tipicidad penal: hasta dónde alcanza al inimputable

3 Como ya adelantamos en el tópico anterior, el cometimiento de la acción delictiva es la puerta de entrada para la intervención del Estado, en el supuesto de las medidas de seguridad.

4 En la teoría del crimen, el papel de la tipicidad, es decir, de la adecuación del hecho a la descripción de la acción legal es nuclear. Desde luego, el concepto involucra lenguaje, valores y devaluación, relación con la norma jurídica y con la acción humana, además de disputar espacio con la antijuridicidad y la propia culpabilidad. Formar una idea acerca del tipo penal, de la tipicidad y de la adecuación típica es, por lo tanto, ir mucho más allá de la mera comprensión de un texto descriptivo: se trata de conocer una unidad lingüística específica del Derecho penal. Esa es tarea de todo intérprete de la ley penal, incluso para las penas. Pero, en un segundo momento, para las medidas de seguridad, lo esencial es conocer *cuánto de esa estructura compleja* debe preservarse para rellenar la locución "que el agente haya realizado un hecho previsto como delito", como aparece en el artículo.

5 Por una cuestión de simplificación o incluso de la falta de comprensión de la teoría, alguna doctrina menos profundizada trata del tipo penal como si fuera un artículo de ley. Decir, por ejemplo, que el texto normativo que prevé el robo es el 'tipo penal del robo' es totalmente equivocado. Allí existe una descripción en lenguaje natural, pero el tipo –condición de la medida de seguridad– es mucho más que eso. Este tipo es más abstracto que aquella descripción y, dependiendo de la concepción teórica que se adopte, puede traer varios otros elementos, más allá de la sintáctica que forma la frase del lenguaje natural. El inscrito en el tipo puede ser el dolo (no enunciado en el "artículo"), o las causas de justificación (como la legítima defensa), o incluso las circunstancias atenuantes y agravantes, como la reincidencia, si se piensa en concepciones más avanzadas de la teoría de los elementos negativos del tipo. Apenas como elucidación vocabular, se puede fijar la terminología: a) *tipo* (*Tatbestand*), este es el esquema de razonamiento utilizado para describir, de manera abstracta, una conducta humana que es criminalmente relevante[1]; b) *tipici-*

(1) *Vide* HARBICH, R., *Tipo e tipicidade no Direito penal alemão*, p. 43.

dad (*Tatbestandsmassigkeit*): la tipicidad es la identificación de la acción u omisión en la descripción normativa. Ella es la conformidad del hecho real al tipo del delito grave. De ahí la razón para afirmar[2], para la didáctica, que el tipo pertenece al *deber ser* (*Sollen*), mientras que la tipicidad pertenece a *ser* (*Sein*), se valora a partir de elementos concretos y factuales, pero hay que observar que, con la evolución del finalismo, la tipicidad dejó de ser un mero juicio de adecuación objetiva para llenar otros criterios, que aquí vamos a exponer a penas en lo que se refiere a las medidas de seguridad; c) *injusto típico*, o simplemente injusto (*tatbestandsmässiges Unrecht* o *Unrecht*) es, dicho sucintamente, la acción típica agregada a la antijuridicidad.

III. La complejidad de la descripción típica frente al inimputable

Desarrollar comentarios sobre el nivel complejo a que llegó la tipicidad demandaría un escrito paralelo, desde luego. Pero cuando se cuida de la "descripción del delito" como requisito de la aplicación de la medida de seguridad, hay que comprender *cuánto* de la tipicidad se exige como presupuesto de la intervención penal en el inimputable. Esta visualización nos permitirá concluir, principalmente, que la medida de seguridad existe, en un plan más abstracto, para hallar la cura del individuo o de la inocuización del peligro que representa: ella es la necesaria finalización de una inestabilidad en el ordenamiento. 6

De todos modos, la más grande función del tipo es evidentemente la de *limitación del poder punitivo del Estado*, que permanece cuando se trata de las medidas de seguridad. Es decir, que el Estado encuentra en el cometimiento de la acción prohibida, por el inimputable, su primer límite de intervención, con lo cual el tipo, acá también, es un garantizador de libertad al individuo, aunque no penalmente responsable. Si su primera función es la limitación, la segunda es la *indiciaria* del injusto. Es decir, la acción típica indica que existe el *Unrecht*, lo cual sin embargo se puede desconstituir, por ejemplo, frente a una causa de justificación, aunque delante del inimputable (pese a que la posibilidad de que un inimputable cometa una acción típica y justificada dependa, para ella de la concepción del tipo, de una toma de posición acerca de los elementos subjetivos de las causas de justificación)[3]. 7

(2) Cfr. Da Silva, M., "Fundamentos Constitucionais da Exclusão da Tipicidade". En: *Revista Brasileira de Ciencias Criminais* N° 45, p. 174.

(3) Sobre el tema, *vide* Sanz Morán, Á., *Elementos subjetivos de justificación*.

8 Como tercera función está el alcance *comunicativo*[4] de la descripción típica, que acá a las medidas de seguridad nos interesa particularmente. No solo la aplicación de la pena, sino la mera existencia del delito sirve para señalar a las personas que la conducta está devaluada, aunque cometida por alguien que no alcanza de todo el mensaje de la norma.

IV. El tipo como narrativa y su consecuencia en la medida de seguridad

9 Como comunicación, el tipo penal no es un artículo de la ley ni siquiera una frase. El artículo es una unidad de codificación y la frase es una unidad de sentido para la gramática del idioma, y no nos ocupamos de él aquí, mientras el tipo criminal es más bien una unidad lingüística, que utiliza el lenguaje como *instrumento* de expresión. El tipo criminal tiene su propia gramática[5] y dentro de la gramática, su sintaxis, que tampoco es la sintaxis del idioma.

10 Así que el tipo criminal es una unidad lingüística que se expresa –porque no hay otra manera de hacerlo– a través del lenguaje natural[6], del idioma. Y el lenguaje, hemos dicho, abre flanco para conceptos erróneos, poco definidos, pero también ricos y flexibles en la interpretación, en especial delante de la acción no culpable. Antes de esta unidad lingüística propia que el tipo significa, tenemos que asumir una premisa: que si bien el concepto de tipo es consolidado (o, mejor dicho, la existencia de un concepto de tipo delictivo

(4) Cfr. Bustos Ramírez, J., *Lecciones de Derecho penal*, p. 19.

(5) La palabra gramática es polisémica por sí misma. Puede ser la gramática del lenguaje natural o un conjunto de reglas de estructuración de otro proceso lingüístico. A continuación, usamos el segundo significado de la gramática que nos da el Diccionario de Routledge: "Gramática 1. La gramática como el conocimiento y estudio de las regularidades morfológicas y sintácticas de un lenguaje natural. 2. la gramática como sistema de reglas estructurales (en el sentido de la *langue* de Saussure) es fundamental para todos los procesos de producción y comprensión lingüística". Cfr. *Diccionario Routledge*, Entrada "Gramática". En el mismo sentido, el contraste que hace Jay entre la gramática normativa o descriptiva y la gramática general o estructural. Nos referimos, en el caso del tipo criminal, a este último, que se define: "La gramática estructural estudia la lengua en sí misma, en cuanto a la forma solamente, así desatando de otras disciplinas tales como psicología, lógica, sociología, etc. y a través de lenguajes particulares se esboza un pancronia (o metacronia), que sería una gramática estructural general, que estudia la estructura y funcionamiento del sistema abstracto de lenguaje, del cual las lenguas particulares serían meras proyecciones. Jota, Z., *Dicionário de Lingüística*, p. 157. En este caso, evitamos hablar de *Gramática normativa*, lo cual sería correcto, solo para evitar equivocidad con el normativismo criminal, que tiene un sentido bastante diverso.

(6) Chomsky presenta una definición básica de lenguaje (natural o artificial): "El lenguaje es un conjunto (finito o infinito) de oraciones, cada uno de ellos de longitud finita y construido por una concatenación de un conjunto finito de elementos". Chomsky, N. / Miller, G., *El análisis formal de los lenguajes naturales*, p. 58.

es incontrovertible), algunos o muchos elementos de esa gramática no se han definido.

Vea cómo las reglas gramaticales del tipo criminal permanecen abiertas 11
solo con la enunciación de algunas preguntas: ¿el tipo como unidad de dirección contiene (o no) las causas de justificación? ¿El inimputable tiene elemento subjetivo (dolo) aunque neutral, en su acción no culpable? ¿Es posible establecer una distinción segura entre elementos descriptivos y normativos (como lo que es posible en la gramática, definir lo que es un sustantivo, verbo o adjetivo; ¿o, en la sintaxis, un sujeto y un objeto)? ¿Cuál es el papel de *verbo* en el tipo penal (que coincide con el núcleo oracional, como la gramática del lenguaje)? ¿O se puede hablar en acción y omisión, independientemente de la figura verbal, basada únicamente en un concepto penal de acción? ¿Constituye el bien jurídico una unidad lingüística del tipo? Si es así, ¿dónde se describe? ¿Cuál es su función gramatical en esta *unidad* de significado? ¿Los derechos fundamentales juegan un papel en la significación típica, o están ausentes en este núcleo interpretativo? Lo mismo puede decirse de la probable adecuación social de la acción. Otros elementos de la descripción jurídica integrarían el tipo, como la *rúbrica*, ¿cuál da el nombre del delito (tan a menudo definido en su interpretación) o el nombre del título o capítulo en el que se inserta en el Código? Si es así, ¿cuál es su papel: algo así como un *adjunto* en la gramática del idioma? ¿O es un mero incidente del tipo que solo tiene un significado subsidiario, un sentido complementario ajeno a la unidad típica? ¿Cómo asignar significado a cada palabra, hasta que se defina la extensión exacta de la acción que se pretende punir?(7).

Las preguntas pueden parecer insistentes o demasiado etéreas, pero hay 12
entendimiento de que si el tipo no consolida una unidad lingüística (por lo tanto, autónoma y con sus propias reglas), pierde su razón de ser y se rebaja a la condición de un artículo de cualquier ley, como en el viejo *corpus criminalis*. Este, sin embargo, no nos sirve para elucidar causa y extensión de lo que sea la acción que se exige del individuo inimputable para que se le pueda imponer la medida de seguridad.

(7) Es lo que sucede con la expresión *justa causa* expresada en el tipo que ya ocupamos. Si la causa de la justificación es el elemento del tipo, asume un significado; si no, otra. Sobre el significado de la palabra de su lugar en el texto, *vide* RICOEUR, P., *La metáfora viva*, p. 129.

V. Sigue: el conflicto del tipo y su solución

13 Creo que para responder muy rápidamente a la pregunta de qué hace el tipo penal distinto de un mero artículo descriptivo de ley está la idea de que siempre *sugiere* la *narrativa* de un *conflicto*. Así que primero, el modo narrativo del tipo criminal es esencialmente *figurativo*, trabaja con personajes y cosas que interactúan para cambiar un *statu quo ante*. Es decir, el tipo siempre propondrá un estado inicial de las cosas, que en su curso altera por la acción de alguien. Alguien que actúa para transformar un anterior estado de cosas.

14 Sabemos que el legislador penal describe ese conflicto de una manera estándar, vía una simplificación colosal de la realidad. Generalización enunciativa que se agrava aún más para la situación del inimputable, porque la tendencia es –porque no va a haber una pena *stricto sensu*– que la interpretación del tipo sea una nueva reducción de lo ya reducido. Pero poner en pocas palabras, de lenguaje natural del idioma, una situación tan compleja como un delito o, peor, como la acción delictiva de un no-culpable es una tarea muy difícil.

15 Para plantear la cuestión filosóficamente, utilizo el ejemplo de POPPER: si dos billetes de dinero son absolutamente idénticos, incluso con la misma numeración, es de intuirse que uno es verdadero y otro, falso. Sin embargo, no hay manera de describir la diferencia, incluso si existe[8]. POPPER plantea la pregunta en el sentido de decir: siendo perfecto el falsificado, ¿existe realmente? Si existe, ¿cuál es el lenguaje para describirlo? Muy bien, ahora pensemos en esta realidad en el tipo criminal. Ante los dos billetes, el legislador solo tiene que describir uno de ellos, el falso, porque realmente cree que lo es. Es un elemento normativo, pero debe considerarse que la medición, en el caso, la falsificación del billete no significa un elemento de evidencia, sino un elemento descriptivo, que debe clarificarse para que el lector entienda el conflicto: ¿qué es exactamente la falsedad de un billete? ¿Es falso aquel billete que puede ser distinguido como falso por un examen pericial, o simplemente que no se ajusta a una numeración oficial? El legislador simplifica la descripción de los elementos que aclaran el conflicto, a sabiendas de que habrán muchos

(8) "Dos relojes, reza el argumento, pueden parecer iguales, aunque uno funcione mecánicamente y el otro eléctricamente, pero su diferencia puede ser descubierta por la observación. Si no puede descubrirse ninguna diferencia de tal modo, entonces, simplemente no hay diferencia alguna. Réplica: si descubrimos dos billetes de banco físicamente indistinguibles (aun en que lo respecta al número), tenemos buenas razones para creer que uno de ellos, al menos, es falso; y un billete falso no se convierte en genuino porque la falsificación sea perfecta o porque hayan desaparecido todos los rastros históricos del acto de falsificación". POPPER, K., *El desarrollo del conocimiento científico*, p. 343.

matices que no se pueden definir, y que serán interpretados por el aplicador de la norma, frente a la incapacidad lingüística para predecir los detalles de los hechos y la diferencia que existe en cada uno de ellos.

Aquí, interpretando el tipo como contenido narrativo –que es lo que nos interesa de momento–, se sabe que la alteración de cualquiera de sus elementos implicará un conflicto final diverso. 16

Por lo tanto, a partir de sus primeros elementos gramaticales, hay que encontrarse en él el sentido conflictivo, que concede al tipo una unidad narrativa: la acción (u omisión) de alguien, que genera un conflicto incipiente o emergente, y de ahí tenemos en el tipo una estructura narrativa básica: individuo-personaje, acción, conflicto, clímax y solución (resultado)[9]. 17

El tipo trabaja básicamente con figuras, que actúan de cierta manera y con algo de valor. Si el tipo deja de ser una unidad lingüística pura, para conformar una estructura completa *narrativa*, tenemos algunas diferencias aquí: primero, que debe haber un paso del tiempo. Es que el tipo criminal no es una mera idea, *temática*, que se combina como en recorrido argumentativo, como en la dialéctica o en un ensayo filosófico: ideas y conceptos que combinan (interactúan), transforman y concluyen sin el transcurrir del tiempo. Como elemento figurativo, el tipo es guiado por un recorrido cronológico, necesario para que el estado de las cosas cambie. Es decir, el tiempo no aparece en la descripción típica, pero está presente. 18

Debe entenderse que decir que el tipo es eminentemente figurativo no importa en aclamación que solo puede *describir* cuestiones material-concretas, como en un primer momento quisieron los positivistas. Al revés, puede ser utilizado de elementos inmateriales, subjetivos, valorativos. Aun así, está enunciado el conflicto. A través de una narrativa *eminentemente objetiva*, se sugiere un embate que es temático e implícito. Esto es, como en cada narrativa, no viene expreso. Sin embargo, lo que se expresa como una consecuencia esencial 19

(9) Esta es la estructura básica de cualquier relación narrativa, por mucho que invierta el orden cronológico: una situación inicial, un conflicto, una solución. Sobre el tema, nuestro *Argumentação Jurídica*, en particular el capítulo sobre la estructura narrativa. También lo describe REUTER, Y., *A análise da narrativa*, p. 36. Y no creo que el tipo delictivo, solo por su extensión (indefinida, como ponemos aquí), no pueda ser analizado por la estructura narrativa completa. Tanto por la necesidad de síntesis, que el criminalista ha conocido durante mucho tiempo, la literatura actual construye el *microrrelato*, que son situaciones que a menudo no alcanzan a tener una línea de extensión, pero aun así contienen toda la estructura básica que es esencial para ello. *Vide*, sobre el tema, LAGMANOVICH, D., *El microrrelato: teoría e historia*, especialmente pp. 69-78, en el que ejemplifica informes que tienen menos de 20 palabras.

del *conflicto probable*, es su resultado: la respuesta penal, bajo pena o medida de seguridad.

20 La segunda *característica* del tipo es por lo tanto que sí *sugiere* el conflicto, que demanda solución. Este conflicto no debe existir, pero si *existe*, necesitará un final ¿y cuál es esta solución del conflicto? La imposición de la pena o de la medida de seguridad. Con la imposición de la respuesta penal, en el tipo el ciclo dialéctico termina. Pero la pena es *temática*, es un punto final para el conflicto creado con el orden legal.

21 En este punto, tenemos que estar de acuerdo con JAKOBS[10], en que, en términos del sistema, más importante en la imposición de la sentencia, como pena o medida de seguridad, es la reestabilización del orden jurídico, que no es más que la *finalización formal* del conflicto: el conflicto típico se resuelve aplicando la respuesta penal, aunque al individuo no culpable. Se cierra un ciclo que comenzó con la acción del personaje que lleva al clímax la descripción típica.

22 Si alcanzamos a esta idea, también tenemos una resolución práctica: cuando el juez pone fin al conflicto penal con una sentencia, más que interpretar el tipo, busca *justificar* el conflicto. Siempre se notará que cada juez (o cualquier buen juez) no debe justificar una adecuación solo en el aspecto estático del tipo, pero más lejos: describa *cómo* la acción típica en los hechos concretos han constituido el conflicto, llegando a un clímax. Y, sin embargo, al describir la repuesta penal, aunque sea en un mínimo legal de pena o medida de seguridad, explica de qué manera pone fin a esa situación de desestabilización creada por el agente. En la hipótesis opuesta, en el caso de la absolución, se demostraría que el conflicto no existía, y que la pena o la medida de seguridad *no* sería entonces el epílogo de un clímax creado por su acción, sino un castigo desacoplado de la progresión analizada.

(10) La función del Derecho penal es comunicar expresamente la validez de la norma cada vez que infringe, en la que se puede identificar un patrón de prevención general positivo; esto, sin embargo, no es empíricamente demostrable, porque es simplemente un fenómeno de conservación, un fortalecimiento del derecho a los estándares constitutivos de la sociedad que carecen de la fuerza suficiente para la autoestabilización. Y algo de esta necesidad del Derecho penal para la autoestabilización ocurre precisamente porque es improbable una voluntad correcta o incorrecta del agente en relación con la norma, pero por medio de la comunicación: el infractor de la norma declara la no validez de la misma en el caso en cuestión, pero la sanción dice que su declaración es irrelevante, o al menos que no se desconfirma el sistema. JAKOBS, G., "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional". En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal* N° 9-A, p. 25-27.

Si se interpreta la situación típica como un *conflicto*, responde a la crítica 23
que pone el finalismo como extremadamente formalista. De hecho, la idea de conflicto inserta un poco de política criminal en la interpretación típica, al menos en el sentido de que se cuestiona si el hecho es típico en el momento en que identifica que allí existe un embate que debe ser resuelto y que, si no se aplica una respuesta legal, se queda sin solución. Luego viene la pregunta más obvia: ¿cuándo un individuo, aunque inimputable, cometerá una acción objetivamente típica pero no conflictiva?

La primera hipótesis de una acción no dialéctica es que continúe en el 24
plano abstracto. Es decir, para cambiar el estado de las cosas de una manera dialéctica, debe haber acción de alguien. Esta *acción* se debe atribuir a la persona como *obra suya*, aunque sea ese individuo incapaz de motivarse por el llamamiento de la norma. Nos ocupamos aquí de la imputación objetiva[11].

Tampoco habrá conflicto cuando la acción sea *socialmente adecuada*. En 25
ese caso, no habrá una *dialéctica mínima*, aunque haya un agente que modifique el estado de las cosas. Esta modificación, descrita en el tipo, existe, pero no es conflictiva, como en el caso del tatuador que, por el hecho mismo de pintar una obra de arte en la piel de su cliente, no cometería lesiones corporales; como tampoco las comete el inimputable que, en una lucha corriente de boxeo, hiere al rostro del adversario con un golpe permitido en ese deporte. En otras terminologías, cuando el agente no exceda el riesgo permitido.

Cuando la acción es *justificada*[12]. La acción justificada trae algo pecu- 26
liar: siempre que el tipo sea una situación objetivamente descrita, no es la

(11) Cfr. Camargo, A., *Imputação objetiva e Direito penal brasileiro*; Corcoy Bidasolo, M., *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*; Frisch, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*; Luzón Peña, D., "La determinación objetiva del hecho". En: *ADPCP*, t. XLII, fasc. III, Sept./Dic. 1989; Roxin, C., "Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal". En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 30; Roxin, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría de delito; Roxin, C., "El legislador no lo puede todo". En: *InterCriminis* N° 12; Roxin, C., "Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal. En: *Estudos de Direito Penal*, São Paulo; Roxin, C., "Observaciones sobre la legítima defensa preventiva". En: *Criminalia* N° 1, año LXIX, Jan./Abr. 2003; Roxin, Claus, "Culpabilidade e sua exclusão no Direito penal". En: *RBCCrim*, 46, Jan./Fev. 2004.

(12) ¿Alguien puede tener una idea de que si está haciendo el juicio de antijuridicidad para saber si hay conflicto, entonces la narrativa ya contiene la antijuridicidad de un elemento negativo del tipo? No del todo; incluso la doctrina que, de una manera más ortodoxa, no acepta los elementos negativos del tipo, reconoce que la determinación de la antijuridicidad está muy vinculada a la tipicidad, ya que esta es un signo de antijuridicidad. Aquí ocurre lo mismo: aparentemente la situación típica, con el cambio de status quo –como en la valoración típica– sugiere un conflicto, pero ello no es así, porque o bien el conflicto no existe, o bien porque el conflicto, en este nivel de valoración, en lugar de ser creado, se está resolviendo.

progresión de un conflicto, sino del *resultado*. En otras palabras, hay un conflicto enunciado que es *resuelto* por la acción típica. Por lo tanto, dos consecuencias: en primer lugar, que, evidentemente, *dispensa* la pena, porque ya es el resultado mismo (la pena sería una duplicidad de resultados para la misma situación contenciosa). En segundo lugar, la relación se invierte, de modo que la situación de la justificación es un conflicto evidente. Existe, además, la gran prueba de la relevancia jurídica del conflicto: si hay conflicto previo (situación general de justificación), la acción típica es el resultado. Si no hay conflicto previo, la situación típica es el conflicto mismo, entonces necesita solución.

VI. Consecuencias para la medida de seguridad

27 Toda la interpretación de lo que sea el tipo penal, como efectiva descripción de un conflicto dinámico y socialmente relevante, nos trae dos consecuencias muy palpables para la situación de las medidas de seguridad.

28 Primero, aunque el artículo 72.1 del Código Penal peruano no se refiera exactamente a "tipo penal", sino a una mera remisión al "hecho previsto como delito", las garantías del tipo son previas a la imposición de las medidas de seguridad, sea internación o tratamiento ambulatorio. Es decir, que *el juez debe hacer uso de todas las garantías de ese filtro primero de imputación, aunque ya sepa tratarse el autor de persona incapaz de comprender el alcance completo de la norma*, lo que tiene que ver con culpabilidad, no con imputación objetiva.

29 La segunda consecuencia es de carácter hiperrealista. Significa que el juez tiene que imponer una respuesta penal a la situación de injusto, es decir, a la situación de hecho típico no justificada, aunque se trate de individuo inimputable. Es esa obligatoriedad de estabilización de la norma, de poner fin al conflicto, que debe dar la tranquilidad al juez de imponer la medida de seguridad más adecuada al inimputable, dentro de lo posible. Si superamos el cariz romántico de los positivistas primeros, con sus ideales de cura incluso por la pena, notamos que hoy las medidas de seguridad tienen como objetivo primero dentro del Derecho penal, *la finalización del conflicto abierto por el hecho típico.* De ahí, cuando se trata del inimputable, el juez debe cuidar de hacer la medida lo más humana posible, porque no es la crueldad o la intensidad de la medida que vuelven a estabilizar el sistema, sino la existencia de la medida en sí misma. Sin eso, la medida de seguridad se transforma en castigo.

30 Como derivación de esa visión hiperrealista está el hecho de que el juez impone medidas de seguridad que pueden saber ineficaces, pero que la ley le obliga imponer. En ese punto, hay que pensar una vez más que el juez no puede

sobrecargar al individuo inimputable un sufrimiento sencillamente por cumplir la norma, lo que llegaría a un formalismo inaceptable. El Código Penal peruano intenta poner fin al problema, exigiendo que el individuo inimputable, aparte del hecho delictivo, tenga una personalidad volcada a la repetición delictiva. Es de lo que se cuida en seguida.

VII. Peligrosidad, personalidad y libertad

Dice el Código Penal, como requisito complementario para la imposición 31
de la medida de seguridad, que: "2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos". De esta forma, el hecho anterior y la "personalidad" deben indiciar nuevos delitos futuros.

La formulación remite a problemas ya recurrentes del Derecho penal, 32
algunos de ellos ya indicados en estos mismos comentarios. Primeramente, hay que observar que de algún modo la afirmación del 72.2 aparentemente matiza lo que hemos anteriormente comentado, es decir, que la imposición de una medida de seguridad sea esencial para finalizar el conflicto planteado por el hecho típico cometido. A final, el canon prevé que, si no hay vislumbre de que nuevos delitos ocurran, la medida de seguridad no debe imponerse. La colocación es correcta, en nuestra opinión, y representa un gran avance del legislador, al demostrar que la preocupación de la medida es con el futuro social. Empero, es cierto que, frente al hecho delictivo, la no aplicación de la medida a un inimputable genera la obligación de que el juez fundamente la negativa, lo que por cierto sirve para estabilizar el ordenamiento.

En nuestra opinión, hay dos maneras de comprender ese *foresight*, este 33
complejo intento de ver para delante en el comportamiento del criminal. El primero es pensar que el Código construyó toda enunciación del artículo 72.1 sencillamente como un largo eufemismo para evitar la palabra "peligrosidad". Si es así, es decir, si hay que utilizar el antiguo concepto de "sujeto peligroso" al inimputable, poco hay que añadirse a los tradicionales estudios médico-forenses, que imponen predicativos de "peligroso" a algunos sujetos, sin más posibilidad de intervención del juez.

Pero esa interpretación, aunque posible si se quiere mantener el trata- 34
miento del inimputable en el mismo estatus de sujeto apartado de la sociedad, no respeta las mínimas reglas hermenéuticas. Es decir que si el legislador

optó por no utilizar la palabra "peligrosidad" en este momento específico[13], entonces obliga a que la peligrosidad deje de ser la base de la medida de seguridad, para que venga a imponerse un debate sobre cómo se puede hacer la previsión, con grados próximos a la certeza, de nuevo comportamiento delictivo del sujeto inimputable.

35 Siendo así, la imposición de la medida de seguridad abre la obligación –al menos en el campo doctrinario– de investigar sobre las condiciones filosóficas de *previsión del comportamiento delictivo*. Es decir, si la medida importa una restricción al derecho de una persona, el Estado debe responder con alguna certidumbre por qué le consideró –si acaso así lo hizo– como alguien que cometerá nuevo delito.

36 El intento de racionalizar esa previsión de comportamiento lleva a dos problemas que la doctrina, en general, sabe que existen, pero poco quiere enfrentar: la convicción metafísica de que la mente sufra influencias externas o actúe con algunos grados de libertad, y la convicción de que la ciencia puede, al analizar la mente del individuo, hacer previsiones seguras sobre su delincuencia. Otra vez, ese debate se hace necesario sencillamente porque el legislador peruano optó por no utilizar, en este momento específico, la palabra "peligrosidad". El sentido de un "sujeto peligroso" es mucho más simple de encontrar, aunque sea arbitrario y repleto de prejuicios. Afirmar sobre un "pronóstico de comportamiento" con alta probabilidad de nuevos delitos, como quiso el legislador, obliga a profundizar en lo que se llama filosofía de la mente, o, al menos, lo que es la filosofía de la mente interpretada por los penalistas.

VIII. Las cuestiones a plantearse: imputabilidad y carácter

37 La doctrina ya planteó más de una vez la cuestión de cuánto la personalidad o el carácter pueden influenciar en el individuo y su comportamiento futuro y, más, cuánto el Derecho penal tiene a tomar en cuenta ese fenómeno. Ese es un punto esencial, ya que la ley peruana impone la *personalidad* como requisito de la medida de seguridad.

38 Es curioso que las corrientes posfinalistas hayan partido, principalmente, de la negación de las teorías ontológicas, porque en ellas, aunque de modo siempre discutible, está al menos la preocupación de decir *cómo* el hombre decide. Cuando, como en el normativismo más radical, se pone la capacidad

(13) Ella va a aparecer en el momento siguiente, del artículo 73, aunque en contexto distinto. Véase *Comentarios al artículo 73 del Código Penal peruano*.

de responder a la pena como la condición de persona, o como la capacidad de alcanzar al llamamiento de la norma (*Ansprechbarkeit*), se deja sin respuesta al intérprete de la norma en momentos como el en que acá nos encontramos: *¿Cuánto de personalidad del agente inimputable se puede utilizar para decir legalmente que él merece la medida de seguridad?*

Tal planteamiento está en la base del proceso de decisión que la dogmá- 39
tica quiera asumir que exista en el individuo. En nuestro entendimiento, ya profundizado en otras ocasiones[14], es en el momento de la imposición de la medida de seguridad que aparece la importancia de la toma de posición sobre el funcionamiento de la mente en Derecho penal. Al final, es cuándo se plantea la siguiente pregunta: *¿cuánto de decisión y personalidad existe en los hechos del inimputable?* O, en otras palabras, saber cuáles son los exclusivos límites de la imputabilidad, y lo que sobra de ella en términos de culpabilidad, especialmente el poder actuar de otra manera. Además, la extensión del dolo –aunque neutral– en la acción del inimputable, que ya comentamos.

La posibilidad, en estos comentarios, de profundizar en los temas dogmá- 40
ticos nos conduce a hacer un recorrido por el momento en que, así creemos, esa cuestión fue más debatida en la literatura que nos influencia: en los planteamientos de WELZEL con el finalismo. Sin embargo, para exponerlo, hay que arriesgar alguna recensión a su fundamentación filosófica –en HARTMANN– y, posteriormente, a la crítica a la posición finalista sobre el proceso de decisión y formación de culpabilidad, por ENGISCH. Esa es la vía que nos trae la clave para decir cuánto de carácter se puede utilizar en un individuo inimputable.

IX. El origen de la decisión en el finalismo: HARTMANN

Las ideas de HARTMANN, a partir de su *ontología crítica*, son, al día de hoy, 41
casi nada revisitadas, siquiera en los estudios más amplios del Derecho penal. Si bien es cierto que su trascendencia a los tiempos actuales es muy pequeña –como reconocen los propios filósofos–, no es motivo suficiente para que no se la reitere en el Derecho penal, bien al revés: su auge y su caída como concepción filosófica son clave para explicar el cambio de pensamiento penal, pues los puntos críticos de los postulados de HARTMANN son los mismos del finalismo de WELZEL.

(14) Véase, en este sentido, nuestro RODRÍGUEZ, V., *Livre arbitrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática,* p. 208 ss.

42 En líneas generales, al pensamiento de HARTMANN se le nombra, como ya se adelantó, como la ontología crítica[15]. Intentó plantear un cuerpo filosófico que contemplara toda la realidad[16], partiendo de las explicaciones metafísicas de KANT (a quien critica por no haber logrado la completitud), y de HEGEL, de quien pretende aprovechar la pretensión sistémica. Para la ontología de HARTMANN la ética, reveladora del alma humana en sí misma, encuentra sitio especial en el planteamiento filosófico. El conocimiento ético es un conocimiento de normas, mandatos y valores. En ese sentido, rescata, con Platón, la idea de que "todo conocimiento normativo es obligatoriamente apriorístico"[17], por lo tanto la filosofía debe ser la justificación de todo conocimiento normativo. La ética, como parte de la filosofía, expone principios que, en la ausencia de ella, en algunos casos no serían revelados a la consciencia; sin embargo, la ética por sí misma nada puede crear, sino solamente "traer a la consciencia principios que reposan en el alma humana"[18], estos que son los principios éticos. Esa función de enunciar tales principios que se revelan a la consciencia, añade, no es la regla, porque "las normas y los puntos de vista del valor habitualmente tienen efecto en la vida *antes* de que alcancen la plena luz de la consciencia por la reflexión ética posterior", motivo por el cual la consciencia ética solamente se revela pasadas repercusiones directas en la vida, los choques del cotidiano. Tal posterioridad del descubrimiento de las cuestiones éticas es, entre tanto, práctica solamente, ya que el principio ético existe *a priori*, y es descubierto *a posteriori* en esa repercusión en los hechos diarios: las valoraciones, las

(15) ADEODATO explica las propuestas de la "Nueva ontología de HARTMANN", en especial partiendo de tres errores básicos en que, dice HARTMANN, la antigua ontología caería. Primero, no se podría construir sistemas cerrados y a ellos subordinar el mundo real. Al revés, se debe observar la multiplicidad de los problemas para alcanzar la unidad (p. 29); después, se equivoca la antigua ontología por "ignorar o contenido irracional, metalógico" de los objetos que estudia y, por último, falla "por ignorar limites categóricos del ser (...), como aplicar princípios mecanicistas ou orgânicos ao reino do espírito". ADEODATO, J., *A filosofia do Direito de Nicolai HARTMANN*, pp. 29-30.

(16) Así enuncia en su ética, en distintos momentos, que el gran error del estudio de la Filosofía son sus prejuicios y fragmentariedad: "The greater evils are due not to positive errors in accepting without discrimination, but to an ignoring of phenomena and a rejection of authentic problems. A narrowing of the field of vision is the inveterate vice of philosophy. The defect of all 'isms', –whether rationalism, empiricism, sensualism, materialism, psychologism or logicism– is narrowness in the mapping out of the problem". Ibídem, p. 106.

(17) "Ethical perception is perception of norms, commandments, values. All knowledge of norms is necessarily aprioristic". HARTMANN, N., *Ethics I: Moral Phenomena. Op. Cit.*, p. 62.

(18) Ibídem, p. 63.

tomas de posición, y las decisiones de la vida moral. Eso permite afirmar que el conocimiento apriorístico es ocasionado por la experiencia[19] *a posteriori*[20].

La elección entre valores es, además, lo que diferencia, para HARTMANN, el 43
sujeto de la *persona*[21]. La *persona* es el sujeto que tiene libertad y valores morales, y en ese sentido el estudio de la ética del deber-ser coincide con el estudio de la ética de la persona[22]. Ella, la persona, es la única en la cual se puede *realizar* el deber-ser, y esa realización ocurre bajo un doble aspecto: la persona, de un lado, analiza el valor de sus acciones y, de otro, *quiere* y *actúa*; en ese *querer* y *actuar*, HARTMANN pone relieve a la *acción direccionada a la finalidad*, un aspecto que, como diserta, se halla en el sujeto con independencia a cualquier relación psíquica, ya que "el interno y el externo del sujeto no constituyen ninguna diferencia con respecto a la realidad de la determinación". Esa determinación de la persona es, por lo tanto, un campo en que predomina el *nexo final*. Todo querer, todo desear, todas las esperanzas y tendencias se hallan ocultas en la disposición del ánimo, pues ese fenómeno "no se compone solamente por la posición y persecución consciente de los fines, sino que toda actividad del sujeto ya tiene, en sí misma, ese nexo [final]"[23]. En otros términos, toda intención práctica del sujeto es, para HARTMANN, final.

Cuando el hombre dirige su voluntad a un fin, dice HARTMANN, desvía 44
los cursos causales a una finalidad. Los procesos naturales están, de ese modo, vinculados a valores, ya que el hombre no puede crear procesos causales, sino

(19) También el Derecho viene *a posteriori* para HARTMANN, presuponiendo todos los postulados éticos. Por ello, es una ciencia práctica. Pero la ética es la "ciencia que desvela los puntos de vista prácticos supremos", porque orienta el Derecho. Raras veces este revela a aquellos postulados válidos. Cf.: Ibídem, p. 109: "The 'science' of law simply takes over this value as given (...)".

(20) "But that is by no means always the case; perhaps it is only so as rare exception. Ordinarily commandments, norms, valuational views are actively at work in life before they have been raised by subsequent ethical reflection into the full light of consciousness. (...) The principle as such can only be discovered a priori, that is, as something independent, primal, immediately evident, which exists behind those embodiments –and under embodiment must be understood those very facts, the valuation, dispositions, resolutions of the moral life. This aprioristic insight, nevertheless, is occasioned through the a posteriori". Ibídem, p. 62.

(21) Sin embargo, al menos en nuestra lectura desde la versión en inglés, en algunos momentos la palabra 'sujeto' aparezca como 'persona', y al revés.

(22) "Thus the two elements of personality –freedom and the carrying of moral values– are deeply embedded in each other. Together they constitute a unified metaphysical feature of a personal being". HARTMANN, N., *Ethics I: Moral Phenomena. Op. Cit.*, p. 268.

(23) "For to this belong not alone the conscious setting up and pursuit of ends; every activity of the subject has essentially the structure of this nexus. All practical intention is finalistic", HARTMANN, N., *Ethics II: Moral Values*, p. 274.

apenas desviarlos a sus fines[24], lo que le permite predeterminar los hechos. De esa forma se cumple el papel metafísico humano de "mediador entre el reino del valor y el reino de la realidad"[25].

45 El individuo tiene, por lo tanto, una responsabilidad por la determinación, que representa su personalidad: libertad, previsión y teleología (es decir, direccionarse a un fin) son lo que constituye el hombre teleológicamente, y el ser personal se diferencia de los demás por tener la libertad de la voluntad: el poder de, delante de los valores, actuar de modo favorable o en contra de ellos[26]. Al menos, claro, en el individuo imputable.

1. Los estratos en HARTMANN

46 El nexo final, por el cual el individuo actúa, se puede dividir, como quiere HARTMANN, también en tres estratos, que son importantes para delinear el carácter: la capacidad de determinar fines, imaginando contenidos de un objetivo final; la capacidad de hallar medios para su realización; y la capacidad de dirigir el proceso real hacia el objetivo anteriormente planeado. Todo ello, por lo tanto, en un presupuesto de voluntad libre[27], que guía la acción.

47 Para explicar la libertad bajo su concepción ontológica, HARTMANN parte del concepto kantiano, para apuntar en él fisuras. Para KANT, por HARTMANN, la antinomia del tema estaría centrada en la división entre *causalidad por el fenómeno de la naturaleza* y *causalidad por libertad*. Esta última no implica la interrupción del nexo causal universal, sino la introducción en esta de causas primeras, que posibilita una nueva causalidad, independiente, es decir, la posibilidad de empezar por sí misma una serie de nuevos cursos causales. Sería esa la antinomia de la libertad kantiana, que una 'carencia de legalidad' en relación a leyes naturales puede iniciar una nueva cadena de causas, en un

(24) Esas etapas son analizadas por ADEODATO: "Em primeiro lugar, devido a sua condição ontológica, o homem intui um valor e, inspirado nele, postula um fim a ser atingido pela conduta. Esta é a parte mais essencialmente livre do ato teleológico, condicionada apenas pelo próprio valor ou desvalor em questão. (...) A seguir, o homem escolhe os meios que tornarão real aquele fim almejado. (...) Finalmente, há a efetivação propriamente dita, sua efetivação no mundo real", ADEODATO, J. M. L., *A filosofia do Direito de Nicolai HARTMANN*, p. 70.

(25) "To the causal determinants he adds a finalistic determinant. His prevision renders him capable of this. Thus he fulfils his metaphysical role of mediator between the realm of values and reality". HARTMANN, N., *Ethics I: Moral Phenomena. Op. Cit.*, p. 153.

(26) Ibídem, p. 143.

(27) Son los "three stages (or strata) of the finalistic nexus", cfr. "For to this belong not alone the conscious setting up and pursuit of ends; every activity of the subject has essentially the structure of this nexus. All practical intention is finalistic", HARTMANN, N., *Ethics II: Moral Values, Op. Cit.*, p. 151.

mundo metafísico[28]. Conforme HARTMANN, esa es una forma reduccionista de solucionar el problema de la libertad causal, diversa de la libertad individual, porque la "carencia de legalidad implicaría indeterminación; pero el inicio de la serie ya lleva consigo la determinación y ultrapasa a toda causalidad ulterior del encadenamiento que se sigue". Por lo tanto, la cuestión más relevante a responder, dentro de esa problemática, sería: ¿"cómo entender esa determinación del querer, que no es una determinación causal[29]"? La principal contribución de KANT estaría en la demostración de que la estructura del nexo causal hace posible una intervención humana-metafísica libre, sin que se rompa ese nexo. Asimismo, la doctrina kantiana se debe comprender como la liberación del determinismo y, a la vez, del propio indeterminismo, este que, antes del filósofo de KANT, sería sencillamente la búsqueda por independizar la actuación de un causalismo natural.

La pregunta que se sigue, a quienes intentamos navegar por la doctrina 48
de HARTMANN para comprender el 'carácter' en el finalismo, será, de ahí, saber qué aporta esta de distinto a la teoría kantiana. Para pensar en el ser como ontológico, hay que introducir en él el nexo final. Los valores humanos, que también dirigen la voluntad, están paralelos al nexo final. El deber, que ontológicamente se impone en el mundo a través de las denominadas 'leyes de deber' han de empujar hacia un objetivo. *Cuando una tendencia de comportamiento llega a realizarse, en el querer del individuo, nace una referencia final actualizada. Y el auténtico querer es siempre materia de valor que se figura como contenido final.* La determinación *teleológica* es, por ello, junto a la causalidad, *uno* de los tipos de determinación ontológica[30].

Después de *estandarizar* la libertad personal (libertad de la voluntad) como 49
posible y necesaria al ser, HARTMANN busca detallarlo: investigar de qué modo

(28) Uno de los errores que el filósofo indica para comprenderse el proceso de libertad es la fuerza de la libertad psíquica. No hay, para él, una libertad anterior, distinta de la lógica psíquica, pero tampoco hay un ocurrir de fuente absolutamente oculta que desconsidere el libre albedrío humano. Ése sería el error, muy difundido, de admitirse la analogía con los hechos exteriores para comprender las estructuras internas. Caso haya una causalidad psíquica de hecho, se superponen a ella tipos distintos de determinación, con lo cual sería equivocado encontrar leyes absolutas de motivación, que no son más que leyes de la causalidad física. HARTMANN, N., *Ethics III: Moral Freedom, Op. Cit.*, pp. 45-46.

(29) "Hence the question must be: How is such a determinateness to be understood, in so far as it for its part is not in turn causally determinated?". Ibídem, p. 206.

(30) En sus palabras: "Teleology is only a kind of ontological determination –along with causality and other possible kinds. Freedom, however, is by no means simply a kind of determination, but a specific relation between at least two kinds of determination, namely, the relation of a higher to a lower, in so far as both co-exist in one and the same real world and apply to one and the same occurrence". Ibídem, pp. 74-75.

ella se opera ontológicamente. Lo que el filósofo plantea, como su análisis, es exactamente la posibilidad real de su existencia, porque, al contrario de la lógica, la ontología debe demostrar su elemento de realidad, no sencillamente comprobar la inexistencia (lógica) de contradicciones[31]. HARTMANN asume que las leyes de deber no determinan totalmente al hombre, empero la dificultad es más grande: cuando no determinado por la *ley del deber*, el individuo debe determinarse por algo extranjero a ella, es decir, la *ley natural*. Por ello es que hay de cuidarse, como primer punto, entre la así llamada "legalidad natural" y la "legalidad de deber". Las dos legalidades están *fuera* del individuo que, sin embargo, se encuentra bajo la influencia de ambas; solo esa ya puede configurar una grave aporía[32], en su relación: el individuo que lograra libertad frente a la ley de deber sucumbiría directamente delante de la determinación de la ley natural; aunque no existiera, empero esa aporía, hay que notar que el individuo tiene en su propia voluntad, aún bajo la influencia de las dos leyes. Lo que pasa es que las tres realidades –*libertad moral, libertad natural y voluntad*– se estratifican[33], se conforman en niveles[34] distintos en una misma persona.

(31) "Now ontological, unlike logical, possibility does not consist in mere absence of contradiction, but in the whole of series of actual conditions which lie behind it, hence properly in the 'conditions of possibility'". Ibídem, p. 206.

(32) Así se afirma, porque HARTMANN entiende por estructurar gran parte de su *Ethics* apuntando las aporías de todo el pensamiento filosófico.

(33) "The total structure is thereby changed, in so far as there are no longer only two but three types of determination, which here lie *in strata*, one above the other, in one and the same ethical actuality, in actual will, in every actual deed of a person". HARTMANN, N., *Ethics III: Moral Freedom, Op. Cit.*, p. 208.

(34) La relación de estratificación, en HARTMANN, es compleja lo suficiente. Ella atiende a su ideal de escala de valores y se trasforma en un punto nuclear de toda su composición teórica. Para el filósofo, los estratos son parte de *momentos ontológicos* distintos, que entran en un escalafón de subsunción conforme a valor. Esa subsunción atenta para una nueva estructura *in strata,* a través de cuatro leyes de estratificación: la repetición, la modificación, la ley del *novum* y la ley de la distancia entre estratos. La primera ley enuncia que los principios más bajos –o sus elementos– se repiten en los principios más altos como *momentos* parciales; la segunda ley dice que esos elementos repetidos, aunque repetidos, no se mantienen idénticos: ellos se modifican de forma distinta conforme el papel que se les corresponda en el complexo más elevado; la tercera, que las configuraciones de valores de rango más algo no se agotan en la diversidad de los elementos que en ellas se repiten, porque siempre habrá un *novum* específico en ese conjunto más elevado, que determina la modificación de sentidos; la cuarta ley afirma que el nivel de modificación de los estratos representa una distancia entre ellos, aunque la repetición de elementos configure un conjunto de líneas divergentes que les corta, mientras la repetición se mueve "in a dimension which lies at a right angle to the plane of the *strata*; at the same time, through their transformation the elements spread out over the width of the *strata*" (*Moral Values,* p. 396). Y esa relación de estratificación, las leyes de estratificación, son apenas la primera –aunque la más comentada– entre las leyes generales que rigen la relación entre valores. Ellas son, en total, seis: leyes de estratificación, leyes de fundamentación, leyes de oponibilidad, leyes de relaciones complementares, leyes de altura de valoración (*Valuational Height*) y Leyes de Fuerza de Valoración. *Cfr. Moral Values, p. 389.* Se ve claramente el esfuerzo de HARTMANN para la construcción de una visión sistematizada y completa de toda la Filosofía.

En cada actuación real de la persona, por lo tanto, se estratifican, se sobreponen *ley natural, ley de deber y 'principios de la persona'*, esa voluntad que hace prevalecer su propio determinante frente a las demás leyes. HARTMANN asume no conseguir identificar ontológicamente –es decir, acceder a ella por sus aporías– esa voluntad, sin embargo, afirma que ella es determinante, y así la coloca en el nivel más alto en su escala de estratificación, en su escala en que la determinación más baja es siempre más fuerte. En ese sentido, cada hecho trae en sí mismo una 'libertad sobre la ley de deber', una 'libertad bajo la ley de deber' que es la libertad natural, y una voluntad en sí misma que, aunque más débil en la determinación final, encuentra su espacio sobre todas las demás, en las cuales menos ejerce influencia si no las determina. 50

Esa libertad no puede ser totalmente identificada, pero HARTMANN insiste en ser ella ontológicamente posible: una franja de libertad bajo influencia de las otras leyes. En el primer estrato, por lo tanto, hay una determinación natural, luego, *causal*; en el segundo, una determinación en cuanto al deber, que es *final;* y, en el tercero, la determinación libre, de cada individuo. Todas ellas conviven, aunque separadas, y constituyen su propia cadena causal, sencillamente porque están estratificadas[35]. 51

¿Cuántos o cuáles de estos estratos están demostrados en la conducta de aquél que no tiene la capacidad de determinarse de acuerdo con la norma, pero es capaz de vida en sociedad? O, más que eso: cuánto de la capacidad de decisión se preserva en el individuo, para que se pueda configurar una personalidad volcada al delito? En las palabras de Hartmann: ¿cuánto existe de acción natural, cuánto existe de acción volcada el deber y cuánto hay de libertad en el inimputable? Es lo que el finalismo de Welzel, con su planteamiento a partir de la norma: lo que es la acción y, en especial, para nuestro objetivo, qué es lo que sobra de personalidad cuándo se retira la capacidad de comprensión del deber normativo. 52

De hecho, por detrás de la frontera entre pena y medida de seguridad hay muchas cuestiones, que la filosofía del Derecho penal intenta responder. Y pensar en *personalidad* y *carácter* del inimputable no puede poner de lado esa condición, como tampoco se puede ignorar, en ese tema, cual es la posición 53

(35) "The determination, above which the moral person is said to have scope for a determinant of his own, is twofold: that of natural law and that of values (of the Ought). The first is determined causally, the second finalistically. Now the solution of the causal antinomy rested upon the categorial analysis of just these two types of determination". HARTMANN, N., *Ethics III: Moral Freedom, Op. Cit.*, p. 209.

del finalismo penal, que todavía ejerce gran influencia en la aplicación de la norma en países de formación latino-germánica, como ocurre en gran parte de nuestro continente.

X. Welzel, el finalismo y conducción de vida

54 La influencia de Hartmann –que cuidamos en el tópico anterior– al finalismo tiene mucho que aportar a la comprensión de la teoría como un todo, pero especialmente en ese prisma de libertad de voluntad como presupuesto de la culpabilidad y, como se expone en el tópico siguiente, la relación con el carácter. Welzel hace una tripartición de la dirección de la voluntad en cada acción, en la cual podemos muy fácilmente identificar la derivación de los estratos de Hartmann.

55 Lo que el profesor de Bonn denomina *aspecto antropológico* es el análisis del tema en comparación al comportamiento de los demás animales, lo que hace sin cualquier referencia a otra evolución filosófica distinta de la negativa de la aplicabilidad de la evolución darwiniana. Afirma Welzel que la visión del biólogo se debe superar, en el sentido de que existe en la línea evolutiva de las especies una quiebra fundamental para la formación del individual. Invoca incluso estudios de la psicología animal para demostrar que el ser humano, al revés de los demás vertebrados, no caracterizó su inteligencia por la evolución de los sentidos innatos, sino todo lo contrario[36]: hubo, para nuestra especie, un proceso de retracción de los propios instintos. Esa retracción, que significa la independencia en cuanto a las actitudes instintivas, fundamenta el hombre en su responsabilidad, lo que coincide –dice él– con la gran mayoría de los postulados filosóficos. Pero Welzel avanza a un argumento más prominente: en términos estrictos de evolución, el hombre incumple los postulados darwinistas, porque su sistema de conductas instintivas es mucho menos apurado, y eso, en aras de supervivencia de la especie, representa desde luego una desventaja. De ahí que, en ese primer sentido, el ser humano está, según Welzel, liberado de sus instintos en doble vertiente, cuya denominación desde luego trae de Kant: libre como *homo phänomenon* (existencialmente), y libre como *homo noumenon*, es decir, normativamente, "de todo el mundo animal"[37].

(36) „Im grundsätzlichen Gegensatz zum Tier ist der Mensch negativ durch eine weitgehende Freiheit von den angeborenen, instinkthaften Verhaltensweisen und positiv durch die Fähigkeit und Aufgabe gekennzeichnet, die Richtigkeit seines Handelns durch einsichtige Akte selbst aufzufinden und herzustellen", Welzel, H., *Das neue Bild des Strafrechtsystems*, p. 34.

(37) Welzel, H., *Derecho penal alemán*, p. 171.

El segundo aspecto, *caracterológico*, aparece, en consecuencia, de la fundamentación antropológica, con reducida autonomía. Tal cariz se identifica con una importante *estratificación* de la estructura anímica humana, que el autor prefiere presentar también una vía de bipartición: de un lado, la esfera de los instintos, relacionado a la necesidad de supervivencia; de otro, el estrato elevado, que dirige instintos conforme sentido y valor. Frente a ese primer estrato, recóndito e instintivo, sería el hombre "víctima pasiva de sus impulsos"(38). Ya en el estrato elevado tiene su propia bifurcación: los hechos de *pensamiento*, apoyados en elementos lógico-objetivos, y los hechos de la *voluntad*, que se dirigen conforme sentido y valor(39). De ahí existir, en un estrato profundo, de lucha de instintos(40) que orientan la acción y, en un estrato superior, la dirección conforme a sentido del "yo" (*Ichzentrum*) de, en sus palabras, "conducción de vida", se asume la posibilidad de reducción de los instintos biológicos y su encauce para esa conducción de vida. El estrato superior, consciente y orientado, podría entonces, por decirlo de algún modo, someter el instinto, a fin de dirigir la voluntad. Con ese trasfondo, WELZEL acata la teoría de HARTMANN para construir su necesaria conciliación entre autodeterminación e instinto. 56

Tercer aspecto, el *categorial*, es asimismo basado en una nueva construcción para distinguir diversos estratos(41), ahora con el objetivo de enfrentar el problema de la *reprobación* acerca de la decisión. Para ello, el penalista examina el indeterminismo radical y en él halla –tal cual muchos autores ya lo habían hecho– el error elemental de convertir el hombre en una serie no-conexa de impulsos, ordenados temporalmente, ya que en teoría no se le puede imponer 57

(38) Ibídem, p. 172.

(39) Aquí WELZEL hace la diferencia entre un concepto estricto de voluntad, diverso de la sencilla voluntad que orienta la acción final. Por ello, en su *Manual*, aclara que la voluntad libre que orienta, de un lado, por el pensamiento, y de otro, por el valor, pasa delante de la sencilla voluntad que dirige la acción final. Así "para ello (acción final) era indiferente en qué clase de impulso tenía su origen la dirección de la voluntad" Cfr., WELZEL, H., *Derecho penal alemán, Op. Cit.*, p. 173.

(40) Con estas palabras explica la lucha entre la "Antriebs-" o "Drangstärke" (fuerza de impulso o instinto) y el Sinngehalt (contenido de sentido): "Alle Antriebe besitzen einen Doppelcharakter: Sie haben eine bestimmte Antriebs- oder Drangstärke, und sie haben einen bestimmten Sinngehalt. Beide Seiten können auseinanderfallen: die Drangstärke kann groß, der Sinngehalt kann klein sein und umgekehrt. Solange nun die Antriebe im Zustand der 'patischen' Erlebnisse, d.h rein in der Tiefeschicht verlaufen, entscheidet beim Widerstreit zwischen ihnen allein die Drangstärke, d.h. der stärkste siegt und unterdrückte die übrigen (der sogen. Kampf der Triebe). Der Handlungsentschluss ist dann allein das Ergebnis des zur Herrschaft gelangten Triebes", WELZEL, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtsystems, Op. Cit.*, p. 36.

(41) La filosofía de los estratos de HARTMANN no aparece en cita expresa en cualquiera de los textos consultados, pero hay remisión a la obra de HARTMANN en una nota inicial del subtítulo *Der Kategoriale Aspekte,* apenas en vgl. HARTMANN, *Ethik*. Hay, entre tanto, que reconocerse que eso se puede atribuir al estilo directo y conciso de WELZEL en ambos textos consultados. Cfr. WELZEL, H., *Das neue Bild des Strafrechtsystems. Op. Cit.*, p. 36.

cualquier razón precedente. Eso hace reconocer que es imposible reprobar la conducta de cualquier persona[42], porque, si su acción es aisladamente creada en determinado momento, el hombre que se reprueba no es más aquel que se puede juzgar responsable por sus hechos. Es decir, hay que hacer una formación de personalidad por detrás de todo ello.

XI. La respuesta de ENGISCH: una responsabilidad por el carácter

58 KARL ENGISCH, observando la nueva concepción de WELZEL, lanzó una crítica a sus fundamentos, que aquí nos interesa, porque, para allá de una concepción de reprobación anclada en la libertad, sostuvo[43] la culpabilidad como la responsabilidad por el carácter (creemos que parcialmente apoyado en la concepción determinista de SCHOPENHAUER[44]). Si esa responsabilidad existe, tenemos una concepción determinista que permite elucidar lo que es la personalidad, y en cuáles términos ella dirige la acción del inimputable.

59 ENGISCH empero utiliza del propio HARTMANN para alcanzar a sus críticos[45] y admiradores, entre los cuales incluye WELZEL. En WELZEL, observa ENGISCH, el debate asume una meta más clara. Eso porque ENGISCH utiliza, para su análisis, la séptima edición del Tratado de WELZEL, donde ya se contesta a sus comentarios a GRAF ZU DOHNA, para dejar evidente que el reproche penal adviene del hecho de que *no un hombre* cualquiera, sino *este* hombre, en esta situación concreta *podría formar su resolución volitiva de acuerdo con la norma*[46]. En la interpretación de ENGISCH, WELZEL acompaña el pensamiento

(42) Así, "el indeterminismo destruye al sujeto idéntico, al que podría hacerse responsable de sus hechos, ya que el autor de ellos, posterior, no tendrá ninguna relación con el anterior". WELZEL, H., *Derecho penal alemán, Op. Cit.*, p. 172.

(43) ENGISCH optó por hacer estrenar, en el año de 1965, la segunda edición de su obra *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, sin alteraciones en relación a la primera, redactada a partir de una charla presentada a la Berliner Juristischen Gesellschaft. Aunque optando por no realizar alteraciones sustanciales, en la segunda edición consideró que su trabajo ya reverberaba en textos importantes, entre los cuales los de Alessandro Baratta y de WELZEL. Pero la porfía entre WELZEL y ENGISCH se extendió a otros trabajos, culminando en las consideraciones que el profesor de Bonn lanzó en el mismísimo *Festschrift* a ENGISCH por su septuagésimo cumpleaños, publicado en 1969.

(44) Sobre el determinismo de Schopenhauer, véase nuestro RODRÍGUEZ, V., *Livre arbitrio e Direito penal: Revisão frente aos aportes da neurociencia e à Evolução dogmática, Op. Cit.*, p. 122 ss.

(45) Especialmente Mezger, en su "über Willensfreiheit", que estudiamos en nuestro trabajo monográfico. Según ENGISCH, Mezger coincide con HARTMANN aunque le ponga críticas, en especial porque cree que todo evento se puede explicar a partir de sus antecedentes, por cuenta de las leyes de la necesidad, sin que obligatoriamente sea algo que se deba pasar a la vida psíquica.

(46) "daß der Schuldvorwurf voraussetze, daß nicht nur irgendein Mensch na Stelle des Täters, sondern ganz konkret, daß dieser Mensch in dieser Situation seinen Willensentschluß normgemäß hätte

de HARTMANN hasta cierto punto. Se compartiría la idea de que el hombre tiene una esfera de su mente que actúa determinísticamente, pero no estaría de acuerdo con HARTMANN en que el hombre tiene libertad para el bien y para el mal. La interpretación de ENGISCH es la de que, porque en WELZEL el actuar es la liberación de la coacción causal, la voluntad del hombre solo está volcada para lo bueno(47); la mala voluntad tendría que ser, obligatoriamente, la dependencia de impulsos contrarios al valor y, por lo tanto, no libres.

Así se conforma la base principal de la que surgen las más incisivas críticas 60
a WELZEL. Indica preliminarmente la confusión que, en la opinión de ENGISCH, creaba WELZEL al mezclar el problema ontológico de la libertad con el problema axiológico de lo valioso o contrario al valor. En la crítica de ENGISCH, es posible que ocurra al revés de lo que enuncia la formulación: un 'delincuente' puede sentirse motivado contrariamente al valor y, aún así, esta sencillamente sucumbiendo determinísticamente a sus instintos y afectos, en lo que entonces se manifiesta la determinación causal. Si así ocurre, se pregunta ENGISCH, ¿podría WELZEL seguir diciendo que hay una "autodeterminación conforme al sentido" (*sinnmäßige Selbstbestimmung*) que se pueda denominar "libertad"? El autor insiste en la posibilidad de una simple ilusión de libertad, cuando el hecho se representa como libre en la mente del autor, pero no ultrapasa la prisión al determinismo del cerebro y del carácter, y es ahí donde reside la discordancia elemental en relación a WELZEL, que defiende que la acción valorada es una acción determinada conforme al sentido, lo que no ocurriría en la acción culpable (desvalorada), esta que debe significar el momento en que se sucumbe a los instintos causales. La definición de WELZEL para la culpabilidad, como la *falta de determinación conforme a sentido en un sujeto capaz de determinarse* sería, en verdad, una gran indefinición, por que, al fin y al cabo, significa que la voluntad culpable es una voluntad no libre. Es esa, en nuestra opinión, la crítica más contundente de ENGISCH(48). Para nuestro caso, importa decir que

---

bilden können", ENGISCH, K., *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart: Vortrag*, p. 32.

(47) "Böser Wille ist kausale Abhängigkeit vom wertwidrigen Antrieb und insofern unfreier Wille. Freiheit ist kein Zustand, sondern ein Akt: Der Akt der Befreiung vom kausalen Zwang der Antriebe zu sinnmäßiger Selbstbestimmung", *Ibídem*, p. 34. La caracteristica de ser libre del hombre para buscar solamente lo bueno, su propio bien, o para diferenciar lo bueno y lo malo es algo fundamental en la Filosofía. Por ejemplo, es nuclear en la diatriba Lutero/Erasmo, o aparece, asimismo, en la Confesión de Westminster (9, IV y V). Por lo tanto, es un punto fundamental teológico que allí se reconstruye.

(48) "'Böser Wille ist kausale Abhängigkeit von wertwidrigen Antrieb und insofern unfreier Wille', sagte WELZEL. Böser Wille ist schuldhafter Wille. Schuldhafter Wille ist dann also unfreier Wille", ENGISCH, Karl, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart: Vortrag, Op. Cit.*, p. 36.

tanto imputables cuanto inimputables no tendrían una libertad reprobable, y ahí reside todo el grande nudo de la culpabilidad.

61 Ella va a ser decisiva en el momento en que seguimos cuestionando acerca de la responsabilidad de cuánto existe de personalidad reprobable en el sujeto incapaz (a penas) de la imputabilidad.

XII. Inclinación al mal y seguridad

62 Las consideraciones de HARTMANN y, por su influencia, WELZEL, luego con la creación del finalismo penal, seguidas de la crítica de ENGISCH no nos permiten finalizar de todo la discusión sobre lo que puede o no puede ser la "previsión segura" del comportamiento del inimputable, como determina el artículo 72 del Código peruano, pero nos indica al menos un camino para la solución normativa del problema: el inimputable no tiene la capacidad de actuar conforme a deber, pero dirige sus acciones a finalidades específicas, conforme su voluntad. Si es así, el juez puede –como determina la ley peruana– utilizar la *personalidad del agente inimputable* como forma de justificar la previsión futura de delitos.

63 El problema está, claro, en lo que se considera la personalidad y la forma como esa personalidad interfiere en la previsión segura de comportamiento. En otras palabras, si el juez, al aplicar la *pena*, se puede basar casi específicamente en elementos normativos puros, al fijar la medida de seguridad se obliga a tomar posición, aunque mínimamente, sobre esas estructuras que conforman al individuo. Si no fuera así, sería imposible fundamentar la respuesta penal basada en la personalidad del agente y, por lo tanto, no habría manera de obedecer al comando normativo del artículo 72.

64 Cuánto la personalidad del agente puede elucidar de un comportamiento futuro, al punto de autorizar la respuesta penal de la medida de seguridad por ese segundo requisito del artículo 72 es una cuestión que todavía demanda definición acerca de riesgos. De todos modos, no se debe cuidar de una "peligrosidad" sin más criterios, porque la ley peruana, en este momento, bien optó por dispensar ese substantivo. De ese modo, al aplicar la ley, el juez, después de observar que el imputado "realizó un hecho previsto como delito", incluso considerando que una acción justificada no debe ser comprendida como tal, debe ver en el inimputable como ciudadano que es capaz de formar sus decisiones a partir de su personalidad, faltándole exclusivamente la capacidad de dirigir su comportamiento conforme al deber. Eso todo es consecuencia sencilla del lugar de la imputabilidad en el esquema dogmático.

Claro que hay preguntas filosóficas que, esencialmente por lo que expo- 65
nemos de ENGISCH, nos vienen cuando nos ponemos delante de la aplicación de la *personalidad* al inimputable. Es decir, ¿es posible que exista una personalidad para quien la ley determina que no tiene capacidad de decisión reprochable? ¿No sería la personalidad puramente una colección de decisiones conscientes? Una vez más, preferimos responder que el Código bien se posicionó por dejar al inimputable todas las condiciones de persona, excluyendo sencillamente la capacidad de determinación conforme la norma.

XIII. Bibliografía

ADEODATO, João Maurício Leitão, *A filosofia do Direito de Nicolai HARTMANN*. Texto 66
de maestría presentado en la Faculdade de Direito da USP, 1981; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Lecciones de Derecho penal*. Trotta, Madrid, 2006; CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Imputação objetiva e Direito penal brasileiro*. Cultural Paulista, São Paulo, 2001; CHOMSKY, Noam / MILLER, George, *El análisis formal de los lenguajes naturales*. Alberto Corazón, Madrid, 1972; CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*. PPU, Barcelona, 1989; DA SILVA, Marcelo Rodrigues, "Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade". En: *Revista Brasileira de Ciencias Criminais-RBCCrim* N° 45, Out./Dez. 2003; ENGISCH, Karl, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart: Vortrag*. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1965; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Marcial Pons, Madrid, 2004; HARBICH, Ricco, *Tipo e tipicidade no Direito penal alemão*. Ciência Penal, ano III, N° 2, 1976; HARTMANN, Nicolai, *Ethics I: Moral Phenomena*. George Allwen & Unwid ltd, Londres, 1958, COIT, Stanton (trad.); HARTMANN, Nicolai, *Ethics II: Moral Values*. George Allwen & Unwid ltd, Londres, 1963, trad. COIT, Stanton; HARTMANN, Nicolai, *Ethics III: Moral Freedom*, Londres: George Allwen & Unwid ltd, 1962; JAKOBS, Günther, "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional". Trad. CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal* N° 9-A, año V, 1999; JOTA, Zélio dos Santos, *Dicionário de Linguística*. Presença, Rio de Janeiro, 1976; LAGMANOVICH, David, *El microrrelato: teoría e historia*. Menoscuarto, Palencia, 2006; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, "La determinación objetiva del hecho". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales-ADPCP* T. XLII, fasc. III, sept./dic. 1989; POPPER, Karl, *El desarrollo del conocimiento científico*, Paidós, Buenos Aires, 1967; REUTER, Yves, *A análise da narrativa*. Difel, Rio de Janeiro, 2007; RICOEUR, Paul, *La metáfora viva*. Ediciones Europa, Madrid, 1980; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, *Livre arbitrio e Direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*. Marcial Pons, São Paulo, 2018; ROXIN, Claus, "Culpabilidade e sua exclusão no direito penal". En: *Revista Brasileira de Ciencias Criminais-RBCCrim*. N° 46, jan./fev. 2004; ROXIN,

Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría de delito.* Trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Thomson-Civitas, Madrid, 2008; ROXIN, Claus, "El legislador no lo puede todo". En: *InterCriminis* N° 12, segunda época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Perú, 2004; ROXIN, Claus, "Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal". Trad. GRECO, Luís. En: *Estudos de Direito penal.* Renovar, São Paulo, 2006; ROXIN, Claus, "Observaciones sobre la legítima defensa preventiva". En: *Criminalia.* Ano LXIX, N° 1, jan./abr. 2003; ROXIN, Claus, "Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal". En: *Cuadernos de política criminal* N° 30, Madrid, 1986; SANZ MORÁN, Ángel, *Elementos subjetivos de justificación*, Bosch, Barcelona, 1993; WELZEL, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtsystems*, Otto Schwartz, Göttingen, 1951; WELZEL, H., *Derecho penal alemán.* BUSTOS RAMÍREZ, Juan / YÁÑEZ PÉREZ, Sergio (traductores). Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002; WELZEL, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtsystems.* Otto Schwartz, Göttigen.

§ 73
Proporcionalidad de las medidas de seguridad

VICTOR GABRIEL DE OLIVEIRA RODRIGUEZ
Universidade de São Paulo
(Brasil)

Sumario

	Nm	P
I. Consideraciones iniciales	1	401
II. La gravedad del delito	3	401
III. El sentido más amplio: proporcionalidad entre principios	11	403
IV. Bibliografía	22	406

§ 73.- Proporcionalidad de las medidas de seguridad

"Las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado".

I. Consideraciones iniciales

Los artículos 73 y 75 cuidan de los límites de las medidas de seguridad, 1
bajo perspectivas distintas: del más general al más específico. En el comentario a este presente artículo, abordamos el aspecto general de la proporcionalidad, remitiendo al artículo 75 para el recorte del límite máximo de la medida de seguridad de internación.

Para proceder al tratamiento de la proporcionalidad en relación a los fac- 2
tores tratados por el texto normativo, se hace necesario el análisis de lo que podemos llamar el *principio de proporcionalidad* y, dentro de este, sus dos sentidos que, por consecuencia lógica, acaban por agregar las propuestas del artículo 73: el de la pena como proporcional al delito (la gravedad del delito cometido) y el de la justificación para la construcción de un derecho fundamental (la peligrosidad del delito y la probabilidad de ser cometidos otros delitos).

II. La gravedad del delito

El Código peruano trae una expresa correlación entre la duración de la 3
internación y una posible pena impuesta, basada en principios de proporcionalidad. Por lo tanto, no basta con que la respuesta penal sea atribuible a la persona, por su acto reprensible. Es necesario que la pena es proporcional. Pero ¿proporcional a qué? ¿Solamente al bien jurídico? ¿A la gravedad del mal?

¿Cómo manifestarla en un sujeto inimputable? La idea de sanción proporcional al delito, que hoy nos parece natural, fue casi revolucionaria hasta el momento de la ilustración y –como ya se ha visto– constituyó uno de los extractos más elocuentes del entonces atrevido discurso de BECCARIA. Este principio es revitalizado por autores contemporáneos, como REALE Jr., quien define la proporcionalidad como "una relación de grado correspondencia entre el mal causado por el crimen y el mal que es causado por la pena"[1].

4 Tanto en la conminación como en la aplicación de la sentencia, el factor de proporcionalidad no es una simple medición. Para la regla apropiada de las penas, por lo menos dos elementos deben guiar tanto al aplicador de la norma cuanto al propio legislador: a) cual es el bien jurídico ofendido y b) hasta dónde llega la ofensa.

5 Es más sencillo entender la proporcionalidad entre el delito y la sanción cuando se trata del segundo elementola medida de la ofensa al bien jurídico. Una conducta que, por ejemplo, denota el desprecio por el bien 'vida' simplemente exponiéndolo a un riesgo abstracto, como disparar un arma de fuego, no puede contar con reacción del estado tan grave como un delito que ofende directamente el mismo bien, el ejemplo del homicidio. Claro que eso trae problemas en relación a la peligrosidad, por su carácter preventivo (un sujeto inimputable que podría haber matado a otro, si no fuera impedido), pero de eso tratamos más adelante.

6 La proporcionalidad es tarea mucho más compleja cuando implica comparar diferentes bienes jurídicos.

7 Porque no hay un criterio lógico –excepto la proporción contingente y de contenido– que implica la valoración de varios bienes jurídicos para servir de base para la regla de las sanciones. En general, el criterio es inverso: por la condena es que se hace posible descubrir la valoración que el legislador otorga al bien legal. Después de todo, la pena debe ser proporcional a ese valor.

8 En otras palabras, ¿existe un criterio objetivo para la jerarquía de los bienes jurídicos? Al menos –bajo la perspectiva criminal– las Constituciones de

(1) "Con estos efectos de la pena deben pues guardar la debida proporción sus presupuestos; en relación no solo a la exigencia, ya tratada, de la más estricta proporcionalidad entre culpabilidad y expiación, sino, especialmente también, respecto a la fijación y delimitación del comportamiento punible". REALE JR., M., *Derecho penal. Parte general,* V, I y II - Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible, p. 111.

los países no parecen suministrar ese criterio,[2] incluso porque sería casi imposible hacerlo. La tarea parece imposible por sí sola: ¿qué bien legal debe ser protegido por el Estado con mayor énfasis: la vida de un ser humano o la de un espécimen de una ballena al borde de la extinción? El impacto medioambiental de la muerte del hombre sería mucho menos que el del animal; por otra parte, la vida humana es el centro de toda legislación. Lo que merece mayor reproche: ¿un crimen sexual, que puede destruir casi por completo la psique de la víctima, o un delito de desviación de recursos públicos, capaz, por ejemplo, de ser la causa de la muerte de varias personas que no son atendidas por servicios públicos cuya financiación se interrumpe?

La clave de la cuestión es que la importancia del bien legal implica varios 9
criterios de carácter económico, ideológico y moral, entre otros. Nuevos problemas cómo valor de degradación ambiental, bienes jurídicos de esencia supraindividual, que hace algunas décadas no se sometían a la intervención del Derecho penal.[3] Por otra parte, factores como la moralidad pública sexual parecían haber perdido su importancia y ahora renacen, bajo formas moralistas contemporáneas, con distintos colores[4].

Cuando el legislador peruano determina la proporcionalidad entre peli- 10
grosidad, hecho cometido y delito probable, lleva en cuenta ese primer aspecto, más amplio.

III. El sentido más amplio: proporcionalidad entre principios

Pero es muy posible conceder al concepto de proporcionalidad, en el caso 11
del artículo 73, una interpretación mucho más contemporánea y adecuada a la preservación principios mayores que la mera observación de una cantidad de pena prevista por el legislador en el tipo. Especialmente cuando se sabe

(2) Sobre el tema, nota STERNBERG: "(...) hay que protegerse de la ilusión según la cual de la Ley Fundamental pueden extraerse instrucciones concretas para los casos de duda, en lugar de principios generales. El orden de valores [*Wertordnung*] confirmado por la parte dogmática de la Constitución ofrece protección contra las conductas lesivas de terceros. Sin embargo, esta pretensión de protección, que ha de ser desarrollada por el Estado, se sitúa en cuanto a su fuerza directiva del legislador claramente por detrás de la función de defensa frente al poder estatal que cumplen los derechos fundamentales". STERNBERG-LIEBEN, D., "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal". En: *Hefendehl, Roland. La teoría del bien jurídico*, p. 107.

(3) La observación es MOCCIA, S., *El Derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*, pp. 185-186.

(4) Como conclusión, es importante señalar que la inconstancia de los bienes jurídicos no significa para nosotros, a diferencia de otros autores, argumentar que su Derecho penal está desatado.

que no va a existir pena, sino medida de seguridad. Una vez más está el problema de incongruencia de hacer del tipo la pauta para el inimputable, pero es la mejor solución: la alternativa sería prestar toda la regla a un concepto ilimitado de peligrosidad.

12 Es un fenómeno común en las democracias latinoamericanas el reconocimiento, por la ley fundamental, de una gama de derechos cada vez mayor(5), lo que causa problemas hermenéuticos. Lejos de ser un plan único de derechos, con una frontera lineal segura y unidimensional, los derechos fundamentales y los principios interfieren entre sí, invaden y se solapan.

13 El principio de proporcionalidad, en esa concepción más amplia a que recurrimos, es actualmente de gran utilidad "en una situación donde hay conflicto entre principios, o entre ellos y las reglas",(6) implicando la "prohibición de intervenciones o limitaciones no apropiadas o innecesarias de un derecho fundamental hecho por el legislador".(7) Su objetivo principal es resolver los dilemas de la interpretación constitucional, "representados por el conflicto entre los principios constitucionales, a los que se debe igualar la obediencia, porque es la misma posición que ocupan en la jerarquía normativa, se recomienda entonces un "principio de principios, que determina la búsqueda de una 'solución de compromiso', en la que se respeta más, en una situación dada, uno de los principios en conflicto, tratando de desobedecer el mínimo a los demás"(8):

14 El principio(9) de proporcionalidad fue declarado por primera vez por el Tribunal Constitucional alemán. Aunque algún adoctrinador señala que su origen está incrustado en el Derecho administrativo, "donde establece límites

(5) Por lo tanto, recuerda PERELMAN que "los problemas humanos no se pueden reducir a problemas formales" e "intentos de construir sistemas filosóficos **más geométrico** terminaron redundará hasta ahora en fracasos, cualquiera que sea el genio de sus autores". PERELMAN, C., *Ética e direito*, p. 365.

(6) GUERRA FILHO, W., "Princípio da proporcionalidade e Teoria do Direito". En: *Revista Jurídica da Universidade de Franca* Nº 4, p. 241.

(7) LOPES, A., *Os direitos fundamentais como limite ao poder de legislar*, p. 22.

(8) GUERRA FILHO, W., "Princípio da proporcionalidade e Teoria do Direito". *Op. Cit.*, p. 197.

(9) Se llama la diferenciación que hace CANOTILHO entre principios y reglas, incluso si existe el riesgo de algún reduccionismo, ya que el jurista tiene muchos otros Fundamentos para establecer la dicotomía. Según el autor de lusitanian, "las reglas-insistir en este punto-son estándares que, verificados ciertas asunciones, requieren, prohíben o permiten algo en términos definidos. Sin ninguna excepción (definida a la derecha) (...) Los principios son normas que requieren la realización de algo, de la mejor manera posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y legales. Los principios no prohíben, permiten o requieren nada en términos de 'todo o nada'; Imponen la optimización de una ley o de un bien legal, teniendo en cuenta la 'reserva de lo posible', 'fáctica o legal'". CANOTILHO, J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1241.

a la actividad regulatoria de la administración pública",[10] es evidente que gran parte de su consolidación se debió a su aplicación al Derecho penal.[11] El principio aludido busca, en líneas generales, el mayor respeto posible a cada derecho fundamental, cuando entran en conflicto. Algo, como dice GUERRA FILHO, un principio de "optimización" de derechos fundamentales.

La mayor parte de la doctrina hace una tripartición del principio de pro- 15
porcionalidad en los requisitos, enumerados abajo:

a) *Adecuación o idoneidad*: este requisito señala el hecho de que la inter- 16
vención debe ser adecuada o idónea al fin a que se propone" (*Geeignetheit*), en que "se examina la conveniencia, la conformidad o la validez del extremo"[12]. Esto implica que la medida debe ser válida para lograr el fin deseado, porque, de no ser así, surge la desproporción.

b) *Necesidad o indispensabilidad*: este segundo requisito (*Erforderlichkeit*) 17
apunta a la elección del medio menos perjudicial para lograr el fin deseado. O, de ser posible, debe alcanzarse el mismo propósito sin causar cualquier daño[13], lo que no parece inverosímil, en términos de medida de seguridad de propósito curativo.

c) *Ponderación*: esto es, para la mayoría de los autores, considerado el 18
principio de proporcionalidad en un sentido estricto. Teniendo en cuenta que hay conflictos entre principios, o entre principios y reglas, uno debe preservar el máximo de cada uno de ellos. Esto hace que la elección de la mejor alternativa "en el medio o los medios que, en el caso específico, considerar el conjunto de intereses en juego[14]. Será ilegal utilizar los medios para alcanzar un cierto propósito, si la compresión no es mínima a uno de los

(10) MELLO, C., *Curso de Direito Internacional Público*, p. 100. En el mismo sentido, Cfr. BONAVIDES, P., *Curso de Direito constitucional*, p. 407.

(11) "El *Bundesverfassungsgericht* se manifestó en varias oportunidades sobre la idoneidad de imponer una sanción en determinados casos individuales, apreciando el correcto uso de la discreción por el juez, al establecer la severidad del delito y la falta del autor. El derecho procesal penal fue considerado por dicho tribunal como 'derecho constitucional aplicado', lo que obliga a los magistrados a respetar la proporcionalidad aplicando las medidas coactivas de conformidad con el orden procesal penal, e incluso existen varios artículos donde ese principio se implicaría". GUERRA FILHO, W., "Princípio da proporcionalidade e Teoria do Direito". *Op. Cit.*, p. 247.

(12) BONAVIDES, P., *Curso de Direito constitucional*. *Op. Cit*, p. 396.

(13) "Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido. Es más, si puede conseguirse la misma finalidad sin afectar a derechos, deberá seguirse esa opción". ESCOBAR ROCA, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, p. 116.

(14) Ibídem, p. 398.

derechos sacrificados. Claro que la dignidad de la persona humana, alzada a fundamento del Estado, por la Constitución peruana, debe sobreponerse a otros intereses.

19 El principio de proporcionalidad, en ese sentido más amplio, no está previsto en la Constitución de Perú, contrariamente a lo que sucede con otras legislaciones, a ejemplo de la Constitución portuguesa. La opción del legislador constitucional peruano por omitir esta afirmación puede tener su razón, si se entiende que no es de un principio mismo, sino de una fórmula hermenéutica que dispensa fundación legislativa en el texto mayor, dejándose su previsión para legislación inferior, como el artículo 73 del Código Penal.

20 Se puede notar fácilmente que, en este último sentido del principio previsto, el vínculo es demasiado estricto entre la proporcionalidad y la dignidad del artículo 1 de la Constitución peruana[15]. Es por ello que la invocación del principio de proporcionalidad debe usarse a partir de la hipótesis de control de la norma penal frente a la Constitución.

21 En los comentarios al artículo 75, abordamos otro aspecto, más particular, de la proporcionalidad: la reprobación en sí misma, al discutir el lugar de la culpabilidad en las medidas de seguridad.

IV. Bibliografía

22 Bonavides, Paulo, *Curso de Direito constitucional*. Malheiros, São Paulo, 2004; Bunzel, Michael, "La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de información". En: *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons, Barcelona, 2007; Canotilho, José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, Coimbra, 2003; Escobar Roca, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Trama Editorial, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo - Universidade de Alcalá, 2004; Guerra Filho, Willis Santiago, "Princípio da proporcionalidade e Teoria do Direito". En: *Revista Jurídica da Universidade de Franca* N° 4, año 3; Lopes, Ana Maria D'Ávila, *Os direitos fundamentais como limite ao poder de legislar*. Sergio Antonio Fabris Editores, Porto Alegre, 2001; Mello, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*. Renovar, Rio de Janeiro, 2004; Moccia, Sergio, *El Derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. B de f, Buenos Aires, 2003; Perelman, Chaïm, *Ética e direito*. Martins

(15) Cfr. Bunzel, M., "La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de información". En: *La teoría del bien jurídico*, p. 155.

Fontes, São Paulo, 1996; Reale Jr., Miguel, *Derecho penal. Parte general,* V, I y II - Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible. Ariel, Barcelona, 1962; Sternberg-Lieben, Detlev, "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal". En: *Hefendehl, Roland. La teoría del bien jurídico.* Marcial Pons, Barcelona, 2007.

§ 74
Internación

VICTOR GABRIEL DE OLIVEIRA RODRIGUEZ
Universidade de São Paulo
(Brasil)

Sumario

		Nm	P
I.	La internación	1	409
II.	Medidas de seguridad, medicina e internación	9	411
	1. Hacia el fin de los manicomios	12	412
	2. Entre la cura y los derechos humanos	19	414
III.	Bibliografía	20	414

§ 74.- Internación

"La internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia.

Solo podrá disponerse la internación cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves".

I. La internación

La medida de internación se encuentra prevista en el artículo 74 del Código Penal peruano. Ella se aplica por regla general a los inimputables (claro, que hayan cometido hechos considerados delitos, como lo expuesto en los comentarios al artículo 71 del Código Penal peruano). Sin embargo, esta medida de seguridad puede también aplicarse a imputables relativos o a imputables que delinquieron como consecuencia de su dependencia hacia el consumo de alcohol o drogas. 1

La internación es una medida de seguridad privativa de libertad[(1)] que, por lo tanto, suma la función curativa –dentro de sus límites– a un fin mucho más claramente inocuizador del individuo peligroso. Ella implica, por definición, 2

(1) El Código Procesal Penal no lo oculta, al cuidar la posibilidad de fuga al inimputable en estos casos: artículo 402.2: "Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el juez penal, según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288 mientras se resuelve el recurso".

el ingreso del sentenciado en un centro "hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia".

3 Por su naturaleza y sus efectos sobre el interno, se trata de una medida de seguridad grave, debido a la cual la legislación precisa que solo podrá imponerse dicha medida, cuando concurra el peligro de que el sentenciado siga realizando otros delitos considerablemente graves (homicidio, lesiones, violación).

4 La duración de la medida de internación no debe ser indeterminada[2]. La sentencia que la impone tiene que precisar expresamente cuál es su extensión temporal. Al respecto, como ya se ha mencionado, el párrafo del artículo 75 del Código Penal peruano señala que en ningún caso la medida de seguridad de internación "podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido".

5 La duda que surge con relación a esta disposición es si el legislador nacional alude a la pena legal o conminada o a la pena judicial o concreta. La doctrina nacional no se ha pronunciado al respecto. Como brevemente explica el artículo anterior, deben regularse al menos algunos elementos de la aplicación de una pena concreta. Se reglamenta, por tanto, un supuesto similar al contemplado en el inciso 2, del artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991, en donde se exige de la autoridad jurisdiccional una prognosis de la "sanción a imponerse" o "determinación de la pena *probable*" para, con base en ello, decidir la aplicación de la medida coercitiva personal de detención.[3]

6 El juez, entonces, primeramente hará una prognosis o determinación de la pena probable que se aplicará al inimputable si hubiera cometido el mismo delito pero como imputable[4]. Luego, consignará en su sentencia ese dato punitivo cuantificado como el límite máximo de duración de la medida de seguridad de internación que se impone al inimputable. La doctrina penal española al comentar el párrafo segundo, del inciso 1, del artículo 103 del Código

(2) El Código Procesal del Perú prevé una internación cautelar, que no puede superar un mes, para averiguación de peligrosidad. Es el artículo 294: "Internamiento previo para observación y examen. 1. El juez de la investigación preparatoria, después de recibir una comunicación motivada de los peritos, previa audiencia con asistencia de las partes legitimadas, instada de oficio o a pedido de parte, podrá disponer –a los efectos de la preparación de un dictamen sobre el estado psíquico del imputado–, que el imputado sea llevado y observado en un hospital psiquiátrico público. 2. Para adoptar esta decisión deberá tomar en cuenta si existen elementos de convicción razonable de la comisión del delito, siempre que guarde relación con la importancia del asunto y que corresponda esperar una sanción grave o la medida de seguridad de internamiento. 3. El internamiento previo no puede durar más de un mes".

(3) Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, P., *Manual de Derecho procesal penal*, p. 759.

(4) De ahí, todas las dudas que se plantearon en el comentario a los artículos 73 y 75.

Penal de 1995[5], cuya redacción es análoga a la contenida en el texto legal peruano, ha admitido una interpretación muy similar[6].

Sin embargo, también un sector de la doctrina ibérica ha criticado la decisión legal de limitar la duración de la medida de internación a los indicadores cuantitativos de la pena privativa de libertad que corresponda al delito cometido. Para esos penalistas, ello es incompatible, pues la medida de internación surge de un pronóstico sobre la peligrosidad latente del inimputable infractor. En cambio, la probable duración de una pena privativa de libertad aplicable al mismo caso solo podría razonarse a partir de una culpabilidad que no es posible medir, dada la condición inimputable del agente del delito[7]. 7

Cabe señalar que la duración de la medida de internación que se fijó en la sentencia puede ser modificada durante su etapa de ejecución. En efecto, la ley dispone que cada seis meses y, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional lo requiera, "la autoridad del centro de internación deberá remitir al Juez una pericia médica a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido". De constatarse dicho resultado exitoso, "el juez hará cesar la medida de internación impuesta". Ahora bien, el éxito de la medida radica en el control que se logre obtener sobre la peligrosidad subjetiva del inimputable. No equivale, pues, la curación de la patología mental que desencadena el estado peligroso, ya que por lo general los cuadros de enfermedad mental son irreversibles y crónicos. 8

II. Medidas de seguridad, medicina e internación

Al terminar el comentario de la serie de artículos sobre las medidas de seguridad (Arts. 71 a 77), nos imponemos pocas consideraciones finales, que se proyectan hacia el futuro. Ellas van en dos sentidos distintos, aunque complementarios. Primero, que las ciencias médicas, con su tecnología exponencialmente avanzada, traen la tendencia a transformar todo el Derecho penal actual en un derecho de medidas de seguridad. Con el esfume del concepto de culpabilidad a partir de las pruebas neurocientíficas de inexistencia de la libertad de actuar y, más que eso, con la capacidad curativa por intervención 9

(5) "El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable, y a tal efecto, el juez o tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo".

(6) Cfr. López Barja de Quiroga, J., *Derecho penal. Parte general* Tomo III, p. 86.

(7) Jorge Barreiro, A., "Las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales en el CP español de 1995". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 9, p. 89 ss.

cerebral, la tendencia es transformar la pena en una mera obligación, nacida del hecho ofensivo, en aceptar la cura. Todo eso se confronta inevitablemente con el derecho a la personalidad, lo que hace cuestionar hasta qué punto es lícito no dar la oportunidad, al actual inimputable, de enfrentar una pena, con cariz parcialmente retributivo. En otras palabras, la frontera entre pena y medida de seguridad es muy indefinida, atendiendo a variables de progreso tecnológico y concepción de normativa y de política criminal.

10 En el campo dogmático más puro, pocos saben definir qué lugar exactamente ocupa el inimputable, es decir, cuánto le sobra de personalidad y responsabilidad, cuando se declara la inexistencia, a penas, de su capacidad de asequibilidad normativa. La imposición de límite máximo a la internación basada en una pena hipotética (Art. 75) es prueba clara de ello.

11 Por último, los derechos humanos no pueden dejar de proteger al inimputable, a lo mejor más de lo que protegen al individuo capaz. Por ello, las medidas de seguridad están reglamentadas en el Código Penal, como garantía de que el sujeto las reciba con las garantías de un juez penal. De ahí que, como última consideración, abrimos un apéndice para la última idea: independentemente de la intervención neurocientífica y de las posiciones sobre la libertad de querer, tal cual ocurre con la pena, la tendencia histórica de las medidas de seguridad tiene que ser de no-intervención, libertad y humanización. Por ello, dedicamos algunas líneas finales al loable impulso del fin de los manicomios.

1. Hacia el fin de los manicomios

12 El pensamiento de FOUCAULT hace una importante relectura de la relación entre la psiquiatría y la locura. En su *Historia de la locura* (1978) analiza la psiquiatría y su capacidad de establecer condiciones históricas de posibilidad de los discursos y de las prácticas que transformaron al loco en enfermo mental, objeto de saber médico-psiquiátrico, influenciando innumerables producciones de reflexión y crítica sobre la psiquiatría.

13 La propuesta de FOUCAULT, sin embargo, forma parte de un movimiento mucho más amplio, que se expande en la teoría y en la práctica en la segunda mitad del siglo XX, al lado de otros movimientos marcados por el periodo de posguerra mundial, momento de surgimiento de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y de escuelas de pensamiento orientadas a cuestiones relativas al poder, a los mecanismos de segregación y exclusión.

En el campo de la teoría, en Estados Unidos, se publican *El mito de la enfermedad mental* (1960), de Thomas Szasz e *Internados* (1961) de Erving Goffman. En Francia, René Lourau y Georges Lapassade inauguran el análisis institucional (1970) en la psiquiatria, Cornelius Castoriadis publica trabajos sobre el imaginario social y Robert Castel, en sus trabajos, *El psicoanalismo* (1973), *El orden psiquiátrico* (1977) y *La sociedad psiquiátrica avanzada* (1979) piensa las instituciones que moldean las circulaciones de poder y el gozo en el complejo campo de la locura. El cambio en la mirada del sufrimiento psíquico acompaña innumerables experiencias en la forma de tratarlo en América del Norte y en Europa. 14

En Estados Unidos, el paradigma de políticas de salud mental, hasta los años cuarenta del siglo pasado estaba centrado en el sistema de hospitales psiquiátricos, con poca o ninguna predisposición para cuestionamiento de los manicomios. En pocas décadas, ellos dejan de ser consenso. En los años sesenta, la legitimidad del tratamiento institucional se hizo cuestionable y los activistas pasaron a promover una nueva política, con el objetivo de promover cuidado y tratamiento dentro de la comunidad[8]. En Europa, los trabajos de Oury y Tosquelles, en las décadas de 1940 y 1950, originan el movimiento de la Psicoterapia Institucional. En la década de los sesenta, se desarrollan experiencias de la psiquiatría del sector francés y del movimiento de la antipsiquiatría de David Cooper y Ronald Laing. A finales de los años sesenta, nace el movimiento de desinstitucionalización de Franco Basaglia y Franco Rotelli, en Italia, revolucionando el panorama psiquiátrico del país y resultando en la primera ley de reforma psiquiátrica, en 1978, que vino a influenciar el modelo de tratamiento y la lucha por el fin de las instituciones manicomiales alrededor del mundo. 15

El hospital psiquiátrico, en ese proceso, pasa a ser visto como paradigma de segregación y violación de derechos humanos, llevando a la creación de nuevas prácticas dirigidas a su extinción y marcando los movimientos de reforma surgidos en diferentes partes del mundo. 16

Los movimientos antipsiquiátricos redefinen el concepto de salud mental, presentando propuestas que se fundamenten en el cierre definitivo del manicomio y en la transformación total del modo de atención de la práctica psiquiátrica con la finalidad de recrear o crear redes vinculares y sociales que posibiliten la contención extramuros. 17

(8) Grob, Gerald N., "From Hospital to Community: Mental Health Policy in Modern America". En: *Psychiatric Quarterly*, v. 62, n. 3, p. 188.

18 En el contexto latinoamericano, en noviembre de 1990, fue realizada la Conferencia sobre la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistemas Locales de Salud, convocada por la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, dando como resultado una declaración en que los países se comprometen a promover la restructuración de la asistencia psiquiátrica, un cambio radical en el modelo asistencial, basado en el hospital psiquiátrico y su reemplazo por alternativas comunitarias de atención centradas en la atención primaria. La Declaración de Caracas tuvo un valor simbólico y también marcó un hito en el desarrollo de los sistemas de salud mental en el continente(9).

2. Entre la cura y los derechos humanos

19 Por lo tanto, la legislación peruana está en aras de considerar a la medida de seguridad como una forma de aplicación de la cura o inocuización del individuo inimputable, pero dentro de los límites de la norma, las garantías totales de imputación y responsabilización (exceptuado, solamente, el alcance de la prohibición), y el respeto a los avances no solo de la medicina, sino de todo el humanismo de trato con aquellos que, por déficit de cognición, no tienen la capacidad de comunicación solvente en sociedad.

III. Bibliografía

20 Jorge Barreiro, Agustín, "Las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales en el CP español de 1995". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 9, 2000; Di Fabio, José Luís, "Presentación". En: Rodríguez, Jorge (org.), *La reforma de los servicios de salud mental, 15 años después de la Declaración de Caracas*. Washington, DC, OPS, 2007; Grob, Gerald N., "From Hospital to Community: Mental Health Policy in Modern America". En: *Psychiatric Quarterly*, v. 62, n. 3, 1991; López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte general*. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2004; Velarde, Pablo Sánchez, *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004.

(9) Di Fabio, José Luis, "Presentación". En: Rodríguez, Jorge (org.), *La reforma de los servicios de salud mental, 15 años después de la Declaración de Caracas*, p. 2007.

§ 75
Duración de la internación

VICTOR GABRIEL DE OLIVEIRA RODRIGUEZ
Universidade de São Paulo
(Brasil)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Límites de la medida de seguridad	1	415	III. Culpabilidad normativa	9	419
II. Sobre el agente: culpabilidad e imputabilidad	7	418	IV. El funcionalismo de ROXIN: la libertad	13	420
			V. Bibliografía	23	428

§ 75.- Duración de la medida de internación

"La duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido.

Sin perjuicio de que el Juez lo solicite cada seis meses, la autoridad del centro de internación deberá remitir al Juez una pericia médica a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido.

En este último caso, el Juez hará cesar la medida de internación impuesta".

I. Límites de la medida de seguridad

El Código peruano, en su artículo 75, determina que la medida de seguridad de internación no puede ultrapasar el tiempo de duración de la pena que hubiera al delito cometido. Una vez más, nos plantea la cuestión de cómo conocer la medida de la pena del delito correspondiente, cuando esta sencillamente no existió. En principio, esa regla demandaría que el juez *figurara* en su mente un personaje, el individuo imputable, que cometiera el mismo delito, y a él aplicara una punición, que se trasformaría en límite máximo de la medida de seguridad al real agente, inimputable. Claro que eso es una posición extremada, pero que nos sirve de ejemplo *ab absurdum* para seguir afirmando cómo los límites, incluso teóricos, entre pena y medida de seguridad todavía no están bien conformados. 1

Es verdad, empero, que la humanización de esas medidas, en que tanto insistimos, conduce a que se impongan límites de lo más rígidos posibles a la respuesta penal, y es eso lo que motiva otra vez el cotejo expreso entre pena y medida de seguridad. Evitar la experiencia del pasado, en que se aplicaban 2

medidas de seguridad perpetuas, es una preocupación del legislador, que poco a poco se introduce por el mundo.

En Brasil, el tiempo máximo de duración de las medidas de seguridad, ya sea hospitalización o tratamiento ambulatorio, no está delimitado por el Código Penal. Lo que existe es una extensa discusión judicial, que al final motivó la publicación, por el Tribunal Superior de Justicia, del Exp. Nº 527 (*'súmula 527'*) que estipula que dicho periodo no puede exceder el límite máximo de la pena *in abstracto*[1]. Esa solución evita que el juez tenga que realizar una 'aplicación ficcional' de la pena para llegar al límite máximo de la medida de seguridad, pero no es tan garantista cuanto la regla peruana, que reduce el límite, por lo que se debe entender del canon del artículo 75, a un cálculo individualizado de pena posible. En la Constitución brasileña, el plazo para cualquier sanción penal es de 30 años, por lo que este sería el límite para cualquier medida de seguridad designada por el poder judicial del país.

En Argentina, la hospitalización en el asilo judicial es anterior a la propia adopción del sistema binario, habida en el Código de 1921. En la actualidad, en el país versa sobre el tema en el artículo 34 de la Ley Nacional 11179 de 1985, determinando que, como la severidad de la causa de la conducta, el agente es admitido o recibe tratamiento ambulatorio en su propia casa. El tiempo de hospitalización o tratamiento no está delimitado por la ley, a pesar de que los tribunales argentinos ya se han expresado sobre el tema, determinando la necesidad de juicio para hacerlo.[2]

A su vez, en Uruguay, el Código Penal (Ley Nº 9414, de 29 de junio de 1934) establece cuatro especies de medidas de seguridad, en su artículo 92, que

(1) La súmula 527, en su original en português: "O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado".

(2) "(...) si ante la imposición de una pena perpetua el justiciable puede obtener la libertad condicional transcurrido el plazo previsto por el artículo 13 del Código Penal, forzoso es concluir que si la internación en tanto medida de seguridad se prolonga aun más allá del tiempo máximo de la escala penal prevista para el delito que motivara la toma de conocimiento del caso por parte de la jurisdicción penal, por ese mismo hecho y a la luz de las máximas constitucionales de referencia, su competencia no debe sino cesar en pos de la civil o tutelar, independientemente de que experticias médico-psiquiátricas tanto anteriores como ulteriores aconsejen, y así se resuelva, la continuidad de un tratamiento con internación; más no ya bajo la órbita del sistema penal, claro está" (Conf. TCPBA, Sala III, Causa Nº 14.511 [Reg. de Pcia. Nº 49.995] "D. S., P. s/ hábeas corpus", 1/12/11, voto del Juez Carral).

son: la educación[3], las curativas[4], las eliminativas[5] y las preventivas[6]. Las medidas de seguridad solo podrán determinarse mediante sentencia, de conformidad con el artículo 93, y su duración, tratada por el artículo 94, dividida en tres grupos: los que no tengan una duración mínima o un máximo[7]; sin duración mínima, pero con límite máximo[8]; y aquellos con fijación mínima y máxima[9]. Se entiende que en el caso uruguayo hay un mayor cuidado del legislador delimitando la duración de la medida de seguridad, además de establecer la obligación del juez de hacerlo por medio de la sentencia, buscando así evitar las medidas perpetuas[10].

En Chile, podemos señalar que, de conformidad con lo dispuesto en los 3
artículos 455 y siguientes, en el Código Procesal Penal, las medidas de seguridad impuestas a los alienados mentales siempre serán posdelito, es decir, constituyen la respuesta criminal a una acción típica e ilícita realizada por un sujeto mentalmente alienado, y hay, además, "siempre que existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas". Así, además de la alienación mental, será un requisito indispensable para su aplicación que pueda prever un peligro futuro para el sujeto. Este elemento será relevante para llevar a cabo la duración de las medidas de seguridad, ya que está vinculada a su mantenimiento que las condiciones que la motivaron por última vez, aunque establece como límite máximo la probable sentencia mínima que le habría correspondido si pudiera haber sido impuesta[11].

(3) Las primeras se aplican a los enfermos, a los alcoholistas, a los intoxicados por el uso de los estupefacientes, declarados irresponsables (artículo 33), y a los ebrios habituales.

(4) Las segundas, a los menores de 18 años (artículo 34), y a los sordomudos (artículo 35).

(5) Las terceras, a los delincuentes habituales (incisos segundo y tercero del artículo 48) y a los violadores o homicidas que, por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad.

(6) Las últimas, a los autores de delito imposible (artículo 5, inciso 3), y de delitos putativos y provocados por la autoridad (artículo 8).

(7) Pertenecen a la primera categoría las que se dictan tratándose de enfermos, de alcoholistas y de intoxicados declarados irresponsables; de sordomudos mayores de 18 años, declarados irresponsables (artículo 35) y de los ebrios habituales.

(8) Pertenecen a la segunda, las que se dictan respecto de los menores de 18 años.

(9) Pertenecen a la tercera, las que dictan respecto de los delincuentes habituales, los autores del delito putativo, delito imposible y demás hechos previstos por la ley.

(10) El artículo 95 del Código, *in verbis*: "El máximo de duración de las medidas que se impongan por las sentencias de la segunda categoría será de diez años, el máximo de duración de las de la tercera, quince y el mínimo de la misma un año".

(11) Artículo 481, primer párrafo, del Código Procesal Penal: "Duración y control de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental solo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias, y en ningún caso

4 El Derecho penal español adopta una posición similar al brasileño, en términos jurídicos, en el artículo 6 de su código, al establecer que las medidas de seguridad se basan en el peligro penal del sujeto al que se imponen, externalizados en la realización de una conducta tipificada como delito, y no puede resultar en más penuria, o más larga que la condena que se aplica de forma abstracta al delito cometido, ni excede el límite de lo necesario para la prevención de posibles daños causados por los riesgos del agente[12]. Así, sin un límite mínimo, esto, por tanto, a través de la construcción judicial, la medida de seguridad en España tiene su limitación temporal similar a la propuesta en Brasil, convirtiendo, no solo en los peligros del agente, sino también en la naturaleza de la conducta delictuosa.

5 El Código peruano fue tajante al decir que la medida de seguridad –en la modalidad de internación– no puede exceder al tiempo previsto para lo que sería la pena correspondiente al mismo hecho. Claro que ese artículo pone en evidencia la fragilidad de la frontera que se intenta construir entre lo que es la medida al sujeto inimputable y lo que es la pena en sí misma. De todos modos, se trata de una garantía legal del sujeto, que no puede sufrir la persecución del Estado eternamente.

6 Es muy importante que esté la proporcionalidad enmarcada en lo que es el padrón de medidas de seguridad. La locución del Código peruano merece atención porque trae la proporcionalidad tripartida en tres relaciones: 1) la peligrosidad delictual del agente; 2) la gravedad de hecho cometido y 3) lo que probablemente cometiera si no fuese tratado.

II. Sobre el agente: culpabilidad e imputabilidad

7 El sentido de proporcionalidad, que se cuidó en los comentarios al artículo 73, asume acá un sentido más particular: la reprobación del hecho mismo, con la correspondiente respuesta penal. Ella tiene que ver con la culpabilidad, que nos hace adentrar al principal dilema: de un lado, no imponer reprobación a quien es incapaz de culpabilidad; de otro, buscar la proporción de la

podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo".

(12) *In verbis*: "1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. 2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor".

reprobación a partir de ella. La dogmática nos facilita un poco la tarea, a partir de la culpabilidad normativa.

En estos comentarios, optamos por traer muy brevemente alguna consi- 8
deración sobre la culpabilidad normativa hasta el finalismo, pero principalmente conceptuar la reprochabilidad, la culpabilidad y la responsabilidad en el normativismo, más contemporáneo. Con ROXIN, la mezcla entre finalidad de la pena, llamado de la norma y libertad de acción nos permitirá alguna idea personal, posterior, más actualizada sobre cómo imponer proporcionalidad a la conducta del inimputable, ya que eso significa, una vez más, trazar la frontera de su comportamiento y la finalidad de la respuesta penal a él aplicable.

III. Culpabilidad normativa

La concepción de la culpabilidad normativa de FRANK[13] casi como impone 9
lo que, posteriormente, el finalismo invocaría como obra suya: la transposición de dolo y la culpa por el tipo delictivo. Estos elementos, de naturaleza psíquica, estaban perdiendo espacio en la culpabilidad, de 1907, así que la formación del concepto de WELZEL para la culpabilidad es la culminación de un proceso. De una manera muy simplista, se puede decir que WELZEL ya estaba motivado para dar el impulso final al dolo y la culpa al exterior de la culpabilidad. Para hacerlo, su manera –más original y coherente– fue la de cambiarlos para la acción descritas en el tipo criminal.

Por supuesto, históricamente, para aquellos que aún no habían acep- 10
tado incluso la culpabilidad normativa, la reacción natural fue entender que el finalismo vació el concepto de culpabilidad,[14] porque le retira el dolo y la culpa. La culpabilidad finalista se compone de dos elementos: la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y la potencial consciencia del injusto. Y agrega que, incluso si la culpa se forma con ambos, el orden legal puede tener razones

(13) Comentarios MAURACH: "La teoría de Frank carecía del último paso en el camino del concepto normativo de la culpabilidad". Fue para deshacerse de la intención psicológica. El dolo no es [normativo], porque constituye un factor psicológico. Es por eso que él llama el concepto de Frank "mixto" o "psicológico". MAURACH, R., "A teoria da Culpabilidade no Direito Penal alemão". En: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro, V y IV, fasc. XV, p. 26

(14) Responde WELZEL, analizando el principio de la culpabilidad normativa, que "la acusación de" dejar vacío el concepto de culpabilidad "no es consciente, del mismo modo que la acusación de 'subjetivización del injusto'. WELZEL, H., "Culpa e Delitos Culposos de Circulação". En: *Revista de Direito Penal* N° 3, p. 169 (traducción libre).

suficientes para renunciar al reproche que la culpabilidad representa y, por lo tanto, "exculpar"[15] en los casos en que no sea exigible otra conducta.

11 Para demostrar que alguien es culpable, es necesario que él pueda actuar de otra manera, con libertad. La asunción de esa libertad es cuya capacidad de la comprensión y la libre determinación, a un grado mínimo de madurez y discernimiento para que haya una decisión objetable.

12 Por lo tanto, la imputabilidad es el elemento más básico de la culpabilidad en el finalismo. Si el inimputable no es culpable, es difícil hablar directamente en proporción de la medida de seguridad por su conducta. Pero, tal vez, una sobrenormativización del concepto, alineado a la idea de fin del Derecho penal, pueda agregar algo a esa necesidad de proporción.

IV. El funcionalismo de Roxin: la libertad

13 Coincidirán los mejores comentaristas de la obra del profesor Roxin que la más marcada característica de su doctrina fue, además del distanciamiento del finalismo a partir de la crítica al ontologismo[16], la reintroducción de la política criminal [17] en la dogmática. Su obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssys-*

(15) Ibídem, p. 210. Cabe señalar, por tanto, que el trabajo de Welzel no trae el requisito de conducta diversa directamente como un componente de la culpabilidad, pero termina por admitirlo, en la medida en que su inversa (no requisito) puede excluirlo. Y también, al principio, admite que las causas de disculpa solo las previstas en la ley, ya que es el comienzo de su conceptualización ("La ordenación renuncia..."), pero acepta la exclusión supralegal de la culpabilidad –de la figura del estado de necesidad– siempre que estos requisitos estén presentes: (a) que la acción del autor es el único medio para evitar un mal mayor; (b) que el autor haya requerido realmente un mal menor; y (c) que ha perseguido subjetivamente el propósito de la salvación (p. 217).

(16) Se trata del estudio de 1962 en la *ZStW* 74, y también del *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, de 1973.

(17) Moreno Hernández, con razón, recuerda que no se puede decir que, en una fase, en sus palabras, "preroxiniana" el Derecho penal haya prescindido de consideraciones políticas criminales. Para él, en autores como Lizst, Binding, Mezger y Welzel se encuentran extractos que demarcan un papel claro de la política criminal en el Derecho penal. Roxin, sin embargo, da mayor realce a este aspecto, "retomando (...) el método teleológico de los neokantianos". Moreno Hernández, M., "Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal". En: *Revista Criminalia* N° 3, p. 17. El profesor Moreno Hernández, discípulo de Welzel, es además un crítico de la negación total del ontologismo, al afirmar que "no resulta tan absurdo que a las categorías dogmáticas se les dé un fundamento ontológico. Incluso la misma norma jurídico penal, en torno a la cual se hacen las diversas disquisiciones dogmáticas, tiene su propia estructura y su propia esencialidad, que no le son dadas por el legislador". Moreno Hernández, M., "Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal". *Op.Cit.*, p. 38.

tem[18], de 1970, es que mejor delineó esa concepción, y a partir de ahí, hasta los días actuales, todo su complejo doctrinal ha trabajado las consecuencias de ese Derecho penal direccionado a los fines de las sanciones penales. La orientación a las consecuencias (*Folgenorientierung*) aparece como una preocupación no solo del legislador, sino también de quien aplica e interpreta el Derecho penal, o le construye la doctrina. Este entonces extiende su función para ser un instrumento de configuración social altamente significativo, que guarda el poder pedagógico de fijar reglas de conducta. Así se constituye el sistema racional-final[19] o funcional (*zweckrationale ou funktionale Strafrechtssystem*), en que "la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-objetivas), sino únicamente puede guiarse por la finalidad del Derecho penal"[20]. Varias son las consecuencias de esa orientación a la finalidad para el Derecho, pero ROXIN, en su manual, alerta para dos elementos principales de los cambios en su propio sistema funcional. En primer lugar, la imputación al tipo objetivo, que viene a depender de la realización de un "peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma" y, la segunda, un concepto de culpabilidad también vinculado a las necesidades del Derecho penal. La llamada imputación objetiva se convirtió en elemento nodal[21] de los estudios posfinalistas, pero aquí no podemos hacer más que el comentario de su intensa carga normativa, en que la propia causalidad recibe orientación interpretativa de un riesgo permitido o no, que esté dentro del alcance (ámbito de protección) del tipo (*Reichweite des Tatbestandes*), en que más se evidencia su aspecto normativizante.

Pero aquí es más relevante en su concepción de la reprobación, que pasa 14
de la mera culpabilidad (*Schuld*) a la responsabilidad (*Verantworlichkeit*). Dice el autor que a la reprobación de la culpabilidad se debe sumar la necesidad de sanción penal, sea por la prevención general o especial. La nueva categoría de la responsabilidad es entonces una mezcla de la culpabilidad, que se

(18) Allí ROXIN, a pesar de resaltar siempre la importancia del pensamiento sistemático, niega la posibilidad de total escisión entre política criminal y Derecho penal, porque "el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y estas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata* o *ferenda*, es un proceso cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo". ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, p. 102.

(19) La traducción de *zweckrational* a 'racional-final' ocurre en la versión española de la segunda edición del manual de ROXIN, por LUZÓN-PEÑA. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I, p. 203.

(20) Ídem.

(21) CHAVES CAMARGO afirma que fue a partir de 1970, cuando ROXIN "incluyó la creación o incremento del riesgo como fundamento de la imputación objetiva" que los demás juristas pasaron a buscar soluciones en ese mismo sentido. Cfr. CAMARGO, A., *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*, p. 18.

interpreta por el sujeto, y de la necesidad preventiva de la sanción penal, que hay que deducir de la ley. Por eso, advierte que no significa un nivel de inseguridad jurídica: cuando el juez decide eximir de pena a la falta de esa necesidad preventiva, tiene que desprenderla del propio texto legal. Esta condición (la suma de la culpabilidad a la necesidad de prevención como condicionantes de igual valor para la respuesta, en la responsabilidad) es, para ROXIN, el mejor camino para la dogmática del Derecho penal, que tiene que lidiar con la necesidad de prevención y la reprobación personal(22). Como, para él, la finalidad de la pena es siempre preventiva(23), renunciándose a cualquier tipo de retribución, lo que nos parece una tendencia actual irrefrenable, el modelo de su *Verantwortlichkeit* importa en una reprobación personal sumada a la necesidad de que la pena sea preventivamente imprescindible(24), a que las medidas de seguridad, una vez más, se aproximan demasiado. Las críticas a esta concepción funcional no van a faltar, más allá de las que el propio autor asume, entre las cuales creemos que es la más contundente la dependencia de la dogmática penal a los objetivos nacionales de cada momento(25), ya que toda política es periódica y circunscrita a elementos geográficos e históricos(26). Sin embargo, es en relación al diseño normativo que encontramos el principal embate sobre el tema que aquí se debe enfocar.

(22) "Auch kann die Strafrechtdogmatik nur durch die Anerkennung von Schuld und Präventionbedürfnis als gleichrangiger Voraussetzungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit den Anschluss an die Strafzwecklehre gewinnen, für die heute anerkannt ist, dass nur Schuld und Präventionbedürfnis gemeinsam eine Strafsanktion auslösen können". ROXIN, C., *Strafrecht: Algemeiner Teil*, p. 853.

(23) Para ROXIN, en su "teoría unificadora preventiva" de la pena, esta debe buscar un fin, concomitantemente, preventivo general y especial, pero nunca cualquier tipo de retribución. Entiende que no se puede decir que la retribución sea, aunque sea parcialmente, la esencia de la pena, porque las instituciones jurídicas no tienen ninguna "esencia" distinta de la que sus fines determinen. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 99.

(24) Ibídem, p. 793.

(25) MORENO HERNÁNDEZ suaviza esa dependencia de la política criminal a un momento histórico recordando que tampoco la dogmática "es neutra, ideologicamente hablando, sino que está necesariamente impregnada de ideologia". MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal". *Op. Cit.*, p. 13. La asertiva del profesor MORENO es válida, pero hay que considerar que la dogmática busca una estabilidad (y también una internacionalización) que la política criminal confesadamente no tiene. Transformar los objetivos momentáneos del Estado en un componente del modo como se comprende la estructura del delito y del castigo no es tan tenue como identificar en la dogmática la vigencia de algo de la ideología de su tiempo.

(26) ABANTO VÁZQUEZ reconoce la crítica, pero de inmediato defiende la concepción funcionalista: "Es más, no es nada arbitrario hacer perder su 'neutralidad' al Derecho penal y ponerlo al servicio de la sociedad y del individuo mediante su limitación con base en garantías de política criminal; lo arbitrario sería no hacerlo". ABANTO VÁSQUEZ, M., "¿Normativismo radical o normativismo moderado?". En: *Revista de Derecho penal* N° 1, p. 449.

ROXIN aclara que, para él, la culpabilidad puede ser definida como actuar 15
injusto a pesar de la accesibilidad normativa (*unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit*). En su concepción, la norma penal realiza un llamado al sujeto[27], y este será culpable si, en el momento en que aquel ocurre, el "individuo adulto sano" tiene condiciones de decidir conforme a la norma o, al menos, estaba en condición psíquica –libre o determinada– para que alcanzara ese llamado[28].

El profesor de Múnich se confiesa un agnóstico desconocedor de la exis- 16
tencia o no del libre albedrío, pero como de hecho puede existir esa accesibilidad normativa (*normative Ansprechbarkeit*), el sujeto debe ser tratado como libre. Según ROXIN, no se comprobará que aquel sujeto, culpable entonces, podría haber actuado de otro modo, pero no hay alternativa que suponer que él era libre. La suposición de libertad (*Freiheitsannahme*) funciona como imperativo social, independiente de la teoría del conocimiento, tal cual ocurre con la igualdad: "cuando el ordenamiento determina la igualdad de todas las personas, no quiere decir que todos los hombres sean efectivamente iguales pero

(27) Tal concepción de la culpabilidad se hizo bastante difundida, como documenta ZUGALDÍA: "En la actualidad existe un amplio consenso en torno a los puntos de vista –basados en nuestra experiencia científica general– que vinculan la culpabilidad a la motivabilidad de la persona, lo que permite afirmar que culpable es el autor que ha realizado el hecho ilícito pese a haber sido accesible al mandato normativo". ZUGALDÍA ESPINAR, J., "El principio de culpabilidad en las reformas penales". En: *Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*, p. 1093.

(28) La concepción de ROXIN de culpabilidad encuentra críticos, aunque se va consolidando de modo veloz. No es mérito de nuestro trabajo profundizar en todas ellas, sino como interesen a la libertad de la voluntad. Pero entre estas oposiciones vale recordar la de TORÍO LOPEZ, por la objetividad: "Hacer constituir la culpabilidad en la atribución desde fuera (social, por tanto, normativa) de una dirigibilidad normativa elude el problema de determinar el quid real de la imputación subjetiva. No suscita la cuestión de si el acto concreto, en una situación concreta, quedaba dentro o escapaba, por el contrario, a la individual dirigibilidad normativa del sujeto. En la culpabilidad no se trata de la dirigibilidad normativa del hombre, como ser general, o de otro, sino del individuo concreto en la situación concreta era o no motivable mediante normas. Esta cuestión radical no es suscitada en la concepción actual de ROXIN". TORÍO LÓPEZ, Á., "Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 3, p. 767. La individualización del concepto de culpabilidad ya era reivindicada por el profesor vallisoletano en texto aún anterior, cuando ya nota que la concepción dominante que "si bien es imposible determinar o establecer si en un momento concreto pudo individualmente el sujeto proceder de modo diverso a como lo hizo, el reproche de culpabilidad equivale a la afirmación de que otro sujeto en su lugar hubiese actuado de otro modo empleando la fuerza de voluntad que posiblemente la faltó al autor. Ello es suficiente para la legitimación del reproche de culpabilidad". Sus críticas son contundentes en este sentido: "La desigualdad entre los hombres ha de ser atendida por la categoría considerada si se pretende que se incorpore al delito el pensamiento de que no solo ha de tratarse lo igual como lo igual, sino también lo desigual como desigual" (p. 300), y "Contra la teoría de la inexigibilidad se pronunció abiertamente el Derecho penal del nacionalsocialismo, que la consideró reflejo de una visión jurídica liberal o de un humanitarismo desfalleciente TORÍO LÓPEZ, Á., "El concepto individual de culpabilidad". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* N° 2, p. 298.

que ordena que todos los hombres deben recibir igual trato ante la ley"[29]; así, logra definir esa suposición de libertad como una afirmación normativa que independe de datos empíricos, pero imperativa[30].

17 Reconoce que ese posicionamiento, que desde hace algún tiempo ya se delinea[31], suscita muchas críticas, en especial de los indeterministas, a ejemplo de SCHÜNEMMAN. Sin embargo, se basa, en última instancia, a confirmar su tesis, porque, como ninguno de sus opositores asume el libre albedrío como empíricamente comprobado, están en verdad reconociendo a *Willensfreiheit* como un postulado de imposible confirmación, pero imprescindible para las relaciones sociales en la que se incluye el Derecho penal. Y eso, claro, sería la propia tesis de ROXIN, quien ve la suposición de libre albedrío como una "regla del juego (*Spielregel*)".

18 ROXIN establece muy claramente que su principal divergencia con el finalismo son las estructuras lógico-objetivas. Es decir, depender de datos ontológicos, por así decir verdad, es algo que contraría las tendencias principales filosóficas, o al menos las que él adopta, en una reanudación parcial de teorías neokantianas y neohegelianas. En este prisma filosófico-jurídico, la realidad debe ser aprehendida por el valor de la norma, por lo tanto, la libertad de decisión del ser humano, ontológicamente pensando, poco interesa. Lo que importa es que, por regla general, se entiende que el ser humano es libre, porque el Estado necesita esa suposición de libertad, la *Freiheitsannhame*. Las ventajas de la presunción serían, en principio, establecer la visión del hombre libre, que sin duda asume relevo en las democracias y permite fijar una serie de premisas incluso para indiciar la culpabilidad o los aspectos preventivos de la pena; después, más evidente, dispensar la prueba empírica de la libertad, que estamos en consenso que es difícil de hacer.

19 Sin embargo, para nuestros límites serán dos los puntos que, por controvertidos, merecen un enfoque inmediato. En primer lugar, y crucial en todos los que entienden que la libertad es mero supuesto por no comprobarse lo contrario, es que la culpabilidad, en el momento de la imputabilidad o cualquier

(29) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 808.

(30) En la cuarta edición de su *Allgemeiner Teil*, ROXIN se muestra de algún modo inclinado por las tesis compatibilistas, citando a PAUEN. Dice que serían bastante compatibles con su posicionamiento. Cf. ROXIN, C., *Strafrecht: Algemeiner Teil. Op. Cit.*, p. 872. Esta mera indicación de futura inclinación solo se registra porque aún no significa alteración sustancial en el postulado del autor que aquí discutimos.

(31) En su manual, él realza específicamente el texto de 1987, publicado en la *SchwZStf* 104.

otro nombre que se quiera, depende de la prueba de capacidad de decidir[32]. Es decir, en el complejo teórico de ROXIN no se comprueba un ser humano libre, solo se supone, pero se confía fielmente que exista una forma empírica de demostrar que el individuo es capaz de ejercer autocontrol, de comprender la norma jurídica y de motivarse delante de ella. La reprobación, para el profesor de Múnich, es un dato que tiene confesamente algo de empírico, entonces nos encontramos, creo, ante una cuestión de fronteras: ¿cuál es el dato teórico que hace creíble el atestado de un médico diciendo que un hombre es capaz de decidir por sí mismo, si no se cree que pueda existir una prueba del libre albedrío? En otras palabras, ¿por qué se tiene que transformar la capacidad del hombre de tomar su decisión libre en todo momento como una suposición –"regla del juego social"–, mientras que se debe delegar a datos empíricos –datos de la ciencia naturalística–[33] una situación de "normalidad" del ciudadano? Esta solución encontrada por ROXIN impone algún criterio para decidir acerca de lo que es delegado al empirismo y lo que debe ser suposición social normativa.

En cuanto a este punto, se podría impugnar que es el propio ordenamiento que ya lo establece: la noción de imputabilidad depende de la prueba empírica[34], mientras que en el sujeto "normal" no se le cuestiona la libertad 20

(32) FIGUEIREDO DÍAS supervaloriza esa dificultad de comprobación empírica. En el intento de flexibilizar la exigencia del *poder agir de outro modo*, demuestra que ese concepto material de culpa traería dos dificultades *inultrapassáveis*, siendo la primera de ellas la propia indemonstrabilidad de la libertad; la segunda es la insostenibilidad político-criminal, pues se tendría que aceptar la alegación del reo de no haber actuado de otro modo, aunque no lo comprobase, en virtud de la presunción de inocencia (518). Para estos problemas, dice el profesor portugués, "bem se compreende (...) que esta tentativa de determinar o conteúdo material da culpa, enfeudada a uma imagem do homem de oitocentos e não conseguindo demonstrar o mais lídimo fundamento –o livre-arbítrio de que se reclama–, tenha de ser abandonada". DIAS, J., *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I, p. 516.

(33) Son las palabras de SCHÜNEMANN al cuidar de la imputabilidad: "Así, en el concepto tan rudo de 'estar loco', o en la expresión de que alguien 'ha perdido el juicio'. Y la psiquiatría puede aportar en este ámbito indiscutibles tareas de precisión, lo que, a su vez, suministra a la neurología un fundamento fuerte, empírico, es decir, propio de las ciencias naturales". SCHÜNEMANN, B., "Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad". En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, p. 126.

(34) MIR PUIG, en posicionamiento más ponderado, hace la crítica en el mismo sentido: de que el Derecho penal no se puede trasladar a análisis normativo simplemente. Entre sus principales ejemplos está la capacidad de comprender la norma jurídica: "Si la norma se concibe con la función de regular comportamientos, solo tiene sentido frente a quien puede recibirla y ser influido por ella a la hora de decidir su conducta. De nuevo hay que decir que si la norma ha de perseguir algo más que su sola vigencia simbólica, se ha de tener alguna eficacia empírica, esta presupone que concurran elementos empíricos en sus destinatarios y en la situación en que actúan". MIR PUIG, S., "Los límites del normativismo en Derecho penal". En: *Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*, p. 688.

en el momento de la culpabilidad. Esto significaría que la confianza en la eficacia de un examen de imputabilidad (y de ahí, de la propia existencia de un patrón de comprensión y autodeterminación mínimos) son también una suposición social normativa. Podría ser, pero la ciencia –el empirismo– se ha encaminado hacia o negar la libertad absoluta (véase comentarios al Art. 76), o imponer patrones de funcionamiento cerebral muy detallados, que ya no permiten una distinción psíquica maniqueísta sobre normalidad y capacidad libre de decisión en absoluto. Esto, en el mejor de los casos: si la neurología pasa a rechazar un patrón de "normalidad" porque simplemente todo ser humano responde a impulsos neurológicos predeterminados, ese dato empírico sobre el que se basa la culpabilidad, en la teoría de ROXIN, pierde su fuerza, porque la "capacidad de alcanzar el llamado de la norma" pasa a ser una suposición también empírica. Porque, como ya se ha preguntado a los autores más prominentes de las ciencias físiconeurológicas de hoy, esa capacidad no sería una suposición válida, sino un dato falso.

21 El segundo punto crítico es el vínculo entre la suposición del hombre libre y la función meramente preventiva de la pena, con su hostilidad declarada a cualquier tipo de función retributiva. La retribución estaría superada por un Estado que se desvincula de elementos meramente morales para pensar en su política, en sus finalidades, y eso no es de criticarse al principio. Sin embargo, cabe de algún modo objetar que si hay que suponer un hombre libre, cualquier fin preventivo, sea general sea especial, puede ser inocuo. Frente a su libertad, si es absoluta, el ser humano decide ante la situación concreta conforme a su conciencia, no habiendo indicio de que pueda ser influenciado por la pena concertada o aplicada, a él o a los demás, y con eso importamos con facilidad la crítica absoluta de los deterministas, que coincide con la reprimenda de WELZEL a los indeterministas absolutos. En nuestro entendimiento, el hombre no puede ser comprendido como libre de todo (y ni siquiera los filósofos lo hacen), porque ello contrastaría, por ejemplo, con situaciones normativas de evidente constricción de libertad en el sujeto común, a ejemplo de las hipótesis de coacción, irresistible o no. Por lo tanto, incluso la ley tiene que considerar al hombre relativamente libre para que se pueda establecer cuánto una pena es capaz de influir, o sea, de prevenir, porque solo a un castigo en absoluto retributivo no cabe esa pregunta. Esto significa que el Estado (en su política) debe estar continuamente preguntando cuánto el hombre es libre para su decisión, para que la coerción de la pena establezca su fin, y se pueda definir cuánto de ello, proporcionalmente, se puede trasladar a la medida de seguridad. Por ejemplo, si el Estado llega a la conclusión de que, en una sociedad extremadamente evolucionada, un hombre, como componente del colectivo, puede ser

convencido a no cometer un robo porque otro ciudadano fue condenado por ese delito a una pena de simple reprensión pública (v. gr. en el periódico con el nombre del sujeto condenado), podrá fijar esa pena como eficaz, al menos en términos de prevención general negativa. Entonces esa prevención depende de la no libertad del ciudadano común, que tiene se construye mediante un proceso de identificación empática con el condenado. De este modo, cualquier tipo de política preventiva de la pena depende de una relación, al menos en su base, empírica de un mínimo determinista del sujeto, que es incompatible con la presunción de libertad afianzada por ROXIN[35], caso sea esta es absoluta. Sin embargo, absoluta o no, su cuantificación es elemento relevante de la finalidad de la pena, a la que el profesor de Múnich vincula parte no desimportante de su dogmática, en la categoría de la responsabilidad.

La concepción de un Derecho penal con vistas a la finalidad nos podría 22
traer algunas importantes respuestas acerca de la aplicación de las medidas de seguridad, ya que ellas son siempre finalistas. El problema está en que, al cuidar de la culpabilidad-responsabilidad, el autor pone de manifiesto, desde luego, que se cuida de un concepto aplicable al "hombre sano". Y eso nos remite una vez más al problema de que la ley peruana determina no sencillamente una proporcionalidad en sí misma, sino que el límite máximo de la medida de internación exista a partir de un cálculo hipotético de pena aplicada. ¿Es posible decir que ese cálculo de proporcionalidad se podría mensurar a partir de todos los conceptos de reprobación, exceptuada solamente la asequibilidad normativa (*Ansprechbarkeit*)? No parece sencillo, pero es evidente que el camino, una vez más, es considerar al individuo no culpable como a alguien a que falta solamente su relación con la prohibición de la norma, utilizando los ya desarrollados conceptos de pena que involucran garantías, límites y finalidades. La ley, en un análisis realista, obliga a ello[36].

(35) En un contexto no tan alejado de nuestro recorrido (porque se comenta la disminución de la libertad del autor en relación con el autor detrás en caso de autoría mediata en la propuesta de *Tatherrschaft*), CUELLO CONTRERAS dispara la contundente crítica: "Quiere decirse, que Roxin, exageró innecesariamente en su día, lo que le separaba del planteamiento finalista, sin duda por la antes mencionada angustia de las influencias". CUELLO CONTRERAS, J., "Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse". En: *Revista de Derecho penal y Criminología de UNED* Nº 16, p. 22.

(36) Véase, en mayor detalle, comentarios al artículo 74 ss.

V. Bibliografía

23 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "¿Normativismo radical o normativismo moderado?". En: *Revista de Derecho penal* N° 1, 2006; CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. Cultural Paulista, São Paulo, 2001; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, "Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse". En: *Revista de Derecho penal y Criminología de UNED* N° 16, 2005; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007; MAURACH, Reinhart, "A teoria da Culpabilidade no Direito Penal alemão". En: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro, V y IV, fasc. XV, out./dez. 1966; MIR PUIG, Santiago, "Los límites del normativismo en Derecho penal". En: *Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*. Aranzadi, Navarra, 2005; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal". En: *Revista Criminalia* N° 3, Vol. 68, México; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Trad. Luzón-Peña y otros. Civitas, Madrid, 2006; ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Trad. Muñoz Conde. Hammurabi, Buenos Aires, 2006; ROXIN, Claus, *Strafrecht: Algemeiner Teil*. Band I, 4. Auflage. C.H. Beck, Munique, 2006; SCHÜNEMANN, Bernd, "Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad". En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tecnos, Madrid, 2004; TORÍO LÓPEZ, Ángel, "El concepto individual de culpabilidad". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* N° 2, Madrid, V, 38, 1985; TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 3, Madrid, 1988; WELZEL, Hans, "Culpa e Delitos Culposos de Circulação". En: *Revista de Direito Penal* N° 3, Rio de Janeiro jul./set. 1971; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "El principio de culpabilidad en las reformas penales". En: *Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*. Aranzadi, Navarra, 2005.

§ 76
Tratamiento ambulatorio

VICTOR GABRIEL DE OLIVEIRA RODRIGUEZ
Universidade de São Paulo
(Brasil)

Sumario

		Nm	P
I.	El tratamiento ambulatorio	1	429
II.	La materia de fondo: los límites de la intervención médica	6	430
1.	Derecho penal y los estudios del cerebro: la compatibilidad	13	432
III.	Bibliografía	44	446

§ 76.- Tratamiento ambulatorio

"El tratamiento ambulatorio será establecido y se aplicará conjuntamente con la pena al imputable relativo que lo requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación".

I. El tratamiento ambulatorio

El tratamiento ambulatorio es la segunda clase de medida de seguridad que contempla nuestra legislación. Se encuentra regulada en el artículo 76 del Código Penal. Se trata de una medida de seguridad no privativa de libertad y que tiene una función predominantemente de rehabilitación. 1

Esta medida se aplica exclusivamente a los imputables relativos. Sin embargo, en el artículo 178 del Código Penal se consideran también formas especiales de tratamiento ambulatorio para los imputables que han cometido delitos contra la libertad sexual. 2

La medida de seguridad que estamos analizando consiste en el sometimiento obligatorio del sentenciado a un régimen ambulatorio de atenciones de carácter médico, psicológico o de otra especialidad que su estado personal requiera. 3

La ley no estipula un límite temporal para la realización del tratamiento ambulatorio. En todo caso él no puede exceder el plazo del cumplimiento de la condena impuesta al agente del delito. Su ejecución, pues, tendrá lugar de manera paralela al cumplimiento de la pena. PÉREZ ARROYO asume una posición diferente considerando que la aplicación conjunta de la medida de seguridad 4

terapéutica y rehabilitadora se realiza de modo accesorio a una pena, la cual será de aplicación principal.[1]

5 De todos modos, para nuestra visión normativa es básico que se comprenda que el tratamiento ambulatorio es forma menos ofensiva, forma menor de respuesta penal que la internación. Por ello es que, por ejemplo, el Código Procesal Penal de Chile deja manifiesta la clara gradación entre ellas, una vez más dejando clara su analogía a la pena: "En ningún caso la medida de seguridad podrá llevarse a cabo en un establecimiento carcelario. Si la persona se encontrare recluida, será trasladada a una institución especializada para realizar la custodia, tratamiento o la internación. Si no lo hubiere en el lugar, se habilitará un recinto especial en el hospital público más cercano" (Art. 457 del Código Procesal Penal). No deja de ser una buena forma de enunciar las garantías al individuo inimputable.

II. La materia de fondo: los límites de la intervención médica

6 El Código Procesal Penal de Perú, al disponer sobre las medidas de seguridad como un todo, deja claro que el juez, al decidir sobre la inimputabilidad, debe escuchar a los expertos en disciplinas de la mente, en general un perito médico[2]. Pero también le da la facultad de sencillamente rechazar[3] la petición de un incidente de inimputabilidad si tiene la convicción de que no es ese el caso. Es lo que ocurre en casi todas las legislaciones, imponiendo el poder judicial como el *peritum peritorum*, es decir, el perito de todos los peritos.

7 Pero por qué eso se permite, es decir, ¿cómo es posible dejar al juez la opinión máxima sobre la situación acerca de la capacidad mental del imputado? No se trata, al contrario de lo que pueda parecer, de una arrogancia del Poder Judicial, de ponerse sobre la condición misma de las ciencias biológicas, sino algo mucho más complejo que eso: dejar al jurista la posibilidad de responder a una cuestión que, hace mucho, no se soluciona, nominadamente: cuál es el verdadero papel de las ciencias naturales frente al Derecho penal.

(1) Pérez Arroyo, M., *Las medidas de seguridad y rehabilitación social*. II Congreso Internacional de Derecho penal, p. 142.

(2) Art. 457.9.: Es imprescindible que en el acto oral se interrogue al perito que emitió el dictamen sobre el estado de salud mental del imputado, sin perjuicio de disponerse, de ser el caso, la ampliación de dicho dictamen por el mismo u otro perito.

(3) 457.4: 4. El juez de la investigación preparatoria podrá también rechazar el requerimiento de imposición de medidas de seguridad formulado por el fiscal, si considera que corresponde la aplicación de una pena. Contra esta resolución procede recurso de apelación, con efecto suspensivo.

Esa cuestión es la que demuestra algo que se pone esencial en estos comentarios: que la medida de seguridad, aunque cuando evidentemente curativa, preserva su naturaleza de respuesta penal, por lo tanto bajo el control del Poder Judicial, atento a los derechos humanos. El juez, de modo normativo, decide sobre la función y la justicia de la medida de seguridad a aquel que cometió aquello que sería un injusto, y que solamente no lo es de todo porque existe una incapacidad de alcance normativo[4]. En lo demás, todo sigue muy próximo a lo que es la condena al castigo penal: se calcula proporcionalidad, se analiza conducta, se justifican los fines de la imposición de la medida de seguridad, entre otros aspectos. 8

El problema se agudiza, como de forma superficial manifestamos al inicio[5], cuando tenemos un crecimiento da exactitud de las ciencias médicas. Ellas promueven, con las neurociencias, una promesa de riesgo de certidumbre a la previsión del comportamiento humano. Las neurociencias anticipan acciones humanas, prevén curas para comportamientos desviantes y aproximan el imputable del inimputable de modo nunca antes visto, pero al revés: no por poner capacidad al inimputable, sino por retirar del imputable la libertad de querer. 9

De la misma manera que el juez a analizar un caso singular de imputabilidad, el jurista de hoy no puede escapar a cuestionarse: ¿cuál es el papel de la medicina contemporánea en el Derecho penal, cuando empieza a atribuir a causas cerebrales toda decisión comportamental? ¿Eso se compatibiliza con el Derecho penal como un todo? ¿El juez debe o no asumir las afirmaciones de la medicina, preguntando sobre capacidad de decidir de cualquier reo y probabilidad de comportamiento desviante y cura para ellos? ¿O debe seguir recurriendo a la medicina sencillamente como un consejo para decidir entre pena y medida de seguridad, como si el hecho de consciencia fuera repentino y binario, una luz que hace un visible contraste claro-oscuro? Y, con ello, ignorar la capacidad de cura que la medicina nos ofrece. 10

Creemos que la posición actual del Derecho en ese debate es una forma interesante de poner fin a las medidas de seguridad: cómo es compatible la medicina a las ciencias, en especial cuando dicen que todo comportamiento es pasible de explicación por rutas cerebrales. 11

(4) Véase el comentario al artículo 75, especialmente a las colocaciones de Claus ROXIN.
(5) Véanse los comentarios al artículo 72, retro.

12 Adelante, exponemos las razones de algunos penalistas que, al recientemente pensar sobre el tema, traen posiciones distintas. Al final, si nos es permitido, traemos la nuestra.

1. Derecho penal y los estudios del cerebro: la compatibilidad

13 La compatibilidad entre el determinismo dictado por la medicina y la compleja idea normativa de punición, cura o inocuización es algo que todavía se está por investigar con alguna solvencia, sobre lo que no habrá nunca una solución específica. Dejar al juez definir los límites en cada caso, como hace el Código Penal peruano, es la mejor solución práctica. Sin solución teórica específica, lo mejor que se puede hacer, acá, es trazar un recorrido sobre las opiniones de los principales autores que intentan alcanzar propuestas de interpenetración e incremento entre *hard sciences* biológicas y Derecho.

14 Es justo acreditar a SCHÜNEMANN, entre los penalistas contemporáneos, la preocupación pionera por reafirmar el primado de una creencia filosófica por sobre las afirmaciones médicas. No solo el profesor de Munich, ya en el año 2002, denunció que hace treinta años el "concepto social de la culpabilidad" quitó conscientemente la cuestión ontológica de poder actuar de otra manera (*Andershändelkönnen*), en la que se implica libre albedrío[6], para la reducción a un "capaz de reaccionar normativamente", es decir, poder ser motivado de manera normal por la norma, lo que implicaría recurrir a un "nivel medio" inseguro de motivación. Analizando algunas concepciones filosóficas sobre la mente, se demuestra el debate de reducción por las tesis compatibilistas en la ley, que no sería otra cosa, en sus palabras, que "un concepto de responsabilidad personal que es independiente de la cuestión de la libertad de voluntad y que solamente presupone la libertad de acción"[7].

15 Por mucho que la sanción penal pueda ser volcada a las consecuencias futuras, dice el autor, solo se legitima cuando se puede constatar que el autor puede evitar la acción, y esto exige algo así como un "concepto atávico de retribución"[8] que se deriva de su imposición. Así que parte de la idea errónea

(6) "La fundamentación de la culpabilidad penal, esto es, la reprochabilidad del hecho por la posibilidad que tiene el autor de comportarse de otro modo, presupone evidentemente la libertad para comportarse de otro modo y, con ello, el libre albedrío, puesto que no tendría sentido formular un reproche jurídico o moral contra un suceso determinado por la ley de causalidad (...)". SCHÜNEMANN, B., "Libertad de voluntad y culpabilidad". En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, p. 24.

(7) Ibídem, p. 28.

(8) Ibídem, p. 34.

radica en el concepto social de la culpabilidad[9], que monta una ficción en el *Andershändelnkönnen*, dispensando con su prueba específica. Para el autor, la libertad de la voluntad, que sin embargo debe ser apartada del imperativo categórico kantiano[10], es ontológica y se arraiga en las estructuras sociales[11], como parte de la realidad, independientemente de la sensación individual de alguien como libre o capaz. Para SCHÜNEMANN, el lenguaje y el fenómeno de la comunicación en sí mismos son la mayor prueba de que el hombre es libre, porque el diálogo asume la capacidad del intelecto y la determinación de los propios individuos, que solo excepcionalmente se defienden de un ataque que dice que no eran libres de decidir, porque esto implica ponerse en una condición de "pobre diablo" social, de persona incapaz de lidiar con el entorno complejo en el que se desarrolla la comunicación. Por eso, incluso, decimos nosotros, muchas veces el gran interés del reo en que no sea declarado inimputable.

SCHÜNEMANN niega el determinismo (que distingue entre psicológico, cere- 16
bral fisiológico y sociobiológico), para llegar a la conclusión de que "no solo estamos lejos de una estricta explicación causal de los procesos de formación de la voluntad, sino que tampoco disponemos ni siquiera de conceptos teóricos inobjetables para la formulación de las leyes causales pertinentes"[12]. Y entonces la libertad de voluntad, en el caso de la posibilidad de actuar de otra manera, es un hecho ontológico, real, en el sujeto capaz; u de esa libertad es

(9) En otro trabajo, el autor también ataca el concepto, cuyos defensores "omiten conscientemente la cuestión de la capacidad individual de actuar de otro modo y reducen el juicio de culpabilidad a la constatación de que el autor era accesible a la norma, es decir, normalmente motivable por normas". E aponta que os que defendem essa teoria e negam o livre arbítrio ao mesmo tempo em que encontram uma justificação preventivo-geral para a pena caem em uma contradição: "ante un autor que obra estando determinado, la amenaza no solo está vacía o carece de seriedad, sino, sencillamente, no tiene ningún sentido". SCHÜNEMANN, B., "La culpabilidad: estado de la cuestión". En: *Sobre la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra*, pp. 106-107.

(10) El autor aboga por el rebasamiento parcial del principio kantiano en más de una obra. Sostiene que en el Derecho penal no es la distinción entre *Homo noumenon* y *Homo Phoenomenon* de Kant, porque el delito no se explica por imperativo categórico y no es autorrefutado (como ocurriría, en su ejemplo, cuando "el autor reconoce finalmente la *rules* lesionado, puesto que la quiere tener para sí", p. 161). Para Schünemann, la retribución es superada y debe ser sustituida por la prevención general negativa. En sus palabras: "Una solución (...) solo me parece posible de una manera: que se vuela a las rocas duras de la prevención general amenazadora. De esa manera, no solo va a ser presupuesta la voluntad de libertad y la culpabilidad del autor (...) sino que también, de paso, se pone de cabeza la reducción de la culpabilidad a la prevención anteriormente propagada por Jakobs". SCHÜNEMANN, B., "Aporías de la teoría de la pena en la filosofía". En: *Obras*, v, 1, p. 164.

(11) Es incisivo en esta afirmación: "Y, finalmente, me abstengo también de sucumbir a la falacia normativista de declarar a la libertad de la voluntad, modificando la conocida afirmación de Kohlrausch, con una suposición de la realidad necesaria al Estado", SCHÜNEMANN, B., "Libertad de voluntad y culpabilidad". En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Op. Cit*, p. 36.

(12) Ibídem, p. 45.

que es legítimo penalizar: con carácter preventivo, pero desde un mínimo de culpabilidad basada en el poder de actuar de otra manera.

17 Ocurre, sin embargo, que esa libertad de la voluntad es sencillamente normativa y no es confirmada en general por los estudios neurocientíficos. De ese modo, a nosotros nos parece evidente que el punto de vista de Schünemman implica imponer límites claros a la intervención de la realidad médica en la normativa.

18 WINFRIED HASSEMER es uno de los que, delante de la evolución de las ciencias médicas a que nos referimos acá, pronto construirá el paralelo entre esos avances y los errores del positivismo biológico de LOMBROSO, sin desestimar los estudios actuales del cerebro. Al disertar sobre el tema, elige el peor de los casos, de los más graves retratos que se pueden pintar antes de los descubrimientos científicos contemporáneos (el marco más radicalmente determinista), para recordar que las ciencias empíricas "no son las únicas llamadas a hablar" sobre el tema de la libertad, y mucho menos, para decidir la última palabra[13] sobre el tema de la responsabilidad humana.

19 Para el profesor de FRANKFURT, la justicia penal, en su vida cotidiana, habla sobre el grado de libertad del individuo, especialmente en relación con la culpabilidad, razón por la cual ella lo asume. Esta hipótesis no es sorprendente, sobre todo porque es ilusoria esta ya mencionada predominancia de las ciencias biológicas: solo los "biólogos humanos arrogantes" y los "penalistas asustados abogan de otra manera", porque incurren, define HASSEMER, en el error categorial de extraer conclusiones de lo que sus instrumentos permiten, además de lo que es accesible a ella.

20 Cada ciencia tendrá entonces su concepción específica de los procesos de decisión, limitada en su objeto. El problema que se podría plantear, dice el autor, es el hecho de que las otras ciencias acusan de ridiculizar la concepción de otra, por acientífica, y que será, dice, el caso de la ley: la responsabilidad no es solo una parte estructural de la misma, sino que también constituye un concepto fundamentado[14] en nuestra comunicación normativa diaria. Por lo tanto, negar que los seres humanos son responsables de sus acciones "vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas"[15]. En el plan dogmático, la mente es una suposición y la idea de que

(13) HASSEMER, W., "Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal". En: *Indret: Revista para el análisis del derecho* 2/2011, p. 6.
(14) HASSEMER, W., "Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal". *Op. Cit.*, p. 8.
(15) Ibídem, p. 9.

el juez puede penetrar realmente en la conciencia humana para atestiguar la posibilidad de que el autor ha actuado de otra manera es engañoso, de modo que la cuestión de la libertad atestiguada neurocientíficamente importa poco. Tanto es así que el Derecho penal[16] no exige prueba absoluta de libertad para la imputación de los penalmente responsables. Por el contrario, recuerda Hassemer, incluso cuando se refiere a la inimputabilidad, *se requiere solamente prueba de no autodeterminarse en el sentido de una simple ausencia de disturbios*. Es solo en el campo de la exclusión de la culpabilidad que el Derecho penal recurrirá a las ciencias empíricas, y luego "el campo de esas categorías está abierto hacia el futuro"[17]. La ciencia del Derecho penal, por lo tanto, no falla en todos los desarrollos científicos, pero se reserva un lugar, una importancia específica: la ausencia de disturbios para diferenciar imputable de inimputable.

21 La posición de HASSEMER, si ya se nos permite una opinión, mientras que es un punto importante para la limitación de las funciones de la neurociencia, cae en el punto crítico que ya insinuamos en nuestra introducción: atestiguar a un hombre, para que sea imputable, como libre y "sin perturbación" puede significar intentar hacer una prueba de que *la ciencia neurológica ya declara imposible*, porque si va a la afirmación de que el ser humano piensa y actúa de una manera determinada por su condición cerebral. Así, la tendencia neurocientífica es la de *negar la existencia de un patrón de normalidad cerebral*. La posibilidad, para la neurociencia, de la conformación de un cerebro "normal" sigue siendo una especulación. De ese modo, no nos parece claro que la ciencia médica pueda ser llamada sencillamente a decir si el individuo es capaz de responder a la norma, si ella tiende a afirmar que nosotros todos, imputables e inimputables, actuamos a partir de una conformación puramente biológica.

22 El penalista DEMETRIO CRESPO, quien recientemente capitaneó uno de los estudios más relevantes que se ha publicado sobre las neurociencias y el Derecho penal, se opone a HASSEMER en relación con las ciencias y el método de estudio. Para Demetrio, no hay exactamente un defecto teórico cuando se propone la intervención de las neurociencias en el Derecho penal. Admite que puede haber cierta arrogancia en la presentación de los hallazgos neurocientíficos, pero cree que no hay manera de decir que el debate entre el Derecho penal y el conocimiento del cerebro ha sido inútil, todo lo contrario: los descubrimientos y las constantes preguntas, que de las ciencias se originan, sirven

(16) Refiere al § 20 y al § 21 del *StGB*.
(17) Ibídem, p. 12.

para revivir la discusión sobre la legitimidad del castigo[18]. Por lo tanto, después de demostrar el dominio de todas las tendencias en las investigaciones neurocientíficas y sus posibles conclusiones, señalando que no pueden tratarlas como "una corriente unitaria, sino que sus representantes han ido dibujando una cierta imagen del ser humano de unas características comunes que contradicen la libertad idea tradicional de la voluntad"[19], y después de resaltar que no hay ni siquiera en las ideas médicas más avanzadas una tendencia eugenista, porque el objetivo no es tratar como enfermos a los criminales[20], propone *la interpenetración entre el derecho y otras ciencias, siempre que a través del filtro del respeto a la dignidad del ser humano.* Este filtro que impediría, entre otros, que haya una "marcha triunfal de un nuevo darwinismo social" o, como dice, ANIYAR DE CASTRO, evitar una resurrección y un glorioso ascenso de LOMBROSO.

23 Señala que, si las neurociencias no pueden resolver el problema de la libertad del actuar humano, también hay que reconocer que el Derecho mismo debe asumir pretensiones más modestas: posibilitar la convivencia a través de la protección de los bienes jurídicos a los más intolerables no significa tener que inmiscuirse en el problema metafísico de la libertad[21]. En esta línea de pensamiento restrictivo, sostiene que es posible justificar la culpabilidad del hecho, no la culpabilidad del carácter, sin tener que demostrar supuestos absolutamente indeterminables. En sus palabras, "la culpabilidad presupone injusto, y las normas penales ni prohíben ni ordenan un determinado carácter o una manera de conducción de la vida"[22]. Por eso es solvente decir que DEMETRIO asume algún posicionamiento normativista, pero considera abrir el debate a las nuevas tecnologías y descubrimientos científicos, que pueden cambiar gradualmente los paradigmas jurídicos.

24 Así, el autor mantiene lo que él nomina "compatibilismo humanista": compatibilismo porque cree que el Derecho penal debe ser permeable a los

(18) DEMETRIO CRESPO, E., "Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y Derecho penal". En: *Neurociencias y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*, p. 38.

(19) Ibídem, p. 22.

(20) Transcribir esta idea que, con lo que voy a decir más tarde, me parece una cierta oposición, desde el estudio del pasado. Dos razones, para Demetrio, alejar los avances científicos de la eugenesia: "Primero, porque los neurocientíficos que se han ocupado de estos problemas limítrofes no propugnan en absoluto tales ideas. Pero, en segundo lugar, porque tampoco defienden que la sociedad deba dejar de exigir responsabilidad a las personas por los actos cometidos que vulneran los derechos de otros tratándolas con carácter general como enfermos", Ibídem, p. 30.

(21) Ibídem, p. 32.

(22) DEMETRIO CRESPO, E., "Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y Derecho penal". *Op. Cit.*, p. 34.

descubrimientos de otras áreas científicas, incluido la médica, ya que estamos obligados a revisar constantemente nuestros parámetros, para justificar la intervención penal. Por lo tanto, la producción puramente normativista, que implicaría rechazar cualquier tipo de influencia científica, no es una solución efectiva, pero los descubrimientos de la neurociencia se deben orientar normativamente; sin embargo, añade DEMETRIO que el compatibilismo tiene su cariz "humanista" obligatorio porque la misión del Derecho penal es la búsqueda de una forma más humana e inteligente de reaccionar. Ante estas ponderaciones y el mantenimiento de las garantías de la dignidad del ser humano[23], no habría por qué oponerse a la interpenetración de los conocimientos neurológicos. De hecho, visto desde el posicionamiento más radical de HASSEMER, el postulado del profesor Toledano guarda tonos conciliadores. Para este, el Derecho no puede ponerse inmediatamente en una posición defensiva frente a los descubrimientos científicos, y tal vez sea posible establecer un sentido de dirección para la recepción de los avances tecnológicos: solo aquellos que implican disminución de castigos.

La posición de imponer que la dignidad humana prevalece, en el Derecho 25
penal, en cualquier declaración científica sobre el funcionamiento del cerebro y sus consecuencias en el comportamiento del individuo es, en efecto, lo que creemos, bastante correcto. Más aún porque, en nuestra opinión –y allí en desacuerdo con el autor analizado–, los estudios médicos del cerebro están dirigidos a la curación del individuo, conforme ya exponemos, en los comentarios al artículo 72 de este Código. Si los médicos no logran el mapeo y la intervención completa de momento, como el propio profesor de España muestra[24], es otro tema. De todos modos, principalmente en temas de medidas de seguridad, hay que tener en cuenta que es necesario compatibilizar lo que dice la Medicina con las finalidades del Derecho penal.

El profesor FEIJÓO SÁNCHEZ, quien ya está ingresando en el análisis de la 26
parte de la influencia de los descubrimientos neurocientíficos en el Derecho

(23) Demetrio es incisivo en otro texto para mantener la dignidad de la persona humana sobre cualquier descubrimiento científico. En sus palabras, 'ningún paradigma científico sobre el ser humano, por muy explicativo y racional que pretenda ser, está por encima de su dignidad como ser humano. Por lo que concierne al núcleo de lo tratado en esta modesta aproximación al problema de la identidad y la responsabilidad penal, este punto de partida significa que el Estado solo puede exigir cuentas de sus actos a personas y que las personas son algo más que sus cerebros, aunque estos tengan mucho que ver con la explicación y las claves de su comportamiento" DEMETRIO CRESPO, E., *Identidad y responsabilidad penal.* En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid-AFDUAM.* 17, p. 251.

(24) DEMETRIO CRESPO cita específicamente la *del manifiesto* Publicado en Gehirn & Geist, NUM 06, 2004, p. 31.

penal contemporáneo, opera divergencia relevante en relación con otros penalistas. FEIJÓO, al iniciar su abordaje con un caso específico –el de un hombre que causa un tumor cerebral para cometer delitos sexuales–, deja claro que la principal intervención de las ciencias médicas es la *curativa*: curar al delincuente para no cometer nuevos delitos[25]. Esto implica que es posible que las investigaciones médicas establezcan varios indicios de que quienes antes se percibían como delincuentes malignos sean posteriormente entendidos como enfermos, frente a que se plantea la cuestión de la injusta condena a imputables que hayan cometido actos que posteriormente puedan ser entendidos como la consecuencia inequívoca de cualquier enfermedad. La respuesta es negativa porque, para Feijóo, "el ordenamiento jurídico, como obra humana, solo puede garantizar a los ciudadanos que su culpabilidad será valorada de acuerdo con los mejores conocimientos disponibles"[26], lo que, en estos presupuestos de medida de seguridad, creemos, nos da una idea muy clara de que se debe tomar con cautela cualquier opinión médica sobre la capacidad del reo. Una vez más, retornamos a la posibilidad de un Derecho penal apenas de medidas de seguridad.

27 Sobre la base de la reacción penal, dice que nos encontramos ante "otro capítulo de una novela que comenzó hace mucho tiempo"[27] y refuerza, como ya han hecho otros autores, que la pena, tanto como se desea dotar de lastre científico, tiene una función social de estabilidad normativa, que deriva de la vida en colectividad y no necesariamente de la investigación del ímpetu cerebral. En sus palabras, para modificar las formas de castigar no es suficiente que los neurocientíficos mejoren el mapeo de las funciones del cerebro y, por tanto, modifiquen la comprensión de la naturaleza humana, sino también que vengan a "transformar nuestro concepto de ciudadano en una democracia deliberativa"[28], porque eso es lo que en última instancia es, al menos parcialmente, la justificación del castigo: el papel del ser humano frente a la sociedad. Hay que observar, por tanto, que esta inserción de la democracia y del Estado en la función de la pena se produce porque son el resultado de una concepción original de culpabilidad previamente formulada por FEIJÓO SÁNCHEZ. Utilizando los postulados luhmannianos, el penalista propone un

(25) E adiante é mais veemente, porque "lo que proponen algunos neurocientíficos es *potenciar el* tratamiento y la prevención especial a diferencia del sistema 'proporcionalista' orientado a la prevención general que caracteriza a los sistemas jurídicos de nuestro entorno". FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "Derecho penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa?". En: *InDret* 2/2011, p. 7.

(26) Ibídem, p. 3.

(27) Ibídem, p. 10.

(28) Ibídem, p. 14.

"acoplamiento estructural" entre las ciencias empíricas y las ciencias jurídicas, precisamente porque ambas están desvinculadas: el mundo natural y el mundo institucional son sistemas diversos y eso trae consecuencias, entre las que se encuentra la pérdida de sentido jurídico de la diatriba determinismo/indeterminismo, porque pertenece meramente al funcionamiento del mundo natural. Esta pérdida de sentido significa que la prominencia del problema penal no es si estamos determinados o indeterminados, sino en la definición de "si el subsistema social correcto está determinado por el sistema de ciencias sociales"[29]. Si algún neurocientífico cree entonces que sus descubrimientos, comprobando el determinismo del cerebro, hechan por tierra la idea de culpabilidad y de inimputabilidad, es porque *se está otorgando a sí mismo más poderes que los que realmente tiene*, delante de las ciencias jurídicas.

Y el toque original que trae la culpabilidad en FEIJÓO SÁNCHEZ, ya dado 28
por sus premisas luhmannianas, es centrarlo no solo en la necesidad de estabilizar las normas, sino en la explicación de lo injusto y la imposición de la pena. Hay culpabilidad[30] cuando, en la explicación de lo injusto, la responsabilidad individual adquiere un papel relevante. De ahí, la culpabilidad sigue siendo determinada normativamente y, por lo tanto, los datos psicológicos y mentales influyen, ya que pueden clarificar el vínculo que el individuo tiene con el ordenamiento, la forma en que reconoce la norma, "es decir, desde el prisma del reconocimiento personal del orden jurídico", que comunicativamente se usará para explicar la imposición de la pena o de la medida de seguridad. Así transponiendo la lengua a su plan normativista, en el cual conviene parcialmente con JAKOBS[31], el papel que deben desempeñar las neurociencias se encuentra en el potencial de la autoorganización, lo que implica que *está en la certificación de la capacidad de culpabilidad* que se requerirán o aceptarán las mayores contribuciones, en particular como resultado práctico, extendiendo los casos de imputabilidad o de semiimputabilidad.

(29) FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "Derecho penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa?". *Op. Cit.*, p. 21.

(30) Feijóo desarrolla su concepto de culpabilidad comunicativa a partir de su crítica al formalismo jakobsiano, ya que para el español este carácter comunicativo de la culpabilidad presupone la comprensión de cada modelo de sociedad en el que se establece. Cuando se trata de una sociedad democrática, el Estado no puede exigir que los ciudadanos "contribuyan reconocimiento personal a las normas, Bell, que en la contribución con su menosprecio de las normas a la vida social" (ibídem, p. 36). Tan interesante como la pregunta es, no es el caso de profundizar la concepción, que sobrepasa el papel efectivo de la contribución de la neurociencia al establecimiento de la reprobación o la justificación de la pena.

(31) Ibídem, p. 31.

29 De otro lado, el profesor LUZÓN-PEÑA, demostrando bien conocer el estado actual de las neurociencias, expone una posición más conservadora, pero no menos razonada. Mantiene, en términos generales, que el concepto de culpabilidad –la culpabilidad normativa– es suficiente para dar cuenta de la idea actual de reproche. Pero va más allá de mostrar que, aunque es posible, con cierta dificultad, reconocer que los estudios biológicos demuestran la falta de libertad de acción a partir del cerebro, todo nuestro ordenamiento jurídico se basa en la concepción del hombre libre[32] y, entonces, sería "muy difícil o incluso imposible que la organización social y el derecho puedan funcionar sin apartarse de la libertad de acción de los hombres"[33]. Así que hay, en definitiva, dos corrientes que se pueden seguir: la de aquellos que, por bases filosóficas, creen que existe una libertad efectiva, por lo que entonces habría una libertad ontológica; y otras que lo tendrán como una asignación social, en la que "la libertad de acción es un criterio claramente normativo o un 'criterio empírico mezclado-normativo'"[34]. En este último caso, se aceptaría que la libertad de decisión humana es, como mínimo, una convicción social, basada, entre otros argumentos, en la creencia de que los mecanismos de restricción o incluso de educación social no funcionarían "si la gente supiera que no serán considerados libres y responsables de los delitos que cometen"[35].

30 La opinión de LUZÓN viene entonces en un sentido que no parece inútil revisar: que el concepto actual de culpabilidad normativa, o incluso la accesibilidad (*Ansprechbarkeit*) de ROXIN, con una u otra reparación es suficiente para el establecimiento de la responsabilidad penal, y el hecho de que toda la planificación legal se encuentra en el acto de la libertad es un axioma[36] normativo.

31 La profesora PÉREZ MANZANO predice que los avances neurocientíficos implicarán cambios en el Derecho penal, tanto en lo que se refiere a la base de la responsabilidad para el propósito de la sanción. Observando los

(32) "Y la libertad que se reconoce, consagra y protege constitucional y jurídicamente comprende todos los aspectos o facetas de la misma, no solo la libertad externa o ausencia de coacción o presión exterior sobre el hombre, en sus relaciones con otros y con el poder público, sino ya la propia libertad interna del ser humano, su libertad para decidir y actuar como quiera". LUZÓN PEÑA, D., "Libertad, culpabilidad y neurociencias". En: *InDret* 03/2012, p. 39.

(33) Ibídem, p. 25.

(34) Ibídem, p. 27.

(35) Ibídem, p. 23.

(36) Luzón Peña definirá un axioma como una "proposición tan clara y evidente que se admite sin necesidad de demostración" (p. 40). Y Gómez Tomillo, defendiendo la identidad de los postulados de reproche entre el Derecho sancionador y el Derecho penal, asumirá que "el libre albedrío no es para el derecho sancionador de las personas físicas sino un postulado, cuando no un axioma", GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho Administrativo sancionador*, pp. 388-389.

experimentos de ciencias médicas, incluso de BENJAMIN LIBET[37], da un acento especial a dos aspectos. En primer lugar, que el descubrimiento de que la "relación temporal entre la actividad de las áreas cerebrales implicadas –consciente y no consciente– se presenta a los científicos como evidencia empírica contra la existencia de la libertad de la voluntad" y también contra el prototipo del ser humano que domina sus acciones, por "'el consciente' ni inicia el proceso (...) ni lo controla"[38]; como segundo argumento, añade que aparecen a cada momento más pruebas científicas de que los autores de determinados delitos violentos padecen "alteraciones en el funcionamiento de ciertas áreas cerebrales"[39], lo que, al menos en opinión de los investigadores de las ciencias naturales, obligaría a reconocer que se minarían las bases de un Derecho penal retributivo. En nuestra concepción, conforme decimos en los comentarios al artículo 71, significa en gran medida equiparar pena y medida de seguridad. Para la autora, sin embargo, frente a los descubrimientos, la propuesta derivada de la base científica no sería la eliminación de sanciones, sino la sustitución de la "retribución preventiva" y el "tratamiento neurológico como forma de lucha contra el delito"[40].

Incluso dando énfasis a estos argumentos, la autora nota la inmediatez 32
con que los neurocientíficos quieren aplicar sus conclusiones directamente al Derecho penal, porque, en lugar de explicar la relación entre el individuo y el hecho –lo que la neurociencia hace perfectamente–, el Derecho penal debe estar preocupado por responder a la legitimidad de su desempeño, especialmente con las medidas de privación de libertad. Por lo tanto, la principal cuestión que se debe plantear es *si la neurociencia puede afectar los fundamentos de la justificación del Derecho penal*[41]. Sobre este tema, aboga por una posición intermedia: debemos tener en cuenta lo que la neurociencia trae a la innovación,

(37) En un estudio posterior, Pérez Manzano construirá un análisis a fondo del método Libet, con sus diversas críticas, deslegitimando sus conclusiones. Entre tantas otras afirmaciones contenidas en el estudio, dice que "creo que los argumentos sobre el funcionamiento causal del cerebro o sobre la incidencia de la actividad cerebral no consciente en la toma de decisiones y ejecución de las acciones no impiden una visión de la persona como ser dotado de ciertos rasgos o propiedades, como la conciencia y la voluntad, rasgos que constituyen la base de lo que se entiende socialmente como una persona libre". PÉREZ MANZANO, M., "El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal". En: *Neurociencias y Derecho penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*, p. 130.

(38) PÉREZ MANZANO, M., "Fundamentos y fines del Derecho penal: una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia". En: *Revista de Derecho penal* Nº 1, p. 120.

(39) Ibídem, p. 120.

(40) Ibídem, p. 121. Como puede verse, PÉREZ MANZANO también se da cuenta en el trabajo de los neurocientíficos de la voluntad de "curar" a los delincuentes.

(41) Ibídem, p. 124.

sin requerir necesariamente cambios conceptuales criminales, o porque los datos científicos deben ser valorados a la luz del Estado de Bienestar, ya sea porque hay cómo asumir un posicionamiento compatibilista, que comunique "el determinismo [neurocientífico] con la noción de responsabilidad penal"[42].

33 PÉREZ MANZANO señala que el enfoque de los neurocientíficos es una reducción metodológica, ya que al final se reduce a sustituir la frase como retribución por una perspectiva puramente preventiva-especial. No solo habrían estado ocupados con un tipo único de culpabilidad –el más clásico[43]– y, cuando en gran medida, solo un modelo de prevención general: el negativo, vinculado a la intimidación. Así, analiza, en la perspectiva del determinismo, las propuestas que van más allá de la retribución: la prevención general negativa y positiva y la prevención especial. Las prevenciones generales negativa sería compatible con el determinismo, tanto es así que los propios científicos se vinculan a ella, pero la prevención positiva traería mayores dificultades: mantener la estabilidad de las expectativas normativas (como en la concepción de Jakobs) o la simple reafirmación de la ordenación requiere, dice ella, un sujeto libre. Prevención general positiva[44] solo podía resistir a los ataques deterministas si lo considerara totalmente independiente del empirismo, como un mero postulado normativo.

34 En relación a la prevención especial, la penalista recuerda los postulados de la escuela positiva, que llegan inmediatamente a la memoria al cuidar el tratamiento neurológico del delincuente y la defensa social. Recuerda, sin embargo, que "determinismo y posibilidades de predicción del comportamiento individual humano son cosas distintas" y que hasta la fecha la ciencia[45] solo se manifiesta con certeza sobre un tipo de crimen, en general violento. Pero la principal

(42) Ibídem, p. 127.

(43) Por el texto del autor, el modelo más clásico de culpabilidad sería el de GIMBERNAT, MUÑOZ CONDE y otros, por el que "una persona es culpable cuando al realizar el delito es normalmente motivable por las normas, es decir, cuando tiene sus capacidades de ser influido por la pena inalteradas" (p. 129), que en realidad revela un vínculo con la prevención general negativa solo.

(44) Sin embargo, la opinión del autor sobre la prevención general positiva es clara: "La atribución de una finalidad preventivo-general a la pena no consigue refutar la crítica de instrumentalización del ciudadano en aras de la colectividad que conlleva restringir los derechos de uno para alcanzar un beneficio general", PÉREZ MANZANO, M., "Fundamentos y fines del Derecho penal: una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia". *Op. Cit.*, p. 142.

(45) En otro trabajo, apoyado en POPPER, PÉREZ MANZANO alertó que "la verdad de una teoría científica o de cualquier proposición empírica es siempre contingente y relativa, dependiente del estado del conocimiento del momento en el que se formulan las proposiciones y de las experimentaciones y experiencias realizadas, por ello es solo una verdad aproximada" PÉREZ MANZANO, M., "Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo". En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Volumen II, p. 1476.

crítica no solo sería de resultados: la realidad de ser se volvió hacia el autor y no al hecho –valorado según el bien jurídico afectado, etc.–, es su principal debilidad. De ahí es que la profesora plantea la pregunta más obvia sobre el tema: que lo más coherente, si se acepta la prevención especial como el único direccionamiento, *sería tratar a los delincuentes sin tener que esperar el delito de hecho*(46). En esta perspectiva, la autora añade otras críticas a la admisibilidad, en la actualidad, del tratamiento neurológico del delincuente, que puede resumirse en dos puntos principales: las lecciones de la historia, que demuestran los errores cometidos en nombre de la curación de los desviados y la propia ausencia de pruebas de la efectividad de los procedimientos hoy propuestos por los neurocientíficos. Sin embargo, admite que el nuevo conocimiento científico entra en el Derecho penal mediante tratamiento neurológico, siempre con normas de proporcionalidad en relación con el delito y con estricto control de sus métodos. Después de todo, según la autora, no habría tantas diferencias entre los tratamientos neurológicos y los métodos de resocialización tradicional, en los que se utilizan técnicas de psicología, debido a que si son eficaces, es porque "sí se ha logrado modificar las conexiones neuronales"(47), esto es, son ya tan invasivos como los tratamientos que se proponen para el futuro.

Lo que propone PÉREZ MANZANO parece ser la gran alternativa a la com- 35
patibilidad: analizada desde el punto de vista de la legitimidad del Derecho penal, ningún fin de la pena se puede tomar exclusivamente. En una concepción mixta, sin embargo, la prevención especial es admitida como uno de los objetivos a alcanzar, y en esta se pueden tener presentes las terapias neurológicas que se presentan. En el tema exclusivo de las medidas de seguridad, entre tanto, hay que pensar –decimos nosotros– si el Derecho penal como un todo ya no se encamina para tenerla como única respuesta, si se aceptan las pretensiones de las neurociencias.

De las obras contemporáneas que trajeron el enfoque más intenso al sis- 36
tema aquí señalado es el *Willensfreiheit und Rechtliche Schuld*, de REINHARD MERKEL. El autor sistematiza las corrientes de deterministas y indeterministas que ya apuntan a la relación de responsabilidad, especialmente la inscrita en § 20 del StGB, correspondiente a lo que acá comentamos: la inimputabilidad por disturbios psíquicos.

(46) PÉREZ MANZANO, M., "Fundamentos y fines del Derecho penal: una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia". *Op. Cit.*, p. 149.
(47) Ibídem, p. 158.

37 La relación entre el determinismo, la libertad y la responsabilidad se analiza desde la divergencia entre las posiciones incompatibilistas y compatibilistas, que el autor prefiere dividir en dos ramas: por un lado, los que admiten la libertad y, por otro, los que la niegan, pero aun así admiten la responsabilidad, entre los que nomina HANS KELSEN[48]. MERKEL firma su posicionamiento con una cuestión que nos sentimos obligados a reproducir, por relevante: ¿por qué este largo y laberinto modo de pensar sobre el libre albedrío si al final la cuestión principal que siempre se presenta es la culpabilidad? ¿No se previó tal objetivo final desde el principio? Tal vez, respuesta, pero eso no es lo decisivo. Lo decisivo es si la ciencia del Derecho penal puede sostener una intuición de libertad de querer. Y según él, aún estamos lejos de eso.

38 Señala que las probabilidades de reconocer que el supuesto de que el autor tiene un libre albedrío en el momento de la acción, en el sentido estricto de "poder actuar de manera diferente", no solo no es probable, sino que hay razón suficiente para creer en ella como una realidad. Y añade que el Derecho penal debe prestar atención a este carácter empírico de la libertad en el momento de la acción, en lugar de dar combustible a inspiraciones que permitan al legislador simplemente decretar que la acción del hombre es libre.

39 Pero como mucho todavía falta para que la ciencia del Derecho penal logre equilibrar la voluntad de igualar la justicia a la prueba de la posibilidad psíquica de PAM[49], con su innegable coste normativo, formula las propuestas penalistas que pueden resumirse en la necesidad de que la ciencia del Derecho penal sea permeable a las noticias y (o incluso a eso) consciente de sus límites. En primer lugar, recuerda al profesor de Hamburgo, reconociendo que PAM no es empírico, que debemos ser conscientes de problemas prácticos, entre los cuales el más grande es la *imputabilidad* (§ 20 StGB), que presupone una ausencia de libertad. Si este *Anderhandelkönnen* puede de alguna manera ser considerado como un supuesto normativo, se enfrentará al principio *in dubio pro reo*, que, lógicamente, debería conceder la posibilidad de que la falta de prueba de libertad favorezca al acusado.

(48) MERKEL, R., *Libertad de voluntad y culpabilidad legal: una investigación filosófica de Derecho penal*, p. 24.

(49) Merkel establece el acrónimo PAM para acortar el *Prinzip der Alternativen Möglichkeiten* (p. 17), que solo por coincidencia puede traducirse como capaz de actuar de otra manera, porque en su texto se equiparará a *Andershandelnkönnen*. En inglés, para el trabajo de Francfort, el principio se llama PAP (*Principio de posibilidades alternativas*) las personas son moralmente responsables de lo que habían hecho solo si podían haber hecho lo contrario. Cfr. KANE, R., *Una introducción contemporánea al libre albedrío*, p. 80.

Además, hay que tener en cuenta que la fundamentación de la intervención penal –como pena o medida de seguridad– requiere, paralelamente al comportamiento del autor, la defensa social y la protección de la norma. Nunca se sabrá con seguridad, entonces, si el hombre empírico se merece la pena que recibe como sujeto de derechos (*Rechtperson*). Todos los intentos de formular criterios de justicia eterna, que hacen del propio autor un parámetro suficiente de la sanción, se demostraron, para MERKEL, arrogantes en dos direcciones: ante el propio acusado, porque enmascara la ignorancia acerca de los fundamentos de su acción, y en cuanto a nosotros mismos, que revelamos la sobrevaluación de nuestras propias capacidades invocando a los dueños de una justicia sobrenatural. 40

Tampoco se puede cerrar los ojos, recuerda MERKEL, al hecho de que la imputación para la protección de la norma tiene un trasfondo utilitario, pero no en absoluto, con que, otra vez, recuerda a KELSEN para justificar que el mantenimiento de la norma no es una instrumentalización pura del hombre. Si es cierto que cualquier justificación utilitaria para la constricción de los derechos humanos no es aceptable, el mantenimiento del orden normativo es un tema que seguirá en juego. La sociedad, en términos liberales, tiene que mantener su paz por un orden normativo y no por la violencia física(50). 41

Por lo tanto, la ciencia de la ley debe reconocer humildemente sus límites, y se basa en una solución a todos los problemas, pero que puede lograr la legitimidad de la sentencia en un mundo concreto, no ideal. En este sentido, tenemos que MERKEL asume un realismo relevante al sistema penal frente a intrincados problemas filosóficos, cercanos (manteniendo las proporciones debidas) no solo a KELSEN, sino a los asentados por San Agustín: la ley de los hombres tiene sus peculiaridades que no permiten directamente la aplicación de la disolución metafísica eventual de aporías. 42

La misión de decidir el futuro de las neurociencias en el Derecho penal, para punición, prevención y cura, es ahora de todos los penalistas. No pocas cuestiones, como se espera haber demostrado, están involucradas en ello. 43

(50) El posicionamiento coincide con la percepción de las claves de Camargo sobre el tema, que entiende que no hay justificación para la culpabilidad del principio de poder actuar de otra manera, pero "al mismo tiempo no puede abandonarla, ante el peligro de caer en un Irracionalismo insuperable de falta de respeto a la dignidad humana, un instrumento apto para los regímenes totalitarios, que impuso la pena únicamente frente al peligro de los delincuentes". CARLOS, S., *Culpabilidad y reproche criminal*, p. 80.

III. Bibliografía

44 CARLOS, San Luis Chaves, *Culpabilidad y reproche criminal.* Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo para la licitación al profesor titular, 1993; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y Derecho penal". En: *Neurociencias y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad.* Edisofer, Madrid, 2013; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Identidad y responsabilidad penal.* En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid - AFDUAM.* 17, Madrid, 2013; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, "Derecho penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa?". En: *Indret: Revista para el análisis del Derecho* 2/2011; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Derecho administrativo sancionador.* Thomson Aranzadi, Madrid, 2010; HASSEMER, Winfried, "Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal". En: *Indret: Revista para el análisis del Derecho* 2/2011, Barcelona, 2011; KANE, Robert, *Una introducción contemporánea al libre albedrío.* Prensa de la Universidad de Oxford, Oxford, 2005; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Libertad, culpabilidad y neurociencias.* En: *Indret: Revista para el análisis del Derecho* 03/2012; MERKEL, Reinhard, *Libertad de voluntad y culpabilidad legal: una investigación filosófica de Derecho penal.* Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008; PÉREZ ARROYO, Miguel Pérez, *Las medidas de seguridad y rehabilitación social.* II Congreso Internacional de Derecho penal. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997; PÉREZ MANZANO, Mercedes, "Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo". En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Volumen II.* Edisofer, Madrid, 2008; PÉREZ MANZANO, Mercedes, "El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal". En: *Neurociencias y Derecho penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad.* Madrid, Edisofer, 2013; PÉREZ MANZANO, Mercedes, "Fundamentos y fines del Derecho penal: una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia". En: *Revista de Derecho penal* N° 1, Buenos Aires, 2011; SCHÜNEMANN, Bernd, *Aporías de la teoría de la pena en la filosofía.* En: *Obras* Volumen 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009; SCHÜNEMANN, Bernd, "Libertad de voluntad y culpabilidad". En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio.* Tecnos, Madrid, 2002. SCHÜNEMANN, Bernd, "La culpabilidad: estado de la cuestión". En: *Sobre la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra.* Civitas, Madrid, 2000.

§ 77
Cómputo de la medida de internación impuesta antes de la pena

VICTOR GABRIEL DE OLIVEIRA RODRIGUEZ
Universidade de São Paulo
(Brasil)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Consideraciones iniciales: medida de seguridad seguida de pena	1	447	II. El derecho individual a rechazar la cura ante la medida de seguridad.....	5	448
			III. Bibliografía.....	11	450

§ 77.- Aplicación de internación antes de la pena. Cómputo

"Cuando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, el Juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena. El periodo de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el Juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento".

I. Consideraciones iniciales: medida de seguridad seguida de pena

Siguiendo la tendencia internacional, el Código Penal peruano contem- 1
pla las medidas de seguridad en dos modalidades: la internación y el tratamiento ambulatorio. De otra parte –ya no como tendencia heterogénea–, opta por aplicar cumulativamente[(1)] pena y medida de seguridad (Art. 77), para los imputables relativos, toxicómanos y alcohólicos.

El texto del Código bien se esclarece: la medida de curación debe tener 2
lugar antes de la pena. Esa orden no es sencillamente cronológica, sino un comando de importancia, ya que el intento es curar primero y, si la cura ocurre, surge la posibilidad de perdonar lo que hay de pena.

Esa consecuencia normativa a la respuesta de tratamiento, sin embargo, 3
hace renacer la relevancia de una antigua pregunta: ¿y si el individuo decide

(1) También el Código Procesal Penal: Art. 393, "e) La individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o **concurra con ella**".

no someterse a la cura? ¿Y si prefiere responder a la pena, manteniendo intacta su personalidad?

4 Una vez más, cuídese de algo que, con las neurociencias y el *enhancement*, recobran actualidad.

II. El derecho individual a rechazar la cura ante la medida de seguridad

5 Para defender la libertad de querer hay que hacer frente a una última pregunta, en nombre de la mínima completitud argumentativa. Principalmente frente a la posibilidad de que las neurociencias vengan a imponer una rápida intervención curativa, es decir, que aleja el individuo de su peligrosidad criminal por una alteración cerebral, cabe cuestionar: ¿el individuo, aunque inimputable, que haya cometido un hecho típico[2] tiene el derecho de rechazar la cura?

6 La indagación parece muy moderna, pero sus fundamentos filosóficos son antiguos: significa preguntar si el Estado, frente al ciudadano no adaptado al cumplimiento de las reglas sociales, tiene o no derecho a una 'conversión al bien'. Hubo ya, en nuestra historia, grandes debates acerca de eso, pero aquí vamos a recuperar el que nos parece más ilustrativo: la *diatriba* entre BARTOLOMÉ DE LAS CASAS y GINÉS DE SEPÚLVEDA, en el siglo XVI.

7 El firme posicionamiento del primero, BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, nombrado *Abogado de las Indias*[3], se dio cuenta de que, por muy fuerte que fuera la necesidad de conocimiento del bien –en el caso de los valores del catecismo católico–, no era de ningún valor moral si no surgiera *libremente* del individuo, a través de su voluntad. En otras palabras, fue una consecuencia de creer, de recuperar su expresión, en la "voluntad libérrima" de que la única manera de transformar al hombre era persuadirlo a conducir a voluntad mientras preservaba la libertad de querer. Suprimiendo esto, la convicción para el bien llega a ser moral objetable, un absurdo, frente a la doctrina católica. Vale la pena recuperar sus palabras: "[E]l entendimiento, persuadido con la explicación y apacible insinuación de las verdades creíbles, recibe la forma inteligible de donde nace, en nosotros los seres inteligentes, la inclinación de la voluntad para aceptar y creer las verdades de la fe y la religión" y completa: "[P]ero si el entendimiento no se sigue determinando, entonces la voluntad interviene a moverlo

(2) Véase comentario al artículo 72, adelante.

(3) Sobre la leyenda negra de Bartolomé DE LAS CASAS y sobre el Debate de Valladolid véase RODRÍGUEZ, V., *Livre Arbitrio e Direito Penal: Revisão Frente aos aportes das neurociências*, p. 77 ss.

y determinarlo para dar su asentimiento, para realizar el acto de creer, como es ampliamente demostrado"[4]. Transportando su ideal de la sociedad perfecta (América catequizada) al ideal de la sociedad contemporánea (sociedad con el nivel bajo de crimen[5]), continuamos en lo que acá más nos interesa: el derecho individual de seguir en su propia convicción, o de rehusar la cura, incluso si hay para tanto que enfrentar la respuesta penal, el cumplimiento de la pena o de una medida de seguridad que implique privación de libertad.

Tenemos que creer, con Las Casas, que la libertad de elegir el castigo es 8
la base del premio, mientras que la coerción a la bondad desmerece el fundamento mismo de la conversión al camino correcto. Cuando se trata de pena, se puede decir que el individuo tiene derecho a elegir cumplirla, en lugar de un tratamiento alternativo, pero acá las cosas son más complejas: si las neurociencias llegan a comprobar que todo comportamiento criminal es una *desviación* neuronal, entonces se puede fácilmente llegar a la conclusión de que no debe haber *pena*, sino sencillamente *medidas de seguridad*, porque los criminales serían todos, como ya afirmaba Ferri, personas de comportamiento desviado. La pregunta se hace más aguda: ¿el individuo que puede tener su cerebro "corregido" puede decidir por cumplir una punición, en lugar del tratamiento? ¿Cuánto vale una 'conversión neurológica' al buen camino?

La destrucción de la personalidad –o el impedimento físico de su ejer- 9
cicio– es una consecuencia que la Medicina nos presenta ahora como plausible y que puede obstaculizar el libre ejercicio de la voluntad, al menos para aquellos que creen en esa libertad. Si este cambio es lícito o no, procederá del reconocimiento de un mínimo kantiano valor individual, o, por otra parte, en una ley penal orientada puramente a las consecuencias, funcionales y de utilidad, que probablemente no se preocupará por el mantenimiento de la personalidad libre, aun cuando se cuide de un individuo que no tiene capacidad de

(4) Completamos "De todo lo dicho se desprende con claridad que para mover a los hombres a creer mediante las operaciones de su entendimiento y de su voluntad, es preciso proponerles las verdades relativas a la fe y a la religión, o de cualesquiera otras virtudes o bienes por medio de la enseñanza externa impartida de un modo tranquilo, modesto, agradable, detenido y en intervalos sucesivos de tiempo, persuadiendo al entendimiento y halagando o atrayendo suavemente la voluntad, y declarando suficiente y eficazmente la utilidad y el premio que los creyentes han de alcanzar; pues la fe proviene del oír y el oír depende de la predicación de la palabra de Jesucristo". De las Casas, B., *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*, p. 90.

(5) Al decir que la sociedad perfecta es la tasa de delincuencia más baja no se escapa a nosotros para ser una definición reduccionista. Una sociedad con límites al funcionamiento del castigo, así como con amplio racionalismo para elegir lo que debe ser castigado es el deseo común, como alerta Fernando Fernandes al definir la política criminal. Cfr. Fernandes, F., *El proceso como instrumento de la política criminal*, p. 50.

autodeterminarse de acuerdo con la norma. Un pensamiento utilitario pesaría fuertemente a favor de la corrección obligatoria, pero hay riesgos en ello.

10 Como punto de partida de esta elección, una vez más, la decisión será *metafísica* de la existencia o no de la *Willensfreiheit*, la libertad de querer: si no lo tienes como telón de fondo del individuo, la intervención neurocientífica no representará un sacrificio de derechos; y la alteración cerebral de la cura delincuente es solo el reparo de una conformación orgánica, que respetaría todos los demás aspectos de la conformación del individuo: sus experiencias, su educación y su estructura genética. Solo la creencia en la libertad de querer entendería tal intervención como la *alteración del espíritu*, a través de la reforma de los caminos que la mente misma formó al modo de operación de los billones de neuronas y que tal vez puede incluso revertirse en algún tiempo. Esto es, solo la creencia en la libertad de querer puede, a través de su discurso metafísico, demostrar que la corrección neurocientífica del individuo que presenta potencial comportamiento delictivo es una ofensa al libre ejercicio de la personalidad. A la ausencia de discurso metafísico, un futuro de los individuos médicamente 'conversos' al buen comportamiento puede eliminar la pena, transformando toda la reacción penal en una medida de seguridad curativa. Claro, ése es un futuro distópico, pero sobre lo cual hay que pensar.

III. Bibliografía

11 De las Casas, Bartolomé, *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1975; Fernandes, Fernando Andrade, *El proceso como instrumento de la política criminal*. Almedina, Coimbra, 2001; Rodríguez, Víctor Gabriel, *Livre Arbitrio e Direito Penal: Revisão Frente aos aportes das neurociências*. Marcial Pons, São Paulo, 2018.

TÍTULO V
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

§ 78
Causas de extinción de la acción penal

CARLOS PARMA
Universidad de Mendoza
(Argentina)
ALEJO AMUCHÁSTEGUI
Universidad de Mendoza
(Argentina)

Sumario

	Nm	P
I. Cuestiones generales sobre la acción penal	1	454
1. La relación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal como trasfondo de las causales de extinción de la acción penal	9	456
II. Inciso 1	13	457
1. Muerte del imputado	14	457
1.1. La declaración de muerte presunta como causal de extinción de la acción penal	25	459
2. Prescripción de la acción penal	29	460
2.1. Clases de prescripción en el régimen legal peruano: prescripción ordinaria, extraordinaria y disminuida	31	461
2.2. Fundamento y naturaleza de la prescripción de la acción penal	38	462
2.3. Diferencia con la prescripción de la ejecución de la pena	51	465
2.4. Algunos casos específicos: prescripción de la acción penal en los delitos de corrupción de los funcionarios públicos y en los crímenes de lesa humanidad y genocidio	55	466
3. Amnistía	63	468
3.1. Los estándares de la Corte IDH en materia de amnistía y prescripción de la acción penal en casos de crímenes de lesa humanidad	72	471
3.2. Diferencias entre el instituto de la amnistía y el del indulto	79	472
4. Derecho de gracia	83	473
III. Inciso 2	96	476
1. Cosa juzgada	96	476
IV. Inciso 3	106	478
1. Desistimiento o transacción en los delitos de instancia privada	106	478
V. Bibliografía	115	480

§ 78.- Causas de extinción de la acción penal

"La acción penal se extingue:

1. Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia.

2. Por autoridad de cosa juzgada.

3. En los casos que solo proceda la acción privada, esta se extingue, además de las establecidas en el numeral 1, por desistimiento o transacción".

I. Cuestiones generales sobre la acción penal

1 Uno de los logros centrales del sistema republicano de gobierno es que el Estado tiene el monopolio de la persecución penal, siendo que a través del Derecho penal se precisan y se fijan determinados comportamientos que aquel quiere fomentar y otros que quiere prohibir(1). De ese modo, uno de los fines del Derecho penal consiste en desterrar la venganza privada y dejar solo en manos del Estado el *ius puniendi*, donde la concepción y la aplicación de la pena cumplen un rol central(2). Por tanto, el ideal a alcanzar sería la aplicación mínima de los recursos penales del Estado y como contrapartida la maximización de las libertades individuales, teniendo como fines últimos el respeto de la dignidad de la persona y el derecho de la comunidad a vivir en paz y tranquilidad(3).

2 La acción penal es entendida como el poder jurídico a través del cual se somete a consideración del órgano jurisdiccional respectivo una noticia criminal, y se requiere la apertura del proceso penal, surgiendo así, en dicho órgano, la obligación de pronunciarse sobre el proceso mediante una resolución que debe estar motivada(4).

3 Puede decirse, así, que se trata de una función del Estado que consiste en exigir la actuación de un órgano jurisdiccional y que se expresa en el principio de oficialidad. En consecuencia, el Estado posee el derecho y la obligación de perseguir penalmente la comisión de delitos, sin que sea vinculante en la mayoría de los casos, la voluntad de la víctima(5). Toda vez que la acción penal es un requisito del proceso, puede decirse que la misma es objeto del Derecho procesal penal y no del Derecho penal material. Ello, sin perjuicio de que su regulación se halla en los códigos sustantivos y no en los adjetivos(6).

4 Admitida entonces la facultad represiva del Estado de castigar al infractor que comete un delito e imponerle una pena, resulta pedagógico transcribir el concepto de *Cafferata Nores*, quien dice que: "se colige que inexorablemente debe concederse al Estado el derecho de intentar y lograr el reconocimiento jurisdiccional de la existencia de su potestad represiva. Es decir, debe reconocérsele la *titularidad de la pretensión penal* que se exteriorizará en la afirmación de la existencia de un hecho jurídicamente relevante (delictivo) y en la solicitud

(1) Cf. Hurtado Pozo, J., *Manual de Derecho penal*, p. 10.
(2) Parma, C., Derecho *penal. Pasado, presente y futuro*, p. 57; Parma, C., *Teoría del delito 2.0*, p. 548.
(3) Fernández Carrasquilla, J., *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*, p. 85.
(4) San Martín Castro, C., *Derecho procesal penal*. Tomo I, p. 310.
(5) Roxin, C., *Derecho procesal penal*, p. 83.
(6) Cfr. Maurach, R. / Gössel, K. / Zipf, H., *Derecho penal. Parte general*. Tomo 2, p. 952.

–dirigida a un tribunal de justicia– de aplicación al caso concreto de las consecuencias jurídicas previstas para el partícipe del hecho (imposición de pena)[7].

Conforme lo expresado *ut supra*, el modo de llevar a cabo esa obligación estatal se expresa en el proceso penal. El ejercicio de la pretensión punitiva tiene, a su vez, como se dijo, algunos límites que se fijan normativamente como modos de extinción de la acción penal. De ahí que si se verifica en el proceso penal una causal de las previstas en el artículo 78 del CP, la persecución penal del Estado debe terminar[8]. Es decir, se trata de circunstancias que impiden el avance de la pretensión punitiva. Como ya se ha dejado entrever, en la cuestión analizada se observa una íntima e inescindible relación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal. 5

Por tanto, las causales de extinción de la acción penal previstas en el artículo 78 importan la renuncia estatal a su derecho de castigar determinadas conductas delictivas, bajo ciertas condiciones[9]. La jurisprudencia ha dicho, en esa misma dirección, que es el propio Estado el que se "autolimita" en el ejercicio de la potestad punitiva ante determinadas circunstancias[10]. 6

Esto tiene como consecuencia la existencia en el artículo referido de ciertas causales que autorizan la extinción de la acción penal por razones de índole natural (como la muerte del imputado, por ejemplo), parámetros de pacificación o de resolución de problemas sociales que tienen su fundamento en la seguridad jurídica (la cosa juzgada o prescripción) o por razones sociopolíticas o de Estado (la denominada amnistía)[11]. 7

Desde una perspectiva temporal, hay que decir que algunas causas de extinción pueden operar antes de la sentencia que impone una condena. Tal es el caso de la prescripción de la acción penal, antes o después de dicho acto 8

(7) Cafferata Nores, J., *Introducción al derecho procesal penal*, pp. 27-28.

(8) Cfr. Parma, C. / Gorra, D., *Código penal. Analizado. Concordado. Anotado con referencias jurisprudenciales*, p. 151.

(9) Gracia Martín, L. / Alastuey Dobon, M. / Boldova Pasamar, M., *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, p. 168.

(10) *Vide* Brousset Salas, R., "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: Sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". En: *Derecho penal y penitenciario. Libro Homenaje al Profesor Dr. Germán Small Arana*, pp. 1-18.

(11) Cfr. Prado Saldarriaga, V., "Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena". En: *Derecho PUCP* N° 53, p. 905. En la misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia en el Exp. N° 1805-2005-HC/TC (*Data 30,000 G.J.* citado en Castillo Alva, J. (coordinador), *Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal*, p. 162.

de condena, como en el supuesto del indulto o la amnistía[12]. Lo que subyace a la extinción de la acción penal en el fondo es que el Estado, por diversas razones, deja de tener interés en cumplir con su obligación de perseguir delitos.

1. La relación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal como trasfondo de las causales de extinción de la acción penal

9 Con relación al tema tratado en este artículo 78 del Código Penal, surge inmediatamente una de las cuestiones más debatidas sobre la extinción de la acción penal: su naturaleza sustantiva, propia del Derecho penal de fondo, o su naturaleza procesal, perteneciente al ámbito del Derecho procesal penal. Ambas opciones entrañan, inevitablemente, distintas consecuencias.

10 Desde tiempos pretéritos se ha hecho la distinción entre derecho de fondo y de forma y las consecuencias que cada una tiene sobre la prescripción. Quizás una de las consecuencias más importantes, aunque no la única, gire en torno a la posibilidad de aplicar una ley más benigna[13]. Un tópico discutido con relación a la prescripción de la acción penal es el que gira en torno a si se está en presencia de un instituto que se sostiene en fundamentos de Derecho penal o de Derecho procesal[14].

11 La cuestión acerca de la diferencia entre presupuestos e impedimentos procesales y las condiciones objetivas de punibilidad, propias del ámbito del Derecho material, es sumamente controvertida[15]. Las primeras tienen como fin ser un obstáculo o impedimento para que no se produzcan las consecuencias de un delito. Las segundas, por su parte, guardan relación con elementos que configuran el delito y su finalidad es impedir que un hecho sea considerado como ilícito[16].

12 Por otro lado, también debe distinguirse entre la extinción de la acción penal y la extinción de la ejecución de la pena. Aquí el núcleo de la diferenciación estaría en la existencia o no de una sentencia firme que da por terminado el proceso. De ahí que se hubiera dicho que la diferencia se encuentra en el ámbito temporal en el cual se desarrollan[17].

(12) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general,* p. 746.
(13) *Vide* Hurtado Pozo, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 300.
(14) *Vide* Cfr. Zaffaroni, E. / Alagia, A. / Slokar, A., *Derecho penal. Parte general*, p. 881.
(15) No es posible extenderse aquí sobre este tópico, remitiéndonos al desarrollo hecho por Pastor, D., "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales". En: *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, pp. 793-822.
(16) Cfr. Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 472.
(17) Ídem.

II. Inciso 1

El primer inciso del artículo reúne distintas causas de extinción de la acción 13
penal: la muerte del acusado, la prescripción, la amnistía y el derecho de gracia.

1. Muerte del imputado

El fundamento central por el cual el ejercicio de la pretensión punitiva 14
del Estado cede ante la muerte del imputado se sustenta en la personalidad de las penas. Es decir, la pena es personal y no puede trascender de la persona de este, ni a su familia ni a sus allegados[18]. La muerte termina con la condición de persona; de consuno con la normativa civil respectiva, esto es, el artículo 61 del Código Civil[19]. Y esto obedece a que la finalidad de la misma se vincula de la manera más personal con el sujeto sometido a proceso[20].

De alguna manera esto viene a limitar lo que sucedía antiguamente, 15
cuando las consecuencias del delito se extendían a la familia del acusado, aun después de muerto. Por ello, los desarrollos del principio de intrascendencia de la pena sirven como fundamento para esta causal de la extinción de la acción penal. Por lo demás, el principio de intrascendencia de la pena guarda estrecha relación con el principio de culpabilidad, en cuanto a que ninguna persona puede ser castigada por el delito de otra, en tanto y en cuanto no se le puede reprochar la conducta de un tercero.

En ese sentido, hay que decir que es inevitable que exista alguna afec- 16
tación o extensión de la pena, de ahí que se utilice la expresión "trascendencia mínima"[21]. En síntesis, el ideal a conseguir es que los efectos del delito se extiendan dentro de lo razonable y que no se constituyan, a su vez, en otro castigo a las personas ajenas al hecho delictivo en sí.

Asimismo, como complemento de lo que se viene diciendo, no puede sos- 17
layarse el fundamento normativo supranacional que viene a establecer también

(18) *Vide* Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas*. Tomo I, p. 479. Gracia Martín entiende que sería innecesario mantener dentro del articulado del código de fondo esta causal, porque se deduce del principio de personalidad de las penas (cfr. Gracia Martín, L. / Alastuey Dobon, M. / Boldova Pasamar, M., *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. Op. Cit.*, p. 169).

(19) Prado Saldarriaga, V., "Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena". *Op. Cit.*, p. 911.

(20) Así, Parma, C. / Gorra, D., *Código penal. Analizado. Concordado. Anotado con referencias jurisprudenciales. Op. Cit.*, p. 151.

(21) La expresión es de Zaffaroni, en cuanto a que es imposible que las consecuencias del castigo de una persona no se extiendan a su familia o allegados.

el principio de personalidad de las penas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3 de la CADH, en cuanto establece que: "La pena no puede trascender de la persona del delincuente".

18 Por otro lado, es cierto que tampoco sería razonable mantener un proceso penal abierto cuando el imputado, procesado o condenado ya ha muerto, toda vez que en términos procesales no podría intervenir en el proceso que lo tenía como acusado.

19 Otro punto a señalar tiene que ver con la muerte del acusado y la consecuencia directa que de esta deriva; esto es, la extinción de la acción penal, no se amplía al resto de los intervinientes en el delito. Ello, a pesar de que, por ejemplo, el acusado fallecido hubiera sido el autor del injusto y el resto de los acusados, partícipes[22]. En definitiva, al ser una causa de extinción de la acción penal de índole personal, la responsabilidad de cualquiera de los intervinientes en el hecho se termina con su muerte, más allá de tratarse de un partícipe necesario, secundario o inductor.

20 En términos prácticos, la muerte del acusado debe ser acreditada fehacientemente con la partida de defunción expedida por autoridad competente o a través de una sentencia judicial que así lo indique. De ese modo, se excluye la posibilidad de que se alegue el fallecimiento de un acusado encontrándose prófugo o desaparecido[23].

21 El fallecimiento del imputado debe probarse con las partidas de defunción pertinentes. Es que solo a partir de esta circunstancia se puede declarar la extinción de la acción penal por muerte[24]. Cabe agregar que la declaración judicial de fallecimiento o la muerte presunta, al poner fin a la persona como tal, determina los mismos efectos jurídicos que los de la muerte comprobada. Si bien el Código Civil no lo estipula de manera explícita, esa es la interpretación que se muestra más armónica y razonable[25].

22 No se debe soslayar que existe un concepto de muerte "legal o cerebral" aceptado pacíficamente por las legislaciones latinoamericanas. En Perú, la Ley

(22) Esto podría verse en términos dogmáticos jurídico-penales como una excepción al principio de accesoriedad de la participación.

(23) Cfr. Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 473-474.

(24) *Vide* Sala Penal. Consulta N° 4890-96 Cajamarca, citado en Urquizo Olaechea, J., *Código Penal.* Tomo I, p. 315 y en Castillo Alva, J. (coordinador), *Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal. Op. Cit.*, p. 163.

(25) Becerra Palomino, C., "Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984". En: *Derecho PUCP* N° 45, pp. 19-70.

General de Salud (Ley N° 26842 de 20 de julio de 1997) que, en su título III (Art. 108), referido al "fin de la vida", establece que "la muerte pone fin a la persona". Se considera ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo. El diagnostico fundado de cese definitivo de la actividad cerebral verifica la muerte. Cuando no es posible establecer tal diagnóstico, la constatación del paro cardiorrespiratorio irreversible confirma la muerte"[26].

Otros términos se usan frecuentemente como "terminología análoga" en el universo jurídico, a saber: muerte clínica, cerebral o encefálica[27]. 23

En orden a las consecuencias que trae la muerte del acusado, el cese de la persecución penal del Estado no resultaría un obstáculo ni afectaría la acción civil que se quiera deducir a raíz de los daños ocasionados a la víctima del delito, en el caso de que se cuente con bienes del imputado para satisfacer la obligación civil generada por la comisión del delito[28]. 24

1.1. La declaración de muerte presunta como causal de extinción de la acción penal

El artículo 63 del Código Civil establece distintas causales por las cuales se está en presencia de una muerte presunta. Esta se verifica en caso de alguna catástrofe. 25

En esos casos, y de acuerdo a ciertas circunstancias, generalmente relacionadas con el paso del tiempo, procede la declaración de muerte presunta de la persona, en distintos supuestos de consuno con el artículo 63: 1) cuando hubieran transcurrido 10 años desde las últimas noticias de la persona desaparecida o de 5 años si esta tuviere al momento de su desaparición más de 80 años de edad; 2) cuando hubieran pasado 2 años, en el supuesto de circunstancias constitutivas de un peligro de muerte. Aquí el plazo debe contarse desde que finalizan las circunstancias que ocasionaron la desaparición; y 3) cuando pueda hablarse de certeza respecto del fallecimiento de la persona, aunque el cadáver no hubiera sido hallado o reconocido. 26

(26) En Argentina la Ley 24.193 de trasplantes de órganos y materiales anatómicos considera que una persona ha fallecido cuando se verifican de modo acumulativo distintos signos que fija expresamente

(27) FIGARI, R. / PARMA, C., *El homicidio y aborto en la legislación peruana*, p. 38.

(28) GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 723 y BUSTOS RAMÍREZ, J., *Obras completas*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 479.

27 De las hipótesis señaladas se puede advertir que, para la declaración de muerte presunta, no se requiere la declaración de ausencia, pues existen determinadas circunstancias que autorizan al juzgador para que, en la sentencia de declaración de muerte presunta, pueda señalar la fecha probable de la muerte, incluso el lugar del evento catastrófico donde se habría encontrado el desaparecido. Ahora bien, en el supuesto de que las pruebas incorporadas al proceso no demostrasen a criterio del juez la veracidad de lo que se demanda o solicita, el juzgador puede declarar la ausencia (Art. 49 en concordancia con el Art. 66 del CC).

28 El efecto de la declaración de la muerte presunta (Art. 64 del CC), importa la disolución del vínculo matrimonial y la apertura de la acción sucesoria de conformidad con lo normado en el artículo 660 del CC[29]. En orden a la acción penal, la declaración de muerte presunta provocaría la misma consecuencia que la muerte comprobada: el fin de la persecución penal estatal.

2. Prescripción de la acción penal

29 Por sus características particulares y la amplitud de sus problemas, la prescripción de la acción penal es la causal más compleja[30] y a la vez más frecuente en la práctica de los tribunales[31] que trae este artículo 78. El ejercicio de la pretensión punitiva del Estado no puede ser perpetuo, sino que debe tener un límite temporal. Salvo algunas excepciones basadas en circunstancias particulares que traen consigo ciertos delitos, todas las figuras previstas en el CP poseen un plazo de prescripción que depende de su gravedad y se determina en función del monto máximo de pena en abstracto que cada figura de la parte especial prevé[32].

30 El substrato ya estaba en MANZINI: "[M]ediante la prescripción, el Estado autolimita su soberano poder de castigar". A lo que PESSINA agregaba: "[E]llo constituye un obstáculo para que el Estado ejerza la acción penal (...)"[33].

(29) Mayores referencias generales en BECERRA PALOMINO, C., "Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984". *Op. Cit.*, pp. 19-70 y en BELAUNDE, J., "Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después". En: *Themis* N° 10, pp. 61-69.

(30) Cfr. ZAFFARONI, E. / ALAGIA, A. / SLOKAR, A., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 898.

(31) Véase PRADO SALDARRIAGA, V., "Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena". *Op. Cit.*, p. 938.

(32) Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, p. 308.

(33) VERA RARROS, O., *Prescripción penal*, p. 2.

2.1. Clases de prescripción en el régimen legal peruano: prescripción ordinaria, extraordinaria y disminuida[34]

El sistema legal peruano establece tres clases de prescripción de la acción 31
penal en el Código Penal: la prescripción ordinaria, la extraordinaria y la disminuida.

La prescripción ordinaria, estipulada en el artículo 80 del CP, dispone 32
un plazo común para que se extinga la acción penal, a partir del cual debe transcurrir el monto máximo de la pena privativa de la libertad que prevea la figura delictiva respectiva. Este es el caso más frecuente de extinción de la acción penal por prescripción.

El límite que dispone el CP es de 20 años, es decir, no puede haber 33
monto mayor de prescripción que ese, más allá del monto máximo de pena del delito. En caso de supuestos delictivos que tengan como pena prisión perpetua, asciende a 30 años. En orden a los delitos que poseen penas de multa o de inhabilitación, el monto de prescripción se fija en 2 años. En caso de concurso real de delitos, la prescripción se cuenta por separado, en el tiempo que le corresponde a cada uno. Respecto al concurso ideal, se toma en cuenta el plazo que prevea la figura delictiva más grave que integre el concurso delictual[35].

La denominada prescripción extraordinaria, introducida por el artículo 4 34
de la Ley N° 28117 en el artículo 80 *in fine* del CP, tiene por objeto los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio estatal en el marco de sus funciones, esto es, los delitos especiales propios que afectan de forma amplia el bien jurídico protegido, esto es, la "Administración Pública". Véase además que en el caso específico se trata de los delitos de peculado y de colusión ilegal.

Finalmente, la tercera clase de prescripción –prevista en el artículo 81 del 35
CP– es la que contempla los casos de personas que al momento de los hechos tenían menos de 21 o más de 65 años. Aquí la norma parece considerar, aunque no está muy clara su redacción, que las personas ubicadas en ese rango

(34) Hay que aclarar que solo se efectuarán las menciones básicas y que guardan estrecha relación con el comentario del artículo 78. El desarrollo más profundo de las prescripciones ordinarias, extraordinarias y disminuidas se llevarán a cabo en el comentario a los artículos específicos del Código Penal.

(35) Cfr. Brousset Salas, R., "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". *Op. Cit.*, p. 7.

etario poseen una capacidad restringida por la cual son pasibles de un tratamiento diferenciado, que determina una reducción del plazo de prescripción[36].

36 A los fines de evaluar la prescripción de la acción penal, desde una perspectiva práctica, resulta fundamental establecer cuál es el momento en que se debe contar el plazo de prescripción. Se ha afirmado, como regla general, que este comienza desde el momento en que el sujeto activo terminó de ejecutar su conducta delictiva[37].

37 El CP, en su artículo 82, establece el momento en que se inician los plazos de la prescripción, diferenciando desde una perspectiva dogmática, la tentativa, el delito instantáneo, el delito continuado y el delito permanente[38].

2.2. Fundamento y naturaleza de la prescripción de la acción penal

38 Una de las cuestiones centrales de la prescripción de la acción penal, por sus consecuencias, tiene que ver con su naturaleza. Ciertamente, se discute si se trata de un instituto de naturaleza penal o procesal, lo que ha sido motivo de varias controversias y discusiones en los ámbitos doctrinal y jurisprudencial[39].

39 Se han desarrollado distintas posturas con relación a la naturaleza jurídica de la prescripción penal. En esa dirección, y siguiendo los desarrollos de Peña Cabrera sobre la temática, pueden resumirse las tres posturas principales en las siguientes: 1) la tesis sustantiva; 2) la teoría procesal y 3) la tesis mixta[40].

40 1) La primera posición vincula la naturaleza jurídica de la prescripción penal al predominio que tendrían el delito y, principalmente, la teoría de la pena en torno a la necesidad o no de imponer una sanción penal cuando el paso del tiempo la tornaría innecesaria[41]. Según Meini, la prescripción de la acción penal se justificaría por razones de política criminal y al efecto de que

(36) Ibídem, p. 8.

(37) Prado Saldarriaga, V., "Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena". *Op. Cit.*, p. 936.

(38) El comentario al artículo 82 CP excede el desarrollo sobre la prescripción en general que se realiza aquí. Por eso solo se harán algunas breves menciones.

(39) Restándole real trascendencia, se ha dicho que la cuestión de la naturaleza jurídica de la prescripción resulta más bien de "carácter académico" (cf. Jescheck, H. / Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 983).

(40) Así, Peña Cabrera, R., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Estudio programático de la Parte general*, p. 567.

(41) Cfr. Martínez Pardo, V., "La prescripción del delito". En: *Revista Internauta de Práctica Jurídica* N° 27, pp. 125-142.

el sistema penal no se vea colapsado a partir de la existencia de un número demasiado alto de casos[42].

2) La tesis procesal, por su parte, postula que la prescripción constituiría 41
un obstáculo para el proceso penal, pues tendría un impacto negativo en el avance de las investigaciones. De ese modo, a diferencia de lo defendido por la primera postura, según la cual la esencia de la prescripción está vinculada al delito y a la pena, el punto central radicaría en la acción penal y en el proceso penal.

3) Finalmente, la teoría mixta –aceptada por la doctrina peruana mayo- 42
ritaria[43]– ancla la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal no solo en el delito y en la pena, sino también en el proceso; pues considera que la prescripción de la acción penal atraviesa el proceso, el delito y la pena. Bajo dicha perspectiva, el paso del tiempo constituye el eje central de la prescripción de la acción penal, pues el transcurso de dicha variable temporal desencadenaría tanto una consecuencia penal sustantiva como una consecuencia penal adjetiva que, como ya se dijo *supra*, obstaculizarían la realización de las investigaciones penales.

En el ámbito sustantivo se entiende que el interés estatal en la persecu- 43
ción penal de una persona, evidenciado en la inactividad de los órganos estatales, quedaría extinguido por el paso del tiempo[44]. Ciertamente, este criterio material determinaría la falta de necesidad de pena en la persona del acusado, ya que luego de pasado un lapso considerable no precisaría un castigo y, hasta podría alegarse, que ya se encuentra reinsertado en la sociedad[45]. En el plano adjetivo provocaría que la investigación se vuelva cada vez más compleja y difícil al transcurrir demasiado tiempo desde la comisión del hecho hasta su sanción[46]. Pero no solamente eso, pues desde esta perspectiva procesal, las dificultades probatorias, que vienen de la mano del paso del tiempo, podrían

(42) Meini, I., "Sobre la prescripción de la acción penal". En: *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*, pp. 277-305. Ello, más allá de que –según refiere allí– su impacto se vea en el plano procesal.

(43) *Vide* Brousset Salas, R., "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". *Op. Cit.*, p. 6.

(44) Desde una perspectiva interesante, Otto vincula el paso del tiempo con la falta de necesidad de imposición de una pena y cómo esto terminaría afectando el principio de culpabilidad (cfr. Otto, H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, s. 19, rn 13.

(45) García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 723.

(46) Cfr. Welzel, H., *Derecho penal alemán. Parte general. Op. Cit.*, p. 308.

ser un factor de aumento del riesgo de error judicial en los órganos jurisdiccionales encargados de llevar adelante la investigación[47].

44 Sobre estos tópicos se han esbozado distintas teorías. Algunas de ellas se encuentran más cercanas al ámbito del Derecho penal material y otras del Derecho penal procesal. Así, por ejemplo, se puede indicar a la teoría de la prueba, a partir de la cual se afirma que, habiendo transcurrido un lapso determinado –de conformidad con la gravedad del delito y la complejidad de la investigación–, resultaría sumamente difícil obtener las pruebas pertinentes para que la investigación de un hecho penal prospere.

45 Desde otro lado, se ha invocado a la teoría del recuerdo borrado del hecho. Esta posición se vincula a conceptos retributivos y preventivo-generales de la pena, conforme a los cuales ya no existiría necesidad de castigar al autor o partícipe del delito prescrito por encontrarse rehabilitado.

46 La última postura es criticada porque, según sus detractores, no brindaría una explicación plausible acerca de la diferencia entre los plazos de prescripción de la pena y de la acción. Además, en la misma línea, con base en postulados procesales, no se podría explicar satisfactoriamente tanto la prescripción de la pena como la interrupción del plazo prescriptivo por la comisión de un nuevo delito[48].

47 Finalmente, y más allá de la naturaleza que se le quiera asignar, desde la jurisprudencia, se ha destacado una función sumamente importante que desempeñaría la prescripción de la acción penal en el plano del respeto a los derechos y las garantías fundamentales del sujeto sometido a un proceso. De esa manera, a criterio de la jurisprudencia, no puede desconocerse que la prescripción de la acción penal se torna un instituto que termina protegiendo a la persona contra los excesos en que puede incurrir el poder estatal, pues evita que se mantenga abierta una investigación *sine die*[49].

48 En Argentina, desde la "Escuela Cordobesa", siguiendo a Núñez, se sostuvo que: "es indudable la naturaleza material de la prescripción, ya que extingue la potestad represiva misma, que corresponde al Derecho penal sustancial

(47) García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 723.
(48) Ídem.
(49) Lo ha entendido así la jurisprudencia en la STC Exp. N° 218-2009-PHC/TC Lima, caso de Roberto Contreras, considerando 14. También, en la R. N. N° 3094-2002-Ayacucho. Citado en Castillo Alva, J. (coordinador), *Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal. Op. Cit.*, p. 166, sumario 359.

(...), prueba de ello es que los plazos o las condiciones de la prescripción no pueden aplicarse en forma retroactiva"[50].

En síntesis, la postura que parece prevalecer es aquella que reconoce tanto 49
elementos propios del Derecho de fondo como del Derecho procesal. Es que sus consecuencias impactan tanto en el ámbito del Derecho material (en términos de ausencia de necesidad de pena, por ejemplo) como en el plano procesal, tornándose un impedimento al proceso penal por la desaparición de las pruebas que deben servir para reconstruir un acontecimiento cada vez más lejano en el tiempo. Por ello, WELZEL sostiene que posee un carácter doble: por un lado, opera como causal de extinción de la acción penal y, por el otro, como un impedimento procesal[51].

A guisa de corolario, resulta útil acudir a la opinión del profesor *Bustos* 50
Ramírez, quien desde una perspectiva integral sostenía que más allá de la discusión entre las dos posturas ubicadas en dos extremos y señaladas más arriba, no puede perderse de vista que el Derecho penal y el Derecho procesal penal son dos disciplinas inseparables que se vinculan intrínsecamente con el ejercicio de la pretensión penal estatal[52].

2.3. Diferencia con la prescripción de la ejecución de la pena

El Código Penal distingue entre prescripción de la acción penal (Art. 51
78) y prescripción de la ejecución de la pena (Art. 85). Esto es importante de remarcar, para no confundir la prescripción de la acción penal con la prescripción de la pena.

La prescripción por extinción de la acción penal tiene como objeto un 52
proceso penal y actúa como obstáculo a la persecución penal. Por su parte, la prescripción de la ejecución de la pena presupone la existencia de una condena firme y que la misma no se hubiera cumplido totalmente o se lo hubiera hecho solo en parte.

La prescripción de la ejecución de la pena empieza a correr desde el 53
momento en que la sentencia de condena adquiere firmeza y el transcurso del tiempo torna ineficaz la ejecución de la pena atribuida al condenado. Esto puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de que un condenado se fugue,

(50) LASCANO, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 611-612.
(51) Cf. WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general. Op. Cit.*, p. 310.
(52) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Obras completas*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 481.

impidiendo que la misma pueda ser ejecutada en el plazo previsto[53]. Sobre esto, JESCHECK entiende que la condición de prófugo del condenado no sería un obstáculo[54].

54 En el caso de la prescripción de la ejecución de la pena, lo esencial es que debe transcurrir el plazo que establece la norma respectiva para que se cumpla una pena tras haberse condenado a una persona y luego de que la sentencia respectiva hubiere quedado firme. Empero ello, el elemento común que las vincula es el transcurso del tiempo[55].

2.4. Algunos casos específicos: prescripción de la acción penal en los delitos de corrupción de los funcionarios públicos y en los crímenes de lesa humanidad y genocidio

55 Uno de los supuestos más controvertidos sobre la prescripción de la acción penal gira en torno a las investigaciones que tienen los funcionarios públicos por delitos de corrupción. Así, la relación entre impunidad y prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos es una cuestión sumamente actual que exige, de parte de la opinión pública, una respuesta punitiva que debe ser analizada en profundidad[56].

56 El primer punto que debe destacarse sobre esta temática es que los delitos de corrupción pública se rigen, en principio, por las mismas reglas de la prescripción que el resto de los delitos del Código Penal, extinguiéndose la acción penal cuando transcurra el tiempo máximo previsto en el marco penal abstracto del tipo penal correspondiente (Art. 80 del CP) o cuando se den los requisitos de la prescripción extraordinaria fijada en el artículo 83 del CP.

57 Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo anterior, en el artículo 80 del Código sustantivo se introdujo por medio de la Ley N° 26314 del 26 de mayo de 1994 una regla especial, por la cual, cuando se trata de casos de delitos cometidos

(53) Cfr. MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general.* Tomo 2. *Op. Cit.*, p. 969.

(54) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 989.

(55) En otros términos, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR refieren que el fundamento que une a la prescripción sería "la irracionalidad concreta de la pena", sea aquella que ya fue impuesta (prescripción de la pena) o la que está anunciada (prescripción de la acción).

(56) Al respecto, véase el artículo de PARIONA ARANA, R., "Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios: ¿medida necesaria para evitar la impunidad?". En: *Derecho penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales*, pp. 33-47.

por parte de funcionarios o empleados públicos en contra el patrimonio estatal o de organismos estatales, el plazo previsto para la prescripción se duplica(57).

Pese a la existencia de dicha medida, la gravedad de los hechos de corrup- 58
ción que aquejan no solo al Perú, sino también al resto de los países de Latinoamérica, ha llevado públicos a proponer la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por funcionarios contra el patrimonio estatal, como medida para evitar la impunidad(58). Contra dicha propuesta se han alzado argumentos variados y de peso(59).

Así, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 59
en su resolución 1/17 del año 2017, advierte la relevancia de la lucha contra la corrupción, destacando que esta guarda una relación inequívoca con el ejercicio y el disfrute de los derechos humanos. Pues la realización de dichos delitos afectaría las arcas del Estado destinadas a políticas públicas a favor de la infancia, lo que, de suyo, afectaría la columna vertebral de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual no es otra que "el interés superior del niño"(60).

Otro grupo de delitos en los cuales se considera la imprescriptibilidad de 60
la acción penal es en los casos de gravísimas violaciones a los derechos humanos. Efectivamente, esta constelación de casos, a partir del desarrollo efectuado en algunas decisiones de la Corte IDH en el ámbito interamericano, ha quedado fuera de las normas internas relativas a la prescripción y a la amnistía.

(57) El 1 de julio de 2014 entró en vigencia una disposición complementaria que modificara la Ley N° 30077, incorporándose la duplicación del plazo de prescripción a los delitos cometidos por organizaciones criminales.

(58) Véase Gamarra Herrera, R. / Pérez Castañeda, J., *La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción*. También puede verse Grupo de Trabajo Contra la Corrupción, *Informe anual sobre la lucha contra la corrupción en el Perú del año 2010*.

(59) Nos remitimos a los argumentos señalados por Pariona Arana, R., "Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios: ¿medida necesaria para evitar la impunidad?". *Op. Cit.*, p. 41 ss., quien refiere que la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción pública no solucionaría el problema de fondo, e incluso va más allá, pues agrega que podría ser utilizado para garantizar la impunidad de los funcionarios públicos. Agrega, además, que la solución debe venir desde varios lugares, pero que la voluntad política de perseguir estos delitos resulta dirimente. Por otro lado, explica que se terminaría equiparando esta clase de delitos con los crímenes contra la humanidad y el genocidio, por ejemplo, que también resultan imprescriptibles.

(60) Parma, C., Derecho *penal. Pasado, presente y futuro. Op. Cit.*, p. 83. El tema fue propuesto en la conferencia titulada "El pentágono anticorrupción", dictada por este autor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, el 17/11/2017.

61 Este ha sido el criterio de la Corte Interamericana en diferentes casos contenciosos, inaugurado especialmente en el caso Barrios Altos vs. Perú[61], que fue la primera de una serie de condenas contra Perú por violación a los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la CADH[62].

62 El fundamento de esta restricción es el interés y el acuerdo de la comunidad internacional, explicitado en diferentes tratados multilaterales como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de la Asamblea General de la ONU de 1968, el cual refiere que estas gravísimas violaciones a los derechos humanos deben ser investigadas, juzgadas y, en su caso, sancionadas adecuadamente, sin que se opongan obstáculos internos que, en la práctica, puedan conducir a la impunidad[63].

3. Amnistía

63 Esta causal de extinción de la acción penal, por sus efectos, su alcance y sus consecuencias jurídicas, es la más amplia y favorable para los beneficiados. Es una facultad del Poder Legislativo que tiene anclaje en la Constitución Nacional de Perú, en el artículo 102, inciso 6, donde, entre las atribuciones del Congreso, se establece la de ejercer el derecho de amnistía.

64 Por emanar del Congreso, solo puede ser ejercida por medio de una ley, a diferencia del indulto que también es un acto de naturaleza política, pero exclusivo del Poder Ejecutivo[64]. El origen de este instituto jurídico estaría en la antigua Grecia y su significado etimológico guarda relación con la expresión "amnesia", es decir, el olvido del delito; o, para explicarlo de otro modo, implica que la comisión del delito sea desconocida de forma legal[65]. Plásticamente se ha dicho también que implica una "derogación transitoria de la ley"[66] y que no solamente se elimina la necesidad de imponer una pena por razones de carácter superior, sino también los fundamentos de ella[67].

(61) Caso contencioso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75, párrafo 41.

(62) Más adelante se volverá con mayor detalle sobre los casos contenciosos aludidos al momento de analizar la amnistía como causal de extinción de la acción penal.

(63) Bustos Ramírez, J., *Obras completas.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 481.

(64) Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 480.

(65) García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 726.

(66) Gracia Martín, L. / Alastuey Dobon, M. / Boldova Pasamar, M., *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. Op. Cit.*, p. 171.

(67) Bustos Ramírez, J., *Obras completas.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 480.

Como se adelantó, la amnistía consiste en una atribución de naturaleza 65
política reservada al Poder Legislativo, aunque no puede desconocerse que también entraña, de alguna manera, un acto jurisdiccional de su parte, afirmándose que tiene un doble carácter. De esa manera, se ha dicho que se trata de un acto de naturaleza político-jurídica, porque, si bien es una facultad de clemencia que el Poder Legislativo puede llevar a cabo de forma discrecional, está sujeta a los principios centrales del orden constitucional(68).

La amnistía tiene como marco, justamente, una situación excepcional que, 66
por razones de conveniencia política –superior incluso a la aplicación de la propia ley– es resuelta por el Congreso de la nación. Con lo cual puede decirse, junto a García Cavero, que su finalidad no es otra que restablecer la calma y la concordia sociales luego de un enfrentamiento civil o de una situación de intranquilidad en la comunidad(69). Así, lo que prima al momento de dictar una ley de amnistía es el bien común y el bienestar general de la sociedad; fines que, desde esa perspectiva, se hallan por encima de la obligación estatal de perseguir penalmente los delitos. Precisamente, por su función de pacificación y de promoción de la tranquilidad pública, se sostiene que la amnistía no puede ser rechazada por sus beneficiarios(70).

En cuanto al modo en que se materializa, se lleva a cabo por medio de una 67
ley, pero, a diferencia de lo que sucede habitualmente con una norma emanada del Congreso, tiene efectos retroactivos sobre determinados hechos, a los que les excluye su punibilidad. Si bien se suprimen los antecedentes penales como consecuencia de la amnistía, el pago de la reparación civil queda indemne, toda vez que no sería parte del delito, sino su consecuencia(71).

El alcance de la amnistía es sumamente amplio, pues comprende a los 68
autores, los coautores y los partícipes necesarios y secundarios y los inductores. Además, se extiende a quienes se encuentren prófugos. Parece no alcanzar a los encubridores del hecho principal, a menos que se lo establezca de modo explícito en la ley respectiva.

La propia ley que concede la amnistía es la que debe precisar cuál es 69
el alcance de la misma, de la forma más detallada y clara posible(72). No se

(68) Parma, C., Derecho *penal. Pasado, presente y futuro. Op. Cit.*, p. 152.
(69) García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 726.
(70) Parma, C., Derecho *penal. Pasado, presente y futuro. Op. Cit.*, p. 151
(71) Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 479. Téngase en cuenta que la reparación civil subsiste en el caso de la amnistía y el indulto.
(72) Parma, C., Derecho *penal. Pasado, presente y futuro. Op. Cit.*, p. 154.

pueden amnistiar los hechos posteriores a la sanción de la ley, pues, como se dijo, este instituto tiene efecto retroactivo. Cabe agregar que el límite temporal que posee la amnistía es el momento en que se sanciona la ley pertinente. En ese sentido, no toda ley que establezca una amnistía puede reputarse legítima, como lo ha sostenido la Corte IDH en reiterados precedentes(73).

70 Respecto de los límites que posee su dictado, hay que decir que para ponderar la validez constitucional y convencional de una amnistía, respecto de los delitos que se encuentran alcanzados, debe analizarse si se trata de aquellos que violan derechos humanos básicos o si se trata de crímenes de lesa humanidad y si la normativa guarda relación con delitos o crímenes que afectan derechos que los tratados internacionales de derechos humanos tutelan. En ese orden de cosas, en el ámbito de los Estados que forman parte del Sistema Interamericano la Ley de Amnistía tiene que ser compatible con la Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, como la CADH.

71 La interrogante acerca de si la imposibilidad de que una ley pueda amnistiar crímenes de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de las convenciones y los tratados internacionales de derechos humanos, operando de forma retroactiva, es contestada en forma afirmativa por la Corte IDH(74). Ello en tanto Perú haya contraído obligaciones internacionales ante los organismos de control del Sistema Interamericano (como la Comisión IDH y la Corte IDH) en relación al derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 25 de la CADH), por medio del cual se reconoce la obligación estatal de proveer a los ciudadanos la debida tutela judicial cuando se estén violando algunos de los derechos fundamentales que se encuentren reconocidos por la Convención, la Constitución o las leyes internas de la república. De forma sintética, puede decirse que este derecho comprende la potestad de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, de efectuar una denuncia, a obtener una resolución o sentencia motivada acerca de la cuestión que se intenta dirimir(75).

(73) Principalmente en los casos contenciosos contra el Estado peruano: Barrios Altos, Anzualdo y La Cantuta, que se verán más adelante.

(74) Cf. caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75; caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162; y caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción preliminar. Fondo. reparaciones y costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Serie C N° 202.

(75) Comisión IDH, Informe N° 35/96, caso 10.832.

3.1. Los estándares de la Corte IDH en materia de amnistía y prescripción de la acción penal en casos de crímenes de lesa humanidad

El máximo tribunal supranacional de derechos humanos del continente 72
se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de la temática de la amnistía dictada en casos donde se juzgaban violaciones a los derechos humanos, especialmente en caso de torturas, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad o genocidio.

En esas oportunidades, ha fijado diversos estándares que, de algún modo, 73
modifican las normas internas respecto de la extinción de la acción penal y, específicamente, respecto de la amnistía. Justamente la Corte IDH inició sus desarrollos sobre el tema con un caso contencioso contra la República de Perú, concluyendo que había violado sus obligaciones ante la comunidad internacional asumidas al ratificar la CADH y al aceptar la competencia contenciosa de la Corte IDH.

En efecto, el primer caso contencioso en el cual se tocó la cuestión fue 74
Barrios Altos vs. Perú, del año 2001. Si bien el Estado reconoció su responsabilidad, la Corte sentó algunas bases importantes acerca de la posibilidad de dictar normas de amnistía. Allí sostuvo que las disposiciones de carácter interno relativas a la prescripción, la amnistía y las causales que excluyan la responsabilidad en casos de violaciones a los derechos humanos, como torturas, ejecuciones sumarias legales o extralegales y desapariciones forzadas de personas y que tengan por objeto impedir u obstaculizar la investigación y la sanción de dichos casos, resultan inadmisibles(76). En esa misma línea, la Corte dijo que las leyes que proponían la amnistía en esa constelación de casos dejaban indefensas a las víctimas y, lo que parece más importante aún, conducían a la impunidad de esos hechos(77).

Cinco años después, otro caso contencioso contra Perú fue resuelto por la 75
Corte IDH: La Cantuta vs. Perú(78). En esta nueva decisión, que también tenía al Estado peruano como demandado, se ratificaron los estándares fijados en el caso Barrios Altos. De esa manera, se volvió a señalar la incompatibilidad de las Leyes de Amnistía N°s 26479 y 26492 con la Convención Americana. Así se determinó que la sentencia dictada en el caso Barrios Altos tenía efectos

(76) Caso Barrios Altos vs. Perú, párr. 41.
(77) Ibídem, párr. 42.
(78) Caso La Cantuta vs. Perú, párr. 170.

inmediatos y vinculantes y se explicó que la misma se encontraba incorporada a nivel normativo interno, por lo cual sus efectos debían ser reconocidos. En definitiva, la cuestión central giró en torno a la falta de adecuación interna inmediata de la decisión de la Corte IDH para suprimir sus consecuencias.

76 En 2009, en el caso Anzualdo vs. Perú, la Corte estableció que no había sido probado que el Estado hubiera efectuado actos de aplicación de las leyes objetadas. A partir de ello, entendió que no se había violado el derecho a la tutela judicial efectiva(79).

77 Con posterioridad, en el caso Gomes Lund y otros (*Guerrilha do Araguaia*) vs. Brasil, del año 2010(80), la Corte IDH se pronunció acerca de la interpretación y el alcance de una ley de amnistía del año 1979 que había realizado un tribunal brasileño de la jerarquía judicial más alta. La Corte concluyó que el Estado había violado los derechos previstos en los artículos 1.1., 2, 8.1 y 25 contenidos en la CADH, toda vez que había confirmado una exégesis de la ley referida por la cual se impedía la investigación y la sanción de gravísimas violaciones a los derechos humanos.

78 Finalmente, en dos casos contenciosos contra Uruguay y El Salvador, el caso Gelman vs. Uruguay (2011)(81) y caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvado" (2012)(82), la Corte reiteró su temperamento en cuanto a que las leyes de amnistía relativas a gravísimas violaciones a los derechos humanos eran contrarias a los derechos fundamentales previstos en la CADH, principalmente en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a ser oído de las víctimas y sus familiares, los cuales imponen la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar hechos tan graves como los allí analizados.

3.2. Diferencias entre el instituto de la amnistía y el del indulto

79 La primera diferencia es de carácter temporal, pues mientras la amnistía se puede otorgar antes o después de la condena, el indulto únicamente se da

(79) Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 162.

(80) Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219, párrafo 140.

(81) Cfr. Caso Gelman vs Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 238-239.

(82) *Vide* Caso de las masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de octubre de 2012. Serie C N° 252, párr. 144 y 284.

con posterioridad a la condena. En consecuencia, la amnistía elimina el delito, en tanto el indulto lo hace con la pena.

La segunda diferencia radica en el alcance de una y otra: mientras que 80
la amnistía posee un carácter general, pues tiene por objeto a un colectivo de personas; el indulto alcanza a una persona en particular y de forma individual(83). De ese modo, la primera determina que un delito específico cometido por un grupo desaparezca del ordenamiento legal positivo.

También hay diferencias en cuanto al poder que imparte cada uno de los 81
institutos referidos. Como se dijo, la amnistía es una facultad privativa del Poder Legislativo, mientras que el indulto es potestad del jefe de Estado, es decir, del Poder Ejecutivo en su más alta investidura.

Otra distinción puede señalarse en orden a los antecedentes penales. En 82
el caso de la amnistía son suprimidos para el grupo de personas amnistiadas. A diferencia de esto, en el indulto solo se perdona la ejecución de la pena respectiva y, por lo mismo, no hay eliminación de los antecedentes(84).

4. Derecho de gracia

Esta causal de extinción de la acción penal, como la prevé el Código, 83
encuentra sustento normativo en el inciso 21 del artículo 118 de la Constitución Nacional de Perú. En efecto, allí se dispone que el presidente de la república puede ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. De ese modo, el derecho de gracia trae como consecuencia que se archiven los actuados(85).

Se trata de un acto de naturaleza política, aunque de tradición jurídica, 84
que se fundamenta en la existencia de supuestos no alcanzados por la ley y que, como tales, requieren de respuestas diferenciadas, toda vez que la aplicación de la norma podría configurar una perturbación del orden público(86). La Ley N° 26993 del 24 de noviembre de 1998 introdujo como una causal de extinción de la acción penal al "derecho de gracia", quedando prevista en el artículo 78 del Código Penal.

(83) Welzel, H., *Derecho penal alemán. Parte general. Op. Cit.*, p. 310.
(84) Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 481-482.
(85) Sala Penal R. N. N° 101-97, Lima, citado en Urquizo Olaechea, J., *Código Penal.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 316.
(86) Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 482.

85 La jurisprudencia ha dicho que el actual Código Penal en su artículo 78 establece como causal de extinción de la acción penal ("hecho punible"), entre otros, al derecho de gracia, añadiendo que se trata del instituto del indulto, el cual está específicamente reconocido en el artículo 89 del Código Penal y dirigido a "suprimir la pena impuesta"[87].

86 En un sentido más amplio, en el ámbito del Derecho penal, se entiende al derecho de gracia como un conjunto de institutos que extinguen la responsabilidad penal, siendo que, en determinados supuestos, se trata de la renuncia a la capacidad de perseguir penalmente el delito y, en otros, a que la pena se haga efectiva.

87 Bajo este concepto se suele aglutinar a la amnistía, al indulto, a la conmutación de la pena y al perdón del ofendido. Sin embargo, hay que decir que todos estos institutos han sido distinguidos conceptualmente y se ha otorgado al derecho de gracia un contenido autónomo[88]. No obstante, en el ámbito legal peruano, bajo esa noción, se quiere aludir a la facultad que está en manos del Poder Ejecutivo, como la cabeza más alta del Estado.

88 En relación a la conmutación de la pena, como noción integrante de la denominación amplia del derecho de gracia, la jurisprudencia ha dicho que no puede encuadrarse en una causal de extinción de la acción penal, sino en una modificación de pena, en la cual la sanción punitiva del Estado queda incólume[89].

89 La jurisprudencia ha dicho que la extinción de la acción penal, en el supuesto referido, se verifica, por ejemplo, cuando se trata de personas que están pasando por enfermedades terminales. En ese sentido, se ha dicho que la justificación del cese de la persecución penal del Estado en el caso concreto se aprecia a raíz de que la existencia de una enfermedad terminal determina la ausencia de sentido jurídico y social en continuar con el *ius puniendi* estatal[90].

(87) *Vide* R. N. N° 492-2004-Puno. *Data 30,000 G.J*, citado en Castillo Alva, J. (coordinador), *Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal. Op. Cit.*, p. 165, sumario 355.

(88) Así, Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 484.

(89) Cfr. Cons. N° 129-2004-Huánuco, *Data 30,000 G.J*, citado en Castillo Alva, J. (coordinador), *Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal. Op. Cit.*, p. 165, sumario 355.

(90) Resolución Suprema N° 280-2017-JUS del 24/12/2017 a favor del Sr. Julio César Cueva Hualtibamba.

Una de las manifestaciones del derecho de gracia es el indulto, que tiene 90
raigambre constitucional (Art. 118, inc. 21). Consiste en la facultad que tiene el presidente de la república y tiene una reminiscencia histórica con la figura del poder soberano del rey, como una manifestación de la "gracia divina" del monarca o de su carisma(91). Dichas particularidades, más bien de carácter histórico, no implican que en un sistema democrático, con división de poderes, la gracia del indulto en manos de la más alta autoridad estatal del Poder Ejecutivo se encuentre exenta de límites(92). Y esto porque, sin perjuicio de tratarse de un acto de naturaleza política que está en manos del Poder Ejecutivo, la gracia presidencial posee límites formales y materiales.

El indulto tiene un carácter personal en cuanto a la persona beneficiada, 91
pues a partir de esta gracia presidencial se le perdona la pena a quien ya fue sentenciado. Por eso mismo, la finalidad del indulto consiste en resolver cuestiones de equidad en el caso concreto y bajo presupuestos de necesidad de la pena. En lo general, suele tratarse de supuestos en los cuales la ejecución de la pena, en un determinado momento, se tornaría innecesaria o carecería de sentido(93). Asimismo, también puede aplicarse en los supuestos en los cuales la rigurosidad de la pena se convierte en excesiva para el caso concreto(94).

Por eso mismo se suelen conceder el indulto y el derecho de gracia por 92
razones humanitarias, cuando se trata de personas con graves problemas de salud, mayoritariamente de índole terminal. Por ejemplo, se ha considerado para su concesión la existencia de una enfermedad crónica y terminal(95). O en otro caso, se ha atendido una afección que, sin ser terminal, sea de carácter grave (cáncer bucal) y que se encuentre en una "etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable"(96).

Del mismo modo, también se han ponderado la edad y las condiciones 93
de los establecimientos carcelarios donde las personas se encuentran alojadas y cómo aquellas repercuten sobre su estado de salud. En cuanto a otro tipo de

(91) Jescheck, H. / Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 995. Justamente por eso, según Gracia Martín, no gozaría de mucha aceptación en la doctrina (Gracia Martín, L. / Alastuey Dobon, M. / Boldova Pasamar, M., *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. Op. Cit.*, p. 171).

(92) Ídem.

(93) Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 481.

(94) Jescheck, H. / Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 996.

(95) Resolución Suprema N° 282-2017-JUS del 24/12/2017 a favor del Sr. Franklin Edgardo Luna Atoche.

(96) Resolución Suprema N° 281-2017-JUS del 24/12/2017 a favor del Sr. Alberto Fujimori Fujimori.

cuestiones para su otorgamiento, se tuvo en cuenta el posible "peligro para la sociedad" que podría significar dicha medida y las consecuencias que podría traer aparejada en términos de la dignidad humana y el derecho a la vida y a la integridad física en caso de mantener su privación de libertad(97).

94 El modo en que se lleva a cabo el instituto del indulto a través del derecho de gracia se inicia con la solicitud del condenado al Instituto Nacional Penitenciario (INPE). El pedido es recibido por la Comisión de Gracias Presidenciales, que analiza el pedido y requiere los informes pertinentes que acrediten los motivos por los cuales se solicita la gracia presidencial.

95 Con los datos, la documentación y los informes recabados sobre la situación que el solicitante invoca, por ejemplo, informes médicos o actuaciones acerca de las condiciones estructurales del lugar de alojamiento, se eleva la petición al Ministerio de Justicia, quien, a su vez, lo presenta al Presidente de la República. La máxima autoridad del Poder Ejecutivo pondera la conveniencia o no de conceder el indulto y los motivos que se alegan en el petitorio. Finalmente, su decisión es comunicada por medio de una resolución que se publica en el diario oficial *El Peruano*(98).

III. Inciso 2

1. Cosa juzgada

96 Se trata del efecto procesal que tiene una resolución judicial firme que impide que lo decidido por un órgano jurisdiccional sea examinado y juzgado nuevamente, sea en el mismo proceso o en otro(99). Lo cierto es que cuando se dan determinados presupuestos, funciona como una causal de extinción de la acción penal, lo que se ha denominado "eficacia negativa de la cosa juzgada"(100).

97 La Constitución Nacional de Perú prevé este instituto en el artículo 139, inciso 13, al establecer "la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada". De esta manera, el fundamento principal de la garantía

(97) Ídem.

(98) La publicación se realiza en el diario oficial *El Peruano*. En ciertas ocasiones se eligen fechas significativas para la concesión del indulto presidencial, como se hizo en el caso del expresidente Fujimori, en vísperas de la Navidad de 2017.

(99) García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 728.

(100) Acuerdo Plenario N° 04-2006/CJ-11 (P.V), citado en Castillo Alva, J. (coordinador), *Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal. Op. Cit.*, p. 165, sumario 356.

constitucional de cosa juzgada, como causal de extinción de la acción penal, es la seguridad jurídica que la administración de justicia debe garantizarle a todo ciudadano sometido a un proceso penal(101). Precisamente, lo que se pretende evitar es la discrecionalidad y la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales, cerrándoles la posibilidad de volver a perseguir penalmente a quien ya fue excluido de una investigación penal por medio de una decisión firme.

Se ha señalado como una de las justificaciones de esta causal de extin- 98
ción de la acción penal, a que el poder penal del Estado es de tal magnitud que, cuando se desata sobre una persona sometida a proceso, solo puede ser desplegado una vez(102).

La jurisprudencia ha dicho que la cosa juzgada requiere para su confi- 99
guración y para que despliegue sus efectos particulares dos requisitos. Estos presupuestos serían, por un lado, de carácter objetivo y, por el otro, de índole subjetiva.

El primero de ellos, esto es, el requisito objetivo, guarda relación con los 100
hechos sometidos a proceso tal y como fueron descritos en la sentencia o en el auto de sobreseimiento (*eadem res*), no estando incluida aquí la calificación legal que se le hubiere dado a las consecuencias jurídicas.

El segundo tiene que ver con la persona del inculpado, en cuanto a que si 101
ya ha sido juzgado no puede volver a serlo (*eadem personae*). En la misma oportunidad se sostuvo que la decisión debe estar firme y que sería irrelevante la identidad de quienes han "ejercido la acción" o el "título por el que se acusó"(103).

Hay que aclarar que el objeto central de la causal de extinción de la acción 102
penal por cosa juzgada se asienta sobre el hecho en sí y no sobre la calificación jurídica que se le ha asignado al suceso delictivo. Así, lo relevante sería la conducta y no el encuadre jurídico que le puede asignar un tribunal u otro, porque justamente se intenta proteger al sujeto de que se le inicie un nuevo proceso penal por un mismo hecho sin importar el *nomen iuris* que se le quiera dar(104).

(101) Cfr. García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 728; Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 486; Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 404.

(102) Binder, A., *Introducción al Derecho procesal penal*, pp. 167-168.

(103) Así, Ejecutoria Suprema del 24/05/204. R. N. N° 660-2001-Junín citado en Pérez Arroyo, M., *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, 2001-2005*, p. 678.

(104) Cf. Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 486.

103 Del mismo modo, en orden a cuál debe ser la naturaleza de las resoluciones que constituyen cosa juzgada a los fines de la extinción de la acción penal, se ha afirmado que la decisión judicial que rechaza la apertura de instrucción no configura una decisión capaz de configurar la cosa juzgada formal que exige el artículo 78, inciso 2, del Código Penal(105).

104 Paralelamente, el Tribunal Constitucional ha clarificado un poco más la cuestión al decir que un auto simple que ha sido dictado sin que exista una investigación judicial y sin contradictorio previo, tampoco puede ser considerado una resolución judicial capaz de generar los efectos de la cosa juzgada formal que prevé la normativa analizada aquí(106).

105 En cuanto al modo en que se debe introducir al proceso, se lleva a cabo por medio de la vía de excepción, fijada en el cuarto párrafo del artículo 5 del Código de Procedimientos Penales. Así, se prevé este modo de extinción cuando existe una resolución firme, emanada de un tribunal nacional o extranjero, y cuando el hecho denunciado ya hubiera sido juzgado(107).

IV. Inciso 3

1. Desistimiento o transacción en los delitos de instancia privada

106 En este supuesto se regula la extinción de la acción penal a través de la renuncia del ofendido por el delito o por un medio alternativo de resolución de conflictos, como es la transacción o el acuerdo entre autor y víctima del delito.

107 Se trata de casos que escapan al principio de oficialidad, en tanto que la regla general es que la acción penal sea pública y deba iniciarse de oficio. El fundamento de la posibilidad de disponer de la acción penal por parte de la víctima o del ofendido se explica en la valoración del bien jurídico tutelado que afecta el delito cometido.

(105) Ejecutoria Suprema del 02/06/2004, R. N. N 1950-2003, Puno, citado en PÉREZ ARROYO, M., *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, 2001-2005. Op. Cit.*, p. 687.

(106) Tribunal Constitucional, párrafo 6 de la Sentencia del 08/07/2002, "García Quiroga, Manuel", expte. 1077-2002 HC/TC.

(107) "Artículo 5.- Contra la acción penal pueden deducirse las excepciones de naturaleza de juicio, naturaleza de acción, cosa juzgada, amnistía y prescripción...La excepción de cosa juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona (...)".

Así, se entiende que, en determinados casos, el interés del particular 108
pueda prevalecer sobre el interés estatal en la persecución penal de un delito. En ciertos supuestos se considera que la publicidad de un hecho delictivo, que podría venir de la mano de una investigación, al revictimizarla, puede ser más perjudicial para la víctima del hecho que la propia investigación(108). Generalmente, estos delitos consisten en infracciones que pueden afectar la intimidad de las personas y que, por eso mismo, el Estado deja en manos del afectado la opción de impulsar la investigación o de no hacerlo, pues en definitiva están revestidas de un carácter estrictamente personal(109).

Aquí se expresa la disponibilidad de la acción por parte de los ciudada- 109
nos en supuestos tales como los delitos contra el honor, constituyéndose en una excepción al principio de oficialidad de la persecución penal por parte del Estado. De esta manera, el ofendido por el delito puede aceptar un acuerdo conciliatorio con el autor, para evitar que prosiga la investigación en su contra, excluyendo así el interés que pudiera tener el Estado en la persecución penal de dicho delito.

De algún modo, se admite la forma alternativa de resolución de conflic- 110
tos, dándole preeminencia a la decisión de la víctima de aceptar un acuerdo de conciliación que a la obligación estatal de perseguir los delitos. Con esto, la víctima adquiere un rol más protagónico en el proceso penal, pues, en definitiva, en esta constelación de casos, se trata del único sujeto procesal con legitimación activa para cancelar la acción penal.

El desistimiento o la renuncia por parte de la persona ofendida por el delito 111
deben ser realizados en forma personal. Además, tienen que ser formulados de forma expresa por parte del ofendido por el delito o por su representante legal(110), no pudiéndose entender que no se la ejerció por alguna ausencia de actividad procesal. En sentido contrario se pronuncia Bramont-Arias Torres, quien, siguiendo la postura de Roy Freyre, afirma que se puede renunciar a la prosecución de la acción penal de forma tácita, al omitir concurrir a pesar de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento de tenerlo por desistido o cuando no se impulsa la acción(111).

(108) Véase Zaffaroni, E., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 647.
(109) Cfr. Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 492.
(110) Véase Parma, C., Derecho *penal. Pasado, presente y futuro. Op. Cit.*, p. 153.
(111) Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 492. El derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 25 CADH) en su juego armónico con el derecho a ser oído (Art. 8.1. CADH), parecen indicar que la renuncia de la víctima o de sus representantes debe ser efectuada de forma expresa.

112 A diferencia del supuesto de desistimiento o de renuncia, la transacción tiene su punto de apoyo en un acuerdo de voluntades recíproco o bilateral entre la víctima y el sujeto activo del delito[112]. Su origen se ubicaría en el Derecho más primitivo, en el cual lo realmente trascendente era obtener un resarcimiento o una reparación ante un hecho delictivo, más que la sanción del autor del delito[113].

113 Respecto del acuerdo que extingue la acción penal, se verifica, como se dijo, entre el acusador privado o querellante y el inculpado, bajo ciertas condiciones fijadas previamente. Ambos, de alguna manera, ceden en sus diferentes posiciones para intentar conseguir el mejor resultado posible para sus pretensiones. Justamente por ello se habla de "composición" entre las partes en pugna, que dan o prometen alguna cosa para poner fin, de modo conjunto, un proceso penal[114].

114 A partir de dicho trato, el sujeto activo del delito acuerda con la víctima una conciliación en la cual se arriman las posiciones, dándose en determinados delitos como, por ejemplo, aquellos que afectan el honor como bien jurídico tutelado[115]. En efecto, el espectro de delitos que pueden resultar alcanzados por esta forma de extinción de la acción penal es bastante reducido. Ciertamente, el catálogo de delitos se limita a las lesiones culposas leves que prevé el artículo 124, a los delitos que prevé el artículo 138 contra el honor y al previsto en el artículo 158 respecto de la intimidad. Finalmente, también pueden mencionarse los delitos contra la reputación industrial (Art. 240 *in fine*).

V. Bibliografía

115 Becerra Palomino, Carlos Enrique, "Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984". En: *Derecho PUCP* N° 45, 1991; Belaunde, Javier, "Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después". En: *Themis* N° 10, 1998; Binder, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*. 2ª edición ampliada y actualizada. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005; Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Eddili, Lima, 2002; Brousset Salas, Ricardo Alberto, "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". En:

(112) Cfr. Prado Prado Saldarriaga, V., "Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena". *Op. Cit.*, p. 918.
(113) Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 493.
(114) Ibídem, p. 494.
(115) García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 730.

Derecho penal y Penitenciario. Libro Homenaje al Profesor Dr. Germán Small Arana. Ideas, Lima, 2016; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas.* Tomo I. Derecho penal. Parte General. 2ª edición. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2007; CAFFERATA NORES, José, *Introducción al Derecho procesal penal.* Lerner, Córdoba, 1994; CASTILLO ALVA, José (coordinador), *Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal.* Gaceta Jurídica, Lima, 2004; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas.* Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011; FIGARI, Rubén / PARMA, Carlos, *El homicidio y aborto en la legislación peruana.* Motivensa Editora Jurídica, Lima, 2010; GAMARRA HERRERA, Ronald / PÉREZ CASTAÑEDA, Jacqueline, *La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.* Disponible en <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/didp/boletines/imprescriptibilidad/IMAGENES/La_impresRonald.pdf>; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2008; GRACIA MARTÍN, Luis / ALASTUEY DOBON, María Carmen / BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito.* 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; GRUPO DE TRABAJO CONTRA LA CORRUPCIÓN, *Informe anual sobre la lucha contra la corrupción en el Perú del año 2010.* Lima, 2001. Disponible en <https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_gtcc.pdf>; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 2ª edición. Eddili, Lima, 1987; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general.* 5ª edición. Traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE. Comares, Granada, 2002; LASCANO, Carlos, *Derecho penal. Parte general.* Advocatus, Córdoba, 2002; MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, "La prescripción del delito". En: *Revista Internauta de Práctica Jurídica* Nº 27, 2011; MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general.* Tomo 2. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Astrea, Buenos Aires, 1995; MEINI, Iván, "Sobre la prescripción de la acción penal". En: *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal.* ARA, Lima, 2009; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general.* 7ª edición. B de f, Buenos Aires-Montevideo, 2005; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general.* 8ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre.* 5. Auflage. Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1996; PARIONA ARANA, Raúl, "Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios: ¿medida necesaria para evitar la impunidad?". En: *Derecho penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales.* Pacífico, Lima, 2014; PARMA, Carlos, *Derecho penal. Pasado, presente y futuro.* Acercándonos, Buenos Aires, 2018; PARMA, Carlos, *Teoría del delito 2.0.* Adrus, Lima, 2017; PARMA, Carlos / GORRA, Daniel, *Código Penal. Analizado. Concordado. Anotado con referencias jurisprudenciales.* Hammurabi, Buenos Aires, 2017; PASTOR, Daniel, "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales". En: *Nuevas formulaciones en*

las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin. Macos Lerner Editora, Córdoba, 2001; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general. Estudio programático de la Parte general*. 5ª edición. Grijley, Lima, 1994; PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, 2001-2005*. Volumen 1. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2006; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena". En: *Derecho PUCP* N° 53, 2000; SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*. Tomo I. 2ª edición. Grijley, Lima, 2003; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*. 1ª edición. 2ª reimpresión. Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003; URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal*. Tomo I. 2ª edición actualizada. Asociación Universidad Privada San Juan Bautista, Lima, 2014; VERA RARROS, Oscar, *Prescripción penal*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*. 11ª edición. Trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YAÑEZ PÉREZ, Sergio. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 6ª edición. Ediar, Buenos Aires, 1998; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Ediar, Buenos Aires, 2002.

§ 79
Extinción de la acción penal por sentencia civil

CARLOS PARMA
Universidad de Mendoza
(Argentina)
ALEJO AMUCHÁSTEGUI
Universidad de Mendoza
(Argentina)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Análisis	1	483	II.	Bibliografía	17	486

§ 79.- Extinción de la acción penal por sentencia civil

"Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito".

I. Análisis

Esta norma penal establece un modo especial para que la persecución penal del Estado sobre una persona cese. El presupuesto pasa centralmente por verificar una sentencia firme dictada en sede civil. Tal situación procesal se encuentra unida de manera pétrea con el trámite abierto en el ámbito penal. Ante esa resolución civil que pone fin al proceso (sentencia), la investigación penal debe finiquitar. 1

Es dable resaltar que el sentido y el alcance de la norma se refiere expresamente a los casos en los cuales existe una cuestión ventilada en un proceso civil que trae consecuencias, por su íntima vinculación, con lo acaecido en el proceso penal que se sustancia en paralelo. 2

En relación al fundamento, se ha sostenido la necesidad de evitar la existencia de dos sentencias que decidan sobre el mismo acontecimiento y que al hacerlo sean contradictorias. En efecto, ello sería una incongruencia, pues un hecho que en la justicia civil es declarado como lícito, difícilmente puede ser considerado ilícito en un ámbito penal. 3

4 En palabras simples, aquí "la solución de un proceso penal depende de la solución de otro proceso"[1], en el caso de marras se trata de un trámite judicial civil.

5 De ese modo, la norma ordena que el cese de la pretensión penal del Estado se coloque por encima de las diferencias de jurisdicción y de competencia. En lo prístino, el foco está puesto en el valor "seguridad jurídica" como último fin de la administración de justicia. Es decir, el derecho del ciudadano a que las decisiones de los tribunales sean la derivación razonada del derecho vigente.

6 De lo cual se deriva que las decisiones deben exponer, a partir de una argumentación racional, cuáles han sido los motivos en los cuales se sostienen. Ello permitirá, a su vez, garantizar el derecho a ser oído, expresado en la posibilidad de impugnar las sentencias judiciales[2].

7 El artículo en comentario hace referencia a la plenitud. Demuestra la prevalencia de la noción de ordenamiento jurídico como un conjunto unitario de normas que rigen en un determinado espacio y tiempo. El derecho conforma un todo ordenado y sistemático, por lo que el argumento de "armonización contextual" y el argumento *a coherentia* son perfectamente adaptables a esta situación[3]

8 Además, denota la estrecha ligazón que existe entre Derecho civil y Derecho penal y procesal penal. De tal modo, debe descartarse la idea de un sistema separado con dos compartimentos estancos y entre dos ámbitos totalmente escindidos uno del otro.

9 La jurisprudencia ha señalado que para que opere esta causal de extinción de la acción penal es central que el hecho delictivo imputado hubiera sido declarado como lícito. Es decir, se debe haber verificado en los expedientes civiles respectivos, alguna resolución que hubiera declarado o sostenido la licitud de los hechos punibles por los cuales en sede penal está siendo investigada la persona, pues en caso de no existir algún tipo de sentencia favorable en ese sentido, no procede la extinción de la acción penal[4].

(1) Núñez, R., *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba*, p. 18.

(2) Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de setiembre de 2011. Serie C N° 233, párrafos 146-149. Véase también, caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C N° 200, párrafos 139-140.

(3) Parma, C. / Pérez Curci, J., *La sentencia: valoración y exclusión de pruebas, argumentación*, pp. 215 y 216.

(4) Expediente N° 694-95-B Arequipa.

Así las cosas, se trata del supuesto en el cual luego de un trámite incoado en un expediente civil, un órgano jurisdiccional determina que el hecho presuntamente delictivo objeto de un proceso penal resulta lícito y, por tanto, no subsiste ninguna razón para que la persecución penal del Estado ceda. 10

Tampoco se dan los presupuestos para que proceda la extinción de la acción penal si, por ejemplo, el contrato de arrendamiento que resulta el objeto del delito no ha sido cuestionado u objetado de ninguna manera en el ámbito civil, por lo cual la sola mención de su existencia, como es lógico, no permite que opere la causal que prevé el artículo 79 del Código Penal a favor del imputado en sede penal[5]. 11

De esa manera, la sentencia civil opera como un obstáculo para que se mantenga la existencia de la acción en el ámbito penal. Para decirlo de otro modo, los efectos de la sentencia civil hacen cosa juzgada en sede penal. 12

Puntualizando más la cuestión, debe existir identidad de objeto entre lo que fue materia de decisión en la jurisdicción civil y aquello que resulta discutido en el ámbito penal. Ahora bien, desde ya que la sentencia civil debe haber adquirido firmeza al efecto de que se extinga la acción en sede penal[6]. 13

La sentencia civil debe responder a un juez del órgano jurisdiccional que se adecúe exactamente al "caso penal" en cuanto a la materialidad del mismo y los sujetos intervinientes. Esta voluntad decisoria concreta debe consistir en la emisión de un resultado que exprese en forma nítida que "el hecho imputado como delito es lícito"[7]. 14

En prieta síntesis, la norma en comentario prevé un caso típico de vinculación de la aplicación de la ley civil con consecuencias en el ámbito penal. En estos casos, el proceso civil y la solución que tenga en ese fuero limitan o condicionan los resultados de las causas penales[8]. 15

Finalmente debe adunarse que existe de parte del legislador una "interpretación auténtica" contextual, toda vez que ha dicho expresamente de manera directa cómo se extingue la acción penal. 16

(5) R. N. N° 3869-95-Junín. *Guía rápida de J. P. y P.P. El Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal.* Gaceta Jurídica, p. 57.

(6) Cf. Sala Penal R. N. N° 4677-97, Junín, citado en *Guía rápida de J. P. y P.P. El Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal. Op. Cit.*, p. 274.

(7) Parma, C., *Recurso y acciones contra una sentencia penal arbitraria*, p. 21.

(8) Maier, J., *Derecho procesal penal: fundamentos*, p. 179.

II. Bibliografía

17 GACETA JURÍDICA, *Guía Rápida de J. P. y P.P. El Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal.* Gaceta Jurídica; MAIER, Julio, *Derecho procesal penal: fundamentos.* 2ª edición, 3ª reimpresión. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004; NÚÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba.* Lerner, Córdoba, 1978; PARMA, Carlos / PÉREZ CURCI, Juan Ignacio, *La sentencia: valoración y exclusión de pruebas, argumentación.* Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2018; PARMA, Carlos, *Recurso y acciones contra una sentencia penal arbitraria.* Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

§ 80
Plazo de prescripción de la acción penal

RAÚL PARIONA ARANA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Preliminares	1	488
II. Reglas de la prescripción	5	489
1. La regla general del plazo ordinario de prescripción de la acción penal	5	489
2. El plazo ordinario de prescripción de la acción penal en caso de concurso real de delitos	7	491
3. El plazo ordinario de prescripción de la acción penal en caso de concurso ideal de delitos	10	492
4. El plazo máximo de prescripción de la acción penal en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad y cadena perpetua	12	492
5. El plazo ordinario de prescripción de la acción penal en los delitos sancionados con penas distintas a la privativa de la libertad	13	493
6. Reglas especiales de prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra del patrimonio del Estado o como integrante de organizaciones criminales	14	494
6.1. La regla especial	14	494
6.2. Ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción	17	495
III. Bibliografía	31	500

§ 80.- Plazo de prescripción de la acción penal

"La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica".

I. Preliminares

1 Según las reglas generales del Derecho penal, a la comisión de un delito debe seguir, como consecuencia lógica, su sanción penal. Las instancias del sistema de justicia deben proceder a instaurar la persecución penal y, en su momento, deben aplicar la pena que corresponda. Sin embargo, el propio ordenamiento jurídico prevé que ante ciertas condiciones el Estado renunciará a la pretensión punitiva. Uno de estos supuestos es la prescripción. Este instituto jurídico regula la renuncia del Estado al castigo del delito en razón al transcurso del tiempo, es decir, el solo paso del tiempo hará que no se pueda perseguir más los delitos cometidos. Aquí la ley distingue dos supuestos de prescripción, a saber, la *prescripción de la acción penal* (Art. 80 y ss. CP) donde el transcurso del tiempo impedirá que la justicia penal accione o siga accionando contra quien es reputado autor del delito; y la *prescripción de la pena* (Art. 85 y ss. CP) donde el transcurso del tiempo impide que se ejecute la pena impuesta mediante sentencia firme.

2 El fundamento de esta renuncia del Estado al *ius puniendi* radica en consideraciones político-criminales que refieren que el paso del tiempo hace que la sanción penal no sea más necesaria. La idea de la falta de necesidad de pena se basa en la consideración de que con el transcurso del tiempo el delito pasa al olvido y su sanción ya no logrará más los efectos preventivos deseados. La actuación de la justicia debe ser oportuna e inmediata. Por ello, la prescripción podría ser entendida también como una sanción al Estado por su inacción. En los hechos, la prescripción constituye una autolimitación del Estado en la persecución del delito bajo consideraciones estrictamente de política criminal que tienen que ver con la maximización de esfuerzos en la persecución del delito, dando prioridad a los más recientes y dejando de lado aquellos sobre los que ya recayó el olvido, alejando además de este modo la posibilidad de una decisión errada ante dificultades de orden probatorio por el transcurso del tiempo[(1)].

3 Del fundamento expuesto se desprende, pues, la naturaleza jurídica de la prescripción: se trata de un instituto jurídico de *carácter procesal*, lo cual implica, a su vez, que la prescripción se constituye en un impedimento procesal para

(1) Para mayores detalles sobre la discusión de la justificación de la prescripción, confróntense los trabajos de Meini Méndez, I. "Sobre la prescripción de la acción penal". En: *Imputación y responsabilidad penal*, p. 277 ss., y Chocano Rodríguez, R., *Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal*, p. 91 ss.

la persecución del delito[2]. La consecuencia práctica y fundamental de la prescripción es que no se puede iniciar más un proceso penal contra el presunto autor o, existiendo uno, este debe archivarse definitivamente por imperio absoluto de la ley. El carácter procesal de la prescripción en nuestro ordenamiento jurídico se evidencia aún más cuando, según nuestro ordenamiento adjetivo, esta se constituye en un impedimento para seguir procesando al presunto responsable del delito. La norma establece claramente que contra la acción penal puede deducirse la *excepción de prescripción*[3]. Esta "podrá deducirse cuando por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos señalados por el Código Penal, se extingue la acción o la pena" (Art. 5 C de PP y Art. 6 CPP). En consecuencia, es claro que la prescripción no convierte el delito cometido en un hecho lícito, sino que, únicamente, este no puede ser perseguido más.

En el ámbito doctrinal, la discusión sobre el carácter de la prescripción no 4
está cerrada. Aún hoy se defienden posturas que consideran que la prescripción tendría *carácter material*[4]. Como instituto de Derecho material la prescripción eliminaría el carácter delictuoso del hecho cometido o su carácter de injusto penal (causa de anulación de la pena). Finalmente, parte de la doctrina asigna a la prescripción un *carácter mixto*[5], como un instituto de naturaleza procesal y material. Según la teoría mixta, "la prescripción del delito es una causa personal de anulación de la pena que, sin embargo, está configurada desde el punto de vista jurídico-procesal como un obstáculo procesal"[6].

II. Reglas de la prescripción

1. La regla general del plazo ordinario de prescripción de la acción penal

La ley peruana establece como presupuesto para la prescripción el paso de 5
un cierto tiempo. Aquí nos interesa la prescripción de la acción penal. ¿Cuál es

(2) En Alemania siguen esta postura SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE / STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch*, Vorbem §§ 78 ff., n. marg. 3: "Die Verjährung ist ihrer rechtlichen Natur nach ein Prozesshindernis". JESCHECK refiere que el carácter procesal de la prescripción se ha hecho dominante a raíz del cambio jurisprudencial operado en Alemania en 1942, cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, p. 912. Según ROXIN, C. / SCHÜNEMANN, B., *Strafverfahrensrecht*, § 21, n. marg. 9, la nueva doctrina y jurisprudencia asume un carácter procesal puro de la prescripción.

(3) Sobre esta excepción cfr. SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho procesal penal*, p. 392 ss.; GARCÍA RADA, D., *Manual de Derecho procesal penal*, pp. 42-43.

(4) RADKE, M., *Bestrafungshindernisse auf Grund des Zeitablaufs*, p. 23 ss.

(5) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, p. 912; VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 614.

(6) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, p. 912 ss.

el plazo de prescripción? La respuesta la encontramos en el artículo 80 del CP. El legislador establece un plazo ordinario de prescripción y uno extraordinario. La regla general (plazo ordinario) refiere que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito si es privativa de libertad; y tratándose de penas distintas a la pena privativa de libertad la acción prescribe a los dos años (Art. 80 CP). A estos efectos debe considerarse el máximo de la pena abstracta prevista en el tipo penal en concreto (pena conminada). En cambio, se dará el supuesto de la *prescripción extraordinaria* cuando por algunas de las causales establecidas por la ley –por ejemplo, las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales– se interrumpe la prescripción ordinaria y deba contabilizarse nuevamente un plazo de prescripción. Para estos casos, la ley establece un supuesto extraordinario de prescripción, en el cual "la acción penal prescribe en todo caso, cuando el tiempo trascurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción" (Art. 83 CP).

6 Aquí es oportuno mencionar que, conforme a la "jurisprudencia vinculante" [7] de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, para ambos tipos de plazos de prescripción (ordinario y extraordinario) el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82 del CP. Estas reglas refieren que los plazos de prescripción comienzan en distintos momentos dependiendo de si nos encontramos ante un delito en fase de tentativa, ante un delito instantáneo, ante un delito continuado o ante un delito permanente. En el caso de un delito tentado, el plazo de prescripción comenzará a contabilizarse desde el día en que cesó la actividad delictuosa. En caso del delito instantáneo –el más frecuente–, el plazo de prescripción se contabilizará a partir del día en que se consumó. En el delito continuado, el plazo se iniciará desde el día en que terminó la actividad delictuosa. Y finalmente, en el caso del delito permanente, el plazo de prescripción correrá desde el día en que cesó la permanencia. También basado en consideraciones político-criminales, el legislador ha establecido supuestos de reducción de los plazos de prescripción; así, por ejemplo, el plazo de prescripción se reducirá a la mitad si el agente tiene menos de veintiún años de edad cuando comete el delito. La misma regla se aplicará si el agente tiene más de sesenta y cinco años de edad cuando comete el delito[8].

(7) Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116 del 16.11.07 de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

(8) Mayores detalles sobre la problemática de la prescripción son aquí omitidos por ser irrelevantes para nuestro cometido. Para un estudio en detalle sobre la prescripción cfr. PRADO SALDARRIAGA, V., *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I, p. 156 ss.; ROY FREYRE, L., *Causas de extinción de la acción penal*

2. El plazo ordinario de prescripción de la acción penal en caso de concurso real de delitos

El artículo 80 del CP regula el supuesto de la prescripción en caso de concurso real de delitos, esto es, cuando un sujeto realiza varias conductas punibles de las que derivan la comisión de otros tantos delitos independientes y que son enjuiciables en el mismo proceso penal. En este tipo de supuesto, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno de los delitos cometidos. 7

En relación al concurso real de delitos, VILLA STEIN afirma que estamos en este supuesto cuando se han protagonizado, de forma independiente, distintas conductas por el mismo sujeto activo, realizando los tipos penales en momentos diferentes(9). Para VILLAVICENCIO TERREROS, el concurso real de delitos o concurso material se presenta cuando un sujeto realiza varias acciones penales de las que derivan la comisión de otras tantas infracciones penales. En otras palabras, en esta figura concurren varias acciones o hechos, cada uno constitutivo de un delito autónomo, que provienen de un mismo agente y que son enjuiciables en el mismo proceso penal. Se debe anotar que el concurso real de delitos está regulado en el artículo 50 del CP ("Cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes")(10). 8

Según ROY FREYRE, el concurso real de delitos es un tema de interés esencial para la teoría de la pena. Interpretando el artículo 50 del CP, donde se encuentra previsto, este lo define como la concurrencia de una pluralidad de acciones punibles independientes y de naturaleza idéntica o diferente (concurso real homogéneo o heterogéneo, respectivamente), que fueron cometidas por una misma persona, sin que medie sentencia condenatoria definitiva por alguna de ellas. Asimismo del texto correspondiente al artículo 50 del CP se desprende que el juzgamiento debe hacerse de manera simultánea, lo que significa que no debe existir sentencia condenatoria firme por alguna de las acciones punibles en concurso. Ahora bien, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada delito en concurso real. La prescripción 9

y pena, p. 53 ss.; CHOCANO RODRÍGUEZ, R., *Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal. Op. Cit.*, p. 91 ss.

(9) VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 537.

(10) VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 702 ss.

de los delitos menos graves puede terminar con la existencia del concurso y dejar subsistente solo la acción del delito más grave[11].

3. El plazo ordinario de prescripción de la acción penal en caso de concurso ideal de delitos

10 El artículo 80 del CP también regula el supuesto de la prescripción en caso de concurso ideal de delitos, es decir, cuando varios tipos penales son afectados por la misma conducta del sujeto activo. En este supuesto, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

11 En cuanto al concurso ideal de delitos, conforme al artículo 48 del CP, se produce este tipo de concurso cuando varias disposiciones penales resultan aplicables al mismo hecho. Según García Cavero, la mencionada definición parte de la idea de la unidad de acción o hecho, unidad que no se determina con criterios naturales sino con criterios jurídico-penales. Esto es que en el concurso ideal de delitos la misma conducta penalmente relevante comete varios tipos penales, tipos que pueden ser de la misma o distinta naturaleza, lo que permite diferenciar los casos de concurso ideal de delitos homogéneos (infracciones a la misma ley penal) de los casos de concurso ideal de delitos heterogéneos (infracciones a distintas leyes penales)[12]. El artículo 80 del CP dispone que en esta hipótesis las acciones prescriben cuando haya transcurrido el plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

4. El plazo máximo de prescripción de la acción penal en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad y cadena perpetua

12 El artículo 80 del CP señala que el plazo máximo de prescripción en caso de delitos sancionados con pena privativa de libertad será de veinte años. Así, en los delitos que contemplan una pena privativa de libertad superior a los veinte años, como por ejemplo en el caso del delito de homicidio calificado por la condición de la víctima[13] o en las circunstancias agravantes del delito de

(11) Roy Freyre, L., *Causas de extinción de la acción penal y pena. Op. Cit.*, p. 60 ss.
(12) García Cavero, P., *Derecho penal. Parte general*, p. 781.
(13) Artículo 108-A CP.- "El que mata a uno de los altos funcionarios comprendidos en el artículo 39 de la Constitución Política del Perú, a un miembro de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas, a un Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Publico o a un Miembro del Tribunal Constitucional o a cualquier autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones o

feminicidio[14], el plazo de prescripción de la acción penal será como máximo de veinte años. Según ROY FREYRE, este plazo máximo constituye una *excepción restrictiva*. Esta excepción restrictiva es la que pone un límite al plazo máximo de prescripción ordinaria de la acción penal cuando la pena privativa de señalada para el delito de que se trate supera a los veinte años[15]. El Código Penal también ha establecido un límite del plazo de prescripción para los delitos sancionados con la pena de cadena perpetua (por ejemplo, delito de secuestro en agravio de un menor de edad o mayor de setenta años[16] o el delito de sicarito cuando las víctimas sean dos o más personas[17]). En este caso, la acción penal prescribe a los treinta años.

5. El plazo ordinario de prescripción de la acción penal en los delitos sancionados con penas distintas a la privativa de la libertad

El artículo 80 del CP también regula la prescripción de los delitos san- 13
cionados con penas distintas a la privación de la libertad. Estos delitos son: primero, los delitos sancionados con penas restrictivas de libertad, las que limitan la libertad de tránsito, como la expatriación y la expulsión del país. Segundo, los delitos sancionados con penas limitativas de derechos, como la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación. Tercero, los delitos sancionados con pena de multa. En estos casos la acción penal prescribe a los dos años.

---

como consecuencia de ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 25 años ni mayor de 35 años".

(14) Artículo 108-B CP.- "La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes: 1. Si la víctima era menor de edad; 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación; 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente; 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación; 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad; 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas; 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108 (...)".

(15) ROY FREYRE, L., *Causas de extinción de la acción penal y pena. Op. Cit.*, p. 59.

(16) Art. 152 CP.- "La pena será de cadena perpetua cuando: 1. El agraviado es menor de edad o mayor de setenta años. 2. El agraviado sufre discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia. 3. Si se causa lesiones graves o muerte al agraviado durante el secuestro o como consecuencia de dicho acto".

(17) Art. 108-C CP.- "Será reprimido con pena privativa de libertad de cadena perpetua si la conducta descrita en el primer párrafo se realiza: 1. Valiéndose de un menor de edad o de otro inimputable para ejecutar la conducta; 2. Para dar cumplimiento a la orden de una organización criminal; 3. Cuando en la ejecución intervienen dos o más personas; 4. Cuando las víctimas sean dos o más personas; 5. Cuando las víctimas estén comprendidas en los artículos 107 primer párrafo, 108-A y 108-B primer párrafo; 6. Cuando se utilice armas de guerra".

6. Reglas especiales de prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra del patrimonio del Estado o como integrante de organizaciones criminales

6.1. La regla especial

14 Las reglas generales reseñadas son –en principio– de aplicación a los delitos contra la Administración Pública. Sin embargo, la misma ley establece un supuesto especial de prescripción para todos aquellos delitos cometidos por funcionarios y que atenten contra el patrimonio del Estado. El artículo 80 del CP señala: "En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica". La consecuencia de esta regulación legal es que para gran parte de los delitos contra la Administración Pública regirán reglas especiales de prescripción, distintas de las reglas generales.

15 Esta *regla especial* es la *duplicación del plazo de prescripción*. Siempre que se trate de un delito cometido por funcionario público y que afecte el patrimonio del Estado o el patrimonio de organismos sostenidos por el Estado no regirán más las reglas generales, sino será de aplicación la regla especial, es decir, se duplicará el plazo de prescripción. Así, por ejemplo, ante la comisión del delito de peculado doloso (tipo básico[18]) previsto en el artículo 387 del CP el plazo de prescripción no será más el de ocho años, sino que este será el de dieciséis años.

16 La Corte Suprema ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse reiteradamente[19] sobre la aplicación de la regla especial de prescripción. Aquí mencionamos solo un caso donde la Corte rechazó la prescripción basándose en la regla especial de duplicación del plazo de prescripción para delitos contra el patrimonio del Estado: "[D]e la revisión de autos se aprecia que la conducta imputada como delito de peculado culposo, se halla prevista en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código sustantivo, ilícito sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas, es decir, en este caso

(18) Art. 387 CP.- "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 dos ni mayor de ocho años".

(19) Cfr. entre otras R. N. N° 3443-2001, R. N. N° 351-2002, R. N. N° 3094-2002, R. N. N° 1158-2003, R. N. N° 252-2004, R. N. N° 1960-2007.

no solo debe considerarse el plazo prescriptorio referido a la pena privativa de libertad, sino también el de la otra pena señalada en la citada norma, la de prestación de servicios comunitarios, regulada en el artículo treinta y cuatro del Código Penal; que, en tal virtud, de conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo del numeral ochenta del mismo cuerpo legal, en los delitos que merezcan otras penas distintas a la privativa de libertad, la acción penal prescribe a los tres años, y considerando el plazo extraordinario previsto en el último párrafo del artículo ochenta y tres, la prescripción operaría para esta pena a los cuatro años y seis meses; que además de lo anterior, debe agregarse lo dispuesto en el último párrafo del citado artículo ochenta, modificado por la Ley número veintiséis mil trescientos sesenta, referido a que en el caso de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, como es el caso de autos, la prescripción se duplica; por lo que en el presente proceso la prescripción de la acción penal operaría a los nueve años de sucedidos los hechos instruidos, término que a la fecha aún no ha transcurrido, ya que tales hechos acontecieron en el año mil novecientos noventa y cinco"[20].

6.2. Ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción

Sin embargo, con la determinación de la regla especial de prescripción 17
contenida en el artículo 80 del CP no se agota la problemática de la prescripción en estos casos. Se hace necesario precisar su ámbito de aplicación, pues la norma no es clara al respecto. La regulación legal no es clara, pues no señala *cuáles son los delitos* que afectan el "patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este" cuya comisión por parte de un funcionario público hace que se aplique la regla especial de prescripción.

Ante esta falta de claridad se hace necesario fundamentar una línea de 18
interpretación que conjugue los lineamientos político-criminales y el marco impuesto por la ley. Se trata, pues, de determinar el sentido y, en consecuencia, el ámbito del tenor legal: delitos "contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este".

Una primera línea de interpretación, a la que denominamos "interpre- 19
tación restrictiva", podría entender la expresión "delitos cometidos en contra del patrimonio del Estado" como una referencia a aquellos *delitos que tienen como específico bien jurídico protegido al patrimonio del Estado*. Caso paradigmático

(20) R. N. N° 3443-2001.

de estos delitos sería el delito de peculado (Art. 387 CP). Aquí, el tipo penal sanciona la conducta penal del funcionario público que se apropia o utiliza caudales o efectos cuya administración o custodia le han sido confiados por el Estado por razón de su cargo. En este grupo también se incluirían las demás formas de peculado y malversación. Del tenor de estos delitos y conforme a la jurisprudencia(21) y doctrina dominante, se desprende claramente que estos delitos tienen como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado, además de otros bienes jurídicos como el recto cumplimiento de los deberes funcionales confiados y la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de administrar los bienes del Estado(22).

20 Sin embargo, esta interpretación restrictiva debe ser rechazada porque no agota todo el contenido de la norma que expresamente refiere que la regla especial de prescripción se aplica *a todos* los casos donde un funcionario público comete un delito en contra del patrimonio del Estado. La norma no se limita, pues solamente a delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y que tengan como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado. La única referencia de la norma es a todos los delitos cometidos "contra el patrimonio del Estado", el dispositivo legal no contiene en ninguno de sus extremos una referencia al "bien jurídico", ¡no se puede distinguir, pues, donde la norma no distingue!

21 Pero, además, la concepción restrictiva vaciaría de contenido a la ley penal y la haría inútil y hasta contraproducente con los fines que tuvo el legislador para evitar la impunidad de la criminalidad de funcionarios públicos. Tal como está redactada la norma, es claro que comprende casos donde, por ejemplo, un funcionario público comete apropiación ilícita, hurto, estafa o daños (delitos comunes) en agravio del patrimonio del Estado sobre bienes que no están bajo su competencia funcional. Si bien estos delitos no protegen como bien jurídico específico el patrimonio del Estado, sino el patrimonio en general, sin embargo, de su tenor se desprende que el ámbito de protección de la norma abarca también al patrimonio estatal. ¡El hurto cometido por el gerente de personal de un ministerio de las partidas dinerarias que administra el jefe de tesorería de esta institución pública constituye sin lugar a dudas un comportamiento ilícito que va "contra el patrimonio del Estado!".

(21) Véase R. N. N° 1132-1998, R. N. N° 3630-2001.

(22) Resaltando la calidad de delito pluriofensivo, Rojas Vargas, F., *Delitos contra la Administración Pública*, p. 480.

En contraposición a esta forma de entender la norma, se puede ensayar 22
una *segunda línea de interpretación,* según la cual la regla especial de prescripción será de aplicación a todos los delitos cometidos por funcionarios públicos que afecten *directa o indirectamente* el patrimonio del Estado (*interpretación extensiva*)[23]; es decir, solo bastará la constatación de una afectación patrimonial, sin importar que esta sea remota, lejana o mediata y sin que sea relevante incluso que el tipo penal no comprenda ni de manera extensiva una protección del patrimonio estatal. Consecuencia de esta concepción es que el abanico de delitos donde procede la aplicación de la regla especial se extiende ampliamente. Así, se comprende a delitos como el peculado en todas sus variantes, a todos los delitos comunes cometidos por funcionarios públicos en agravio del patrimonio del Estado, pero también delitos de cuyo contenido no se aprecia un ataque (directo) al patrimonio estatal, como por ejemplo el delito de rehusamiento de actos funcionales, abuso de autoridad y otros similares. En efecto, según este razonamiento, en el delito de rehusamiento de actos funcionales (Art. 377 CP) puede entenderse que la acción del funcionario público que ilegalmente rehúsa algún acto de su cargo genera perjuicio económico al Estado en la medida que el incumplimiento de las funciones no significa que el acto debido no se cumplirá más, sino que en los hechos estos actos deberán cumplirse de todas maneras, y esto con cargas patrimoniales para el Estado por destiempo en el cumplimiento y por las indemnizaciones que podrían generarse.

Esta manera de extender la aplicación de la regla especial de prescripción 23
no convence y deja ver una dudosa ampliación de la norma. En efecto, esta concepción aplica la regla especial de prescripción a casos que "evidentemente" no están comprendidos en el sentido y contenido de la norma, pues no afectan ya el núcleo del concepto normativo de delitos "contra el patrimonio del Estado" que debe ser entendido como *ataque directo al patrimonio del Estado.* Resulta un exceso comprender casos como los del rehusamiento de actos funcionales (Art. 377 CP) como una afectación *directa* al patrimonio del Estado. En efecto, en estos casos, si bien se deja ver una afectación lejana y mediata al patrimonio, sin embargo, el comportamiento renuente del funcionario público a cumplir sus funciones afecta en primer orden y de manera directa más bien el eficiente desenvolvimiento de la Administración Pública y la legalidad del

(23) Castillo Alva, J. L., *Actualidad Jurídica*, p. 22 y ss., postula una interpretación amplia que "solo exige para la aplicación del último párrafo del artículo 80 del CP la comprobación en cada caso concreto que el delito –independientemente de su característica, tipología e índole– haya producido un perjuicio al patrimonio del Estado, ya sea por la forma de sus ejecuciones, por los recursos que se han empleado, etc.".

ejercicio de funciones[24]. Aquí la afectación al patrimonio es mediata y eventual, como en casi todos los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública.

24 Abanto Vásquez critica –correctamente– lo absurdo de esta postura que defiende una interpretación extensiva, señalando que, según esta concepción, el patrimonio del Estado podría verse afectado también cuando "se mata a un funcionario público (...), en cuanto estaría obligado al pago de pensiones y a contratar a otra persona. Lo mismo sucede con las lesiones e incluso con los delitos contra la libertad individual: se secuestra a un funcionario público, quien al no poder ejercer sus funciones, hace perder dinero al Estado"[25].

25 Una concepción demasiado extensiva debe ser rechazada, pues las interpretaciones a las que lleva rompen ya el sentido de la norma e introducen *de contrabando* una ilegítima extensión de normas.

26 Planteo una tercera línea de interpretación que postula una *solución intermedia*[26]. La referencia legal a delitos que "afectan el patrimonio del Estado" debe ser entendida como: *ataque directo al patrimonio del Estado*. Esta concepción logra materializar la voluntad político-criminal del legislador sujetándose a los marcos de la ley. El criterio se sujeta, pues, al tenor legal que es la base de legitimidad de toda construcción teórica. Así, como ya se ha adelantado, una interpretación que respete el sentido (literal posible) de la norma bajo estudio debe entender el concepto de "delitos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este" como delitos que afecten "directamente" el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este.

27 Luego, el grupo de delitos comprendidos por esta norma será más amplio que el admitido por la concepción restrictiva (que es correcta, pero insuficiente), pero menor al admitido por la concepción extensiva (que extiende ilegítimamente su ámbito de aplicación). Así, primero, la regla especial de duplicación del plazo de prescripción será aplicable a aquellos casos donde el tipo penal contiene como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado, por ejemplo, los tipos penales de peculado –que, según el tenor de la norma, e interpretación mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia nos encontramos ante un

(24) Abanto Vásquez, M., *Delitos contra la Administración Pública*, p. 331 ss.; Salinas Siccha, R., *Delitos contra la administración pública*, p. 178. En esta misma línea, Rojas Vargas, F., *Delitos contra la administración pública. Op. Cit.*, p. 271, apoyándose en Soler, Creus, Manzini, Pagliaro y Antolisei.

(25) Abanto Vásquez, M., *Delitos contra la Administración Pública. Op. Cit.*, p. 93.

(26) Ídem.

delito contra la Administración Pública cometido por funcionario público y que afecta el patrimonio del Estado–.

Segundo, la regla especial también será de aplicación a todos los demás 28
delitos contra la Administración Pública en los que, aunque el tipo penal no considere como bien jurídico protegido primariamente el patrimonio del Estado, sí se desprenda de su configuración fáctica en el caso concreto una afectación *directa* del patrimonio del Estado. Visto así, en este ámbito se podría comprender casos como los de los delitos de corrupción de funcionarios donde el contenido del acto de corrupción tenga como objeto defraudar al Estado afectando su patrimonio gravemente, sea porque el Estado se desprendió indebidamente de su patrimonio o porque dejó de cobrar lo que le correspondía; piénsese solamente en el caso donde un funcionario de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria se deja sobornar por un empresario a efectos de que realice una devolución dineraria ilegal ascendente a varios millones de dólares con la promesa de un reparto posterior del "botín"; hecho que efectivamente se consuma. A efectos de la aplicación de la regla especial de prescripción, el mandato normativo requiere únicamente que la acción ilícita se dirija "contra el patrimonio estatal", mas no que el tipo penal del delito perpetrado tenga como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado. En estos casos se observa pues que, pese a tratarse de delitos que no tienen, en primer orden, como bien jurídico el patrimonio, del contenido y la configuración fáctica se puede extraer que efectivamente afectan "directamente" el patrimonio del Estado.

Finalmente, la regla especial será de aplicación a todos los delitos comu- 29
nes cometidos por funcionarios públicos donde se evidencie que directamente se ha afectado el patrimonio del Estado, así, por ejemplo, los casos de apropiación ilícita, hurto, estafa o daños perpetrados por un funcionario público contra el patrimonio del Estado que no se hallan bajo su competencia funcional.

De lo expuesto se desprende que la línea de interpretación propuesta 30
llena los vacíos que deja una interpretación demasiado restrictiva (innecesariamente, pues el tenor del dispositivo legal admite una interpretación más amplia), pero también resguarda la legitimidad de la intervención estatal limitando esta intervención a casos donde efectivamente exista un ataque *directo* al patrimonio estatal. El criterio del *ataque directo al patrimonio del Estado* mantiene, pues, la relación normativa con el tenor de la norma, pero también comprende la finalidad político criminal del legislador de hacer frente a la impunidad.

III. Bibliografía

31 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la Administración Pública*. Palestra, Lima 2003; CASTILLO ALVA, José Luis, "La prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos". En: *Actualidad Jurídica*, 2004, Tomo 128; CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner, *Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal*, Grijley, Lima, 2006; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Jurista Editores, Lima, 2012; GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de Derecho procesal penal*. 8ª edición. Eddili, Lima, 1984; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5ª edición. Duncker & Humblot, Berlín, 1996; MEINI MÉNDEZ, Iván, "Sobre la prescripción de la acción penal". En: *Imputación y responsabilidad penal*. ARA, Lima, 2009; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I. Idemsa, Lima, 1996; RADKE, Marc, *Bestrafungshindernisse auf Grund des Zeitablaufs*. Shaker, Aquisgrán, 2001; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición, Grijley, Lima, 2007; ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch*. 26ª edición. Beck C. H., Múnich, 2009; ROY FREYRE, Luis, *Causas de extinción de la acción penal y pena*. Grijley, Lima, 1997; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2014; SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*. 2ª edición. Grijley, Lima, 2006; SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst, STREE, Walter / STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *Strafgesetzbuch*. Beck C. H., Múnich, 2006; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*. ARA Editores, Lima, 2014; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006.

§ 80
Prescripción de la acción penal
(Análisis introductorio)

DANIEL HUAMÁN CASTELLARES
Academia Nacional de la Magistratura
(Perú)
SUSAN ADELA SEGURA VALENZUELA
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Preliminares	1	501	III.	Bibliografía.....	9	505
II.	Fundamentos de la prescripción de la acción penal	3	502				

I. Preliminares

La prescripción de la acción penal es una de las instituciones del Dere- 1
cho penal que más importancia tiene para la práctica profesional, pero sobre la que la dogmática jurídico-penal, especialmente nacional[1], poco ha dicho. En síntesis, la prescripción de la acción penal opera cuando luego de transcurrido un lapso, previsto en la norma sustantiva, que comienza a correr desde la comisión del delito. Superado este plazo, la acción penal se extingue.

Hasta este punto puede pensarse que la institución no presenta mayor 2
problema, pues su operatividad es –aparentemente– simple. Sin embargo, ello no es así, porque problemas teóricos como la fundamentación de la legitimidad de la prescripción penal, la naturaleza jurídica de la prescripción e incluso prácticos como la determinación –más allá de los pronunciamientos de la Corte Suprema[2] y el Tribunal Constitucional[3]– tienen aún vigencia en la discusión dogmática comparada y son la base para la resolución de problemas prácticos que se analizan en el día a día. Por ello, su planteamiento y discusión en el presente comentario tendrán mucha relevancia para la práctica.

(1) Excepción notable en nuestro país, en lo referente a la producción monográfica, es la obra de ROY FREYRE, L., *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, p. 77.
(2) Destacado: Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ116, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitorias.
(3) STC Exp. N° 0004-2006-PI/TC, f. j. 124.

II. Fundamento de la prescripción de la acción penal

3 En los trabajos desarrollados por la doctrina sobre la institución de la prescripción de la acción penal, suele dedicarse un estudio sobre las razones que ameritan su existencia en el ordenamiento jurídico(4), es decir, su fundamento. Objeto de estudio en el que no existe un consenso, planteándose a lo largo de los años diversas teorías para justificar la existencia de esta figura legal(5). Es así, que por una parte se señala que el fundamento de la prescripción se encuentra en tesis procesales: i) teoría de las dificultades probatorias y el peligro de errores judiciales; ii) teoría de la vulneración de principios procesales contenidos en la Constitución, tales como el principio de seguridad jurídica y el derecho al plazo razonable; y por otro lado se plantea que la justificación de la regulación de la prescripción yace en cuestiones de carácter sustantivo, es decir, en teorías materiales: i) teoría de la presunta enmienda del reo; ii) teoría de la prevención general; y, iii) la teoría de la función retributiva de la pena. En otro extremo se considera que el fundamento de esta institución obedece a cuestiones de político-criminales, finalmente cierto sector de la doctrina considera que el fundamento de la prescripción no se encuentra en cuestiones procesales, sustantivas ni político-criminales, sino en el decaimiento de la necesidad de imponer una pena ante determinado hecho delictivo, última posición que asumimos correcta, ello en base a los siguientes argumentos.

4 En principio, las tesis procesales y sustantivas sobre el fundamento de la prescripción de la acción penal no son sostenibles, pues ninguna calza bien con los pilares en los que se asienta la regulación de la prescripción de la acción penal, los cuales son el transcurso del tiempo, y la gravedad de los delitos(6). Así por ejemplo: i) a la teoría sobre las dificultades probatorias y el peligro de errores judiciales se le puede criticar que no concuerda con los plazos de prescripción regulados en el artículo 80 del Código Penal, puesto que se entendería que la dificultad para probar la culpabilidad de un sujeto se encuentra en estricta proporción con la gravedad del hecho delictivo realizado, es decir, a mayor gravedad de delito mayor dificultad, razonamiento que no encuentra justificación alguna a entender de la doctrina(7); ii) a la teoría sobre la presunta enmienda del reo, que supone que el transcurso del tiempo desde la realización

(4) Ragués i Vallés, R., *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*, p. 15.
(5) Pastor, D., *Prescripción de la persecución y Código Procesal penal. Hacia un cambio de paradigma en la definición de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal*, p. 26.
(6) Ragués i Vallés, R., *La prescripción penal. Fundamento y aplicación. Op. Cit.*, p. 47.
(7) Vásquez Shimajuko, S., *La imputación de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva*, p. 219.

del delito posibilita la resocialización del reo, desapareciendo su peligrosidad delictiva por lo que la posibilidad –con el ejercicio de la acción penal– de imponérsele una sanción y por ende su ingreso a un centro penitenciario podría truncar su resocialización[8], se le cuestiona que no siempre el transcurso del tiempo supone una enmienda del reo[9], el cual incluso en lugar de disminuir su peligrosidad delictiva puede aumentarla[10], así mismo, esta teoría no calza con el supuesto de interrupción de la prescripción regulado en el tercer párrafo del artículo 83 del Código Penal, que establece como supuesto de interrupción en los casos en que el agente haya cometido nuevo delito doloso[11].

Asimismo, resulta incorrecto justificar la existencia de la prescripción de 5
la acción penal en el ordenamiento jurídico en cuestiones político-criminales, puesto que esta figura legal tiende a evitar el colapso del sistema penal con más casos de los que puede resolver[12]. Avalar esta postura, trae como consecuencia que dicho fundamento no sea un referente que sirva de límite para regular y aplicar las reglas de prescripción. Ello en razón de que con este fundamento de carácter político criminal, se puede justificar cualquier regla de prescripción, lo cual sin lugar a dudas generaría arbitrariedades. Por otro lado, con la teoría del fundamento político criminal, también podría justificarse la inexistencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico. Pues no olvidemos que uno de los contenidos de la política criminal es el "arte de legislar o aplicar la ley", que supone legislar con el fin de obtener los mejores resultados en lucha contra el delito[13]. Con este contenido se puede considerar que si el Estado de un día para otro considera como política de Estado no dejar impune ningún delito, se consideraría necesario eliminar del ordenamiento jurídico la prescripción.

En ese contexto, consideramos que el fundamento de la prescripción de 6
la acción penal responde a razones que hacen decaer la necesidad de pena[14]. Cuyo decaimiento reside, en que el transcurso de un largo periodo de tiempo afecta la necesidad de aplicar una pena ante determinado hecho delictivo,

(8) González Tapia, M., *La prescripción en el Derecho penal*, pp. 72-73.
(9) Sánchez Mercado, M., "La prescripción. Naturaleza procesal, aplicación en el tiempo y lucha contra la corrupción". En: *Actualidad Penal* N° 1, p. 146.
(10) Ragués i Vallés, R., *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Op. cit.*, p. 35.
(11) Meini Méndez, I., "Sobre la prescripción de la acción penal". En: Meini Méndez, I., *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*, p. 81.
(12) Ídem.
(13) Rivera Beiras, I. (coordinador), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, p. 33.
(14) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 751.

puesto que el delito ha pasado a formar parte de la historia no resultando útil la aplicación de una sanción penal[15]. Se señala que el transcurso del tiempo afecta la necesidad de aplicar una pena, debido a que la pérdida de actualidad de un hecho delictivo no solo produce una importante modificación de las relaciones que vinculan al autor con su hecho delictivo[16], sino también un cambio importante en la percepción social del delito. En efecto, en palabras de RAGUÉS I VALLÉS "así como el paso de los años modifica la percepción que las personas tienen de los acontecimientos, en el sentido que tanto los hechos más felices como los más dolorosos en la vida de una persona pasan a ser vistos como una parte del pasado, como algo que ya ha acabado y que no puede modificarse. Algo similar sucede con la percepción social del delito. Con el transcurso de los años va dejando de pertenecer a la actualidad para convertirse en pretéritos, por lo que ya no tiene sentido tratar de reaccionar contra ellos. Tal como lo advierte, BOCKELMANN: "lo que es ya historia, no forma parte de la competencia del juez'"[17].

7 Finalmente, el decaimiento de necesidad de pena como fundamento de la prescripción calza bien con los pilares en los que se asienta la regulación de la prescripción de la acción penal, los cuales son: i) el transcurso del tiempo, y; ii) la gravedad de los delitos. Pues el decaimiento de necesidad de pena se produce por el transcurso del tiempo, y para determinar el tiempo que debe transcurrir, para que decaiga la necesidad de pena, los plazos de prescripción se encuentran en función a la gravedad del delito, resultando indudablemente que cuando más grave sea el delito, mayor deberá ser también el tiempo que deba transcurrir para que la sociedad pase a percibirla como un asunto del pasado[18]. A su vez este razonamiento concuerda con los plazos de prescripción que regula nuestro Código Penal en su artículo 80. En ese sentido, la prescripción de la acción penal, al constituir un impedimento para ejercer la acción penal, constituye la institución que hace posible que no se aplique una pena cuando la necesidad de aplicarla haya decaído.

8 Teniendo en claro el fundamento de la prescripción de la acción penal y por ende las razones que justifican la presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico, pasaremos a abordar algunas de las reglas que esta institución trae consigo, las cuales se encuentran reguladas en el Código Penal.

(15) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, S., *La imputación de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva*. *Op. cit.*, p. 261.
(16) Ibídem, p. 231.
(17) RAGUÉS I VALLÉS, *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*. *Op. cit.*, p. 43.
(18) RAGUÉS I VALLÉS, *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*. *Op. cit.*, p. 45.

III. Bibliografía

GONZÁLES TAPIA, María, *La prescripción en el Derecho penal*. Dykinson, Madrid, 9
2003; MEINI MÉNDEZ, Iván, "Sobre la prescripción de la acción penal". En: MEINI MÉNDEZ, Iván, *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*. ARA, Lima, 2009; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. B de f, Montevideo, 2004; PASTOR, Daniel, *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal. Hacia un cambio de paradigma en la definición de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*. Atelier, Barcelona, 2004; RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Anthropos, Barcelona, 2005; ROY FREYRE, Luis, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. Grijley, Lima, 1998; SÁNCHEZ MERCADO, Miguel, "La prescripción. Naturaleza procesal, aplicación en el tiempo y lucha contra la corrupción". En: *Actualidad Penal* N° 1, Lima, 2014; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Shikara, *La imputación de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva*. B de f, Buenos Aires, 2013.

§ 80
Plazos de prescripción de la acción penal (Análisis jurídico-penal propiamente dicho)

DANIEL HUAMÁN CASTELLARES
Academia Nacional de la Magistratura
(Perú)
SUSAN ADELA SEGURA VALENZUELA
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Introducción	1	508
II.	Regla general	2	508
1.	El plazo de prescripción de la acción penal para los delitos que no establecen una pena máxima	4	508
2.	El plazo de prescripción de la acción penal para el cómplice secundario	7	509
III.	Reglas especiales	16	512
1.	En el concurso real de delitos	17	512
2.	En el concurso ideal de delitos	20	513
3.	En los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, de organismos sostenidos por este o como integrante de organizaciones criminales	21	514
4.	La prescripción penal en contra de la persona jurídica	28	516
IV.	Bibliografía	33	517

§ 80.- Plazos de prescripción de la acción penal

"La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica".

I. Introducción

1 Una vez determinado el inicio del plazo de la prescripción de la acción penal, resulta necesario abordar la cuestión del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, es decir el tiempo que debe transcurrir para que ante la realización de un hecho delictivo no pueda ejercerse la acción penal. Cómputo que se encuentra regulado en el artículo 80 del Código Penal el cual establece una regla general y ciertas reglas especiales las cuales procederemos a abordar.

II. Regla general

2 En el artículo 80 del Código Penal se establece como regla general que el plazo de prescripción de la acción penal para cualquier delito, es un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito si es privativa de libertad y tratándose de delitos en los que se determinen otro tipo de penas, la acción penal prescribe a los dos años de cometido el delito. Finalmente señala que el plazo de prescripción no será mayor a veinte años y tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua, el plazo de la acción penal se extingue a los treinta años.

3 Plazos de prescripción que encuentran su justificación en que el tiempo que debe transcurrir para que la realización de un delito sea visto por la sociedad como un suceso parte de la historia y por ende no sea necesario iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal, debe estar en función a la gravedad del delito. Es decir, cuanto más grave sea un delito mayor tiempo de plazo de prescripción debe transcurrir para que ya no sea posible ejercer la acción penal contra la persona que cometió este ilícito, por el contrario cuanto menos grave sea el delito menor tiempo de plazo de prescripción debe transcurrir. Es por ello, que el artículo 80 fija el plazo de prescripción de la acción penal en base al límite máximo de la pena fijada por la ley para el delito y en caso de delitos que no establecen la sanción de pena privativa de libertad, fija un plazo de prescripción de dos años. Sin embargo, en la práctica –respecto a esta regla general– existen algunos supuestos en los que no se tiene claro el plazo de prescripción de la acción penal a aplicar, los cuales procederemos a detallar.

1. El plazo de prescripción de la acción penal para los delitos que no establecen una pena máxima

4 Uno de los supuestos, que no se encuentra regulado en el artículo 80 del Código Penal es cuando en determinados delitos únicamente se regula el límite mínimo de la pena a imponer, más no se establece el límite máximo

de la pena. En consecuencia, no se tiene en claro cuál es el plazo de prescripción de la acción penal para estos delitos.

Esta interrogante fue objeto de tratamiento por el Recurso de Nulidad 2860-600-Áncash, debido a que en el texto original del inciso 3 del artículo 173 del Código Penal –delito de violación sexual de menor de edad– no se encontraba establecido el plazo máximo de la pena a imponer por lo que no se tenía en claro el plazo de prescripción de la acción penal y en consecuencia si el delito, a la fecha, ya había prescrito o no. Es así que en el Recurso de Nulidad 2860-Áncash, se estableció como precedente vinculante –en su fundamento tercero– que el plazo de prescripción para estos delitos en el que no se establece un límite máximo de pena no debía ser el límite general o abstracto de la pena privativa de libertad, sino por razones sistemáticas debía fijarse en base al mínimo legal previsto para el grupo etario precedente del tipo penal: 5

> "[3.]: (...) que en su texto original el artículo ciento setenta y tres del Código Penal conminaba en sus tres incisos penas de diferente duración, según el grupo etario que se señalaba en cada uno de ellos, sin embargo, solo consignaba el mínimo de la pena legal y omitía toda referencia expresa a su límite máximo; que, no obstante ello, tal opción legislativa –por una ineludible aplicación del principio de proporcionalidad de las penas y de coherencia y autolimitación interna entre las circunstancias agravantes legalmente incorporadas– no autoriza a concluir que el extremo superior de penalidad legal no existe y que, por ello, deba acudirse al límite general o abstracto de la pena privativa de libertad; que, por el contrario, y –como se ha expuesto precedentemente– por estrictas razones sistemáticas entre las aludidas circunstancias definidas en cada inciso del tipo legal, este debe corresponder al mínimo legal previsto para el grupo etario precedente (...)"[1]. 6

2. El plazo de prescripción de la acción penal para el cómplice secundario

Otro problema que genera determinar el plazo de prescripción de la acción penal a aplicar ante la realización de un hecho delictivo es si el plazo de prescripción de la acción penal para el cómplice secundario debe ser menor al plazo de prescripción para el autor o en su defecto dicho plazo debe ser igual al plazo establecido para el autor. Problema que, –en nuestro ordenamiento jurídico–, adquirió relevancia a partir de la sentencia emitida por el 7

(1) Ejecutoria suprema recaída en el R N. N° 2680-2006-Áncash, S. P. P., de fecha 25 de junio de 2007, fundamento 3. En: Caro John, J., *Summa penal*. Nomos & Thesis, Lima, 2016, p. 232.

Tribunal Constitucional sobre caso del General Nicolás de Bari Hermoza Ríos recaído en el Expediente N° 3312-1999-Lima. Caso en el que la defensa técnica de la esposa e hijos del General Hermoza, postularon que al tener –sus patrocinados– la condición de cómplices secundarios, el plazo de prescripción de la acción penal debía ser disminuido por debajo del mínimo legal del delito imputado. Pretensión que fue rechazada por el Tribunal Constitución, que declaró infundada su demanda, estableciendo el plazo de prescripción para los cómplices secundarios debía ser igual que el plazo del autor, pues el único referente válido para determinar el plazo de prescripción es en base del plazo máximo legal establecido para el delito imputado. En efecto, el Tribunal Constitucional establecía que:

8 "[10.]: (...) es preciso indicar que si bien, (...), los demandantes habrían sido condenados como cómplices secundarios del delito de cohecho pasivo propio (...) y a su vez el artículo 25 del Código Penal señala que a los cómplices secundarios se les disminuirá prudencialmente la pena delito (...). [11.]: Sentado lo anterior, si bien la condena a imponerse en un proceso penal puede ser variable en atención al grado de participación del agente, el plazo de prescripción del delito se computa sobre la base del plazo máximo legal establecido para el delito imputado, siendo este el único referente válido"(2).

9 Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional generó en la doctrina un debate sobre el plazo de prescripción para el cómplice secundario que debería aplicarse, debate en el que los partidarios de que plazo de prescripción para el cómplice secundario debe ser menor al plazo de prescripción del autor, señalaban que:

10 Al ser el cómplice secundario aquel que realiza un aporte no indispensable para la realización del hecho delictivo. El artículo 25 del Código Penal establece que para el cómplice secundario la pena debe ser disminuida prudencialmente a diferencia del autor. Por lo que la pena a imponer al cómplice secundario siempre será menor a la pena a imponer al autor del delito. En ese sentido, señala Mir Puig que es en el marco de la pena abstracta del cómplice en el que se debe ubicar el tiempo de prescripción de la acción penal que debe transcurrir para él(3).

11 Bajo esta premisa y teniendo en cuenta una interpretación teleológica del artículo 80 del Código Penal, se considera que el propósito del

(2) STC Exp. N° 9291-2006-PHC/TC, ff. jj. 10-11.
(3) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 783.

legislador es que la persecución penal únicamente puede durar, proporcionalmente, el tiempo posible de sanción penal estipulado para determinado delito, plazo que están en función a la gravedad del hecho punible cometido[4] en consecuencia resulta razonable que se postule un plazo menor de prescripción para el cómplice secundario. Asimismo, –señalan que– establecer el mismo plazo de prescripción de la acción penal para el cómplice secundario y el autor, supondría una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley, el cual no solo exige que al momento de aplicar la norma, no se atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales[5], sino también prohíbe dar un trato igualitario frente a situaciones sustancialmente desiguales.

Argumentos que consideramos errados, y por ende asumimos la postura 12
que el plazo de prescripción del cómplice secundario debe ser el mismo que el plazo de prescripción establecido para el autor, puesto que se debe tener en cuenta que:

Primero, no se puede considerar que el plazo de prescripción opera en 13
referencia al tiempo posible de sanción que le correspondería a cada procesado (partícipe u autor) de un determinado delito. Sino por el contrario el plazo de prescripción está en referencia a la gravedad del delito. Es por ello que el artículo 80 del Código Penal, señala que acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, y no por la pena que podría interponerse por su actuar, a los autores o partícipes.

Segundo, asumir la postura de un plazo de prescripción menor para el 14
cómplice secundario. En la práctica, traería serios problemas, por ejemplo: A y B son acusados de cometer un delito de 3 años de pena máxima. Ambos son acusados de coautores del delito. Sin embargo posteriormente, luego de 5 años, se determina, mediante una sentencia condenatoria, que B no fue autor del delito, sino que participó en calidad de cómplice secundario. Si se acogiera la postura de "reducción del plazo de prescripción para el cómplice secundario". La prescripción de la acción penal de B habría prescrito antes de la emisión de la sentencia. Al respecto los defensores de la postura de la "reducción del plazo de prescripción para el cómplice secundario". Podrían señalar, en defensa de su postura, que en este caso el abogado de B puede interponer un recurso

(4) Amoretti Navarro, M., "El plazo de prescripción de la acción penal en el cómplice secundario. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre caso del general Nicolás de Bari Hermoza Ríos". En: *JUS comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica*, p. 124.

(5) STC N° Exp. N° 0004-2006-PI/TC, f. j. 124.

de revisión, en el que podría hacer respetar la operancia de la prescripción de la acción penal. Sin embargo, esta salida no es viable, pues en reiterada jurisprudencia la Corte Suprema ha establecido que la prescripción no es materia de revisión del recurso de revisión[6]. En ese sentido, al traer la reducción del plazo de prescripción para el cómplice secundario, insalvables problemas aplicativos, su postulación deviene en insalvable.

15 Finalmente, en el supuesto que se considere viable la aplicación de un plazo autónomo de prescripción de la acción penal para el cómplice secundario y si bien es cierto que entre el autor y el cómplice secundario, existen diferencias penológicas del hecho delictivo de las cuales se podría exigir un trato diferenciado en cuanto al plazo de prescripción para estos últimos. Sin embargo, para que se pueda aplicar un trato diferenciado es necesario contar antes con una sentencia que determine la responsabilidad penal así como si el actuar es a título de cómplice o autor, no pudiendo *ex ante* el juez aplicar un plazo distinto de prescripción[7]. Motivo por el cual bajo el argumento de afectación al derecho a la igualdad tampoco es viable postular un plazo autónomo de prescripción para el cómplice secundario.

III. Reglas especiales

16 Si bien, el artículo 80 del Código Penal establece como regla general que el plazo de prescripción de la acción penal para cualquier delito es el máximo de la pena establecida por la ley. Existen también –en los siguientes párrafos del artículo 80– reglas especiales del plazo de prescripción de la acción penal, ello debido a la existencia de distintos modos y circunstancias en las que las personas cometen ilícitos penales, como por ejemplo en el concurso real o ideal de delitos, delitos cometidos por funcionarios púbicos, etc., los cuales pasaremos a detallar.

1. En el concurso real de delitos

17 El concurso real de delitos supone una pluralidad de acciones, en el que existe una imputación acumulada al autor de todas las actividades ilícitas que ha realizado en un determinado espacio de tiempo, en el que cada delito

(6) Cfr. la ejecutoria suprema recaída en el R. Rev. NCPP N°124-2012-Lambayeque, S. P. P., de fecha 21 de setiembre de 2012, f. 4.

(7) García Toma, Víctor / Avendaño Valdez, Jorge / Santistevan De Noriega, Jorge (directores), Gaceta Constitucional. *Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* Tomo 27, p. 149.

concurre en el proceso con su pena individual[8]. Al respecto el Acuerdo Plenario N° 04-2009/CJ-116 establece que para que exista concurso real de delitos deben concurrir ciertos requisitos: i) pluralidad de acciones; ii) pluralidad de delitos independientes; y, iii) unidad de autor[9].

Ahora bien, en los casos que existe concurso real de delitos, el artículo 80 del Código Penal señala como regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal que las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno. Es decir, ante la concurrencia de pluralidad de acciones que supongan delitos independientes realizados por una sola persona, cada actividad delictiva que haya realizado tendrá su propio plazo de prescripción. 18

Regulación que resulta idónea, puesto que como bien señala VELA TREVIÑO –en el Derecho mexicano– esta regla de prescripción es justa en el sentido que si se tomara en cuenta el criterio de plazo de prescripción en base al delito más grave, ante un supuesto de una persona que haya cometido delitos de robo, homicidio y amenazas, en diferentes temporalidades resultaría injusto e ilegal que el plazo de prescripción para los tres delitos se aplique en base al plazo del delito más grave (homicidio) cuando alguno de estos, como el delito de amenazas, tendría el plazo de prescripción mínimo de 3 años[10]. Por lo que considera acertado que el plazo de prescripción en caso de concurso real de delitos, el plazo de la prescripción de la acción penal se aplique separadamente a cada actividad delictiva. Aclarando que el término "separadamente" no debe entenderse como "sucesivamente"[11], es decir no se debe esperar la conclusión del plazo de prescripción de una actividad delictiva para recién iniciar a computar el plazo de prescripción de otra actividad delictiva, sino que cada una va prescribiendo autónoma y separadamente. 19

2. En el concurso ideal de delitos

Contrariamente al concurso real de delitos, el concurso ideal de delitos supone la realización de una conducta penalmente relevante que supone la realización de varios tipos penales[12], en otras palabras, supone la confluencia de dos o más actividades ilícitas generadas por una sola acción realizada por el agente. En el concurso ideal se requiere la concurrencia de ciertos requisitos: 20

(8) GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal. Parte general*, p. 786.
(9) Acuerdo Plenario N° 04-2009/CJ-116, Determinación de la pena y concurso real de delitos, de fecha 13 de noviembre de 2009, fundamento 6.
(10) VELA TREVIÑO, S., *La prescripción en materia penal*, p. 405.
(11) Ídem.
(12) GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 781.

i) la unidad de acción; ii) una doble o múltiple desvaloración de la ley penal; iii) identidad del sujeto activo y, iv) unidad o pluralidad de sujetos pasivos[13]. Resultando lo más característico del concurso ideal la existencia de pluralidad de lesiones a bienes jurídicos que pueden ser homogéneos o heterogéneos, pero siempre con una unidad de acción (conducta)[14]. Ahora bien, en materia de prescripción de la acción penal, el artículo 80 del Código Penal establece que en los casos que existe concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

3. En los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, de organismos sostenidos por este o como integrante de organizaciones criminales

21 Otra regla especial regulada, en el artículo 80 del Código Penal, es en el supuesto de delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, de organismos sostenidos por este o como integrante de organizaciones criminales, en los que se duplica el plazo de prescripción de la acción penal. Regla que hasta antes de la modificación del artículo 41 de la Constitución Política del Estado, era clara en relación a que: i) la dúplica del plazo de prescripción de la acción penal no era de aplicación para todos los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, sino únicamente para los delitos que suponían una afectación directa al patrimonio del estado[15], entre los que se encontraban el delito de peculado y colusión agravada; y, ii) la dúplica del plazo de prescripción era únicamente para los funcionarios o servidores públicos, más no para los *extraneus*[16] que participaban en la realización del delito que afectaba el patrimonio del Estado.

22 Sin embargo, con la modificación del artículo 41 de la Constitución Política del Estado, está regla especial de prescripción –establecida en el artículo 80 del Código Penal– se vio modificada debido a que ya no se tenía en claro si a los *extraneus* que participan en la comisión de estos delitos también les era

(13) Villavicencio Terreros, F., *Derecho penal. Parte general. Op. cit.*, p. 696 ss.

(14) Vela Treviño, S., *La prescripción en materia penal. Op. cit.*, p. 409.

(15) Cfr. Caro Jhon, J. y Huamán Castellares, D., *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 190. Del mismo modo, Pariona Arana, R., "La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios: ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?". En: Montoya Vivanco, Y. (editor), Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú, p. 21.

(16) Cfr. Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, "Alcances de la prescripción en delitos funcionariales", de fecha 6 de diciembre de 2011, f. 18.

de aplicación la dúplica del plazo de prescripción, ello en razón a que el modificado artículo 41 de la Constitución regulaba que:

> "Artículo 41.- (...) El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares". 23

Regulación de la que se tiene claro que desde ahora en adelante, no solo en los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, de organismos sostenidos por este o como integrante de organizaciones criminales que afecten directamente el patrimonio –como colusión agravada y peculado– se duplica el plazo de prescripción de la acción penal. Sino también será de aplicación la duplica del plazo de prescripción de la acción penal para todos los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado cometidos por funcionarios o servidores públicos, abarcando así al delito de tráfico de influencias, abuso de autoridad, concusión, malversación, etc. 24

Sin embargo, cuestión aparte queda en estado nebuloso, la situación de los *extraneus* respecto a la aplicación de la dúplica del plazo de prescripción para estos. Ello debido a que de la redacción del artículo 41 se tiene que "El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares". De una primera lectura, pareciera que el presente artículo hace referencia a que el plazo de prescripción en los delitos de corrupción se duplica tanto para los funcionarios o servidores públicos, como también para los *extraneus* (particulares)[17]. Sin embargo, esta interpretación resulta errónea si se toma en cuenta que el Dictamen conjunto recaído en los Proyectos de Leyes N°s 119/2016-CR, 121/2016-CR y 127/2016-CR señala: 25

> "Si lo que se pretende es combatir de manera efectiva los delitos contra la administración pública, las propuestas legislativas que tengan por objeto desincentivar este tipo de conductas delictivas no se deberían circunscribir a los funcionarios y servidores públicos a través de la lucha contra la corrupción y la impunidad, se debe comprender un mecanismo que comprenda también a 26

(17) Segura Valenzuela, S., "La prescripción de la acción penal luego de la reforma del artículo 41 de la Constitución y el problema de la temporalidad de leyes". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 101, Lima, Gaceta Jurídica, p. 92.

los particulares en tanto sujetos potencialmente agresores de los bienes jurídicos inherentes a la administración estatal, ello sin perjuicio de que se establezca un mecanismo disuasivo más gravoso para aquellos supuestos en los cuales los delitos son cometidos por funcionarios y servidores públicos, debido a que estos últimos se aprovechan de su condición de tales para cometer delitos, traicionando las normas, principios y bienes públicos que se encontraban obligados a cautelar"[18].

27 En ese sentido, el plazo de dúplica de la prescripción de la acción penal se aplica en todos los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos y particulares, apartado último entre los que se encuentran el delito de usurpación de función pública (Art. 361 CP), ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce (Art. 362 CP), ejercicio ilegal de profesión (Art. 363 CP, etc.)[19]. Quedando de esta manera inaplicable la dúplica del plazo de prescripción de la acción penal para los *extraneus*.

4. La prescripción penal en contra de la persona jurídica

28 Si bien el artículo 80 del Código Penal, no regula una regla especial respecto al plazo de prescripción de la acción penal contra las personas jurídicas. Dicha regulación se desprende del artículo 4 de la Ley N° 30424 "Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional", posteriormente modificada por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1352 "Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas", estableciendo en relación a la prescripción de la acción penal:

29 i) La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Ello en los supuestos en los que se cometen hechos delictivos desde el seno de la empresa.

30 ii) Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Lo cual tiene relación con la autonomía de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

(18) Cfr. Dictamen conjunto recaído en los Proyectos de Ley N° 119/2016-CR, 121/2016-CR y 127/2016-CR. p. 27.

(19) SEGURA VALENZUELA, "La prescripción de la acción penal luego de la reforma del artículo 41 de la Constitución y el problema de la temporalidad de leyes", cit., p. 92.

iii) La acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción o cosa juzgada. 31

iv) La acción contra la persona jurídica prescribe en el mismo tiempo que el previsto para la persona natural, es decir, el plazo máximo de la pena fijada por ley para determinado delito. Siendo de aplicación en lo que corresponda los artículos 82, 83 y 84 del Código Penal, referidos a inicio del plazo de prescripción de la acción penal, interrupción del plazo de la prescripción y suspensión de la prescripción de la acción penal. 32

IV. Bibliografía

AMORETTI NAVARRO, Mario, "El plazo de prescripción de la acción penal en el cómplice secundario. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre caso del general Nicolás de Bari Hermoza Ríos". En: *JUS comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica*. Grijley, Lima, 2007; CARO JOHN, José, *Summa penal*. Nomos & Thesis, Lima, 2016; CARO JHON, José / HUAMÁN CASTELLARES, Daniel, *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editores del Centro, Lima, 2014; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*. Jurista Editores, Lima, 2012; GARCÍA TOMA, Víctor / AVENDAÑO VALDEZ, Jorge / SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge (directores), Gaceta Constitucional. *Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* Tomo 27, Gaceta Jurídica, Lima, 2010; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. Reppertor, Barcelona, 2011; PARIONA ARANA, Raúl, "La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios: ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?". En: MONTOYA VIVANCO, Yván (editor), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. IDEHPUCP, Lima, 2012; SEGURA VALENZUELA, Susan, "La prescripción de la acción penal luego de la reforma del artículo 41 de la Constitución y el problema de la temporalidad de leyes". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 101, Gaceta Jurídica, Lima, 2017; VELA TREVIÑO, Sergio, *La prescripción en materia penal*. Trillas, México, 1985; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2009. 33

§ 81
Reducción de los plazos de prescripción

RAÚL PARIONA ARANA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

Sumario

		Nm	P		Nm	P
I.	Preliminares	1	519	III. Bibliografía	8	521
II.	La reducción de los plazos de prescripción	3	520			

§ 81.- Reducción de los plazos de prescripción

"Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún o más de sesenticinco años al tiempo de la comisión del hecho punible".

I. Preliminares

En nuestro ordenamiento jurídico, se sanciona penalmente a un ciudadano, únicamente si ha actuado culpablemente. La legitimidad de la sanción supone que esta se impone al ciudadano que es plenamente consciente del significado de su comportamiento ilícito, por lo que se le reprocha haber actuado ilícitamente, pese a que podía adecuar su comportamiento conforme a derecho. En consecuencia, allí donde existan limitaciones en esta capacidad, ya sea por su inmadurez o su edad avanzada la responsabilidad se restringe, y como consecuencia de ella, también se aplican normas especiales de prescripción. 1

En el caso peruano, la imputabilidad restringida está recogida en el artículo 22 del CP, que establece que el juez podrá reducir prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido o realizado, siempre que tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años de edad, al momento de realizar la infracción. Esta restricción radica en que los individuos no alcanzan la madurez suficiente entre los dieciocho y veintiún años, y por tal motivo 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 2

de degeneración que afecta a las facultades vitales, por lo que la capacidad de culpabilidad debe ser considerada como limitada[1].

II. La reducción de los plazos de prescripción

3 Los antecedentes del artículo 81 del CP vigente, sobre disminución del plazo de prescripción, lo encontramos en el artículo 148, inciso 3 del CP de 1924. Un referente normativo extranjero que prevé en un solo texto la misma reducción para personas de edad madura y menores de edad, la ubicamos en el artículo 113 del CP brasileño de 1969[2].

4 En el artículo 81 del CP, el legislador establece que los plazos de prescripción de la acción penal se reducen a la mitad, en los delitos donde sus autores, son menores de veintiún años, o mayores de sesenta y cinco años, al momento de realizarse el hecho punible. Según refiere URQUIZO OLAECHEA, para entender esta reducción de plazo, se debe realizar una interpretación teleológica y sistemática del artículo en mención. De tal interpretación se deduce que el fundamento de la reducción del plazo de prescripción es de naturaleza material y axiológica. Es material, ya que se presume que los ciudadanos menores de veintiún años y los mayores de sesenta y cinco años de edad no poseen plena capacidad de imputabilidad, sea porque aún no han alcanzado un desarrollo psíquico cabal, o porque su capacidad psíquica está en pleno proceso de deterioro producto de la vejez, lo que impide que comprendan adecuadamente la norma penal y se comporten de acuerdo a ella. Es axiológica, porque en estos supuestos no existe necesidad social de conservar el plazo de prescripción[3].

5 Para ROY FREYRE, el dispositivo legal en comentario guarda estrecha relación ideológica con el artículo 22 del CP, ya que ambos textos tienen el mismo fundamento para reducir a la mitad los términos de prescripción de la acción penal y para disminuir prudencialmente la pena conminada para el hecho punible, respectivamente. La razón para esta disminución es la imputabilidad restringida del agente por su edad. La ley penal nacional presume *juris et de jure* que toda persona con más de 18 años de edad y menos de 21, o mayor de 65 años en el momento de cometer la infracción punible, tiene restringida su capacidad para comprender el carácter delictuoso de su acto o para

(1) Acuerdo Plenario N° 4-2016/CJ-116 del 12/06/07 de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

(2) ROY FREYRE, L. *Causas de extinción de la acción penal y pena*, p. 62.

(3) URQUIZO OLAECHEA, J., *Código Penal práctico. Concordancia, doctrina, jurisprudencia, evolución legislativa*, p. 307.

determinarse según esta comprensión. En el artículo 81 del CP, la ley destaca, por ser de interés decisivo para resolver el caso, únicamente el desarrollo biológico, es decir, la edad del autor o partícipe del hecho delictuoso, sin admitir prueba en contrario orientada a demostrar que el presunto imputable restringido tiene plena capacidad de comprensión o determinación[4].

Por otro lado, ROY FREYRE comenta que si bien es cierto que el artículo 81 del CP se encuentra ubicado entre dos numerales que regulan diversos aspectos de la prescripción de la acción penal, esto no significa que lo dispuesto por la norma en comentario excluye a la prescripción de la pena de su ámbito de comprensión. Para él, la reducción establecida por el mencionado artículo también comprende a la prescripción de la pena. Sostiene tal afirmación basándose en los axiomas *Ubi lex non distinguit, nes nos distinguere debemus* y *Benignius leges interpretandae sunt*. Aplica este razonamiento jurídico recurriendo al artículo 139, inciso 11 de la Constitución vigente donde se considera como uno de los principios de la función jurisdiccional: "La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda (...)"[5]. 6

En consecuencia, se puede concluir que nuestro ordenamiento jurídico establece que el juez podrá reducir prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido o realizado, siempre que tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años de edad, al momento de realizar la infracción. Y, en consonancia con esta regulación, el artículo 81 del CP dispone que los plazos de prescripción de la acción penal se reducen a la mitad, en los delitos donde sus autores, son menores de veintiún años, o mayores de sesenta y cinco años, al momento de realizarse. 7

III. Bibliografía

ROY FREYRE, Luis, *Causas de extinción de la acción penal y pena* 2ª edición. Grijley, Lima, 1998; URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal práctico. Concordancia, doctrina, jurisprudencia, evolución legislativa*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2016. 8

(4) ROY FREYRE, L. *Causas de extinción de la acción penal y pena. Op. Cit.*, pp. 62-63.
(5) Ibídem, pp. 64-65.

§ 81
Reducción de los plazos de prescripción

Daniel Huamán Castellares
Academia Nacional de la Magistratura
(Perú)
Susan Adela Segura Valenzuela
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Comentario	1	523	II. Bibliografía	3	524

§ 81.- Reducción de los plazos de prescripción

"Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún o más de sesenticinco años al tiempo de la comisión del hecho punible".

I. Comentario

Si bien el artículo 80 del Código Penal, establece como regla general que 1
el plazo de prescripción de la acción penal para determinado delito es en un tiempo igual al máximo de la pena a imponer determinada por ley. Existe una regla especial –regulada en el artículo 81 del Código Penal– que reduce este plazo a la mitad, cuando los agentes que hayan cometido el hecho delictivo al momento de la comisión del delito hayan tenido una edad de menos de veintiún o más de sesenticinco años.

Regulación que a consideración de Urquizo Olaechea –haciendo una 2
interpretación teleológica y sistemática– su fundamento posee una naturaleza material y axiológica, en el que desde el punto de vista material se entiende que los agentes que tienen menos de veintiún años y más de sesenticinco años no gozan de plena capacidad de imputabilidad. Mientras que, desde el punto de vista axiológico, en estos casos existe ausencia de necesidad social de conservar el plazo de prescripción[1]. Apreciación en la que consideramos correcto cuando se señala que en estos supuestos existe ausencia de necesidad social de conservar el plazo de prescripción establecido para el delito, debido a que "la responsabilidad restringida está fundamentada dogmática y políticamente en

(1) Urquizo Olaechea, J., *Código Penal*, p. 329.

la idea de una imputación parcial de la sociedad". Puesto que en los menores de veintiún años no se puede afirmar un completo desarrollo mental y psíquico, mientras que en los mayores de sesenticinco años existe un desgaste de las facultades mentales que produce el paso del tiempo produciendo su deterioro o su pérdida(2).

II. Bibliografía

3 MEINI MÉNDEZ, Iván, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014; URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal*. 2ª edición. Imagen Estudios, Lima, 2014.

(2) MEINI MÉNDEZ, I., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, pp. 146-147.

§ 82
Inicio del cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal

DANIEL HUAMÁN CASTELLARES
Academia Nacional de la Magistratura
(Perú)
SUSAN ADELA SEGURA VALENZUELA
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	525
II. Lineamientos generales	2	525
1. Tentativa	8	528
2. Delito instantáneo	9	528
3. Delito continuado	11	529
4. Delito permanente	12	529
III. Bibliografía	14	530

§ 82.- Inicio del cómputo de los plazos de prescripción

"Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan:

1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa;

2. En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó;

3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y,

4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia".

I. Introducción

El primer tema a abordar, es acerca del inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, es decir, determinar el momento a partir del cual empezará a transcurrir el plazo de prescripción de la acción penal establecido por ley para determinado delito, inicio que no siempre es el mismo cuando se trata de delitos continuados, permanentes o en casos de tentativa, motivo por el cual procederemos a analizar separadamente las reglas del inicio del plazo de prescripción establecidas en el artículo 82 del Código Penal. 1

II. Lineamientos generales

El inicio del cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal es de vital importancia a efectos de determinar el momento en que debe empezar a contabilizarse el plazo de prescripción establecido para determinado delito lo 2

que a su vez ayuda a determinar el momento en que se va a tener por cumplido el plazo de prescripción. En líneas generales se considera que el inicio del cómputo del plazo de prescripción empieza desde el momento en que se realiza el delito, criterio que no trae problemas respecto al plazo de prescripción de la acción penal para el autor del delito, sin embargo, este criterio es de especial análisis en la doctrina para los partícipes del delito, puesto que en un extremo se plantea que el plazo de prescripción para los partícipes empieza a correr en el momento en que termina la aportación de estos al hecho principal; por el contrario, en otro extremo se considera que para iniciar el cómputo de prescripción para los partícipes se debe esperarse el momento de realización el delito.

3 Problema que, a consideración de RAGUÉS I VALLÉS, cobra trascendencia en los supuestos en los que en la realización del hecho delictivo han existido actos de participación que se realizaron en momentos anteriores a la fecha de la realización y consumación del hecho delictivo(1). Explicando mencionados supuestos con el siguiente ejemplo: "en enero de 1995 un sujeto induce a otro a cometer un delito con plazo de prescripción de tres años, que se comete efectivamente en enero de 1996. Hasta febrero de 1998 no se inicia un procedimiento penal. Si se entiende que la conducta del inductor tiene un plazo autónomo de prescripción, deberá declararse prescrita por haber transcurrido ya el plazo de tres años. Por el contrario, si se sostiene que la prescripción de la conducta del partícipe depende del hecho principal, podrá condenarse al inductor"(2).

4 En efecto, ante estos supuestos y tendiendo las dos posibilidades de aplicación del inicio del plazo de prescripción postulados en la doctrina, consideramos adecuado optar por la postura de que en estos casos y en general para los partícipes el inicio del cómputo de prescripción empieza a correr desde el momento en que se realiza el delito. Ello debido a que se debe tener en cuenta el precepto general de que "no puede prescribir aquello que todavía no es delito", puesto que los actos de inducción o cooperación en la realización de un hecho delictivo adquieren relevancia para el Derecho penal recién desde el momento en que se realiza el hecho delictivo, en consecuencia hasta que no se realice el delito, no se podrá empezar a prescribir la acción penal dirigida contra los partícipes(3).

(1) RAGUÉS I VALLÉS, R., *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*, p. 129.
(2) Ídem.
(3) Ibídem, p. 130.

Se llega a la misma conclusión, si se toma en cuenta que en el Derecho 5
penal rige para los supuestos de participación en el delito el principio de accesoriedad, que supone que el castigo y, por ende la pena a imponer al partícipe, depende siempre de la acción que realice el autor, de tal manera que si el autor desiste de la realización del delito el partícipe queda impune. En consecuencia, la prescripción para el partícipe debe iniciar desde el momento en que es posible iniciar la persecución penal al autor. A partir de ese momento, se debe computar el plazo de prescripción para ambos, puesto que cuando el partícipe realiza su conducta de cooperación o inducción, no es posible todavía establecer si va a ser o no punible.

Ahora bien, rechazar un plazo autónomo de prescripción para el partícipe, 6
concuerda con el fundamento de la prescripción de la acción penal, el cual es el decaimiento de necesidad de pena, que está en función al delito, pues solo cuando el delito pase a formar parte del pasado decae la necesidad de pena y opera la prescripción de la acción penal. En consecuencia, bajo esta lógica, únicamente cuando empieza a correr el plazo de prescripción para el autor del delito, empezará también a correr el plazo de prescripción de la acción penal para el partícipe, tanto en los supuestos de tentativa, delito permanente, delito instantáneo, y delito continuado. Quedando como excepción a esta regla, aquellas conductas de inducción o cooperación consideradas con relevancia para el Derecho penal, en las que es viable un plazo autónomo de prescripción para los partícipes si es que no se llega a cometer el hecho delictivo[4], puesto que si con posterioridad a estos actos de cooperación e inducción el hecho delictivo se llega a realizar el inicio del plazo de prescripción empezará a correr desde la realización del delito.

En consecuencia, habiéndose determinado la regla de que el inicio del 7
cómputo de prescripción de la acción penal debe empezar el mismo momento tanto para el autor del hecho delictivo como para el partícipe del mismo, debemos precisar que en nuestro ordenamiento jurídico, el inicio del cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal se encuentra regulado en el artículo 82 del Código Penal que establece reglas especiales a efectos de determinar el momento en que se inicia el cómputo del plazo de prescripción en los supuestos de: i) tentativa; o cuando se trate de; ii) delito instantáneo; iii) delito continuado; y, iv) delito parmente; los cuales procederemos a detallar.

(4) Ídem.

1. Tentativa

8 Los actos de ejecución implican la realización de ciertas actividades y el empleo de los medios elegidos con la finalidad de alcanzar el objetivo delictivo querido por el autor. Cuando estos actos de ejecución no llegan a lograr el objetivo delictivo –consumar el delito– por causas ajenas a la voluntad del autor, estamos ante un supuesto de tentativa[5]. En materia de prescripción de la acción, el inciso 1 del artículo 82 del Código Penal establece que cuando el delito haya quedado en grado de tentativa el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal se da a partir del día en que cesó la actividad delictiva, es decir, desde el último día de realización de los actos de ejecución o el momento de terminación de la fase consumativa, dado que la consumación en este supuesto no llega a producirse[6].

2. Delito instantáneo

9 El delito instantáneo es aquel delito que se consuma con la realización de la conducta típica y de ser un delito de resultado, con la obtención del resultado típico[7]. Un ejemplo claro de este tipo de delitos es el delito de homicidio en el que se consuma el delito en el instante en el que el sujeto pasivo muere. Ahora bien, es este tipo de delitos de conformidad al inciso 2 del artículo 82 del Código Penal, el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal se da a partir del día en que se consumó el mismo, es decir en el momento en que el agente obtuvo el resultado deseado ante la realización de su actividad ilícita. De esta manera, en el ejemplo del delito de homicidio, bajo este criterio el plazo de prescripción empezará a computarse desde el momento en el que el sujeto pasivo muere.

10 Ahora bien, en los supuestos en los que se trata de un delito instantáneo, pero no es posible saber a ciencia cierta el día en el que se produjo el resultado típico, como por ejemplo en el caso de un asesinato, en el que el estudio médico del cadáver señala que la muerte se produjo entre el 20 y el 26 de junio, no pudiendo precisarse la fecha exacta del deceso, y en consecuencia no se puede determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción para el delito, es decir si el día 20 de junio o el día 26 de junio. Ragués i Vallés señala que en estos supuestos, según la doctrina dominante, es de aplicación el principio *in dubio pro reo*, debiendo considerarse el momento de consumación

(5) García Cavero, P., *Derecho penal. Parte general*, p. 733.
(6) Ragués i Vallés, R., *La prescripción penal. Fundamento y aplicación. Op. Cit.*, p. 129.
(7) García Cavero, P., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 395.

del delito la fecha más alejada en el tiempo[8], resultando más favorable para el reo, en consecuencia para el presente ejemplo, el inicio del plazo de prescripción de la acción penal sería el 20 de junio. Este criterio también ha sido asumido por el Tribunal Supremo español en la STS 26-10-1999, en el que se estableció que: "si no consta la fecha de la acción, no es posible considerar como momento de la misma el más perjudicial para el acusado, pues de esa manera se vulneraría el principio *in dubio pro reo*[9].

3. Delito continuado

El delito continuado supone la realización de actos similares en diversos momentos transgrediendo el mismo tipo legal, como por ejemplo la persona que hurta objetos en un supermercado durante 7 días consecutivos[10]. En este tipo de delitos de conformidad al inciso 3 del artículo 82 del Código Penal, el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal se da a partir del día en que termina la actividad delictuosa, es decir desde el día en el que se realizó la última infracción penal. 11

4. Delito permanente

Los delitos permanentes abarcan aquellos delitos en los que la consumación del delito no concluye con la realización del tipo, sino se mantiene a voluntad del autor en el transcurso del tiempo[11], es decir, en los delitos permanentes se prolonga la consumación, creándose un estado antijurídico el cual es mantenido[12] en el tiempo por el agente. Un ejemplo de delito permanente es el delito de secuestro, en el que el derecho fundamental a la libertad personal de la víctima es afectado desde la privación de la libertad hasta el cese de dicha privación. 12

En este tipo de delitos de conformidad al inciso 4 del artículo 82 del Código Penal, el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal se da a partir del día en que cesó la permanencia. En consecuencia, para el ejemplo del secuestro será desde el día en el que la víctima es liberada, pues en ese momento cesa la afectación a su derecho a la libertad personal. 13

(8) Ragués i Vallés, R., *La prescripción penal. Fundamento y aplicación. Op. Cit.*, p. 120.
(9) Ídem.
(10) Villavicencio Terreros, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 686.
(11) García Cavero, P., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 395.
(12) Villavicencio Terreros, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 684.

III. Bibliografía

14 García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general.* Jurista Editores, Lima, 2012; Ragués i Vallés, Ramón, *La prescripción penal. Fundamento y aplicación.* Atelier, Barcelona, 2004; Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2009.

§ 83
Interrupción de los plazos de prescripción de la acción penal

DANIEL HUAMÁN CASTELLARES
Academia Nacional de la Magistratura (Perú)
SUSAN ADELA SEGURA VALENZUELA
Abogada en Derecho penal (Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Preliminares	1	531
II. ¿Existe normativamente el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal?	2	532
III. Las causales de interrupción	6	533
1. Las actuaciones del Ministerio Público y del Poder Judicial	7	534
2. La comisión de un nuevo delito doloso	16	537
IV. Bibliografía	21	539

§ 83.- Interrupción de la prescripción de la acción penal

"La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.

Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso.

Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción".

I. Preliminares

La interrupción de la prescripción de la acción penal consiste en aquella 1
regla de la prescripción que supone la pérdida de la contabilización del tiempo que hubiera transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en el plazo de prescripción fijado para determinado delito[1], dejándose sin efecto el tiempo de prescripción ya transcurrido desde el punto de partida originario y comenzando

(1) PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 445.

a correr un nuevo plazo[2]. Regla de la prescripción que encuentra sus orígenes en la legislación revolucionaria francesa, específicamente, en el Código Penal francés de 1791 (Tit. VI, Art. 2). Consagrándose en la regulación del Código Procesal Penal de Napoleón de 1808 (CPP francés o *Code d´instruction criminelle*) que estipulaba la interrupción de la prescripción por actos de procedimiento y/o actos de investigación preliminar, medida que se difundió universalmente[3] continuándose con su regulación en nuestros tiempos.

II. ¿Existe normativamente el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal?

2 La regla de la interrupción de la prescripción de la acción penal, desde sus orígenes fue objeto de duras críticas por cierto sector de la doctrina, entre los que resaltó Carrara, quien el 1 de septiembre de 1869 en una disertación en Pisa denunció la arbitrariedad de la figura de la interrupción de la prescripción por medio de su tesis que llevaba por título "La prescripción penal no puede ser interrumpida por actos del procedimiento"[4]. Señalando que la interrupción es una figura legal que negaba la existencia misma de la prescripción de la acción penal, así como, que suponía un remedio para que las autoridades puedan cubrir su propia responsabilidad por la demora en el ejercicio de la acción penal[5]. Precisando además su preocupación debido a que con esta figura legal nunca operaria la prescripción de la acción penal, por la arbitrariedad de las autoridades judiciales –señalando–: "a la víspera de cumplirse el término (...) escribiremos (...) una petición cualquiera en dos líneas, para expresar nuestra voluntad de mantener viva la acción, y entonces se efectúa el milagro; esa acción que mañana iba a quedar extinguida vivirá por otros diez años más. Después, la víspera de terminarse los veinte años, repetiremos tan fácil operación, y la acción durará diez años más, y la víspera del final de los treinta años, haremos lo mismo. Así, mientras nos quede en el tintero una gota de tinta, podremos impedir al imputado que es objeto especial de nuestra antipatía, que disfrute del beneficio de la prescripción, aunque Dios le concediera más vida que a un patriarcal"[6].

(2) Pastor, D., *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal. Hacia un cambio de paradigma en la definición de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal*, p. 55.
(3) Ibídem, p. 60.
(4) Pastor, D., *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal. Hacia un cambio de paradigma en la definición de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal. Op. Cit.*, p. 63.
(5) Ibídem, p. 60.
(6) Ídem.

A estos cuestionamientos de la interrupción de la prescripción, se le sumó Binder quien incluso iba más lejos, puesto que rechazaba la posibilidad de otorgar efecto interruptor de la prescripción a los actos de procedimiento, ya que a su parecer esta regla era contraria a la Constitución Política, en el sentido de que la prescripción suponía una garantía para las personas la cual no podía dejarse de lado por la morosidad judicial[7]. 3

En el año 1975, con la regulación alemana se estableció una posición intermedia sobre la regulación de la interrupción de la prescripción de la acción penal por actos de procedimiento, estableciéndose: i) un catálogo detallado de actos del procedimiento que tenían efecto interruptor de la prescripción[8]; y, por último y lo más importante; ii) la determinación de un plazo de prescripción absoluto, el cual era el doble del plazo originario de prescripción. Con estas reglas, se podía determinar los supuestos específicos en los que la prescripción de la acción penal se interrumpía y el plazo máximo de prescripción de un delito, dejando atrás el temor a que el delito no prescriba nunca a causa de la interrupción de la prescripción por actos de procedimiento. 4

Ahora bien, si bien nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 83 del Código Penal no establece los actos de procedimiento, esto es, las actuaciones del Ministerio Público o del Poder Judicial que interrumpen la prescripción de la acción penal de manera específica, existe una salvedad, la cual está constituida por la regulación de un plazo máximo de prescripción de la acción penal, estableciendo: "Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia (...) Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción". Es decir, se establece un límite temporal máximo en el que prescribe el delito y por ende el ejercicio de la acción penal, independientemente de que continúe interrumpiéndose la prescripción de la acción penal por actos de procedimiento, esto es, el plazo del máximo de la pena más su mitad. 5

III. Las causales de interrupción

El artículo 83 del Código Penal establece dos supuestos en los que opera la interrupción de la prescripción: i) actuaciones del Ministerio Público o 6

(7) Binder, A., *Justicia penal y estado de Derecho*, pp. 133-134.
(8) Ragués i Vallés, R., *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*, pp. 65-66.

actuaciones de las autoridades judiciales; y, ii) por la comisión de un nuevo delito doloso. Supuestos que procederemos a analizar.

1. Las actuaciones del Ministerio Público y del Poder Judicial

7 El primer supuesto de interrupción que regula nuestro Código Penal en su artículo 83, comprende las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales. Regulación que a consideración de cierto sector de la doctrina, al no establecer una referencia alguna sobre la naturaleza que deben tener estas actuaciones para determinar la aplicación de la regla de interrupción de la acción penal, genera indefensión en el sentido que no queda claro cuáles deben ser las actuaciones que interrumpen el plazo de prescripción(9). Situación que resulta paradójica si se tiene en cuenta que; por un lado, inicialmente en nuestro ordenamiento jurídico-penal se regulaban supuestos específicos de interrupción de la acción penal por actuaciones del proceso penal, así en el Código Penal de 1924 en su artículo 121 estipulaba como supuestos de interrupción de la acción penal: i) la orden judicial de detención y la citación para la instrucción o el juzgamiento; ii) las diligencias judiciales que le sigan –entiéndase las posteriores a dichos actos–. Por otro lado, el contraste con la legislación comparada, que emplea fórmulas más precisas sobre el momento procesal en el que procede aplicar la interrupción de la acción penal, como por ejemplo el Código Penal alemán que en su artículo 78 enumera un cierto número de actos procesales que interrumpen la acción penal –el primer interrogatorio del imputado, la notificación que se ha abierto la investigación preliminar contra él, la orden den prisión, etc–; modelo legislativo también previsto en el Código Penal de la Nación Argentina –artículo 67– así como el Código Penal colombiano –artículo 86–.

8 Esta falta de imprecisión en la regulación genera a su vez interpretaciones diversas que con el ánimo de evitar la prescripción del delito conlleva a aplicaciones arbitrarias de la interrupción de la prescripción sean actuaciones del Ministerio Público o el Poder Judicial en las que se atribuye efecto interruptor a cualquier actuación fiscal o judicial, aun cuando solo se trata de la recepción de la denuncia(10). Este contexto ha originado en la doctrina un debate tendiente a delimitar las actuaciones fiscales y judiciales capaces de interrumpir el plazo de prescripción que viene transcurriendo desde la comisión del hecho

(9) Brousset Salas, R., "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria. Sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". En: *Actualidad Penal* N° 1, pp. 223-224.

(10) Ibídem, p. 224.

delictivo, planteándose dos criterios: (i) criterio restrictivo, que establece que las actuaciones capaces de interrumpir la prescripción, son las que se vinculan directamente con el impulso de la acción penal[11]; (ii) criterio extensivo, que señala que cualquier actuación sea administrativa o investigadora realizada por el Ministerio Público[12] es capaz de interrumpir la prescripción de la acción penal, criterio que es asumido por Pisfil Flores para quién incluso se debe modificar el artículo 83 del Código Penal y agregar como supuesto de interrupción de la prescripción las actuaciones de las autoridades policiales[13].

Al respecto, somos de la opinión que para determinar las actuaciones 9
judiciales y fiscales capaces de tener efectos interruptivos de la prescripción, se debe optar por un criterio restrictivo a efectos de evitar arbitrariedades al momento de aplicar la regla de la interrupción. Criterio que también ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 347-2011-Lima[14], que establece como doctrina jurisprudencial que la interrupción del plazo de prescripción de la acción penal a razón de actuaciones del Ministerio Público no comprende cualquier actividad realizada por esta institución. Sino únicamente podrá invocarse si es que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado:

> "[4.]: (...) 4.7 (...) no es cualquier actividad realizada por el Ministerio 10
> Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecie que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues solo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada (...)".

La citada doctrina jurisprudencial ha sido objeto de críticas por un sec- 11
tor de la doctrina, así Cruz Vegas establece que no se puede otorgar capacidad interruptora de la prescripción a las diligencias preliminares, puesto que las mismas están destinadas a identificar al autor o partícipes del hecho delictivo, más no a realizar una imputación concreta, certera y suficiente[15]

(11) Roy Freyre, L., *Causas de extinción de la acción penal y de la pena,* p. 77.
(12) Brousset Salas, R., "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria. Sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". *Op. Cit.*, p. 226.
(13) Pisfil Flores, D., "Las actuaciones del Ministerio Público y su límite temporal. La prescripción de la acción penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 67, pp. 13 y 23.
(14) Ejecutoria suprema recaída en el R. Cas. N° 347-2011-Lima, S.P.P., de fecha 14 de mayo de 2013, fundamento 4.7.
(15) Cruz Vegas, G., "La disposición fiscal de inicio de las diligencias preliminares. ¿Interrumpe la prescripción de la acción penal? A propósito de la Casación N° 347-2011-Lima". En: *Gaceta Penal*

de los hechos delictivos que se atribuyen a determinada persona. Crítica que resulta incorrecta, si se considera que –tal como hace notar Burgos Alfaro– la "imputación" a la que se hace mención la Casación N° 347-2011-Lima, no debe considerarse como el requerimiento de una "imputación necesaria", es decir, el relato preciso, claro y específico sobre los hechos que se están imputando, puesto que basta que exista una simple sindicación contra una persona atribuyéndole la realización de determinado hecho delictivo y que este pueda conocer que existe una persecución penal en su contra, para que sea considerado una imputación válida capaz de interrumpir la prescripción[16]. Razón por la cual, la disposición fiscal de inicio de diligencias preliminares, al determinar la persona contra la cual se dirige la acción penal y un detalle mínimo de los hechos que se le atribuyen, reviste entidad suficiente para interrumpir el cómputo de prescripción del plazo ordinario.

12 Asimismo, la doctrina jurisprudencial establecida en la Casación N° 347-2011-Lima, no solo determina los supuestos en los que se debe interrumpir la prescripción, sino también determina supuestos en los que no se puede considerar que ha operado la interrupción de la prescripción[17], señalando las siguientes reglas:

Regla 01	"[4.]: (...) 4.7 (...) aun cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si este no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo imputación válida, no se le considerará como actuación realizada por el Ministerio Público tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo (...)."
Regla 02	"[4.]: (...) 4.8 (...) las actuaciones del Ministerio Público respecto de otros procesados, no interrumpen el plazo ordinario de prescripción de una persona que aún no ha sido incluida como partícipe en la investigación o procesamiento del hecho delictivo, ni pueden sus efectos serles extensivos (...)."

13 Reglas que no se encuentran exentas de críticas, así Pisfil Flores señala que no resulta conveniente admitirlas para lo cual realiza el siguiente ejemplo:

& Procesal Penal T. 67, p. 48.

(16) Burgos Alfaro, J., "La imputación válida para el cómputo del plazo de la prescripción ordinaria". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 67, p. 33.

(17) Ejecutoria suprema recaída en el R. Cas. N° 347-2011-Lima, S.P.P., de fecha 14 de mayo de 2013, fundamentos 4.7 y 4.8.

"piénsese que a un sujeto X se le esté investigando porque ayudó a practicar un aborto a una mujer. En todo el proceso penal la imputación válida fue contra este, pero durante su trámite X afirma que también participó Y, habiendo pasado 4 años desde la comisión del hecho. Si aplicáramos la doctrina jurisprudencial, (...) para Z la acción penal habría prescrito" Todo ello porque no habría una imputación válida contra Z[18]". Ejemplo, del que se puede deducir, que para Pisfil Flores, sería preferible (aunque no se haya comprendido al proceso a Z) que con la sola imputación de X, también se interrumpiría el cómputo de prescripción ordinaria para Z. Sin embargo este criterio, es contrario con las reglas de prescripción que regula nuestro Código Penal, que en su artículo 88 señala que la prescripción se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible, en efecto, tal como señala la Casación N° 347-2011-Lima: "las actuaciones del Ministerio Público respecto de otros procesados, no interrumpen el plazo ordinario de prescripción de una persona que aún no ha sido incluida como partícipe en la investigación o procesamiento del hecho delictivo, ni pueden sus efectos serles extensivos"[19].

Finalmente, en relación a las actuaciones judiciales capaces de interrumpir la prescripción de la acción penal la Casación N° 347-2011-Lima[20] también se ha pronunciado al respecto, señalando que: 14

> "[4.]: (...) 4.6. A su vez, el artículo ochenta y tres del Código Penal, establece en qué circunstancias se interrumpe el plazo de prescripción y comienza a computarse uno nuevo, operando en todo caso el plazo de prescripción extraordinaria, las cuales son: b) Por actuación de las autoridades judiciales (Ej. Auto apertura de instrucción, orden de captura) (...)". 15

2. La comisión de un nuevo delito doloso

La segunda y última causal de interrupción de prescripción de la acción penal, que regula nuestro Código Penal, es la comisión de un nuevo delito doloso. Supuesto que –en nuestro ordenamiento jurídico– se reguló por primera vez en el artículo 105 del Código Penal Santa Cruz del Estado Norperuano de 1836. Artículo en el que se establecía: "Estos términos son fatales y corren de momento a momento, y se interrumpen: 1.º Porque en su curso 16

(18) Pisfil Flores, D., "Las actuaciones del Ministerio Público y su límite temporal. La prescripción de la acción penal". *Op. Cit.*, p. 22.

(19) Ejecutoria suprema recaída en el R. Cas. N° 347-2011-Lima, S.P.P., de fecha 14 de mayo de 2013, fundamentos 4.7 y 4.8.

(20) Ejecutoria suprema recaída en el R. Cas. N° 347-2011-Lima, S.P.P., de fecha 14 de mayo de 2013, fundamentos 4.7 y 4.8.

se hubiere intentado la acusación o la denuncia conforme a las leyes. 2.° Porque en su curso y antes de haberse cumplido el término respectivo, se cometa cualquier otro delito o culpa (...)".

17 Sin embargo, pese a la existencia de este supuesto de interrupción de la prescripción desde tiempos remotos, ello no ha sido óbice para que este supuesto se encuentre exento de críticas, debido a que en la práctica el supuesto de interrupción por comisión de nuevo delito doloso presenta serios problemas que tornan inaplicable este supuesto de interrupción, los cuales han sido correctamente advertidos por Meini Méndez, quien encuentra los siguientes problemas en torno a la aplicación de este segundo supuesto de interrupción de la prescripción de la acción penal:

18 i) La redacción de este supuesto –por la comisión de un nuevo delito doloso– no es correcta, porque que para afirmar la existencia de un delito doloso, previamente se debe contar con una sentencia firma que así lo determine. Si se asume que para la concurrencia de este supuesto de interrupción debe existir sentencia firme que determine la realización de un delito doloso, lo más posible es que la acción penal del delito anterior haya prescrito antes de que se pueda aplicar este supuesto de interrupción, situación que afectaría la idoneidad de este supuesto para interrumpir la prescripción[21] debido a su casi inaplicación en la práctica.

19 ii) Debido a la crítica antes planteada se postula como solución que el supuesto de "comisión de nuevo delito doloso" cumple con la imputación formal que se realice sobre el hecho delictivo –cuando se impute la comisión del delito a título de dolo– y no cuando exista sentencia firme. Sin embargo esta solución tampoco resulta coherente; pues –como precisa Meini Méndez– en un caso x donde la calificación primigenia del delito es por dolo y se aplica la interrupción de la prescripción en el primer delito cometido por el agente, sin embargo posteriormente, está imputación realizada por el Ministerio Público cambia a un delito culposo, por lo que no hubiera sido de aplicación la interrupción de la prescripción en el primer delito, y viceversa, si primigeniamente se califica el hecho delictivo como culposo y posteriormente cambia a título de doloso[22] en ese caso hubiera sido de aplicación la interrupción de la prescripción.

(21) Meini Méndez, Iván, "Sobre la prescripción de la acción penal". En: Meini Méndez, Iván, *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*, p. 77.

(22) Ragués i Vallés, R., *La prescripción penal. Fundamento y aplicación. Op. Cit.*, p. 57.

Estas críticas al demostrar la problemática aplicación del supuesto de 20
interrupción de la prescripción por "comisión de nuevo delito doloso", justifican la exclusión de este supuesto como causal de la prescripción de la acción penal, más aún si se tiene en cuenta que esta regla de prescripción es contraria al fundamento de la interrupción de la prescripción, el cual yace en conceder al Estado un plazo razonable para investigar, perseguir, y pronunciarse sobre los hechos delictivos(23). Fundamento que puede reducirse en razón a que el Estado muestra un interés por ejercer el *ius puniendi* ante un determinado hecho delictivo. Ahora bien, quien entienda esto, podrá notar que la comisión de un nuevo delito doloso no muestra de ninguna manera, un interés del Estado por ejercer el *ius puniendi*. Sino que, por el contrario, resulta ser un hecho externo al proceso que se le viene siguiendo por la comisión de un presunto delito. En ese sentido, está medida se vislumbra, contraria con el fundamento de la interrupción.

IV. Bibliografía

BINDER, Alberto, *Justicia penal y estado de Derecho*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993; 21
BROUSSET SALAS, Ricardo, "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria. Sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". En: *Actualidad Penal* N° 1, Lima, 2015; BURGOS ALFARO, José, "La imputación válida para el cómputo del plazo de la prescripción ordinaria". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 67, Gaceta Jurídica, Lima, 2015; CRUZ VEGAS, Guillermo, "La disposición fiscal de inicio de las diligencias preliminares. ¿Interrumpe la prescripción de la acción penal? A propósito de la Casación N° 347-2011-Lima". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 67, Gaceta Jurídica, Lima, 2015; MEINI MÉNDEZ, Iván, "Sobre la prescripción de la acción penal". En: MEINI MÉNDEZ, Iván, *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*. ARA, Lima, 2009; PASTOR, Daniel, *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal. Hacia un cambio de paradigma en la definición de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 1997; PISFIL FLORES, Daniel, "Las actuaciones del Ministerio Público y su límite temporal. La prescripción de la acción penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 67, Gaceta Jurídica, Lima, 2015; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*. Atelier, Barcelona, 2004; ROY FREYRE, Luis, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. Grijley, Lima, 1998.

(23) Ibídem, pp. 77-78.

§ 84
Suspensión de la prescripción

CARLOS PARMA
Universidad de Mendoza
(Argentina)
ALEJO AMUCHÁSTEGUI
Universidad de Mendoza
(Argentina)

Sumario

		Nm	P
I.	Cuestiones preliminares ..	1	541
II.	Causales en que procede la suspensión	17	545
	1. Cuestiones previas	20	545
	2. Cuestiones prejudiciales	22	546
III.	Diferencia entre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal	26	546
IV.	Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal	30	547
V.	La polémica suscitada con el artículo 339.1 del nuevo Código Procesal Penal.....	49	551
	1. Tesis de la interrupción	52	551
	2. Tesis de la suspensión .	57	552
	3. La solución de la cuestión en la jurisprudencia	62	553
VI.	Bibliografía.....	73	555

§ 84.- Suspensión de la prescripción de la acción penal

"Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido".

I. Cuestiones preliminares

En todo lo relativo al instituto de la prescripción de la acción penal, el tiempo juega un rol protagónico. Por ello, dentro de la prescripción, reviste muchísima importancia analizar la suspensión y la interrupción de los plazos procesales que, luego de fenecidos, motivan el cese de la persecución penal del Estado. De ese modo, implica una excepción al principio de oficialidad y de continuidad de los procesos penales, en tanto la acción penal que es de carácter público, se ve suspendida o interrumpida por diversas circunstancias[1]. 1

(1) ZAFFARONI, E. / ALAGIA, A. / SLOKAR, A., *Derecho penal. Parte general*, p. 894.

2 Se ha afirmado que la prescripción es una institución de derecho positivo interno por el cual "el Estado autolimita su poder soberano (Manzini), abdicando el derecho de castigar o su ejercicio (Maggiore) –citando a VON LISZT–"[2]. De esta manera la prescripción pone un límite al *ius puniendi* del Estado de proseguir una investigación penal en contra de una persona prorrogando el estado de sospecha sobre ella *sine die.*

3 Así, el transcurso del tiempo sin que se interrumpa la prescripción por diversas causales, da lugar a la extinción de la acción penal. El artículo 84 prevé otra posibilidad, que guarda relación con la suspensión de los plazos de la prescripción. Según VILLA STEIN, siguiendo a ROY FREYRE, la fuente normativa del artículo 84 CP se encuentra en el artículo 67, último párrafo del Código Penal de la República Argentina[3].

4 La jurisprudencia ha definido a la suspensión de la prescripción de la acción penal como un "estado" por el cual el tiempo deja de transcurrir porque existe una circunstancia que fija ley que no permite el progreso de la pretensión penal[4]. Se ha dicho, también, que la suspensión de la prescripción sería "cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento"[5].

5 Otra definición que podría ser útil a los fines ilustrativos, es aquella que la considera como el efecto jurídico consiguiente a ciertas razones jurídicas que imposibilitan el comienzo o el avance del proceso penal, por medio de las cuales el plazo de prescripción de la acción penal se detiene el tiempo necesario para que el obstáculo respectivo sea removido. Luego de lo cual, el plazo paralizado empieza o prosigue –según el estado en que la investigación se encuentre– añadiéndose al plazo transcurrido antes de la suspensión[6].

6 Del mismo modo, puede decirse que la suspensión de la prescripción de la acción penal consiste en la paralización del plazo respectivo, que incluye su comienzo o continuación, en tanto que el lapso que ya ha pasado no pierde su

(2) VERA BARROS, O., *Prescripción penal*, pp. 2-3.

(3) Se trata del Código Penal vigente desde el año 1921 hasta la actualidad. No obstante, cabe aclarar que durante los años 2017 y 2018 se encuentra trabajando una Comisión de Reforma del Código Penal.

(4) Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, pp. 6-7).

(5) Cfr. MEINI, I., "Sobre la prescripción de la acción penal". En: *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*, p. 301.

(6) ELOSU LARUMBE, A., *Prescripción de la acción en el Código Penal argentino*, p. 114. Si bien es propia de otro ordenamiento legal, como el argentino, teniendo en cuenta que el origen del artículo 84 CP guarda relación con el artículo 67 del Código penal de aquel país –vuélvase a ver la nota 2–, resulta de utilidad su mención.

vigencia y debe ser contabilizado. De esa manera, el tiempo que ha transcurrido no resulta un obstáculo para la prescripción posterior[7].

La parálisis de la prescripción puede deberse a causas personales o materiales. Entre las causas personales se halla, entre otras, el caso de los legisladores que poseen inmunidad parlamentaria. En punto a las materiales, estas se verifican cuando debe aclararse alguna circunstancia jurídica previa a que siga corriendo el plazo, como podría ser una cuestión prejudicial[8]. 7

Cabe aclarar que el fundamento de la suspensión de la prescripción es distinto del que posee la prescripción de la acción penal[9]. Ciertamente, lo que aquí prevalece es la necesidad de impedir que ciertas circunstancias que operan como obstáculos del procedimiento, sean despejadas para que el ejercicio de la pretensión penal del Estado se pueda llevar a cabo. 8

La suspensión de la prescripción proviene de un obstáculo legal que la misma ley pone a su "autolimitación". Ese "obstáculo legal" en este caso está dado porque la solución del proceso depende de la decisión final que se adopte en otro distinto, al decir de ROXIN: "afecta la capacidad del tribunal penal"[10]. 9

El fin último de la suspensión de la prescripción de la acción penal es evitar la impunidad que podría verificarse en supuestos especiales. Pero esta circunstancia, admisible desde una perspectiva general, podría inclinar la balanza en relación a los derechos y garantías fundamentales que posee todo sujeto sometido a proceso en un Estado democrático[11]. 10

Sobre esto, es decir, la diferencia de fundamentos de la prescripción de la acción penal y de la suspensión, se han levando voces críticas por entender que existen entre ambos institutos diferencias centrales. Así, se ha dicho que si las razones que sostienen la prescripción de la acción penal serían, entre otras, el "olvido del delito" y los problemas probatorios que entraña el transcurso del tiempo, la existencia de impedimentos o de obstáculos que impiden que se lleve a cabo el ejercicio de la acción, serían irrelevantes y carecerían de influencia alguna en su curso[12]. 11

(7) Así, PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Estudio programático de la parte general*, p. 567.
(8) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 985.
(9) Véase el comentario al artículo 78 CP.
(10) ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, pp. 166-167.
(11) Respecto del equilibrio referido, véase FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*, p. 84 ss.
(12) *Vide* ELOSU LARUMBE, A., *Prescripción de la acción en el Código Penal argentino. Op. Cit.*, pp. 114-115.

12 La característica central de la suspensión del plazo de prescripción gira en torno a que no se afecta el tiempo transcurrido, lo que implica su valoración posterior a los fines de lograr el cese de la pretensión penal estatal. En efecto, la prescripción puede quedar suspendida por un lapso y, luego, cuando la causa de suspensión cesa, se reanuda nuevamente.

13 La norma en comentario establece que al aparecer distintas cuestiones en el marco del proceso penal que deban ser resueltas en otros procedimientos ajenos a dicho ámbito, el plazo de prescripción debe ser paralizado[13]. Es por ello que se ha calificado a la suspensión de la prescripción del artículo 84 como un "recurso civilista"[14]. Como se dijo, el artículo 84 prevé que cuando aparezcan determinadas circunstancias en el proceso penal que requieran ser resueltas como paso previo en otro procedimiento, se suspenda el plazo de prescripción[15].

14 De ese modo, el plazo correspondiente para que la acción penal se extinga empieza a correr inmediatamente después de que la cuestión previa o prejudicial hubiera sido decidida[16]. En consecuencia, la reanudación del conteo del plazo de prescripción de la acción penal se efectúa cuando se verifican determinadas circunstancias previstas en el ordenamiento.

15 La divergencia de algunas posturas doctrinales en la interpretación de las normas respectivas y los fallos contradictorios sobre el tópico en análisis, parece darle la razón a Zaffaroni –más allá de las diferencias explícitas entre el ordenamiento peruano y el argentino, lo que fuera señalado más arriba–, cuando afirma que la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal es un tema que ha sido regulado en la legislación de manera muy compleja[17].

16 En este tópico existen dos posiciones claramente diferenciadas. Por un lado, la de aquellos que entienden que un proceso penal no se puede dilatar sin definición temporal alguna, contrariando el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, conforme lo prevé la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las decisiones de la Corte IDH. Por el otro, la de quienes piensan limitar los plazos del proceso termina favoreciendo la impunidad[18].

(13) Cfr. Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general*, pp. 472 y 477; García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 724.
(14) Cfr. Villa Stein, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 527.
(15) Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 477.
(16) Cfr. Parma, C. / Gorra, D., *Código penal. Analizado. Concordado. Anotado con referencias jurisprudenciales*, p. 158.
(17) Zaffaroni, E. / Alagia, A. / Slokar, A., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 902.
(18) Parma, C. / Gorra, D., *Código penal. Analizado. Concordado. Anotado con referencias jurisprudenciales. Op. Cit.*, p. 159.

II. Causales en que procede la suspensión

El criterio general que rige en la materia es que la suspensión de la prescripción se verifica en dos supuestos que se analizarán por separado: cuando existan cuestiones previas y prejudiciales. 17

Efectivamente, el primer supuesto se da cuando es el mismo código de fondo el que fija un presupuesto para comenzar la actuación judicial, lo que se denomina cuestión previa. 18

La segunda, cuando se está en presencia de una cuestión prejudicial que en rigor se torna un elemento imprescindible para que el delito se tenga por configurado. Es decir, se daría en el caso en que se precisa que se resuelva un trámite que corresponde a otro ámbito jurídico. Si bien se trata de circunstancias que pertenecen a diferentes procesos judiciales, es un requisito que exista entre ambos un nexo lógico jurídico que los vincule[19]. 19

1. Cuestiones previas

Se verifica una cuestión previa o se la interpone cuando se encuentra abierta una investigación, pero se necesita un requisito de procedibilidad que en el caso se encuentra ausente. Este presupuesto se daría, por ejemplo, en el supuesto del delito de omisión de asistencia económica, en relación a la existencia de un juicio de alimentos previo[20]. Se ha dicho también que se verifica cuando el propio Código Penal impone la necesidad de cumplir con un requisito legal[21]. 20

Es importante destacar que el trámite precedente que guarda relación con la cuestión prejudicial puede ser del ámbito civil, administrativo o laboral. De ese modo, se permite una amplia gama de procedimientos[22]. En síntesis, el avance del procedimiento penal depende de una circunstancia previa que debe ser decidida en un proceso diferente[23]. 21

(19) Ídem.
(20) *Vide* Villa Stein, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 527.
(21) Cfr. Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 477.
(22) Ídem.
(23) Welzel, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, p. 309.

2. Cuestiones prejudiciales

22 Como bien indica VILLA STEIN, la cuestión prejudicial es aquella que no permite que prospere la acción penal, pues previamente debe establecerse en el ámbito no penal que exista un elemento del tipo penal que se exige para su configuración. Esto es lo que ocurriría, por ejemplo, con el delito de bigamia que prevé el artículo 139 del Código de fondo y la nulidad del matrimonio del artículo 5 CPP[24].

23 Para decirlo de otro modo, existe cuestión prejudicial cuando se exige un elemento que resulta imprescindible para que la figura delictiva respectiva, se pueda configurar. Así, se requiere previamente la resolución de una circunstancia que pertenece a un orden jurídico distinto y a partir de que hay una relación inescindible entre una y otra[25].

24 Bajo ese contexto se puede entender que las cuestiones prejudiciales suelan ser reducidas, a los fines de evitar problemas de superposición de ámbitos legales, lo que podría afectar la seguridad jurídica y la previsibilidad.

25 Se ha sostenido, de igual modo, que la interpretación de las expresiones "cuestión" y "procedimiento" no necesariamente deben vincularse a trámites que deban ser decididos judicialmente, sino que también deben incluir cuestiones prejudiciales que pueden ser decididas en ámbitos administrativos[26].

III. Diferencia entre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal

26 Puesto en términos sencillos pero claros, la suspensión de los plazos de prescripción supone una parálisis de su curso, mientras que la interrupción le pone fin. En ese orden de cosas, se ha afirmado que la suspensión provoca un efecto más débil que la interrupción respecto de las investigaciones penales[27].

27 Con lo cual, quizás la consecuencia más importante que pueda señalarse, y que como se dijo en el párrafo anterior, distingue ambas situaciones, es que en la suspensión el plazo corrido inmediatamente anterior al momento en que

(24) Cfr. VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 527.
(25) BRAMONT-ARIAS TORRES, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 477.
(26) MEINI, I., "Sobre la prescripción de la acción penal". *Op. Cit.*, p. 301.
(27) MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general.* Tomo 2, p. 976.

se verificó la razón que permitió la suspensión, no expira, sino que se reinicia cuando desaparece el obstáculo que impedía la prosecución del proceso[28].

En el caso de la interrupción, el plazo que se venía dando con el correr 28
de los días finaliza a raíz del acaecimiento de ciertas circunstancias. O para decirlo de otro modo, la interrupción provoca que el tiempo que empezó a correr desde la comisión del delito no se cuente y la prescripción empiece a correr nuevamente de cero.

Soler decía que "el efecto de la suspensión es impedir que la prescrip- 29
ción siga corriendo (...) y el efecto de la interrupción de la prescripción es el de borrar el tiempo transcurrido desde el hecho hasta el momento en que la interrupción se produce y desde allí vuelve a iniciarse el plazo entero como si fuera desde el principio"[29].

IV. Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal

Más allá de las causales generales señaladas más arriba, hay ciertos supues- 30
tos en los cuales se dispone la suspensión de la prescripción de la acción penal y que resultan de interés sin perjuicio de pertenecer a otros ámbitos jurídicos, como el alemán, por ejemplo. Todo ello, a los fines de tener un panorama más amplio y completo de este instituto.

En algunos casos, la suspensión de la prescripción de la acción penal tiene 31
su fundamento en la posición o cargo de los imputados. Así, se infiere que una persona que ejerce un cargo de funcionario público, por ejemplo, podría emplear esta circunstancia para que opere a su favor, permitiéndole eludir la acción de la justicia y lograr su impunidad en el hecho que lo tiene como investigado.

Es decir, se intenta contrarrestar la influencia que puede tener el impu- 32
tado a partir de su actuación política sobre los órganos jurisdiccionales y fiscales. Al respecto, siguiendo esta argumentación, podría sostenerse que no cualquier empleado o funcionario público podría interferir en el proceso penal, sino solo aquel que posee un cargo de relevancia, a partir del cual le permita

(28) Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, pp. 6-7.

(29) Parma, C. / Gorra, D., *Código Penal comentado*, p. 158.

utilizar su autoridad para obstaculizar el ejercicio de la acción penal o de sus allegados o cómplices[30].

33 Por otra parte, no puede dejar de mencionarse desde otra perspectiva, que el proceso penal no puede llevarse a cabo de forma ilimitada, porque se afectaría, entre otros, el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio (Art. 8.1. CADH y 14.5. PIDCyP).

34 Ello, teniendo en vista el perjuicio que entraña para una persona imputada un proceso penal que se cierne *sine die* sobre ella. Es que el Estado peruano, al ratificar los diferentes tratados internacionales de derechos humanos, como, por ejemplo, la CADH ha asumido una serie de obligaciones frente al orden jurídico interamericano que han fijado estándares restrictivos a la duración irrazonable de los procesos.

35 Los casos en los cuales se suspende la prescripción de la acción penal son variados en el ámbito jurídico del Perú. Uno de los casos se da cuando se encuentran pendientes la extradición del autor del delito o el levantamiento de la inmunidad que otorga el Parlamento[31].

36 Pero también en el ámbito del Derecho procesal penal se encuentran disposiciones que establecen causales de suspensión de la prescripción. Por ejemplo, el artículo 339. 1 del Código Procesal Penal, prevé que la formalización de la investigación preparatoria suspenderá la prescripción. Más adelante se volverá sobre los extremos referidos, en un apartado separado.

37 En la misma línea, la Corte Suprema ha fijado en el Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116, que la presentación de un recurso de queja excepcional en el marco de procesos sumarios, suspende el plazo de prescripción, evitando que este siga corriendo. De ese modo, la suspensión rige desde que se interpone el recurso referido como consecuencia del rechazo del recurso de nulidad y el envío al Tribunal Superior de la Ejecutoria Suprema por medio de la cual se concede el recurso[32].

38 La explicación de esta causal, introducida jurisprudencialmente por el Alto Tribunal, giraría en torno a evitar planteos dilatorios de las partes con el objeto de obtener la extinción de la acción penal por prescripción. Al mismo

(30) Cfr. Zaffaroni, E. / Alagia, A. / Slokar, A., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 904. Precisando un poco más los términos de cargo público, refiere que debe tratarse de un "ministro, secretario, subsecretario, juez".

(31) Cfr. García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 724.

(32) Ídem.

tiempo, parecería ser una solución conveniente al efecto de desalentar una práctica que, de generalizarse, podría congestionar el funcionamiento de la Corte.

Por su parte, García Cavero se muestra crítico con la consecuencia de 39
la ampliación de las causales de la suspensión de la prescripción que se introduce con el Acuerdo Plenario referido, al afirmar que se desnaturaliza el sentido de dicho instituto de la suspensión(33).

Es importante destacar, los fines prácticos, que la prescripción de la acción 40
penal debe ser analizada de manera individual para cada uno de los imputados en un delito que cometido de manera conjunta. De tal modo, se interrumpe, se suspende y transita de forma separada para cada uno de los intervinientes en el hecho. Ello, de consuno con lo dispuesto en el artículo 88 del Código Penal(34).

Uno de los supuestos en los cuales procede la suspensión de los plazos 41
de prescripción es cuando se encuentra vigente un trámite de extradición del sujeto activo del delito(35). En ese sentido, resulta lógico que estando pendiente de resolución un expediente que tiene por objeto la extradición de una persona, trámite que se sustenta en otro país, los plazos queden en suspenso.

De esa manera, la justicia del país requirente no queda a merced de los 42
plazos y trámites que se pueden dilatar en el país requerido, imposibilitándole investigar y en su caso sancionar al imputado del delito por el cual se pide su extradición.

Otro supuesto que resulta de interés y que también puede mencionarse 43
es el que guarda relación con los casos de aquellos miembros del Parlamento que se encuentran sometidos a proceso mientras se tramita el levantamiento de su inmunidad parlamentaria. En estos casos también se suspende la prescripción de la acción penal hasta que se termine los mandatos respectivos(36).

Asimismo, también procede la suspensión de la prescripción de la acción 44
penal cuando estamos en presencia de personas que han sido declaradas rebeldes y que por lo tanto se encuentran en contumacia. Es decir, se verifica, por ejemplo, cuando un imputado se fuga y deja de estar a derecho ante el órgano

(33) Ibídem, p. 725.
(34) Brousset Salas, R., "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". En: *Derecho penal y penitenciario. Libro homenaje al profesor Dr. Germán Small Arana*, pp. 1-18.
(35) Cfr. García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 724.
(36) Ídem.

jurisdiccional correspondiente. El plazo se suspende hasta tanto vuelva a someterse al proceso y demuestre su voluntad de estar a derecho[37].

45 La condición de prófugo sometido a proceso debería suspender razonablemente el curso de la prescripción, pues de otra manera el imputado que se encuentra sustraído a la intervención de la justicia aprovecha en su favor su condición furtiva. Sin embargo esto ha sido objeto de diferentes opiniones encontradas, sea que se fije una posición a favor del Ministerio Público o de la defensa. La cuestión controversial debería ser zanjada si se tiene en cuenta la tutela judicial efectiva trazada por el artículo 25 de la CADH que obliga al Estado a proveer al ciudadano de una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado. Aquí debe ponerse foco en el derecho de la víctima, pues esta tiene un derecho "convencional" de defensa, de acceso a la justicia y de su tutela, por lo cual puede reclamar al Estado una investigación eficaz, la averiguación de la verdad y la sanción de los responsables[38].

46 Por su parte, Brousset Salas entiende, con acierto desde nuestra opinión, que sería necesario definir un "plazo razonable de cese de la suspensión", para que sea compatible con la Constitución Nacional[39]. Por otro lado, la compatibilidad también se debe dar con los estándares previstos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a partir de las decisiones de la Comisión IDH y de la Corte IDH.

47 Otro caso de suspensión de la prescripción de la acción penal se daría, según algunas posturas, cuando un imputado se encuentra asilado en otro país. Meini entiende que en este supuesto también se debe suspender el plazo de prescripción desde el momento en el cual el comienzo o el avance de la investigación dirigida contra el imputado/asilado se torna imposible[40].

48 En el ámbito alemán, se encuentran algunas causales de suspensión de la prescripción de la acción penal que resultan interesantes a los fines de este comentario, como se expuso al inicio. Así, por ejemplo, puede señalarse la suspensión de los plazos en supuestos de crímenes de guerra y de lesa humanidad

(37) Es el caso previsto por el artículo 1 de la Ley 26.641. Meini explica que en esa norma se menciona que la declaración de contumacia interrumpiría el plazo de prescripción, luego señala expresamente que lo suspende, debiéndose estar a esta última consecuencia (cf. Meini, I., "Sobre la prescripción de la acción penal". *Op. Cit.*, p. 300 y nota al pie 43.

(38) Hairabedián, M. / Zurueta, F., *La prescripción en el proceso penal*, p. 123.

(39) Brousset Salas, R., "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". *Op. Cit.*, p. 8.

(40) Meini, I., "Sobre la prescripción de la acción penal". *Op. Cit.*, p. 302.

cometidos con anterioridad al año 1945, por el lapso de cinco años[41]. Otro supuesto de suspensión se encuentra en el caso de que la persecución penal se excluya por motivos bélicos en los cuales la administración de justicia se encuentra paralizada[42].

V. La polémica suscitada con el artículo 339.1 del nuevo Código Procesal Penal[43]

El artículo 339.1 del NCPP, introducido en el año 2004[44], establece que 49
"la formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal". Sobre el particular, se ha suscitado hace un tiempo una controversia acerca del modo en que el instituto que prevé el artículo 339.1 debe considerarse: si se trata de la interrupción o de la suspensión de la prescripción. Por las dimensiones que ha alcanzado, entendemos que resulta útil su análisis.

Como aclara PARIONA ARANA, las consecuencias de la elección de una u 50
otra postura, no es una cuestión semántica, sino que entraña consecuencias muy importantes según se opte por la suspensión o por la interrupción[45].

Brevemente, a los fines de contextualizar lo que se va a exponer, hay que 51
decir que cuando el Ministerio Público toma conocimiento o sospecha acerca de la comisión de un hecho delictivo, propicia la investigación de oficio o a pedido de quienes realizan la denuncia pertinente. Luego, lleva a cabo las diligencias que entiende pertinentes, de forma preliminar, para resolver si formaliza o no la investigación preparatoria[46].

1. Tesis de la interrupción

El punto central de esta postura radica en sostener que el artículo 339.1 52
ya citado establecería la interrupción de la prescripción de la acción penal, no obstante lo expuesto en la norma. Se sostiene, de ese modo, la suspensión de la prescripción que se llevaría a cabo cuando se formaliza una investigación

(41) *Vide* OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht, AT*, p. 19.
(42) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 985.
(43) En adelante, NCPP.
(44) Promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio de 2004.
(45) PARIONA ARANA, R., "La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?". En: *Derecho penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales*, p. 92.
(46) Puede tenerse un panorama más amplio, entre otros, en el artículo de CUBAS VILLANUEVA, V., "El Ministerio Público y la investigación preparatoria". En *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, pp. 229-248.

penal preparatoria determinaría en realidad una interrupción antes que una suspensión de los plazos respectivos.

53 Se ha dicho, sobre el particular, que la mención de "suspensión" en lugar de "interrupción", obedecería a una confusión del legislador y que habría una contradicción entre el artículo 339.1 del Código de forma y el artículo 83 del Código Penal. Se postula que ante ese panorama, toda vez que la prescripción sería un instituto propio del Derecho penal, cualquier circunstancia dudosa acerca de su origen quedaría colocada en el Código Penal, que en definitiva regularía la cuestión(47).

54 Esta es la posición de Alcócer Povis, quien sostiene que en rigor de verdad el artículo referido del Código de forma, establecería una causal de interrupción en lugar de la suspensión de la prescripción. En síntesis, el fundamento del autor citado se sostiene en una interpretación que realiza a partir de la actuación del Ministerio Público en la formalización de la investigación preparatoria, de consuno con lo dispuesto en el artículo 83 CP(48).

55 También aparece en este grupo, la posición de Peña Cabrera Freyre, quien entiende que el acto del Ministerio Público de formalizar la investigación, impone la interrupción de la prescripción y no la suspensión. En síntesis, entiende que el legislador se ha equivocado al usar "suspensión" en lugar de "interrupción"(49).

56 Otro autor que se enrola en esta postura es Panta Cueva. En efecto, más allá de que admite que la norma habla de "suspensión", propone una reforma legislativa que modifique dicho término en el artículo 339.1 NCPP por el de "interrupción", que sería el correcto(50).

2. Tesis de la suspensión

57 Esta postura es la que se adecúa a la norma. El autor principal que asume esta postura es Pariona Arana(51). En efecto, sostiene que el artículo 339.1 NCPP establece que la formalización de la investigación provoca una suspensión. El primer argumento gira en torno a la "racionalidad del nuevo modelo

(47) Cfr. Pariona Arana, R., "La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?". *Op. Cit.*, p. 95.
(48) *Vide* Alcocer Povis, E., *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal.*
(49) Ídem.
(50) Ibídem, p. 96.
(51) Ídem.

procesal" que intentaría superar a través de la suspensión de los plazos de prescripción, la posible impunidad que se generaría en determinados casos(52).

El segundo argumento finca en el principio de legalidad en su juego armónico con una interpretación literal de la norma, como una tutela al justiciable. Así, con lógica difícilmente rebatible, explica que si la ley habla de "suspensión" esa es la expresión que eligió el legislador, añadiéndose que debe inferirse la logicidad y razonabilidad de la ley(53). 58

A ello hay que agregar el fundamento de la interpretación sistemática de la norma y el de la técnica legislativa que si bien son argumentos autónomos, guardan estrecha relación entre sí. 59

En cuanto al primero, tiene que ver con la contradicción que implicaría asumir la tesis de la interrupción entre el artículo 83 del Código Penal y el artículo 339.1 del Código Procesal Penal. El argumento basado en la técnica legislativa tiene que ver con la voluntad del legislador y las expresiones que ha elegido para el artículo 339.1 NCPP(54). 60

Otro de los autores que se decanta por la solución de la suspensión es García Cavero(55). 61

3. La solución de la cuestión en la jurisprudencia

En cuanto a la jurisprudencia, en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se fijó como doctrina que el artículo 339.1 del Código Procesal Penal establece en forma expresa una suspensión de la prescripción de la acción penal, denominada sui géneris(56). 62

Se dijo en esa oportunidad que de una lectura del artículo referido no podía derivarse que la intención del legislador fue la de reglamentar una causal de interrupción de la prescripción de la acción penal, sino de una suspensión a partir del acto fiscal de formalización. 63

(52) Ibídem, p. 98.

(53) Expresamente refiere que "No es admisible afirmar que 'el legislador se ha equivocado enormemente' o que 'el legislador ha confundido los conceptos de suspensión con interrupción y lo que realmente ha querido es referirse a interrupción y no a suspensión', es decir, inferir que la ley no dice lo que su texto señala". (Ídem).

(54) Ibídem, pp. 101-102. En la misma línea, Prado Soriano, J., *La prescripción extraordinaria en el Derecho procesal penal peruano. ¿Art. 83 del CP. VS art. 339.1 del NCPP?*

(55) García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 725.

(56) Cfr. Fundamento jurídico 26.

64 También se dijo allí que la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal se erige en una consecuencia jurídica que opera de pleno derecho y que se materializa de forma automática con la formalización de la investigación preparatoria que, por otra parte, no precisa ni exige una resolución judicial que así la declare para que surta efectos.

65 El acuerdo plenario precitado ha entendido que el artículo 84 del Código de fondo establece que la suspensión de la prescripción prevista allí se trata de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se aparece una circunstancia particular, prevista por la norma que impide la persecución penal. De ese modo, el tiempo que ha pasado previamente, no se pierde y debe agregarse al que transcurre cuando se reinicia el plazo(57).

66 Otro supuesto problemático se ha dado en el caso de acusaciones directas por parte del Ministerio Público. En ese sentido, la actuación fiscal que significa la acusación directa se ha visto como otra forma –asimilable a la formalización prevista en el artículo 339.1 NCPP– de suspensión de la prescripción de la acción penal en los términos del artículo 84 CP.

67 Otra cuestión a señalar gira en derredor de la equiparación entre la formalización de la investigación preparatoria y la acusación directa del Ministerio Público a los fines de la suspensión de la prescripción de la acción penal en el último de los supuestos.

68 En ese sentido, quienes propician dicha posición, refieren que al tratarse en ambos casos de una actuación de la Fiscalía judicializando una investigación, la consecuencia en cuanto a la suspensión debería ser similar.

69 Si bien en una primera oportunidad se había equiparado la formalización de la investigación con la acción directa en cuanto al efecto suspensivo que prevé el artículo 339.1 NCPP, en tanto se dijo que la actividad del fiscal poniendo en conocimiento al órgano jurisdiccional el inicio del proceso penal, era la razón de la suspensión de la prescripción(58), luego volvió sobre sus pasos.

70 Finalmente, en la sentencia emitida por la Corte Superior de Justicia de La Libertad, se arriba a la conclusión de que la acusación directa no interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal. Así, se apartó de su criterio

(57) *Vide* Fundamento jurídico 25.
(58) Cfr. Fallo de Casación N° 639-2015-La Libertad del 29/01/2016, caso Franklin Estuardo Alegre Castillo, fundamento jurídico 5.

jurisprudencial anterior[59], en el que se fijó como doctrina que la acusación directa implicaba la suspensión de la prescripción de la acción penal en forma similar a lo sucedido con la formalización de la investigación preparatoria.

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia, determinó en el Acuerdo 71
Plenario N° 3-2012/CJ-116, que el artículo 339.1 NCPP establece una causal de suspensión de la prescripción. De conformidad con este fallo, parecen haberse diluido las dudas que pudieron existir en otra época en relación a si estábamos en presencia de una interrupción o de una suspensión de los plazos.

Del mismo modo, el Alto Tribunal entendió conveniente fijar un límite al 72
plazo de suspensión, que no podrá ser superior al máximo de la pena que establece la ley para el delito respectivo más la mitad del mismo. Fenecido dicho plazo, el curso volverá a transcurrir desde donde se paralizó en primer lugar[60].

VI. Bibliografía

ALCOCER POVIS, Eduardo, *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal*. Disponible en <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/articulo_prescripcion-10-final--2014.pdf>; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Eddili, Lima, 2002; BROUSSET SALAS, Ricardo Alberto, "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". En: *Derecho penal y penitenciario. Libro homenaje al profesor Dr. Germán Small Arana*. Ideas, Lima, 2016; CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "El Ministerio Público y la investigación preparatoria". En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra, Lima, 2005; ELOSU LARUMBE, Alfredo, *Prescripción de la acción en el Código Penal argentino*. Ediar, Buenos Aires, 2006; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008; HAIRABEDIÁN, Maximiliano / ZURUETA, Federico, *La prescripción en el proceso penal*. Mediterránea, Córdoba, 2017; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE. Comares, Granada, 2002; MAURACH, Reinhart, GÖSSEL / Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. Tomo 2. Traducción de Jorge BOFILL GENZSCH. Astrea, Buenos Aires, 1995; MEINI, Iván, "Sobre la prescripción de la acción penal". En: *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos* 73

(59) Exp. N° 4344-2014, sentencia emitida en mayo de 2014.

(60) PARIONA ARANA, R., "La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116. La Consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP". En: *Libro Homenaje a José Hurtado Pozo*, p. 833 ss.

de Derecho penal. ARA, Lima, 2009; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, AT*, 5. Aufl. De Gruyter-Lerhbuch, Berlin-New York, 1996; PARIONA ARANA, Raúl, "La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?". En: *Derecho penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales.* Pacífico, Lima, 2014; PARIONA ARANA, Raúl, "La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116. La Consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP". En *Libro Homenaje a José Hurtado Pozo.* Idemsa, Lima, 2013; PARMA, Carlos / GORRA, Daniel, *Código Penal. Analizado. Concordado. Anotado con referencias jurisprudenciales.* Hammurabi, Buenos Aires, 2017; PARMA, Carlos / GORRA, Daniel, *Código Penal comentado.* 3ª edición. Hammurabi, Buenos Aires, 2018; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general. Estudio programático de la parte general.* 5ª edición. Grijley, Lima, 1994; PRADO SORIANO, José Eduardo, *La prescripción extraordinaria en el Derecho procesal penal peruano. ¿Art. 83 del CP. VS artículo 339.1 del NCPP?* Disponible en <http://es.scribd.com/doc/288540870/LA-PRESCRIPCION-EXTRAORDINARIA-EN-EL-DERECHO-PROCESAL-PENAL-PERUANO>; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal.* Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000; VERA BARROS, Oscar, *Prescripción penal.* Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general.* San Marcos, Lima, 1998; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general.* Traducción de la 11ª edición a cargo de Juan BUSTOS RAMÍREZ y de Sergio YAÑEZ PÉREZ. 4ª edición castellana. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general.* 2ª edición. Ediar, Buenos Aires, 2002.

§ 85
Extinción de la ejecución de la pena

MIGUEL PIZARRO GUERRERO
Universidad Inca Garcilaso de la Vega
(Perú)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	557	VI. La extinción de la pena por cumplimiento de la pena	26	567
II. La muerte del condenado	2	558	VII. La extinción de la pena por exención de pena	28	568
III. La extinción de la pena por amnistía	7	560	VIII. La extinción de la pena por perdón del ofendido en los delitos de acción privada	34	569
IV. La extinción de la pena por indulto	10	561	IX. Bibliografía	37	571
V. La extinción de la pena por la prescripción	19	564			

§ 85.- Extinción de la ejecución de la pena

"La ejecución de la pena se extingue:

1. Por muerte del condenado, amnistía, indulto y prescripción;

2. Por cumplimiento de la pena;

3. Por exención de pena; y

4. Por perdón del ofendido en los delitos de acción privada".

I. Introducción

La extinción podemos entenderla como fin de algo, como el término pro- 1
gresivo o instantáneo. El ejemplo lo tenemos en la llamada extinción de las especies que muchas veces ha sido como consecuencia de un cataclismo o de un efecto gradual. Lo mismo ocurre con la ejecución de una pena, así como el derecho no protege de todas las amenazas a las personas, así tampoco el efecto de una pena no es ilimitado porque tiene varias causas que le ponen término. El legislador peruano ha establecido varios supuestos, en otras palabras "en caso de referirse a la extinción de la ejecución de la pena, la ejecución desaparece. En este caso, existe una sentencia que se está cumpliendo, pero, dado el carácter personalísimo de la misma, con la muerte del sujeto se extingue. También podría presentarse el caso de que una persona sentenciada

haya rehuido la acción de la justicia y muera sin cumplir su pena"[1]. Conforme señala COBO DEL ROSAL[2], atendiendo a su naturaleza jurídica existen causas que extinguen la pena, cumplimiento de la condena; y causas que excluyen la pena, que son todas las demás. Nuestro Código trata a todas de la misma forma, sin distingo. Examinemos cada una de ellas por separado.

II. La muerte del condenado

2 El primer supuesto es la de mayor claridad que no merecería mayor comentario. La muerte del condenado como hecho propio de la vida es un momento inevitable, puede ocurrir como un hecho natural o como producto de un hecho intencional. La pena en su sentido más profundo es arrebatarle el tiempo de vida, si ocurre la muerte carece de sentido una ejecución de la pena.

3 La muerte es un hecho que no se puede transferir como un hecho civil hereditario, muerto el condenado muere también con él la sanción. Si algo es tan claro porque la persistencia del legislador de continuar colocando esta causal. Su explicación estaría en la evolución de los sistemas de castigo, puesto que en el Derecho penal premoderno, en muchas culturas se sancionaba a los condenados muertos con la desaparición de su memoria. Los faraones que pretendían cambiar el eje religioso, como el caso de Akenaton, quien después de su muerte se borró su nombre de las inscripciones y su tumba ocultada.

4 "Son ellas el resultado de una lenta evolución histórica, ya que, durante muchos siglos, hasta la Revolución Francesa, se admitía la posibilidad de procesos contra los difuntos, con la condena en efigie, la quema del cadáver, etc."[3] En palabras de BUSTOS RAMÍREZ, "Como la pena tiene un carácter personal, esta también tiene que extinguirse con su muerte"[4]. De igual forma es opinión el profesor MIR PUIG: "Que en puridad sería posible considerar subsistente la responsabilidad penal del sujeto tras su muerte, lo demuestra no solo la existencia de frecuentes ejemplos históricos de penas impuestas a cadáveres, sino también el antecedente próximo del CP 1870 (español), cuyo artículo 132 proclamaba la subsistencia de la responsabilidad penal pecuniaria del sujeto fallecido tras su declaración. El artículo 130, 1 del CP español excluye la posibilidad de transmitir a los herederos toda posible responsabilidad penal, personal o patrimonial, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad

(1) BRAMONT ARIAS-TORRES, L., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 476.
(2) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 859 ss.
(3) ANTOLISEI, F., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 531.
(4) BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZABAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*. Tomo I, p. 227.

civil (...). Todo ello es consecuencia del principio de personalidad de las penas, característico del Derecho penal actual"[5]. Y esta causal precisamente tendría su razón de ser en la diferencia entre el Derecho penal y las otras disciplinas jurídicas como la civil; no se pueden heredar las penas a los familiares, las penas duran mientras estén vivas. En el mismo sentido en el Código Penal colombiano, "según el artículo 88, numeral 1, del Código Penal, uno de los casos de extinción de la sanción penal es "la muerte del condenado" a pena o a medida de seguridad; ello es lógico, puesto que al morir el penado desaparece la posibilidad de imponer o ejecutar la sanción penal pertinente, o de continuar descontando la que ya se empezó a ejecutar. Ya pasaron, por fortuna, los tiempos en que se les imponían sanciones a los cadáveres o estas trascendían a los herederos del culpable: El fundamento de ello es el *principio de personalidad de la pena,* firmemente arraigado en el mundo moderno y al que se ha hecho referencia al exponer el apotegma de culpabilidad como límite al *ius puniendi* del Estado. Para terminar, téngase en cuenta, si bien la muerte apaga la aplicación o ejecución de la pena o medida de seguridad, no acontece lo mismo con la responsabilidad civil derivada de la conducta punible, pues ella se les transmite a los herederos del condenado"[6].

Hasta dónde quedan los alcances de la extinción de la pena por muerte, 5
"la eficacia extintiva de la muerte concierne a la pena principal, a las penas accesorias y a los demás efectos de la condena. Quedan, por tanto, a cargo de los herederos, las obligaciones civiles nacidas del delito, inclusive el reembolso de las costas judiciales"[7]. Como la responsabilidad penal es personal, "por este motivo, la pena no puede extenderse a quienes no hayan participado en el hecho delictivo como ocurría antiguamente, cuando se trasladaba la pena a la familia del culpable. Tampoco cabe imponer una pena a un difunto. Por ese motivo, la muerte del reo es el primer supuesto de extinción de la responsabilidad criminal. Esta circunstancia no afecta en lo más mínimo a los demás partícipes del hecho, aunque el fallecido haya sido el autor principal"[8].

Una cuestión que se infiere es equiparar la situación de muerte con la 6
declaración de muerte presunta, artículo 63 del Código Civil, "procede la declaración presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos: 1. Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o

(5) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 769.
(6) Velásquez, F., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 638.
(7) Antolisei, F., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* p. 531.
(8) Berdugo Gómez de la Torre, I. y otros, *Curso de Derecho penal, Parte general*, p. 589.

cinco si este tuviera más de ochenta años de edad; 2. Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligoso; 3. Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido". Si bien la muerte es un hecho biológico y como lo señala la ley de salud artículo 108, "La muerte pone fin a la persona. Se considera ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo. El diagnóstico fundado de cese definitivo de la actividad cerebral verifica la muerte. Cuando no es posible establecer tal diagnóstico, la constatación de paro cardiorrespiratorio irreversible confirma la muerte.

III. La extinción de la pena por amnistía

7 En su origen etimológico la palabra *amnistía* provino de la voz griega y significa, 'sin memoria' u 'olvido mutuo y general de las cosas pasadas', De ahí proviene el sustantivo *amnesia*, que en el entendimiento común es olvido. Se señala que "este nombre se dio por primera vez a una ley que hizo Trasíbulo en que mandaba un olvido general de todo lo pasado, después de haber arrojado a los treinta Tiranos de Atenas. Con esta medida, recobró la República su antigua pujanza, la paz y la libertad"[9]. La amnistía, así como el indulto y el derecho de gracia comprenden las potestades de los soberanos como su atributo de clemencia en donde exista una forma de gobierno monárquica. Con el advenimiento de la Republica continuó, pero ahora como una facultad de la representación parlamentaria para la amnistía. Tal como la ha señalado el Tribunal Constitucional peruano, Exp. N° 1805-2005-HC/TC, su esencia son las razones sociopolíticas o de Estado, lo que puede producir su mal uso como instrumento político para servir a fines de impunidad. En ese sentido se pronunció la CIDH al analizar la ley de amnistía y su compatibilidad con la CADH; esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[10].

(9) Disponible en <https://es.wikipedia.org/wiki/Amnist%C3%ADa>.

(10) Caso Barrios Altos contra Perú, serie C, N°75, sentencia del 14 de marzo de 2001 (fondo), § 2.a).

Conforme a nuestra Constitución Política en el artículo 102 inciso 6, 8
corresponde a la representación parlamentaria promulgar leyes de amnistía. Y por tanto siendo que los parlamentarios en su origen son una representación política, no pueden desligarse sus fines políticos al momento de su dación. Lo que se pretende con la amnistía es derivar al pasado un hecho que aún tiene vigencia, y que es típico y punible, pero lo vuelven no punible. Sigue siendo típico, pero consideran que ya no pueden seguir persiguiendo su castigo. "La amnistía implica el desconocimiento legal de la comisión de un hecho punible, consiste entonces en olvidar el propio delito. Por tanto, sus efectos son de carácter general –impersonal– porque va dirigido a todos los sujetos del delito particular, tanto a los condenados como a los que se encuentran en investigación y perseguidos"[11].

En la amnistía se puede distinguir una amnistía *propia* y otra *impropia*. En 9
la amnistía propia se da antes de que se haya agotado la comprobación judicial del delito; impropia, si interviene después de una sentencia irrevocable de condena[12]. La consecuencia de la propia es de una eficacia abolitiva completa. La impropia, en cambio, deja persistir los efectos penales que no entran entre las penas accesorias, y, por lo tanto, pese a la amnistía, la condena constituye título para la agravación de la pena establecida a cargo de los reincidentes, para la declaración de habitualidad o profesionalidad en el delito, para la exclusión del beneficio de la suspensión condicional de la pena, etc."[13]. Esto como consecuencia de que la amnistía es una condonación del delito inclusive antes de dictarse sentencia, y no se refieren a personas determinadas, en eso se diferencia de los indultos que su ubicación es personal. De ahí que no se pueda hablar de indultos generales, los que siempre son particulares.

IV. La extinción de la pena por indulto

El indulto conforme a nuestra Constitución Política del Estado en el artículo 10
118 inciso 21 señala como atributo del presidente de la República "conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble (...)". El indulto es una forma de cortar la ejecución de la pena sea anulando la ejecución de la pena o disminuyendo su tiempo; en otras palabras, "el indulto consiste en la remisión total o parcial de la pena impuesta, o su conmutación

(11) Bramont Arias-Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* p. 481.
(12) Antolisei, F., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* p. 532.
(13) Ibídem, pp. 532-533.

por una pena más leve, subsistiendo alguno de sus efectos"[14]. Por tanto, no existen indultos generales solo particulares, a personas en concreto.

11 Un caso particular son los indultos y gracias presidenciales por razones humanitarias, que están dirigidos a los que padecen enfermedades terminales y no terminales irreversibles o degenerativas, los que, pese a enfermedades no terminales, la naturaleza de las condiciones carcelarias puede colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad, los afectados por trastornos mentales crónicos, irreversibles o degenerativos, y los mayores de sesenta y cinco años. En tanto para ese tipo de enfermedad o padecimiento el sistema penitenciario no cuenta con los medios ni recursos necesarios para sus tratamientos, que son altamente especializados como la petición que nos corresponde analizar; de esta manera estas personas no pueden prolongar sus vidas ni llevar su enfermedad con dignidad, teniendo en cuenta además que ellas ya no constituyen un peligro para la sociedad, por su estado delicado de salud.

12 Los indultos humanitarios se fundan en el artículo 1 y 44 de la Constitución Política del Perú, asimismo del Decreto Supremo N° 04-2007-JUS que crea la comisión de gracias presidenciales del Ministerio de Justicia y su reglamento. Se apoya en el principio de humanidad de las penas, el mismo que se encuentra acogido artículos 1, 2 incisos 2 a 24 y 3 de la Constitución Política, cuyo cometido substancial no es otro que la garantía del "respeto a la dignidad humana", que restringe estrictamente el Derecho penal en cuanto supedita la razón del derecho al reconocimiento de la humanidad de la persona, y supedita la propia noción de la justicia a las reales exigencias de la sociedad.

13 A favor de la fundamentación jurídico-normativa del principio de humanidad confluyen bases éticas, utilitarias y políticas. Desde la perspectiva ética, la más genuina y consistente de todas, se afirma que solo un sistema penal adquiere legitimidad cuando se considera a la persona humana –y el delincuente lo es– como un fin y un valor en sí mismo. Por tanto, toda la acción del Estado debe estar guiada por el inquebrantable principio de respeto a la dignidad humana. Desde el punto de vista teleológico las penas y las medidas de seguridad han de perseguir la finalidad de la adaptación o inserción social del interno, por ello en caso de que padezcan una enfermedad incurable y/o irreversible no justifica que se continúe con su imposición.

14 La humanidad o el respeto a la dignidad humana como derecho ha de estar presente también en la ejecución de las propias sanciones penales: las

(14) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros, *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* p. 590.

circunstancias en que la pena se ejecuta deben ser proclives al respeto de la dignidad humana del condenado, lo que quiere decir que los establecimientos penitenciarios deben ser en su estructura, dotación y funcionamiento adecuados para no perjudicar dicha finalidad. En el caso de una persona que padezca de una enfermedad incurable, incapacitante o irreversible, ya no necesita de la imposición de una pena.

La llamada falta de necesidad de pena es una consideración valorativa de 15
utilidad. La protección penal ha de ser útil y reportar a la sociedad algún beneficio respecto de su conservación o estabilización por las expectativas normativas (necesidad de pena). Necesidad de pena no es otra cosa que idoneidad de los medios para cumplir con los fines trazados por la tutela del objeto valioso. Si los medios no son adecuados o no logran los resultados que se buscan, pese a la existencia del merecimiento de pena, se dice que la sanción penal es inútil o no hay necesidad de protección. Una conminación penal que no influya directamente sobre las personas, ni cognitiva ni emocionalmente, quizás podrá ser justa, pero en ningún caso será útil para la sociedad.

En nuestra historia de los indultos polémicos tenemos el caso del indulto 16
a José Enrique Crousillat López Torres Exp. N° 03660-2010-PHC/TC, el Tribunal Constitucional estableció algunos criterios para su revisión, el caso es que se había anulado el indulto que se le había concedido. En principio, para los magistrados constitucionales "el indulto es una potestad constitucionalmente instituida que permite al Presidente de la República intervenir a favor de un condenado y adquiere carácter definitivo. Así pues, la posterior revocatoria de lo ya concedido no resulta *prima facie* constitucionalmente admisible. La garantía de la cosa juzgada y su inmutabilidad contradicen esta posibilidad". Pero a continuación explica el supuesto que permite revisarlo: "sin embargo, no debe olvidarse que incluso la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada puede ceder ante supuestos graves de error. Así, por ejemplo, el ordenamiento procesal de la justicia ordinaria reconoce el recurso de revisión en el ámbito penal, o la cosa juzgada fraudulenta en el ámbito civil" (...).

En suma, la decisión de indultar a un condenado genera cosa juzgada y 17
como tal es inimpugnable y, por tanto, irrevocable administrativamente, e impide la posterior persecución penal por los mismos hechos. Sin embargo, a decir del Tribunal Constitucional, "ello no obsta que pueda ser objeto excepcionalmente de anulación en sede jurisdiccional. Naturalmente dicho control no versa sobre la conveniencia o no del indulto, pues ello resulta una materia reservada a la propia discrecionalidad del Presidente de la República, sino sobre su constitucionalidad". Pues el Tribunal Constitucional advierte que "siendo la

razón por la que se decidió conceder el indulto a José Enrique Crousillat López el grave estado de salud en el que presuntamente se encontraba este, y, como ha quedado demostrado, el error en que incurrió el Presidente de la República era de tal magnitud que se encontraba justificada en el caso la anulación del indulto, la demanda no puede ser estimatoria. Y es que si, como se ha expresado líneas arriba, el error no puede generar derecho, un indulto concedido bajo un error tan grave sobre el estado de salud torna en puramente aparente la motivación en la que se sustenta el mismo. Por tanto, la presente sentencia no solo declara que la resolución suprema cuestionada fue emitida por una autoridad incompetente, sino que el indulto es nulo, por las razones expuestas. En este sentido, la presente es en puridad una sentencia desestimatoria".

18 Finalmente, el Tribunal Constitucional establece que, "dado que la facultad presidencial de indulto genera efectos de cosa juzgada, su revocación por el propio Presidente de la República resultaba jurídicamente inviable, sin perjuicio de que aquel pueda ser controlado jurisdiccionalmente. De ahí que el indulto precise siempre de un estándar mínimo de motivación que posibilite un control constitucional". En ese sentido el profesor ZAFFARONI, quien también es miembro hoy de la Corte Interamericana de Justicia, señala "por ello, el principio de que el indulto no es revisable jurisdiccionalmente se halla limitado como cualquier otro acto de gobierno al control de sus motivaciones, porque resultaría aberrante para el fundamento democrático del ejercicio del poder que existan actos de gobierno más intocables que una ley. Por ello, el indulto es susceptible de control judicial cuando: a) recae sobre penas no indultables, ni conmutables, por ejemplo, delitos de lesa humanidad, b) afecta el derecho de defensa o el derecho a la verdad reclamado por el procesado, y c) no tiene motivación alguna, es decir, cuando no hay razones para el acto de gobierno"[15].

V. La extinción de la pena por la prescripción

19 En palabras de HANS WELZEL con la prescripción, por el transcurso del tiempo "se pierde el interés estatal en la persecución del delito; simultáneamente, la persecución de hechos muy lejanos se vuelve con el transcurso del tiempo, cada vez más difícil o prácticamente imposible"[16]. Los jueces supremos peruanos en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 señalaron que "La prescripción en el derecho sustantivo se define como el límite temporal que

(15) ZAFFARONI, E., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 688.
(16) WELZEL, H., *Derecho penal. Parte general*, p. 256.

tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado –pena abstracta–".

En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclu- 20
sivo de la acción persecutoria –de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú y artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público– y encargado de reclamar del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción –a su pretensión punitiva– y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible-prescripción de la pena".

Por la prescripción no se analiza si el imputado es responsable, solo que 21
el tiempo ha hecho fenecer la posibilidad de sancionar. En el caso de que el tiempo haya cumplido su finalidad no de borrar el delito, sino de hacer que sus efectos se hayan diluido con el tiempo. La prescripción de la pena implica la imposibilidad jurídica de materializar la sanción penal impuesta al responsable de una infracción penal, y, por tanto, de la responsabilidad penal adquirida. Se plantea en aquellos casos en los que transcurre un prolongado lapso temporal entre el momento de firmeza de una sentencia condenatoria, o el instante de su quebrantamiento, y la efectiva ejecución de la sanción impuesta. Sobre el fundamento de esta institución los argumentos son similares a los de la prescripción del delito. En este sentido, la imposición del castigo o su ejecución solo tiene sentido como reacción frente a un hecho si este resulta socialmente dañoso (principio de seguridad, o de necesidad de tutela), entendiéndose que tal dañosidad desaparece en los casos en los que ha transcurrido mucho tiempo entre el enjuiciamiento del hecho y el momento de ejecutar su sanción(17).

Con la prescripción, el transcurrir del tiempo libera irrenunciablemente 22
al procesado de la facultad punitiva del Estado. Liberarlo de la persecución penal, pero en este caso de la ejecución de la pena. "La imposición en virtud de sentencia firme de una pena o una medida de seguridad comporta necesariamente la ejecución de la pena o medida acordada. Sin embargo, si esto último no tiene lugar durante un largo periodo de tiempo –y ello, aunque solo

(17) file:///C:/Users/peru/Downloads/2015%2010%20Iuspoenale%20Extinci%C3%B3n%20de%20la%20responsabilidad%20penal.pdf.

sea porque el condenado se sustrae a su sometimiento al haberse fugado–, entonces la pena pierde su relación con el hecho. De ahí que también en este aspecto, la prescripción juegue un papel importante"[18]. "El poder del tiempo es una imagen familiar para toda persona, y un fenómeno bien conocido de todo jurista, porque los casos en que se reconoce ese poder por la legislación son múltiples, y son simples las dos formas fundamentales del curso del tiempo que crea y extingue derechos"[19].

23 Por ello, los fundamentos de la prescripción de la pena "deben hallarse en que el injusto y la retribución, al igual que el autor y el hecho, devienen con el tiempo más y más ajenos, de modo que la persecución o ejecución demasiado tardías estarían plenas de injusticias; además, sería ineficaz iniciar una persecución penal largos años después del hecho, ya que, las más de las veces, no se podrá disponer de material de prueba digno de confianza"[20]. La aplicación tardía de una pena ya no es un medio idóneo ni eficaz para obtener los fines que con la pena se buscan. Es decir, cuanto más rápida sea la persecución y la imposición de pena, más eficaces serán los efectos de estas; por el contrario, cuanto más tiempo tarde la persecución del delito y, por ende, la aplicación de la pena, tanto menos servirá para el logro de sus fines y tanto menos justa la considerarán el penado mismo y las personas que no hayan tenido participación en el delito.

24 Como acertadamente postula MERKEL: "Con el paso del tiempo, el delito y sus efectos caen en el campo de la historia, desapareciendo de la esfera activa del presente. De esta manera, la actividad de la justicia, que se encamina a la compensación del mal producido, pierde su objeto. Los efectos psíquicos del delito, la intranquilidad y la alarma, el temor, el odio, la necesidad de dar satisfacción al ofendido, el ansia de retribución y pago, etc., han desaparecido o no pueden ser alcanzados por la pena. Desaparece la importancia que el delito tiene como prueba y testimonio de una determinada situación interna del delincuente, y con ello pierde su sentido la pena"[21].

25 Siempre existió la posición contraria al uso de la prescripción tanto de la acción penal o de la pena como una forma de propiciar la impunidad, en tanto provoca que los procesados o sentenciados se fuguen y esperen el transcurso del tiempo para librarse de una condena. "Así, Bentham destaca que la

(18) JESCHECK, H. / WEINGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 989.
(19) MEYER, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 645.
(20) Ídem.
(21) MERKEL, A., *Derecho penal. Parte general*, pp. 254-255.

prescripción deja abierta una puerta a la impunidad e incita a la perpetración de los delitos. Saldaña la considera un premio a la ligereza del criminal que huye. Beccaria la niega para los delitos atroces. La escuela positiva italiana rehúsa su aplicación en caso de los delincuentes habituales, natos o locos, etc. Aunque con matices distintos el peso de todos estos argumentos se hace descansar únicamente en consideraciones preventivo-generales negativas: la pena deja de cumplir su papel intimidatorio(22).

VI. La extinción de la pena por cumplimiento de la pena

26 Cuando la condena haya sido totalmente cumplida, se extingue la responsabilidad penal. Al sentenciado no puede imponérsele una pena por un hecho que ya cumplió. Ninguna persona debe ser sancionada dos veces por lo mismo. Una forma natural de extinguir la pena es por el cumplimiento efectiva de la misma, esto supone que el condenado no ha podido descontar ningún tiempo de su pena y la ha cumplido en su totalidad, o también el supuesto que ha podido descontar el tiempo por redención, por estudio o trabajo, pero que sumados hacen la totalidad de la pena. El cumplimiento de la pena es solo para la parte penal, quedando incólume la posibilidad de reclamar el monto de la reparación civil o cualquier apremio de esta naturaleza. Conforme el artículo 2001 del Código Civil inciso uno, el plazo de prescripción de la acción que nace de una ejecutoriada es de 10 años. En posición crítica de esta opinión el profesor Mir Puig, por considerarla desafortunada, "parece traslucirse la idea de que la responsabilidad penal es como una deuda que se paga y extingue con el cumplimiento de la pena"(23).

27 El supuesto del cumplimiento efectivo de la pena está en relación a las condiciones establecidas en la sentencia, de modo y tiempo. Una cuestión compleja es aquella cuando en la parte resolutiva de la sentencia en el caso de una suspensión de la condena, se la vincula al cumplimiento de reparar el daño, entendemos que referidos al pago íntegro de la reparación civil, con la modificatoria del artículo 69 del Código Penal se ha condicionado la 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". Es decir, que la rehabilitación en la práctica no es automática, sino que deberá verificarse el pago o depósito de la reparación civil. Está

(22) Berdugo Gómez de la Torre, I. y otros, *Curso de Derecho penal, Parte general. Op. Cit.* p. 592.
(23) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 769.

claro que la pena queda extinguida con el cumplimiento, pero la rehabilitación que se encuentra dentro de los fines de la pena de reinserción social queda limitada al pago de la totalidad del monto impuesto, pero esto no limita la extinción de otros efectos de la pena como la imposición de penas accesorias.

VII. La extinción de la pena por exención de pena

28 La exención de pena es una forma de perdón judicial, supone por tanto que el juez ha resuelto por la culpabilidad del procesado, al que se le impone una sentencia condenatoria, pero, por las condiciones propias de la naturaleza de la acción no se ejecuta la pena. El profesor ROY FREYRE no encontraba una norma que haya servido de fuente en los códigos penales nacionales o extranjeros una norma similar[24]. De ahí que para el profesor BRAMONT ARIAS-TORRES, "la exención de pena puede ser calificada como una excusa absolutoria, en las que existe el delito –conducta típica, antijurídica y culpable– pero no se impone una pena"[25]. En cambio, para GARCÍA CAVERO "la exención de pena se encuentra regulada en el artículo 68 del Código Penal, en donde se le otorga al juez la facultad de eximir de pena cuando la responsabilidad del agente fuese mínima en un delito previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa. Se trata de un supuesto de perdón como el indulto, con la particularidad que dicha facultad no le corresponde al Ejecutivo, sino a los jueces penales de acuerdo con los parámetros definidos en el artículo 68 del Código Penal"[26], en la misma posición VILLA STEIN[27].

29 Ahora, si la finalidad del Derecho penal de acuerdo a sus principios de última ratio, o mínima intervención penal, y por tanto reserva la pena de privación de libertad solo para los injustos penales más graves, lo que es una forma de poner fin a una sanción. El fundamento de la exención de pena resulta de consideraciones de prevención especial y de oportunidad o merecimiento de pena. De modo tal que, en atención a las circunstancias del hecho punible, a las condiciones personales del autor o partícipe, o a la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, la respuesta punitiva aparece en el caso concreto como innecesaria o desproporcionada.

(24) ROY FREYRE, L., "Causas de la extinción de la acción penal y de la pena". En: *Comentarios al Código penal (arts. 78 al 91)*, p. 243.
(25) BRAMONT ARIAS-TORRES, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* p. 492.
(26) GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 732.
(27) VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 627.

La legislación peruana establece en el artículo 68 del Código Penal dos 30
requisitos para la procedencia de la exención de pena.

a) Cualitativo: está en función del tipo de pena conminada en la ley para 31
el delito cometido; señala que la medida es procedente si la pena prevista para el delito cometido es privativa de libertad no mayor de dos años o se trata de pena de multa o de pena limitativa de derechos.

b) Valorativo: toma en cuenta el grado de culpabilidad del autor o partí- 32
cipe; alude a que la culpabilidad del agente sea mínima.

Lo que llama la atención es que esta norma supone que el juez no impone 33
una pena sino lo declara exento de pena, es decir, que lo que en realidad sucede es que extingue la acción penal. En ese sentido Roy Freyre: "En todos los textos aludidos pertenecientes al CP la exención de responsabilidad o de pena es por motivo precedente o concomitante a la conducta imponible, lo que significa que no hay sanción que ejecutar y, por consiguiente, tampoco existe pena por extinguir"[28]. Su asidero lo tenemos entonces en el Código Procesal Penal en su artículo 475 inciso segundo: "El colaborador podrá obtener como beneficio premial, teniendo en cuenta el grado de eficacia o importancia de la colaboración en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho, los siguientes: exención de la pena, disminución de la pena, suspensión de la ejecución de la pena o remisión de la pena para quien la está cumpliendo".

VIII. La extinción de la pena por perdón del ofendido en los delitos de acción privada

La acción penal en su regla es pública, pero quedan excepciones en que 34
la acción penal es privada, es decir que la persecución de la sanción corresponde solo a los afectados, tenemos los casos de los delitos contra el honor y la intimidad, y que corresponden solo a los agraviados por ser bienes jurídicos personalísimos que no interesan más que a ellos. Si las querellas tienen la forma de una demanda, es obvio que una forma de ponerle fin a una condena sería cuando el afectado o agraviado manifiesta su deseo de perdonarlo. Bustos Ramírez hace la siguiente observación "Sin embargo, de acuerdo con el texto del CP, para la eficacia extintiva del perdón del ofendido no hay que atender a la naturaleza del delito, esto es, si es de acción privada o pública, sino al hecho de si la ley contempla o no esta posibilidad. De este modo, que

(28) Roy Freyre, L., "Causas de la extinción de la acción penal y de la pena". En: *Comentarios al Código penal (arts. 78 al 91). Op. Cit.*, p. 243.

la antigua regla general de que el perdón del ofendido no extingue la responsabilidad penal salvo en el caso de los delitos de acción privada, debe ser sustituida por otra que diga que el perdón del ofendido no extingue la responsabilidad penal, salvo en los casos previstos expresamente por la ley"(29).

35 Esta atingencia puede ser pertinente pues la regla es la acción pública y la acción privada es la excepción. La expresión perdón puede llevar a equívocos puesto que nos remite a asuntos de carácter emocional, es una renuncia a que sí siga ejecutando la pena. Se trata de delitos que por su naturaleza son leves. Sabemos que el afectado o agraviado una vez iniciada la acción penal no puede ponerle fin al proceso penal menos podría hacerle de la ejecución de una pena, pero como una excepción lo puede hacer en aquellos delitos que le corresponde la acción privada, y es que en estos como no participa el Ministerio Público es consecuencia lógica que el afectado pueda ponerle fin a la persecución penal. "En realidad, el requisito de la querella no descansa sobre un concepto unitario sino sobre distintas consideraciones político-criminales cuyo único enlace común consiste en el objetivo de evitar la imposición incondicional de la 'pretensión punitiva' del Estado ante intereses privados opuestos"(30):

36 La norma de comentario es escueta y no establece la forma que deberá manifestarse el "perdón" del ofendido. Tal como lo señala RAÚL ZAFFARONI, "El perdón del ofendido es otra de las causas personales que cancelan la respuesta punitiva en los casos de delitos de acción privada, perdón que la ley, para evitar arbitrariedades o extorsiones, extiende a cualquiera de los que participaron en el hecho. Esta decisión del ofendido debe hacerse valer ante el mismo tribunal de juicio de ejecución y debe ser dado en forma expresa"(31). Para su forma procedimental y evitar supuestos que el ofendido no sepa todos los alcances de su perdón, debería legalizar su firma ante el especialista judicial. Entendemos que se presenta ante el órgano que ejecuta la sentencia. Además, devela que la voluntad del ofendido deba ser manifiesta por medio de firma no siendo suficiente que el letrado patrocinante firme en su nombre. De la misma forma, "el perdón debe ser expreso y sin ningún tipo de condición, pues no debe ser utilizado por la víctima para obtener algún tipo de provecho, lo que se quiere en este tipo de procedimientos es reparar los daños ocasionados y conseguir nuevamente la paz entre los ciudadanos, no enriquecerse a raíz de un proceso"(32). Quien está legitimado para solicitarla en principio es el

(29) BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.* p. 229.
(30) JESCHECK, H. / WEINGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* p. 977.
(31) ZAFFARONI, E., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* p. 689.
(32) BRAMONT ARIAS-TORRES, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* p. 497.

ofendido directo; "legitimado para la querella es ante todo el ofendido, es decir, a quien corresponde el bien jurídico afectado en el momento del hecho"[33]. Es el caso que los ofendidos sean incapaces, menores de edad por ejemplo, considero que sería suficiente que su apoderado o representante legal puede otorgar el perdón, en razón que los menores no iniciaron la querella sino precisamente su representante, de igual forma sucedería que el agraviado hubiese fallecido, sus herederos están legitimados para continuar con el proceso.

IX. Bibliografía

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 8ª edición, corregida y aumentada. Temis, Bogotá, 1988; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, *Curso de Derecho penal, Parte general.* 2ª edición. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010; BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 4ª edición. Eddili, Lima, 2008; BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal.* Tomo I. Trotta, Madrid, 1997; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2008; JESCHECK, Hans Heinrich / WEINGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Comares, Granada, 2002; MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte general*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2013; MEYER, Max Ernest, *Derecho penal. Parte general.* B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2008; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2011; ROY FREYRE, Luis Eduardo, "Causas de la extinción de la acción penal y de la pena". En: *Comentarios al Código Penal (arts. 78 al 91).* 2ª edición. Grijley, Lima, 1998; VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 3ª edición. Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 2007; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general.* ARA, Lima, 2014; WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general.* Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1956; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 2ª edición. Ediar, Buenos Aires, 2008.

37

(33) JESCHECK, H. / WEINGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* p. 979.

§ 86
Plazo de prescripción de la pena

MIGUEL PIZARRO GUERRERO
Universidad Inca Garcilaso de la Vega
(Perú)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Comentario.....	1	573	II. Bibliografía.....	13	577

§ 86.- Plazo de prescripción de la pena

"El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal. El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme".

I. Comentario

Si la prescripción pone fin a la pena, es indispensable establecer plazos 1
para su cómputo, sabemos que el transcurso del tiempo resta importancia al interés de persecución del delito por parte del Estado y la sociedad; las pruebas pierden consistencia; el delincuente ha olvidado más o menos el delito, siendo frecuente que se haya regenerado y haga vida honrada, por lo que la condena muchos años después de la comisión del delito acarrearía daños casi siempre irreparables[(1)]. Conforme la norma de comentario el plazo de la prescripción de la pena es el mismo que el de la acción penal, por ello nos remitimos a este plazo, se entiende que el plazo de la prescripción de la pena es el plazo de la acción penal.

Los jueces supremos en el Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116 estable- 2
cieron lo que ha sido la línea jurisprudencial sostenida por toda la judicatura penal peruana: "El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80 regula lo concerniente al plazo ordinario y en el artículo 83 *in fine* hace referencia al plazo extraordinario". Una muestra de ese razonamiento lo tenemos en el R. N. N° 2105-2011, Sala Penal Permanente-Apurímac en su considerando Tercero: "Que el artículo setenta y ocho del Código Penal contempla varias razones que permiten extinguir la acción penal, en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva, estas razones

(1) RODRÍGUEZ DEVESA, J. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte general*, p. 681.

pueden tener como fundamento causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales basados en el principio de seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía)".

3 Así, según el parecer de la Corte Suprema, "la prescripción constituye una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos, que se traduce en la renuncia del Estado al *ius puniendi* por cuanto este no puede permanecer latente indefinidamente, eliminando así toda forma de incertidumbre jurídica al descartar la posibilidad de investigar un hecho criminal. En ese orden de ideas, el artículo ochenta del Código Penal establece un plazo ordinario de prescripción de la acción penal, la que opera cuando no ha sido posible aún la formación de causa, en cuyo caso se producirá la prescripción en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si fuera privativa de libertad; y en el supuesto de que ya exista un proceso penal instaurado o el Ministerio Público ya haya ejercitado la acción penal, el artículo ochenta y tres del mismo cuerpo normativo establece un plazo extraordinario, el cual se presenta cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción".

4 Es decir, de igual forma que existe un plazo ordinario que es el establecido como la pena impuesta y el plazo extraordinario conforme el artículo 83 del Código Penal, este se vence cuando *"el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción.* (...) Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82 del Código Penal" (AP N° 9-2007).

5 No, ha existido debate acerca del cómputo de la prescripción ordinaria, pero sí respecto a la prescripción extraordinaria, así tenemos que el profesor Bramont Arias-Torres señalaba: "También existe la *prescripción extraordinaria,* la cual opera cuando se ha interrumpido el plazo establecido para la prescripción ordinaria. De acuerdo al artículo 83 del Código Penal esto sucede: por actuación del Ministerio Público; por actuación de las autoridades judiciales; por la comisión de un nuevo delito doloso. El artículo 83 del CP establece dos hipótesis en las que opera la prescripción extraordinaria: Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia. La acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. Resulta más fácil entender estas hipótesis con un caso práctico.

Ejemplo 1: El delito tiene una pena máxima legal de 6 años. El delito 6
se ha realizado en 1993. El autor es denunciado por el Ministerio Público en 1995. Siguiendo la hipótesis "A": Al haber sido denunciado el autor en 1995, luego de 2 años de haber cometido el delito (1993), este tiempo transcurrido queda sin efecto y comienza a correr un nuevo plazo de prescripción a partir del día siguiente de la denuncia. Por lo que deben sumarse 6 años luego de 1995. Es decir, el delito prescribirá en el año 2001. Hipótesis B: en este caso, el delito prescribirá de todas maneras cuando el tiempo transcurrido sea igual al plazo ordinario de prescripción sumado en una mitad. Dado que el delito es sancionado con una pena máxima de 6 años, se le debe sumar la mitad de ella, es decir, 3 años. Por lo que el plazo máximo de prescripción es de 9 años. Dado que el delito se cometió en 1993, este prescribirá de todas maneras en el año 2002.

En el caso desarrollado, es mejor aplicar la hipótesis A. Ejemplo 2: El delito 7
tiene una pena máxima legal de 6 años. El delito se ha realizado en 1993. El autor comete un nuevo delito doloso en 1997. De acuerdo a la hipótesis A: se deben sumar 6 años luego de la interrupción (1997), por lo que el delito prescribiría en el año 2003. Pero, si al mismo caso le aplicamos la hipótesis B: no interesa cuándo fue interrumpida porque, siempre que haya interrupción se suma el plazo ordinario de prescripción más su mitad, es decir 6 años más 3 años, sería igual a 9 años, y el delito prescribiría de todas formas en el año 2002. En este ejemplo resulta mejor aplicar la hipótesis B"[2].

Con igual razonamiento un representante del Ministerio Público ha publi- 8
cado su opinión[3], "la doctrina y la jurisprudencia dominantes han diferenciado la prescripción ordinaria de la extraordinaria, en razón del plazo, estableciendo como regla que la ordinaria se da cuando el plazo es igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, mientras la extraordinaria, cuando sobrepasa el máximo más una mitad. Al parecer, la confusión radicaría en la norma establecida en el último párrafo del artículo 83 del Código Penal (CP), que señala: "Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción".

Lo que se cuestiona es que el cómputo para la prescripción extraordina- 9
ria sea hecho en forma automática y que toda interrupción de la acción penal suponga sumarle al plazo ordinario la mitad del extremo de la pena mayor. En

(2) Bramont Arias-Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general*, pp. 477-479.
(3) Fiscal adjunto superior Roberto Carlos Reynaldi Román, disponible en <https://legis.pe/la-prescripcion-extraordinaria-siempre-sera-igual-al-maximo-la-pena-fijada-mas-la-mitad/>.

palabras del opinante, "lo que sucede es que ni siquiera se entiende la naturaleza jurídica de la interrupción de la prescripción, cual es la de dejar sin efecto el tiempo transcurrido al momento de presentarse la causal de interrupción, implicando el comienzo de un nuevo plazo. Debe entenderse que esta es la regla y no como –equivocadamente– opina la doctrina y jurisprudencia dominantes, que la prescripción extraordinaria siempre será igual al máximo de la pena fijada, más la mitad". "El último párrafo del artículo 83 del CP, lo único que hace es fijar una garantía frente al exceso, pues lo que quiere comunicar, es que, en ningún caso, el plazo de prescripción puede sobrepasar el máximo más la mitad. Ello por poner un límite temporal razonable.

10 Pongamos el ejemplo del homicidio (Art. 106 del CP), que prevé una pena de 6 a 20 años. El plazo ordinario será de 20 años, pero si se interrumpe dicho plazo, comenzará uno nuevo, es decir, otros 20 años y no –sumados– 30, como erróneamente se cree. Aquí viene la diferencia. Si, por ejemplo, el plazo se interrumpe a los 5 años, el delito prescribirá a los 25 años, por cuanto la consecuencia de la interrupción es la de comenzar a correr un nuevo plazo, es decir, esperar los 20 años como límite máximo de pena legal establecida. Pero si la interrupción se da a los 15 años, no debemos esperar otros 20 años (que al final sumarían 35 años) como dice la regla, sino que, en este caso, la prescripción se dará a los 30 años (plazo máximo más la mitad), como garantía temporal impuesta por el legislador. Esta es la única interpretación razonable y no como equivocadamente se ha venido aplicando tal dispositivo legal. Argumentar lo contrario implicaría señalar que la consecuencia jurídica de la interrupción no es la de dejar sin efecto el tiempo transcurrido, sino la de sumar (simplemente) la mitad del plazo máximo.

11 Así, en todos los casos en que se verifique una causal de interrupción, la prescripción se daría en un tiempo igual al máximo más la mitad, circunstancia que vacía de contenido a la institución misma de la interrupción, pues su naturaleza no es la de sumar la mitad del plazo máximo, sino la de dejar sin efecto el tiempo transcurrido". Es coherente sostener que no puede realizarse una aplicación mecánica de la norma, y sin más en todos los casos aplicarse al máximo de la pena una mitad; sin embargo, la posición de la judicatura es contraria a realizar tales disquisiciones de interpretación más por una posición en muchos casos punitivista.

12 El cómputo del plazo prescriptorio se debe computar como lo señala la norma en forma explícita desde que la sentencia quede firme, es decir aquella sentencia que tiene la condición de consentida y ejecutoriada, y sobre la cual ya no existe ningún recurso impugnatorio en trámite. En términos formales

se ha emitido una resolución que la declare consentida. "El plazo se contará desde el día en el que la sentencia condenatoria quedó firme. Este plazo de prescripción se interrumpe por el comienzo de la ejecución de la misma o por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso. En el caso de revocación de la condena condicional o de la reserva del fallo condenatorio, la prescripción de la pena comienza a correr desde el día de la revocación. En este ámbito existe también una prescripción extraordinaria igual al plazo ordinario más una mitad"(4). En el caso de concursos delictivos el plazo se computa conforme lo establecido por la sentencia.

II. Bibliografía

BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 4ª edición. Eddili, Lima, 2008; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2008; REYNALDI ROMÁN, Roberto Carlos. Disponible en <https://legis.pe/la-prescripcion-extraordinaria-siempre-sera-igual-al-maximo-la-pena-fijada-mas-la-mitad/>; RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general.* Dykinson, Madrid, 1995.

13

(4) GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 731.

§ 87
Interrupción del plazo de prescripción de la pena

MIGUEL PIZARRO GUERRERO
Universidad Inca Garcilaso de la Vega
(Perú)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Comentario	1	579	II. Bibliografía	7	580

§ 87.- Interrupción de la prescripción de la pena

"Se interrumpe el plazo de prescripción de la pena, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, por el comienzo de ejecución de la misma o por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso.

Una vez interrumpida la prescripción, comenzará a correr de nuevo, si hay lugar a ello, como si antes no se hubiese iniciado.

En los casos de revocación de la condena condicional o de la reserva del fallo condenatorio, la prescripción comienza a correr desde el día de la revocación.

Sin embargo, la pena prescribe, en todo caso, en los mismos plazos de la acción penal".

I. Comentario

La interrupción es la forma en que se deja de contar el plazo. "La interrupción es una acción que impide el transcurso del plazo; sin embargo, no paraliza el plazo, sino que, en un acto, deja sin vigor el plan ya transcurrido y pone en vigor uno nuevo. Esa intervención, que es posible en tanto la prescripción no se haya completado y, que puede repetirse a voluntad, está ligada a los siguientes presupuestos"(1). 1

Al igual que en el artículo 83 del CP la prescripción se interrumpe en ese caso conforme la casación N° 347-2011-Lima por las actuaciones del Ministerio Público que interrumpe el plazo ordinario de la prescripción: "debemos determinar en el caso concreto cuales son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura 2

(1) MEYER, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 652.

las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues solo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada; pues aun cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si este no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal; ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, su derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros

3 En consecuencia, las actuaciones del Ministerio Público respecto de otros procesados, no interrumpen el plazo ordinario de prescripción de una persona que aún no ha sido incluida como partícipe en la investigación o procesamiento del hecho delictivo, ni pueden sus efectos serles extensivos; por ello, el artículo ochenta y ocho del Código Penal, establece que los plazos de prescripción corren, se interrumpen o suspenden en forma separada para cada uno de los partícipes del hecho punible".

4 En el presente artículo la prescripción de la pena se interrumpe en dos supuestos: a) por el comienzo de ejecución de la misma; y b) por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso.

5 En el primer supuesto, una pena se ejecuta con las medidas judiciales para su cumplimiento; en el segundo supuesto con la comisión de un delito que debe ser doloso, pero literalmente el haber sido "aprehendido", es decir detenido.

6 Otros supuestos de interrupción son aquellos desde el día de la revocación de la condena condicional o revocación de la reserva del fallo condenatorio. La interrupción produce que el tiempo trascurrido no se tome en cuenta, pero otorga un límite con la fórmula legal "en todo caso, en los mismos plazos de la acción penal".

II. Bibliografía

7 MEYER, Max Ernest, *Derecho penal. Parte general.* B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

§ 88
Individualización de la prescripción

MIGUEL PIZARRO GUERRERO
Universidad Inca Garcilaso de la Vega
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Comentario	1	581

§ 88.- Individualización de la prescripción

"La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible".

I. Comentario

La continuidad de la prescripción, su suspensión o interrupción son situa- 1
ciones diferentes, una prescripción se inicia y continua con las medidas de ejecución, la suspensión se remite a situaciones que deban resolverse en otro procedimiento, y la interrupción produce que no se tome en cuenta el tiempo trascurrido, todos estos supuestos tienen en común que son situaciones diferentes para cada uno de los partícipes de un hecho delictivo en común. El artículo 26 del CP prescribe la incomunicabilidad en las circunstancias de participación. De tal forma que las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible. Por lo que es posible que se presenten supuestos donde hayan participado varias personas y es obvio que puedan ocurrir varias situaciones como las siguientes: a) que existan sentenciados que cometan otro delito doloso; b) que se les haya revocado la condena condicional; y c) que se les haya revocado la reserva del fallo condenatorio.

§ 88-A
Imprescriptibilidad de la pena y la acción penal

ROXANNA REYES TELLO
Notaria pública
(Perú)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Generalidades	1	583	III.	Carácter excepcional de la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal	6	585
II.	Carácter general de la prescripción de la pena y la acción penal	3	584	IV.	Perspectiva crítica	8	585

§ 88-A.- Imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena

"La pena y la acción penal son imprescriptibles en los delitos previstos en los §§ 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".

I. Generalidades

Mediante el § 2 de la Ley N° 30838 publicada el 04/08/2018 se incor- 1
poró al Código Penal peruano el § 88-A que consagra la imprescribilidad de la pena y la acción penal. Hasta esa fecha –como se verá más adelante–, el Código Penal peruano solo contemplaba lo que podría llamarse como formas agravadas de prescripción de la acción *penal y de la pena*.

Pues bien, el § 88-A del Código Penal regula nuevas formas agravadas de 2
la persecución penal, tanto en su modalidad de ejecución penitenciaria como en su modalidad procesal. Se trata de la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal en los delitos de trata de personas (§ 153 del CP), trata agravada de personas (§ 153-A del CP), explotación sexual (§ 153-B del CP), esclavitud y otras formas de explotación (§ 153-C del CP), contra la libertad sexual (Cap. IX), proxenetismo Cap. X), ofensas al pudor público (Cap. XI) que se encuentran previstos dentro del Título IV del Libro Segundo del Código Penal. Dicha problemática es analizada en los ítems siguientes.

II. Carácter general de la prescripción de la pena y la acción penal

3 Como puede verse en los §§ 80 y 86 del Código Penal –que regulan los plazos de prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente–, por regla general, la acción penal y la pena prescriben después de un determinado tiempo.

4 En tal sentido, el § 80 establece que la *acción penal* prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad. En el mismo sentido, se señala que, en caso de *concurso real de delitos* (*Realkonkurrenz*), las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada delito. Del mismo modo, se consagra que en caso de *concurso ideal de delitos* (*Idelankonkurrenz*) las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave. Para los delitos sancionados con *pena de cadena perpetua* (*lebenslange Freiheitsstrafe*), el § 80 del Código Penal refiere que la prescripción de la acción penal será no mayor de treinta años. En los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o por integrantes de organizaciones criminales, el § 80 establece que el plazo de prescripción de la acción penal se duplica. Por último, el § 80 establece que en los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años. Por su parte el § 86 del CP establece que el plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal.

5 Como puede verse, conforme a los §§ 80 y 86 del Código Penal peruano, existe un tiempo determinado para ejercitarse la acción penal y para imponerse una pena. Después de transcurrido dicho plazo el Estado pierde toda capacidad jurídica para perseguir o imponer sanciones penales a los autores y partícipes de un hecho delictivo. Ello es una consecuencia de las garantías que ofrece el Derecho penal de un Estado Constitucional de índole democrática. En ese contexto, cabe preguntarse ¿dónde radica el fundamento de la prescripción de la acción penal y de la pena? Al respecto, en la literatura científica se sostiene –con acierto– que el fundamento de la prescripción de la acción penal y de la pena (*Grundlage der Strafverfolgungs- und Strafverjährung*) radica en dos consideraciones: por un lado, se encuentra la falta de necesidad preventivo-general y preventivo-especial de perseguir el delito y de imponer una pena, respectivamente; es decir, no existe una necesidad prospectiva de la pena. Por otro lado, se encuentran las *garantías del Estado Constitucional Democrático* (*Garantien des demokratischen Verfassungsstaats*) que demandan la vigencia solo de instituciones políticas y jurídicas racionales, las cuales en el ámbito

punitivo se expresan en la no persecución perpetua de los autores y partícipes de un hecho punible cuando ya no existen consideraciones racionales para su persecución o encarcelamiento. Pues bien, estas dos consideraciones se materializan en la prescripción de la acción penal (§ 80 del CP) y de la pena (§ 86 del CP), conforme a las cuales el plazo que posee el Estado para perseguir a los autores y partícipes de un delito e imponerles una pena no es ilimitado, sino solo temporal.

III. Carácter excepcional de la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal

Pese a lo dicho, en la perspectiva del legislador peruano existen situaciones excepcionales en que –al menos en teoría– esa misma racionalidad que fundamenta la prescripción de la acción penal y de la pena también fundamenta la imprescriptibilidad de estas. Tal situación especial se presentaría cuando se cometen –así denominados por el legislador– delitos muy graves (por ejemplo, delitos de lesa humanidad, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, delitos cometidos por organizaciones criminales, etc.), los cuales –por su propia naturaleza– menoscabarían en forma muy intensa la conciencia jurídica de la sociedad. 6

Es en dicho escenario que ha sido formulado el § 88-A, el cual consagra la imprescriptibilidad de ciertos delitos, los cuales –desde la perspectiva del Estado– poseen una gravedad tan intolerable que no es posible dar cabida a su prescriptibilidad. En nuestra opinión, de todos los delitos declarados imprescriptibles por el § 2 de la Ley N° 30838 solo es posible defender la imprescriptibilidad de algunas formas de explotación (§ 153-B del CP) y esclavitud sexual (§ 153-C del CP), algunas modalidades de delitos contra la libertad sexual (§§ 172, 173 y 177 del CP) y algunas formas de proxenetismo (§§ 181-A, 181-B). En los demás supuestos, como se verá más adelante, la imprescriptibilidad es insconstitucional. 7

IV. Perspectiva crítica

Como ya se ha dejado establecido en el ítem precedente, desde nuestra perspectiva, la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena –si es que es posible y legítimo plantear su fundamentación– solo deben tener cabida en forma muy extraordinaria y solo para delitos extremadamente graves, que socaban las bases más profundas de la conciencia jurídica de la sociedad. En tal sentido, a nuestro juicio, resulta ilegítima y, sobre todo, inconstitucional la imprescriptibilidad de muchos delitos que la Ley N° 30838 califica como 8

imprescriptibles. Ese es el caso de los delitos de trata de personas (§ 153 del CP), trata agravada de personas (§ 153-A del CP), explotación sexual (§ 153-B del CP), esclavitud y otras formas de explotación (§ 153-C del CP), la mayoría de delitos contra la libertad sexual (§§ 170, 171, 174, 175, 176 algunas formas delictivas del § 177 y el injusto penal del § 178 del CP), la mayoría de los delitos de proxenetismo (§§ 179, 179-A, 180, 181) y los delitos de ofensas al pudor público (§§ 182-A, 183, 183-A y 183-B).

9 El rechazo a la calificación de dichos injustos penales como imprescriptibles radica en el hecho de que si bien los tipos penales mencionados poseen una naturaleza grave no es menos cierto que tal gravedad no amerita su imprescriptibilidad, porque la gravedad de los mismos no lacera las fibras más esenciales de la conciencia jurídica colectiva. Para constatar tal afirmación basta con comparar la gravedad de dichos injustos penales con los delitos de homicidio en cualesquiera de sus formas dolosas (§§ 106, 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C), de donde se infiere que los delitos contra la vida poseen una mayor gravedad que los delitos de trata de personas y explotación sexual, pues tanto el objeto de protección como –en la mayoría de casos– los marcos penales abstractos más altos de los primeros respecto de los segundos demuestran la mayor gravedad de los delitos contra la vida. Sin embargo, contra toda lógica y ponderación constitucional, el legislador considera como prescriptibles los delitos más graves (v. gr., delitos dolosos contra la vida humana independiente) y como imprescriptibles otros delitos menos graves (trata de personas y explotación sexual, delitos contra la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público).

10 Por otro lado, tanto la Constitución como el Código Penal han sistematizado en forma jerárquica los valores jurídicos fundamentales que rigen en la sociedad peruana. En dicha sistematización y/o jerarquización el respeto a la vida es más importante que el respeto a la libertad sexual y otros valores; por consiguiente, la infracción del deber "No menoscabar la vida ajena" es más grave que el menoscabo del deber "No arrogarse la libertad sexual de terceros en contra de las voluntades de estos". En consecuencia, si la infracción del deber jurídico-penal "Respetar la vida ajena" es más importante que el deber "respetar la libertad sexual de terceros" y a pesar de ello su vulneración no es de carácter imprescriptible, entonces el menoscabo de la libertad sexual –en contra de lo que prescribe el § 2 de la Ley N° 30838– en modo alguno puede ser de índole imprescriptible.

11 Finalmente, cabe precisar que existen consideraciones político-criminales en contra de la imprescriptibilidad de –entre otros– los delitos contra la

libertad sexual. Ello se evidencia en los supuestos que se agrede sexualmente a un menor de edad, porque el agente, a efectos de no ser identificado por la víctima y de ese modo correr el riesgo de ser perseguido de por vida, optaría por matar o desaparecer al sujeto pasivo luego de haberla violado, ya que ello le permitiría no ser perseguido indefinida e ilimitadamente. Algo similar ocurre con la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena en los denominados delitos de ofensas al pudor público, toda vez que la naturaleza imprescriptible de dichos injustos penales quebranta los principios de proporcionalidad, humanidad y última ratio o intervención mínima que fundamentan el Derecho penal del Estado Constitucional Democrático.

En dicho escenario, como ya se ha establecido al comienzo de este ítem, la 12
imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena debe estar reservada únicamente para determinados delitos que ponen en entredicho no solo la conciencia jurídica de la sociedad, sino la propia existencia o funcionamiento del Estado, por ejemplo, los delitos de terrorismo, determinados delitos contra la vida y la libertad sexual o ambulatoria, algunas figuras delictivas de tráfico ilícito de drogas y algunas formas de trata de personas, explotación y esclavitud sexual.

§ 89
Indulto y amnistía

CARLOS ERNESTO RODAS VERA
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. El indulto. Orígenes, fundamentos político-criminales y naturaleza jurídica	1	590
1. Sus orígenes vinculados al poder absoluto y discrecional	1	590
2. Fundamentos político-criminales del indulto.	3	591
2.1. El indulto como mecanismo para evitar actos injustos	4	591
2.2. El indulto como instrumento favorecedor de la prevención especial positiva	6	592
2.3. El indulto y el principio de humanidad	7	593
3. Naturaleza jurídica	9	593
4. Antecedentes legales y su compatibilidad con otros valores constitucionales	10	594
II. La amnistía. Antecedentes y naturaleza jurídica	11	595
III. Regulación jurídica del indulto y la amnistía. Sus consecuencias jurídicas	12	595
IV. Diferencias entre indulto y amnistía, conmutación de pena y gracia presidencial	14	597
V. Clases de indulto. El indulto común y el humanitario	17	598
VI. Limitaciones a las facultades de conceder indultos y amnistías	23	599
1. Limitaciones formales al indulto. El carácter excepcional del indulto, su interpretación restrictiva y la exigencia de suficiente motivación	24	599
2. Limitaciones materiales al indulto. La prohibición de otorgar indultos en casos de crímenes de lesa humanidad, delitos de secuestro, extorsión, violación sexual de menor de edad, sicariato y conspiración para el delito de sicariato	26	600
3. Límites materiales y formales referidos a la amnistía	35	602
VII. Voces críticas contra el indulto	40	603
1. Críticas por afectar la división de poderes, la proscripción de la arbitrariedad y la seguridad jurídica	41	604
2. Críticas por afectar el principio de igualdad, limitar el principio de proporcionalidad de las penas y los fines preventivos de la pena	42	605
3. Críticas por limitar el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y generar el efecto "desmoralizador de los operadores jurídicos"	43	605
VIII. Recapitulación	44	606
IX. Bibliografía	50	607

§ 89.- Amnistía e indulto

"La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él. El indulto suprime la pena impuesta".

I. El indulto. Orígenes, fundamentos político-criminales y naturaleza jurídica

1. Sus orígenes vinculados al poder absoluto y discrecional

1 El indulto es una atribución, facultad o potestad del Presidente de la República de eximir, suprimir o perdonar el cumplimiento de una pena impuesta por el Poder Judicial. En latín la palabra *indultus* ("concesión, permisividad") está relacionada con el verbo *indulgere* ("ser indulgente o benevolente, hacer una concesión")[(1)], y hace referencia a una antigua práctica de otorgar perdones o hacer concesiones.

2 Esta institución es tan antigua como el castigo y se tiene conocimiento que ya era practicada en sociedades y pueblos arcaicos, donde la justicia era venganza y la clemencia imponía el perdón[(2)]. En sociedades algo más organizadas los indultos eran otorgados por el soberano en su condición de representante de la divinidad en la tierra, quien concedía estas "gracias" como medio para equilibrar la justicia o simplemente lo hacía por favor, benevolencia o capricho[(3)]. En la Edad Media también aparece el poder de conceder gracias, pero esta vez en manos de múltiples titulares, quienes lo ejercieron de manera constante[(4)]. Posteriormente, en las monarquías absolutas, el monarca ejercía el poder de otorgar indultos de manera discrecional y en el contexto de una corrupción generalizada[(5)]. Con la Revolución francesa se reconoció el principio de división de poderes prohibiéndose el indulto en Francia para todos

(1) Ver origen de la palabra en <http://etimologias.dechile.net/> (consulta: octubre 2018). De igual forma el DRAE: "Indulto (del lat. *Indultus*)
1. m. Gracia por la cual se remite total o parcialmente o se conmuta una pena.
2. m. Gracia que excepcionalmente concede el jefe del Estado, por la cual perdona total o parcialmente una pena o la conmuta por otra más benigna".

(2) Estos "perdones" se encuentran recogidos en el Código de Hammurabi, los Libros Sagrados de la India, la Biblia, entre otros documentos. Ver Herrero Bernabé, I., "Antecedentes históricos del indulto". En: *Revista de Derecho UNED* N° 10, p. 687 ss.

(3) Herrero Bernabé, I., "Antecedentes históricos del indulto". *Op. Cit.*, p. 687 ss.

(4) Santana Vega, D., "Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)". En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 108, p. 53; Herrero Bernabé, I., "Antecedentes históricos del indulto". *Op. Cit.*, p. 693.

(5) Santana Vega, D., "Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)". *Op. Cit.*, p. 53.

los crímenes que se ventilaran por el procedimiento del Jurado; sin embargo poco después fue restablecido[6] y aceptado en diversas legislaciones, atribuyéndose a la figura del indulto algunos beneficios de carácter político criminal, tales como corrección de errores judiciales y condenas extremadamente crueles, deshacinamiento carcelario, entre otros. Actualmente el indulto pervive en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, aunque su práctica está sujeta a ciertas restricciones.

2. Fundamentos político-criminales del indulto

Se atribuye al indulto diferentes beneficios y/o fundamentos político- 3
criminales.

2.1. El indulto como mecanismo para evitar actos injustos

En primer lugar, se encuentran aquellas posiciones que consideran al 4
indulto como un mecanismo para lograr la justicia o evitar actos injustos. En este sentido se dice que el indulto sirve para corregir errores judiciales, dejar sin efecto la imposición de penas desproporcionadas o incluso enmendar excesos en la lucha contra el crimen[7]. En un sentido similar Valle Riestra defiende la concesión de gracias presidenciales como una forma de compensación democrática frente a un posible abuso de poder por parte de las fiscalías y juzgados penales[8]. A quienes consideran que el indulto sirve para corregir errores judiciales y la crueldad de ciertas leyes penales se critica que terminan convirtiendo a esta gracia presidencial en un mecanismo de control *supra* legislativo y judicial que atenta contra la división y separación de poderes. Además un indulto pensado con estos fines legitimaría el uso político del Derecho penal, pues perpetúa el círculo vicioso según el cual el Poder Ejecutivo fomenta leyes populistas y crueles, el Poder Legislativo las expide, el Poder Judicial las aplica imponiendo penas desproporcionadas, y finalmente el Ejecutivo concede indultos compensadores de la justicia[9].

(6) Sequeiros Sazatornil, F., "El control sobre la razonabilidad del indulto desde el plano constitucional". En: *La Ley* N° 6347, p. 2.

(7) Ver Gómez Paulet, N., "Reflexiones sobre las gracias presidenciales a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Jaililie". En: *JuS-Constitucional* N° 5, p. 88. Con referencias históricas sobre la primera amnistía dada por Pizarro, véase Valle Riestra, J., "Amnistía, indulto y gracia: cosa juzgada irrevocable e irrevisable". En: *JuS-Constitucional* N° 5, p. 58.

(8) Valle Riestra, J., "Amnistía, indulto y gracia: cosa juzgada irrevocable e irrevisable". *Op. Cit.*, p. 50.

(9) Santana Vega, D., "Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)". *Op. Cit.*, p. 73.

5 No obstante, en la práctica en nuestro país algunos indultos se fundamentan precisamente en equilibrar las injusticias generadas por leyes crueles. Así se concedió el indulto a una ciudadana condenada a 6 años 8 meses de pena privativa de libertad efectiva por la comisión del delito de violencia y resistencia a la autoridad. Entre los fundamentos para otorgarle el indulto se lee: "el bien jurídico protegido es de mínima lesividad y la pena que se le impuso es desproporcional en comparación con otros delitos que vulneran bienes jurídicos de mayor valor, conllevando penas menores"[10]. Como se puede apreciar, en estos fundamentos el Ejecutivo valora aspectos como la lesividad del bien jurídico protegido, la proporcionalidad abstracta de la pena, entre otros aspectos que en principio debieron ser valorados tanto por el Legislador al momento de expedir la ley penal y por el Poder Judicial al momento de imponer la pena. Otro ejemplo de cómo el indulto puede ser empleado para enmendar excesos en la lucha contra el crimen lo constituye la Ley N° 26655, mediante la cual se crea la Comisión Ad Hoc que tuvo como objetivo evaluar, calificar y proponer de forma excepcional la concesión del indulto para las personas injustamente procesadas o condenadas por terrorismo y traición a la patria, en virtud de la cual muchas personas obtuvieron su libertad. En estos casos en la práctica el uso ético del indulto como mecanismo para enmendar actos injustos ha venido operando.

2.2. El indulto como instrumento favorecedor de la prevención especial positiva

6 También se atribuye al indulto favorecer a la prevención especial positiva y a los derechos humanos de los internos. Se dice que el indulto evita el efecto pernicioso de la cárcel en personas que han cometido delitos por primera vez, permite el deshacinamiento carcelario y en esa medida sirve para proteger los derechos de los internos. En este sentido es muy frecuente leer en los fundamentos de resoluciones que conceden el indulto que "estamos ante un condenado que por primera vez ha cometido un delito", de tal manera que resulta una regla no escrita que el indulto se concede con mayor frecuencia en estos casos[11]. Con relación al deshacinamiento carcelario, desde el año 1997 la Defensoría del Pueblo señala en sus informes que el indulto, el derecho de gracia y la conmutación de penas pueden constituir un mecanismo para salvaguardar los derechos humanos de las personas privadas de libertad, disminuyendo el

(10) Resolución Suprema N° 108-2016-JUS de fecha 27 de julio de 2016.

(11) Gómez Paulet, N., "Reflexiones sobre las gracias presidenciales a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Jaililie". *Op. Cit.*, p. 88.

hacinamiento penitenciario y atendiendo casos de internos en especial situación de vulnerabilidad[12].

2.3. El indulto y el principio de humanidad

También se ha invocado a favor del indulto el llamado *principio de humanidad*. Sobre esta base, se señala que esta gracia presidencial puede impedir que internos con enfermedades terminales o graves pierdan la vida en las cárceles. Al respecto la Resolución Ministerial N° 162-2010-JUS, que aprueba el Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales, en su artículo 31 estatuye el llamado "indulto humanitario" como aquel que se otorga a los condenados que padecen enfermedades terminales, o aquellos casos de internos que si bien no padecen enfermedades terminales, no obstante sufren de enfermedades o trastornos mentales graves irreversibles y degenerativos, donde las condiciones carcelarias pueden colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad. En todos estos casos se invoca al indulto como una figura que permite la realización del llamado principio de humanidad. 7

En suma, si bien el indulto se originó como acto arbitrario y absoluto de quien ostentaba el Poder de castigar; actualmente es aceptado en el marco de un Estado Constitucional bajo diferentes argumentos. Los llamados fundamentos político criminales del indulto marcan el camino para determinar cuándo el indulto es manifestación de un acto razonable y proporcional, y cuándo estamos frente a un uso arbitrario del poder. 8

3. Naturaleza jurídica

Desde sus orígenes y a lo largo de la historia, la concesión de "perdonar" una condena se presentó como un acto de poder revestido de un alto grado de discrecionalidad. El Tribunal Constitucional enmarca los indultos en el ámbito de la "discrecionalidad política"[13], señalando que es una facultad dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. A diferencia de los actos administrativos propiamente dichos, no existe una ley que regule de manera expresa y detallada el procedimiento y requisitos para conceder indultos, lo que nos revela que su naturaleza jurídica es la de un acto de gobierno y no 9

(12) Informe Defensorial N° 177, enero de 2018, p. 11.
(13) STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC.

la de un acto administrativo ni judicial[14]. En este sentido, al ser una facultad discrecional del Presidente de la República, el indulto *no* es un derecho de los condenados que pueda ser exigido judicialmente[15]. El condenado puede presentar su solicitud, observar correctamente todo el procedimiento regular, cumplir con todos los requisitos e incluso contar con una opinión técnica favorable; pero aun así, el Presidente no está obligado a concederle el indulto.

4. Antecedentes legales y su compatibilidad con otros valores constitucionales

10 Contrariamente a lo que se podría pensar, en nuestra historia constitucional esta facultad fue introducida como atribución exclusiva del Poder Legislativo. En las primeras diez constituciones la atribución de conceder indultos y amnistías correspondía al Poder Legislativo, reservándose al Presidente la atribución de conmutar penas[16]. En la Constitución de 1933 esta situación empieza a cambiar, autorizándose al Poder Ejecutivo conceder indultos solo en caso de receso parlamentario y únicamente a los condenados por delitos político-sociales. La Constitución de 1979 es la primera en conceder al Presidente de la República la atribución de conceder indultos, pero retuvo en manos del Poder Legislativo una restricción: "salvo los casos prohibidos por la ley" (Art. 211)[17]. La Constitución de 1993 recoge esta fórmula, pero elimina la frase "salvo los casos prohibidos por la ley", con lo cual algunos autores consideran que en el Perú el poder de indultar es ilimitado[18]. No obstante, actualmente se cuestiona que el indulto sea una atribución presidencial que pueda ser ejercida

(14) Gómez Paulet, N., "Reflexiones sobre las gracias presidenciales a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Jaililie". *Op. Cit.*, p. 93; Valle Riestra, J., "Amnistía, indulto y gracia: cosa juzgada irrevocable e irrevisable". *Op. Cit.*, p. 60.

(15) En este sentido, Valle Riestra, J., "Amnistía, indulto y gracia: cosa juzgada irrevocable e irrevisable". *Op. Cit.*, p. 62. Así también, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0012-2010-PI-TC, ha señalado que "ni el acceso al indulto, ni a la conmutación de pena, ni a la gracia, constituyen derechos fundamentales". Ver § 3, fundamento jurídico 13. En el caso de personas condenadas a muerte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 4 numeral 6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6 numeral 4), les reconocen el **derecho a solicitar** el indulto **en todos los casos**.

(16) Según Valle Riestra, esto se explica porque el indulto es una dispensa de la ley y, por consiguiente, solo puede concederse por el que tiene facultad de ampliar, restringir o modificar las leyes. Valle Riestra, J., "Amnistía, indulto y gracia: cosa juzgada irrevocable e irrevisable". *Op. Cit.*, p. 56.

(17) Además, la Carta de 1979 señala: "La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de cosa juzgada" (artículo 2, literal ll). Texto idéntico al que contiene la actual Constitución.

(18) Ver Valle Riestra, J., "Amnistía, indulto y gracia: cosa juzgada irrevocable e irrevisable". *Op. Cit.*, pp. 49-50, y sobre la regulación del indulto en las Constituciones del Perú, p. 59 ss.

con absoluta arbitrariedad. Además de las prohibiciones legales expresas existentes[19], las principales limitaciones a la facultad de otorgar indultos vienen de parte del Derecho internacional de los derechos humanos y de las sentencias del Tribunal Constitucional, quienes han establecido límites a la concesión del indulto a fin de hacer compatible esta gracia con los derechos humanos y otros valores constitucionales.

II. La amnistía. Antecedentes y naturaleza jurídica

11 Con relación a la amnistía, en las constituciones de 1823 y 1826 se señalaba que era facultad exclusiva del Congreso conceder "indultos generales o particulares"[20]. Desde la Constitución de 1828 aparece la "amnistía" como una atribución exclusiva del Congreso de la República, manteniéndose así en el artículo 102 numeral 6 de la actual Constitución Política. Mediante esta facultad, el Congreso establece que "determinados hechos, considerados originariamente ilícitos, dejaron de serlo. La consecuencia del olvido de la responsabilidad penal es la renuncia del Estado al ejercicio de la acción penal (extinción) así como a la ejecución de la pena"[21]. Con relación a su naturaleza jurídica, la amnistía tampoco se presenta como un derecho del beneficiado[22] sino una atribución del Congreso. Sin embargo, igual que facultad constitucional de otorgar indultos, la expedición de leyes de amnistía está sujeta a límites constitucionales y de derechos humanos[23].

III. Regulación jurídica del indulto y la amnistía. Sus consecuencias jurídicas

12 Constitucionalmente la figura del indulto aparece doblemente regulada, por una parte el artículo 118 numeral 21 de la Constitución señala que es una

(19) Se discute si a pesar de las prohibiciones legales expresas, el presidente puede conceder indultos humanitarios.

(20) De acuerdo Herrero Bernabé, I., "Antecedentes históricos del indulto". *Op. Cit.*, pp. 697-698, fue en *Las Partidas* donde se hizo una clasificación entre indultos generales y particulares sobre la base de la motivación de la indulgencia: por faustos acontecimientos (nacimiento de un hijo, victoria contra algún enemigo) se concedían los primeros y por ruego al monarca por servicios a él prestados se otorgaban los segundos. De acuerdo al autor, los perfiles definidos en *Las Partidas* van a permanecer a lo largo del tiempo, así fue asumida posteriormente por el Código Penal de 1822.

(21) Exp. N° 679-2005-PA, caso Santiago Martin Rivas, fundamento jurídico 20.

(22) Ibídem, fundamento jurídico 5.

(23) Ibídem, fundamento jurídico 21.

facultad del Presidente de la República[24], mientras que el artículo 139 numeral 13 encuadra sus *efectos* dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional: el indulto, igual que el sobreseimiento definitivo, produce efectos de cosa juzgada[25]. El artículo 85 numeral 1 del Código Penal establece que el indulto *extingue* la pena impuesta al condenado ("causa de extinción de la pena"), mientras que el artículo 89 señala que *suprime* la pena impuesta[26]. De este modo, el indulto aparece regulado como una facultad constitucional del Presidente de la República que exime, suprime o "perdona" el cumplimiento de la pena[27], pero no elimina ni olvida la comisión del delito, subsistiendo el deber de cumplir con el pago de la reparación civil[28]. Si el indultado comete un nuevo delito doloso y se cumplen además los requisitos de la reincidencia, el artículo 46-B del Código Penal obliga al juez a aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado por el tipo penal. Con relación a sus efectos legales, el indulto al producir efectos de cosa juzgada no solo exime de pena, sino que además hace inviable la presentación de impugnaciones dirigidas a revisar lo decidido a favor del condenado (cosa juzgada dimensión formal) y elimina "la posibilidad de volver a perseguir penalmente a la persona por los mismos hechos"[29] (cosa juzgada dimensión material). Por sus "efectos de cosa juzgada", la revocación del indulto no la puede realizar el propio Presidente de la República, ello –según el Tribunal Constitucional– resultaría "jurídicamente inviable"[30].

(24) Constitución Política del Estado
"Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República: (...) 21. Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria".

(25) Constitución Política del Estado
"Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

(26) La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 4 numeral 6 señala: "Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente". De igual forma el artículo 6 numeral 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: "Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos".

(27) "Puede eliminar las incapacidades civiles y políticas –en el caso de sentencia– si el decreto gubernativo es explícito al respecto, ya que las inhabilitaciones son una pena de por sí y un descrédito social". Valle Riestra, J., "Amnistía, indulto y gracia: cosa juzgada irrevocable e irrevisable". *Op. Cit.*, p. 67.

(28) Aunque el previo pago no es un requisito para acceder a esta gracia presidencial.

(29) STC Exp. N° 3660-2010-PHC/TC, caso Crousillat, fundamento jurídico 5.

(30) De otra opinión es el magistrado Vergara Gotelli, para quien "la decisión de un mandatario de declarar la nulidad de un indulto es excepcional y por causas extraordinarias". Ver STC Exp. N° 660-2010-PHC/TC, caso Crousillat, fundamento jurídico 14 de su voto.

La amnistía también aparece doblemente regulada como atribución constitucional del Congreso, cuyos efectos son relacionados con los principios y derechos de la función jurisdiccional y la garantía que confiere la prohibición de revivir procesos fenecidos. Así el artículo 102 numeral 6 de la Constitución señala que son atribuciones del Congreso: "Ejercer el derecho de amnistía", mientras que el artículo 139 numeral 13 señala como principio y derecho de la función jurisdiccional: "La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada". Por su parte, el artículo 89 del Código Penal señala que "[l]a amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él. El indulto suprime la pena impuesta". Sin embargo, también se trata de facultades sujetas a límites legales y provenientes de sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional. 13

IV. Diferencias entre indulto y amnistía, conmutación de pena y gracia presidencial

El indulto se diferencia de la amnistía porque es una facultad del Presidente, mientras que la amnistía es concedida mediante una Ley por el Congreso de la República. El indulto deja intacto el delito y el pago de la reparación civil, perdonando solo la pena; la amnistía en cambio va más allá eliminando legalmente el propio hecho delictivo. El Tribunal Constitucional ha señalado además que indulto y amnistía se distinguen también por sus límites: a diferencia del indulto, una ley de amnistía no puede comprender en sus alcances a una persona o un grupo de personas en particular, con exclusión de otras que se encuentren en los mismos supuestos que motivan su expedición(31). 14

Respecto a sus similitudes y diferencias con la conmutación de la pena, tanto el indulto como la conmutación de la pena son facultades o atribuciones presidenciales. Sin embargo, mientras que el indulto extingue la totalidad de la pena impuesta (o lo que resta por cumplir), la conmutación de la pena solo extingue una parte de ella, cambiando la pena mayor por una menor. En palabras del Tribunal Constitucional, podría decirse que se trata de un "indulto restringido", pues aunque no elimina la pena en su totalidad, sí extingue un determinado *quantum* de ella(32). 15

(31) STC Exp. N° 679-2005-PA/TC, caso Martin Rivas fundamento jurídico 25.
(32) STC Exp. N° 0012-2010-PI-TC, § 4, fundamentos jurídicos 33 y 34.

16 La gracia presidencial es una facultad que el Presidente otorga a una persona "procesada" por un delito, en aquellos casos donde la etapa de instrucción judicial haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. El también llamado "derecho de gracia", a diferencia del indulto, impide la investigación y esclarecimiento del hecho, con lo cual afecta el derecho fundamental a la verdad y a la tutela jurisdiccional efectiva. En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que la gracia presidencial es representativa de una mayor desprotección del derecho fundamental que fue afectado por la conducta investigada y su aplicación debe ser restringida[33].

V. Clases de indulto. El indulto común y el humanitario

17 La clasificación del indulto está prevista en la Resolución Ministerial N° 162-2010-JUS, que aprueba el Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales. Según este reglamento, existen dos clases de indulto: el común y el humanitario. De los artículos 25 y 26 del Reglamento se deduce que el indulto común procede en aquellos casos donde no exista un impedimento legal expreso. Para conceder el indulto común son referentes importantes el compromiso del solicitante de reincorporarse a la sociedad, que cuente con un informe social y psicológico favorable sobre su readaptación social, que explique detalladamente su proyecto de vida al salir, haber mostrado una buena conducta o haber realizado trabajos y/o estudios en el centro penitenciario. Si se tratara de un condenado por delitos sexuales, salvo las excepciones de ley (Art. 173 del CP), debe contar además con el informe médico previsto en el artículo 178-A del Código Penal sobre el resultado de su tratamiento terapéutico.

18 De acuerdo al artículo 31 del reglamento, el indulto humanitario está referido a los siguientes condenados:

19 (a) Los que padecen enfermedades terminales,

20 (b) Los que padecen enfermedades no terminales graves, que se encuentren en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad;

21 (c) Los afectados por trastornos mentales crónicos, irreversibles y degenerativos; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad.

(33) STC Exp. N° 0012-2010-PI-TC, § 5, fundamento jurídico 60.

En estos últimos casos juegan un rol trascendental la historia clínica del 22
solicitante, los informes médicos practicados por un médico perteneciente a algún centro hospitalario o por la Junta Médica Penitenciaria. Se discute si procede o no un indulto humanitario a pesar de las prohibiciones legales previstas o en casos de crímenes de lesa humanidad.

VI. Limitaciones a las facultades de conceder indultos y amnistías

El ejercicio de la atribución constitucional del indulto conlleva la limita- 23
ción del principio constitucional de proporcionalidad de las penas (prohibición por defecto), en la medida que deja sin efecto el cumplimiento mínimo de una pena que el legislador previó como proporcional y obligatoria para todos los ciudadanos que cometan un determinado delito. Además limita el derecho fundamental de todos los ciudadanos a la protección jurisdiccional de sus derechos fundamentales y representa una excepción a la plena concreción del principio de separación de poderes(34). En esta medida, la facultad constitucional del Presidente de indultar no puede ser absoluta y tiene limitaciones(35).

1. Limitaciones formales al indulto. El carácter excepcional del indulto, su interpretación restrictiva y la exigencia de suficiente motivación

En primer lugar, en cuanto a su forma, el indulto debe ser concedido de 24
manera *excepcional* y su *interpretación es restrictiva*(36). Además, debe ser *suficientemente motivado*(37). El nivel de exigencia de la motivación del indulto varía de acuerdo a cada caso concreto y depende de (a) la conducta perdonada y el nivel de desprecio contra la dignidad humana revela; (b) el derecho fundamental

(34) STC Exp. N° 0012-2010-PI-TC, § 4, fundamento jurídico 42. Con referencias doctrinarias Herrero Bernabé, I., "Antecedentes históricos del indulto". *Op. Cit.*, p. 694, nota 26.

(35) La STC Exp. N° 3660-2010-PHC/TC, caso Crousillat, señaló que "Se trata, además, de una facultad presidencial revestida del máximo grado de discrecionalidad; lo que no significa que se trate de una potestad que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y con la más absoluta arbitrariedad" (fundamento jurídico 3).

(36) STC Exp. N° 0012-2010-PI-TC, § 4, fundamento jurídico 42: "Su ejercicio debe ser apreciado como enteramente excepcional e interpretado restrictivamente".

(37) STC Exp. N° 0012-2010-PI-TC, § 4, fundamento jurídico 44: "No solo no es posible la dación de un indulto o conmutación de forma inmotivada, sino que dicha motivación debe estar sustentada en razones lo suficientemente poderosas como para contrarrestar la incidencia que la medida genera en los antedichos valores iusfundamentales".

vulnerado por dicha conducta; (c) el derecho fundamental que se pretende proteger con la concesión del indulto.

25 El Tribunal Constitucional sintetiza al respecto: "mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta "perdonada", y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto o la conmutación, y además, en función de las circunstancias del caso, mayor peso deberá revestir el derecho fundamental cuya protección se pretende alcanzar con la concesión del perdón"[38]. Un indulto que no cumpla con estas características puede ser sometido a un control jurisdiccional.

2. Limitaciones materiales al indulto. La prohibición de otorgar indultos en casos de crímenes de lesa humanidad, delitos de secuestro, extorsión, violación sexual de menor de edad, sicariato y conspiración para el delito de sicariato

26 En segundo lugar, el indulto tiene limitaciones referidas al tipo de delitos sobre los que puede recaer. El Tribunal Constitucional, basándose en la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Barrios Altos, ha señalado con relación al indulto que "existen ciertos actos delictivos que alcanzan tal nivel de violación de la dignidad del ser humano, que, en abstracto, la posibilidad de adoptar medidas que impidan la efectiva sanción, se encuentra proscrita", encontrándose dentro de este grupo los crímenes de lesa humanidad[39]. Sin embargo, la referencia que hace el TC a la "perspectiva abstracta" pareciera dejar abierta la posibilidad de que este criterio pueda variar de acuerdo a las particularidades del caso concreto. Asimismo la Corte Interamericana en el caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia señaló que, con relación a casos de violaciones a los derechos humanos: "el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, el indulto, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad (...)" (párrafo 97).

27 Otros límites vienen establecidos por la legislación, la cual establece que no se podrá otorgar indultos en casos de condenados por los delitos de secuestro,

(38) STC Exp. N° 0012-2010-PI-TC, § 4, fundamento jurídico 45.

(39) Textualmente: "47. ¿Son solo los crímenes de lesa humanidad los que resultan, desde una perspectiva abstracta, no indultables o conmutables? El legislador no lo considera así, pues por vía del artículo 2 de la Ley N° 28704, ha considerado que estas instituciones no son aplicables a quienes incurren en el delito de violación sexual de menores de edad". STC Exp. N° 0012-2010-PI-TC, § 4, fundamento jurídico 47.

extorsión, violación sexual de menor de edad, sicariato y conspiración para el delito de sicariato. Entre las principales leyes que introducen restricciones legales al indulto tenemos las siguientes:

– Mediante Ley N° 23490 publicada el 6 de noviembre de 1982, se excluye del beneficio de indulto a los autores de los delitos de tráfico ilícito de drogas, de prevaricato, violación en agravio de menores de 10 años de edad y de homicidios penados en los artículos 151 y 152 (del antiguo Código Penal). A pesar de su antigüedad, esta norma no ha sido derogada. Por su parte el Decreto Legislativo N° 824, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, del 24 de abril de 1996, estableció que los delincuentes primarios condenados por el delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los artículo 298, 300, 301 y 302 del Código Penal que hayan cumplido un tercio de pena privativa de libertad, sí podrán acogerse al beneficio del indulto por una sola vez. 28

– La Ley N° 26478, publicada el 14 de junio de 1995, excluye la posibilidad de otorgar indulto a los autores del delito de secuestro agravado, previsto en el último párrafo del artículo 152 del Código Penal. 29

– La Ley N° 28704, publicada el 5 de abril de 2006, establece en su artículo 2 la improcedencia del indulto, la conmutación de pena y el derecho de gracia a los sentenciados por el delito de violación de menor de edad tipificado en el artículo 173 del Código Penal[40]. 30

– La Ley N° 28760, publicada el 14 de junio de 2006 señala que no procede el indulto, la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los condenados por los delitos de secuestro y extorsión. 31

– El Decreto Legislativo 1181 publicado el 27 de julio de 2015, en su primera disposición complementaria final, prohíbe expresamente el derecho de gracia, amnistía, indulto y conmutación de la pena para los delitos de sicariato y conspiración para el sicariato, previstos en los artículos 108-C y 108-D del Código Penal. 32

Se discute si procede un indulto por razones humanitarias en crímenes de lesa humanidad o incluso en los casos explícitamente prohibidos por la ley. El Tribunal Constitucional no ha sido categórico al respecto. Con ocasión del indulto señaló que "existen ciertos actos delictivos que alcanzan tal nivel de 33

(40) Esta norma prohibía el indulto para los artículos 173 y 173-A, sin embargo, mediante Ley N° 30838 publicada el 4 de agosto de 2018, se derogó el artículo 173-A, referido a la violación sexual de menor de edad seguida de muerte.

violación de la dignidad del ser humano, que, *en abstracto*, la posibilidad de adoptar medidas que impidan la efectiva sanción, se encuentra proscrita"[41] (el resaltado es nuestro). Con esto deja abierta la posibilidad de que, en un caso concreto, sí se pueda conceder un indulto por razones humanitarias.

34 En esta controversia constituye un referente importante el artículo 4 numeral 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 6 numeral 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales reconocen el derecho de toda persona condenada a muerte a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, agregando lo siguiente: "los cuales podrán ser concedidos en todos los casos". La referencia a la pena de muerte, que evidencia el nivel de reproche del delito cometido, y sobre todo la autorización expresa dirigida a los funcionarios de conceder *en todos los casos* el indulto y la amnistía, evidencian la superioridad del derecho a la vida y deja abierta la posibilidad de conceder indultos y amnistías cuando el condenado adolezca de enfermedades terminales o las condiciones carcelarias pongan en grave riesgo la vida.

3. Límites materiales y formales referidos a la amnistía

35 La amnistía, igual que el indulto, puede afectar otros derechos y valores constitucionales, como el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y el derecho a la verdad[42], por lo que también ha sido objeto de límites materiales y formales.

36 Punto de partida es que las leyes de amnistía no pueden expedirse "en oposición a las obligaciones internacionales derivadas de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano"[43]. En este sentido, es de especial interés la sentencia de la Corte Interamericana en el caso La Cantuta vs. Perú, párrafo 153, donde señaló que "el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'.

(41) STC Exp. N° 0012-2010-PI-TC, § 4, fundamentos jurídicos 45, 46, 47.
(42) STC Exp. N° 679-2005-PA/TC, caso Martin Rivas, fundamento jurídico 29.
(43) Ibídem, fundamento jurídico 28.

Siguiendo esta línea, el Tribunal Constitucional señala que solo una "amnistía decretada de conformidad con los diversos límites a los que se encuentra sujeta, otorga la calidad de cosa juzgada constitucional a las resoluciones judiciales que se hubieran dictado en aplicación de ella, y confiere a sus beneficiarios la titularidad del derecho fundamental reconocido en el inciso 13) del artículo 139 de la misma Constitución"(44).

37 De igual forma, en el caso Barrios Altos vs. Perú, párrafo 41, restringió las disposiciones de amnistía para casos de violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A partir de esto, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0024-2010-PI-TC, fundamento 67, también excluyó la posibilidad de adoptar tales medidas ante un acto que constituya un crimen de lesa humanidad. Y en la sentencia recaída en el Exp. N° 679-2005-PA/TC, caso Martin Rivas, señaló que la amnistía no puede fundarse en un motivo incompatible con la Constitución.

38 Respecto a límites legales, el Decreto Legislativo N° 1181 publicado el 27 de julio de 2015, en su primera disposición complementaria final, en su momento prohibió la amnistía para los delitos de sicariato y conspiración para el delito de sicariato.

39 La expedición de leyes de amnistía sufre también límites formales. Así el Tribunal Constitucional ha señalado que "el dictado de una ley de amnistía (...) solo puede formalizarse en virtud de una ley ordinaria. Por tanto, además de respetar los principios constitucionales que informan el procedimiento legislativo, debe observar los criterios de generalidad y abstracción exigidos por el artículo 103 de la Constitución. Igualmente, las leyes de amnistía deben respetar el principio-derecho de igualdad jurídica, lo que impide que, previsto el ámbito de aplicación de la ley de amnistía, el legislador pueda brindar un tratamiento diferenciado que no satisfaga las exigencias que impone el principio de proporcionalidad"(45).

VII. Voces críticas contra el indulto

40 En un Estado Constitucional ningún derecho, libertad o valor es absoluto. El uso excepcional, razonado y motivado del indulto a partir de los

(44) Ibídem, fundamento jurídico 34.
(45) Ibídem, fundamento jurídico 24.

fundamentos político criminales antes expuestos permite aceptarlo y ejercer un control constitucional sobre esta gracia presidencial. De hecho, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial vienen ejerciendo controles sobre los actos de indulto otorgados por el Presidente de la República. Pueden citarse como ejemplo STC Exp. N° 03660-2010-PHC/TC, caso Crousillat, o la resolución de la Corte Suprema en el Control de Convencionalidad N° 0006-2001-4-5001-SU-PE-01, caso Alberto Fujimori. No obstante, existen voces críticas contra el indulto.

1. Críticas por afectar la división de poderes, la proscripción de la arbitrariedad y la seguridad jurídica

41 Se critica al indulto ser una intromisión del Ejecutivo en las decisiones firmes del Poder Judicial[46], que además abre las puertas a la arbitrariedad[47] y pone en peligro la seguridad jurídica. En el marco del Estado Constitucional, basado en la división o separación de poderes (Art. 43 de la Constitución), el Poder Judicial tiene la potestad exclusiva de administrar justicia (Art. 138 de la Constitución), declara la culpabilidad de una persona y le impone el cumplimiento de una pena luego de llevar a cabo un proceso penal revestido de etapas, garantías y plazos, sus sentencias deben ser debida y exhaustivamente motivadas; mientras que el indulto se presenta como una atribución presidencial discrecional y en la práctica sin mayor motivación, que deja sin efecto el cumplimiento de un extremo de la sentencia válidamente dictada por el Poder Judicial. Su carácter marcadamente discrecional trae consigo un descrédito adicional: permite que se utilice para favorecer a personas condenadas a cierto tipo de delitos, a partidarios o simpatizantes del Gobierno, incluso es previsible que pueda ser usado en negociaciones con grupos opositores o hacerlo rentable para el apoyo en votaciones. En suma, el indulto podría resultar en una intromisión ilegítima del Ejecutivo en el Poder Judicial, llevándonos a una "politización de la justicia" [48]. Todo control legal que se pretenda introducir en este sentido sería contrario a la naturaleza propia del indulto y operaría solo *ex post facto*, es decir, cuando ya ha sido concedido y publicado[49].

(46) SANTANA VEGA, D., "Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)". *Op. Cit.*, p. 56.
(47) Ibídem, p. 63.
(48) Ibídem, p. 58.
(49) Ibídem, p. 60.

2. Críticas por afectar el principio de igualdad, limitar el principio de proporcionalidad de las penas y los fines preventivos de la pena

42 De igual forma el indulto afectaría el principio de igualdad, pues conllevaría una aplicación diferenciada de las consecuencias legales previstas por la ley penal para la comisión del mismo delito: algunos condenados cumplen la pena en su totalidad y otros solo parcialmente o simplemente son eximidos del cumplimiento total de la pena por la concesión del indulto. Si el fundamento político criminal para aplicar el indulto fuera el "error en la aplicación de la ley" o "disminuir la crueldad de las leyes aplicadas", estas situaciones se presentan en muchos condenados por los mismos delitos y bajo las mismas circunstancias, sin embargo, no todos ellos solicitan el indulto, y no todos los que lo solicitan logran obtenerlo. El indulto conlleva la limitación del principio de proporcionalidad de las penas (en su manifestación de "prohibición por defecto", es decir, como prohibición de que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho), pues al dejar sin efecto el cumplimiento de la pena afecta de manera negativa la relación entre "dañosidad de la conducta" y "*quatum* de la pena" predeterminada por el legislador al momento de tipificar el delito, por lo que su uso desmedido podría anular los fines preventivos de la pena[50]. En este sentido, el indulto afectaría además los fines preventivos generales de la pena, en la medida que "irrumpe de forma abrupta en la estabilización que se pretende con la imposición de la pena"[51] (prevención general positiva), y en ciertos casos específicos, deroga la vigencia de la norma eliminando el efecto intimidante de la sanción penal (prevención general negativa).

3. Críticas por limitar el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y generar el efecto "desmoralizador de los operadores jurídicos"

43 Desde el punto de vista de las víctimas, el Tribunal Constitucional ha señalado que "el indulto y la conmutación de la pena, limitan el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales", en el entendido de que la sanción impuesta por el delito es una forma de protección sancionatoria singularmente efectiva para la defensa de los derechos fundamentales[52]. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha señalado

(50) STC Exp. N° 0012-2010-PI-TC, § 4, fundamento jurídico 35.
(51) SANTANA VEGA, D., "Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)". *Op. Cit.*, p. 75.
(52) STC Exp. N° 0012-2010-PI-TC, § 4, fundamento jurídico 40.

que "en un Estado de derecho las sentencias claman por ser cumplidas como exigencia implícita a la eficacia de la tutela judicial"[53]. Finalmente se atribuye críticamente al indulto la llamada "desmoralización de los operadores jurídicos"[54]. Sobre todo en determinados delitos, el Estado moviliza una gran cantidad de recursos para afinar estrategias legales en la lucha contra el crimen, logrando después de pacientes seguimientos capturas y la obtención de medios y fuentes de prueba vitales para el enjuiciamiento de los responsables. En este contexto de esfuerzo conjunto entre policías y fiscales, aparece el indulto como un mecanismo discrecional que es percibido como generador de impunidad y privilegios para cierto tipo de delincuentes.

VIII. Recapitulación

44 El indulto se originó como acto arbitrario y absoluto de quien ostentaba el *poder* de castigar; actualmente es aceptado en el marco de un Estado Constitucional bajo diferentes argumentos. Los llamados fundamentos político criminales del indulto marcan el camino para determinar cuándo el indulto es manifestación de un acto razonable y proporcional, y cuándo estamos frente a un uso arbitrario del poder.

45 El Tribunal Constitucional enmarca los indultos en el ámbito de la "discrecionalidad política". A diferencia de los actos administrativos propiamente dichos, no existe una *ley* que regule el procedimiento y requisitos para conceder indultos, lo que nos revela que su naturaleza jurídica es la de un acto de gobierno y no la de un acto administrativo ni judicial. Tampoco es un derecho exigible por el condenado.

46 En nuestra historia constitucional el indulto fue introducido como atribución exclusiva del Poder Legislativo. La Constitución de 1979 es la primera en conceder al Presidente la atribución de conceder indultos, pero retuvo en manos del Legislativo una restricción: "salvo los casos prohibidos por la ley" (Art. 211). La Constitución de 1993 recoge esta fórmula, pero elimina la restricción legal. No obstante, el indulto tiene límites.

47 Los límites formales del indulto son su carácter excepcional, su interpretación restrictiva y la exigencia de suficiente motivación de acuerdo a cada caso concreto, donde se debe tomar en cuenta (a) la conducta perdonada y el

(53) Santana Vega, D., "Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)". *Op. Cit.*, p. 80.
(54) Ibídem, p. 82.

nivel de desprecio contra la dignidad humana revela; (b) el derecho fundamental vulnerado por dicha conducta, (c) el derecho fundamental que se pretende proteger con la concesión del indulto.

Los límites materiales del indulto común son: la prohibición de otorgar- 48
los en crímenes de lesa humanidad, delitos de tráfico de drogas, secuestro, extorsión, violación sexual de menor de edad, sicariato y conspiración para el sicariato. Respecto al indulto humanitario, el artículo 4 numeral 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 6 numeral 4 del Pacto de San José permiten otorgarlo sin restricciones legales.

Un indulto que respete las limitaciones formales y materiales surte los 49
siguientes efectos: suprime la pena, pero no elimina el delito ni la reparación civil(55). En caso de indultados reincidentes, el juez debe aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal. Procesalmente hace inviable las impugnaciones (cosa juzgada formal) y descarta la posibilidad de nueva persecución contra el indultado (cosa juzgada material).

IX. Bibliografía

GÓMEZ PAULET, Noelia, "Reflexiones sobre las gracias presidenciales a tenor de la 50
sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Jaililie". En: *JuS-Constitucional* N° 5, 2008; HERRERO BERNABÉ, Ireneo, "Antecedentes históricos del indulto". En: *Revista de Derecho UNED* N° 10, 2012; SANTANA VEGA, Dulce, "Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)". En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 108; SEQUEIROS SAZATORNIL, Fernando, "El control sobre la razonabilidad del indulto desde el plano constitucional". En: *La Ley* N° 6347, Sección Doctrina, 26 de octubre de 2005; VALLE RIESTRA, Javier, "Amnistía, indulto y gracia: cosa juzgada irrevocable e irrevisable". En: *JuS-Constitucional* N° 5, 2008.

(55) Aunque el previo pago no es un requisito para acceder a esta gracia presidencial.

§ 90
Cosa juzgada

CARLOS PARMA
Universidad de Mendoza (Argentina)
ALEJO AMUCHÁSTEGUI
Universidad de Mendoza (Argentina)

Sumario

		Nm	P
I.	Consideraciones previas...	1	609
II.	Normativa nacional e internacional sobre la garantía de cosa juzgada	10	612
III.	La garantía de cosa juzgada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	15	613
IV.	La seguridad jurídica como fundamento central de la garantía de cosa juzgada .	23	614
V.	Requisitos de operatividad de la cosa juzgada	31	616
1.	Identidad personal....	33	617
2.	Identidad objetiva.....	37	617
3.	Firmeza de la resolución	44	619
VI.	Algunas cuestiones de la garantía de la cosa juzgada en el plano procesal	48	620
VII.	Posibilidad de existencia de cosa juzgada en ámbitos jurídicos diferentes...	53	621
VIII.	Bibliografía	56	622

§ 90.- Cosa juzgada

"Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente".

I. Consideraciones previas

"La sentencia es el acto procesal decisorio culminante del juicio, a través 1
del cual se resuelve sobre la pretensión deducida por los acusadores y la oposición hecha valer por la defensa; tanto con respecto al objeto principal –cuestión penal– como al eventual –cuestión civil si se hubiese planteado oportunamente–"[1]. Así la sentencia es: definitiva en oposición a interlocutoria. Es definitoria de la cuestión sustancial del proceso. Aparta al juez de todo conocimiento de la causa en la cual recae, es decir agota la competencia funcional del juez que la pronuncia. Es solemne al ser un acto escrito regulado por la ley, bajo amenaza de nulidad en lo relativo a las falencias en sus requisitos

(1) D'ALBORA, F., *Código procesal penal de la nación. Anotado, comentado, concordado*, p. 708.

fundamentales. Es ineludible por cuanto una vez agotado el contradictorio del debate no puede evitarse bajo ningún concepto ni demorarse más de lo legalmente permitido. Es de carácter declarativo en cuanto a la inocencia o la culpabilidad del imputado. Es imperativa e inmutable. Es vinculada con respecto a la imputación, pues debe guardar una correlación con los extremos de la acusación[2].

2 La cosa juzgada se la considera un efecto procesal que surge de "una decisión judicial firme y que imposibilita, como consecuencia, que lo decidido sea nuevamente examinado en el mismo proceso o en uno distinto"[3]. Desde una perspectiva sistemática, se la ha considerado como una "estructura inhibitoria" del poder de persecución penal del Estado[4].

3 La institución de la cosa juzgada[5] reviste una importancia fundamental en un Estado de Derecho y se considera una de las herramientas de protección para el acusado más trascendente, vinculándosela especialmente con la seguridad jurídica. Precisamente, se ha dicho que la cosa juzgada configura y tutela la seguridad jurídica que asiste a todo ciudadano, pues no está permitido juzgar a alguien dos veces por un mismo hecho. De ese modo, esta garantía se plasma a modo de prohibición o limitación para el ejercicio del poder penal[6].

4 Podemos anticipar escuetamente que se verifica cuando a partir de un procedimiento penal, se obtiene una resolución firme o ejecutoriada, sea de condena o de absolución, que provoca la imposibilidad de abrir un nuevo proceso al autor, por el mismo delito[7].

5 Asimismo, la garantía de la cosa juzgada implica que la persona no puede ser sometida a una doble condena, ni afrontar el riesgo de que ello suceda. En otras palabras, se ha dicho que la persecución penal del Estado, con la fuerza que su despliegue entraña, solo se puede poner en marcha una sola vez. La idea que subyace a esto es que el poder estatal es tan intenso que un ciudadano no puede estar sometido por segunda vez en relación a un mismo hecho[8].

(2) PARMA, C., *Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria*, fs. 19 ss.
(3) Así, GARCÍA CAVERO, P., *El carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales.*
(4) Cfr. PIÑA ROCHEFORT, J., *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad*, p. 332.
(5) En el presente comentario se denominará a la cosa juzgada como instituto o garantía, en forma indistinta.
(6) Sobre estos tópicos, véase FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 858.
(7) VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 529.
(8) Cfr. BINDER, A., *Introducción al Derecho procesal penal*, p. 167.

Resulta importante aclarar, por las distintas consecuencias que implican una y otra, las diferencias existentes entre cosa juzgada y *ne bis in idem*[9]. La primera se verifica cuando existe una sentencia judicial definitiva, sea de absolución o de condena. El segundo, cuando se intenta iniciar o proseguir con una persecución penal nueva, mientras hay una en curso por otro hecho y en relación al mismo sujeto imputado[10]. Sin perjuicio de lo referido, hay que decir que ambas se encuentran unidas por una estrecha vinculación, aunque es cierto que el alcance del principio de *ne bis in idem* resultaría más amplio que el que cabe asignarle a la cosa juzgada[11]. 6

También es importante destacar que la cosa juzgada rige por separado para cada uno de los intervinientes en el delito respectivo[12]. Así, la condena, la absolución o el sobreseimiento de uno de los sujetos sometidos a proceso no se puede extender a otro, sin perjuicio de que la motivación de la sentencia por la cual se absolvió o se condenó sea común o consista en una intervención delictiva conjunta. Por eso, la garantía de cosa juzgada rige en forma individual y no tiene efecto extensivo[13]. 7

Se suele distinguir en la doctrina entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La cosa juzgada formal tiene que ver con la característica de "inimpugnabilidad"de una resolución o sentencia judicial, en el marco de un mismo proceso, conformando de ese modo un efecto conclusivo. Por otro lado, la cosa juzgada material determina que la imposibilidad de que una causa o investigación pueda ser objeto de un procedimiento por segunda vez[14]. 8

En orden a la extensión de la cosa juzgada, la doctrina distingue entre cosa juzgada absoluta, objetivamente relativa y subjetivamente relativa, atendiendo a si la decisión puede ser impugnada o no. Se habla así de cosa juzgada absoluta en el caso de una resolución judicial que no puede ser objetada en ninguna de sus partes. Se trata de la cosa juzgada objetivamente relativa en el supuesto en que únicamente una parte de la decisión ha adquirido firmeza, cuando por ejemplo se recurre un aspecto de la misma o la cuestión 9

(9) Según MAIER, la expresión correcta sería *ne bis in idem* en lugar de *non bis in idem* (cfr. MAIER, Julio, *Derecho procesal penal: fundamentos*, p. 596, nota al pie 234).

(10) Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*, p. 440.

(11) CARO CORIA, D., "El principio del *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, pp. 655-683.

(12) ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, p. 435.

(13) Cfr. MAIER, J., *Derecho procesal penal: fundamentos. Op. Cit.*, pp. 605-606.

(14) ROXIN, C., *Derecho procesal penal. Op. Cit.*, p. 434.

civil. Y estamos en presencia de cosa juzgada subjetivamente relativa, cuando la sentencia puede ser impugnada aún por alguna de las partes intervinientes en el proceso[15].

II. Normativa nacional e internacional sobre la garantía de cosa juzgada

10 En cuanto a su previsión normativa, en el ámbito constitucional se encuentra prevista en el artículo 139, inciso 13, en donde se ordena "la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada"[16].

11 En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se halla en el artículo 8.4 CADH. En efecto, la Convención Americana dispone en el artículo precitado, que la absolución de una persona por medio de una sentencia firme, impide su sometimiento a un nuevo juicio por los mismos hechos.

12 Por su parte, en el plano universal, se la encuentra en el artículo 14.7 PIDCyP, plasmándose en términos similares a los previstos en la Convención Americana, pues se prohíbe el juzgamiento o sanción de una persona que previamente hubiera sido absuelta o condenada por una sentencia firme, de conformidad con las leyes y procedimientos que rigen en cada uno de los Estados miembros.

13 Por otro lado, no puede soslayarse la íntima vinculación entre la institución de la cosa juzgada y el debido proceso legal, desde la perspectiva constitucional a partir de lo previsto en el artículo 139.13 ya visto. Ello, porque establece una doble prohibición para evitar que un ciudadano absuelto por medio de una sentencia firme, pueda ser nuevamente sometido a un proceso judicial por los mismos hechos que fueron objeto de la sentencia primera.

14 Hay una circunstancia que parece interesante destacar y es la siguiente: si bien el instituto de la cosa juzgada se suele tratar en el ámbito del Derecho procesal, por tratarse de una garantía del justiciable, no puede soslayarse que también posee carácter material, de ahí su inserción en el Código Penal. Esto demuestra el lugar central que le ha querido dar el legislador, al ubicarla en

(15) Ibídem, p. 435.

(16) Expresamente prevé que: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 13.- La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

el plano del Derecho sustancial, que al ser considerada bajo esas coordenadas consigue una operatividad mayor que aquellas fijadas en el Código de forma[17].

III. La garantía de cosa juzgada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El análisis de la garantía de cosa juzgada a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con impacto directo sobre las decisiones internas, reviste particular importancia para la República de Perú, pues se han emitido varias sentencias de la Corte IDH en su contra[18]. 15

La Corte IDH, como intérprete directa de las disposiciones de la Convención, ha revelado en un caso contra la República de Perú, algunas características que debían contener las sentencias para que puedan ser consideradas en el marco de la garantía de cosa juzgada. Mejor dicho, acerca de cuáles eran las particularidades que debían tener para su operatividad en la temática. 16

Así, sostuvo que una sentencia de absolución dictada en la jurisdicción militar impedía una nueva persecución penal por los mismos hechos en sede ordinaria o civil. Es interesante destacar lo considerado por la Corte en cuanto a que la decisión de absolver del juez especial de Instrucción de la Marina debía ser equiparada, por su contenido y forma, a una resolución judicial emanada del ámbito civil[19]. 17

En la misma línea, en otro caso contra Perú, la Corte volvió a insistir con que la garantía que prevé el artículo 8.4 de la Convención alcanza también a las sentencias firmes de carácter absolutorio resueltas por tribunales de la justicia militar, vedando la realización de un nuevo juicio y una eventual condena por los mismos hechos, esta vez por parte de jueces civiles[20]. 18

En relación a los elementos constitutivos de la garantía de la cosa juzgada prevista en el artículo 8.4 CADH, el otro órgano de contralor del Sistema 19

(17) Así, Fernández Carrasquilla, J., *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas. Op. Cit.*, pp. 439-440.

(18) Cabe hacer una diferenciación entre la garantía prevista en la CADH y en el PIDCyP. Al respecto, la Corte IDH ha dicho que la expresión "mismos hechos", resulta más amplia que la referencia al mismo "delito" (Corte IDH. Caso contencioso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C N° 33, párr. 66). Igualmente, crítico con el uso de la expresión "delito". Maier, J., *Derecho procesal penal: fundamentos. Op. Cit.*, p. 601.

(19) Corte IDH. Caso contencioso Loayza Tamayo vs. Perú, párrs. 72 y 77.

(20) Corte IDH. Caso contencioso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 137.

Interamericano, la Comisión IDH, ha dicho que son los siguientes: 1) la absolución del imputado; 2) la absolución debe haber sido fijada por medio de una sentencia firme y 3) el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación de la primera acción contra el sujeto sometido a proceso(21).

20 Respecto de la expresión "sentencia firme", la Comisión IDH ha explicado que el artículo 8.4 se refiere a que tenga un alcance amplio. Bajo esos lineamientos una "sentencia" debe ser entendida como todo acto procesal de contenido jurisdiccional. Por otro lado, la palabra "firme" a la que también alude ese artículo, debe verse como la expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiere las cualidades de inimpugnabilidad y de inmutabilidad, las cuales resultan inherentes a la cosa juzgada(22).

21 En otro caso contra Perú, la Corte IDH entendió que al no haber un pronunciamiento de fondo en el ámbito militar, no se podía considerar vulnerada la garantía de cosa juzgada del artículo 8.4 CADH. Ello, en el entendimiento que no se había verificado el "supuesto de hecho imprescindible" para que ello ocurra, esto es una resolución que decida sobre los hechos y la responsabilidad(23).

22 Además, la Comisión IDH ponderó que una decisión interlocutoria que, por ejemplo, revocaba autos interlocutorios dictados por tribunales de primera instancia, tampoco podía ser considerada sentencia firme en los términos del artículo 8.4 CADH, pues no había concluido la posibilidad de interponer algún recurso ordinario o extraordinario(24).

IV. La seguridad jurídica como fundamento central de la garantía de cosa juzgada

23 Conforme fuera adelantado en los primeros puntos de este comentario, es posible afirmar que existiría unanimidad en cuanto a que el fundamento de

(21) Comisión IDH. Informe 1/95. Caso 11.006. Alan García vs Perú, del 7 de febrero de 1995, pp. 107-110.

(22) Comisión IDH. Informe 1/95, pp. 107-110. En el ámbito interno, véase Exp. N° 04426-2004-HC. Const. en la Jurisp. G.J. p. 677, citado en *El Código Penal en su jurisprudencia..., Op. Cit.*, p. 177, £ 393.

(23) Corte IDH. Caso contencioso "Lori Berenson Mejía vs. Perú". Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 119, párrs. 208-209.

(24) Comisión IDH. Informe 88/99.Caso 12.013. Lino Oviedo vs. Paraguay del 27 de septiembre de 1999, párrs. 33-34.

esta garantía se halla en la seguridad jurídica que tiene todo ciudadano ante el poder penal del Estado, en cuanto a que no deberá soportar una nueva decisión judicial por el mismo hecho[25]. Asimismo, en este ámbito, la seguridad jurídica se vincula intrínsecamente con el principio de legalidad.

De esta manera, se ha dicho con razón, que el fundamento principal de la 24
garantía constitucional de cosa juzgada como causal de extinción de la acción penal es la seguridad jurídica que la administración de justicia debe garantizarle a todo ciudadano sometido a un proceso penal[26].

Con lo cual, el ciudadano se encontraría protegido de la arbitrariedad esta- 25
tal cuando se ejerce el poder de persecución penal[27] y la seguridad jurídica se erigiría como un obstáculo fundamental frente a la posibilidad de que existan decisiones arbitrarias de parte de los órganos jurisdiccionales.

En la misma línea, se ha postulado que la cosa juzgada material tiene por 26
fin la tutela del acusado, en tanto impone la obligación estatal de dejarlo en paz luego de una sentencia o una resolución judicial que no puede ser impugnada[28]. Así también lo ha considerado la jurisprudencia, al afirmar que el fundamento de la cosa juzgada se adscribe a la necesidad de certeza que debe poseer todo proceso. A esto también se ha agregado que lo resuelto en un proceso firme debe ser inalterable; es decir, ofreciendo la característica de inmutabilidad a la decisión judicial[29].

Al mismo tiempo, en la cuestión debe ponderarse el principio de pro- 27
porcionalidad y el principio de legalidad como fundamentos cercanos a esta garantía. En el caso del principio de legalidad, se advierte en sus expresiones de ley previa y cierta, toda vez que permite contar con la posibilidad de dar ciertas seguridades a los ciudadanos en orden a las posibles consecuencias negativas de sus conductas. Lo cierto es que el principio de legalidad se vería afectado si se admite la posibilidad de que una persona pueda ser sancionada dos veces por un mismo hecho.

(25) García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 729. Véase también, Villa Stein, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 529, Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 486.
(26) Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 404.
(27) Cf. García Cavero, P., *El carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales. Op. Cit.*, p. 1.
(28) Roxin, C., *Derecho procesal penal. Op. Cit.*, p. 436.
(29) STC Exp. N° 1082-2001-Ayacucho (Ejec. Sup.) *Data 30,000. GJ*, citado en Gaceta Jurídica, *El Código Penal en su jurisprudencia*, p. 175, £ 385.

28 También es importante destacar cómo incide la garantía de cosa juzgada en relación al principio de proporcionalidad. Ciertamente, también se vería en jaque, pues se impondría una nueva sanción por un mismo hecho, alterando la proporción que debe haber entre un hecho y una pena.

29 Matizando un poco lo que se viene diciendo, hay que destacar que la institución de la cosa juzgada, si bien sumamente importante en el ámbito de los derechos y garantías individuales, no reviste la calidad de un derecho absoluto, conforme lo ha dicho la Corte IDH en un caso contra Chile, admitiendo diversas restricciones en su operatividad(30).

30 Efectivamente, la mayoría de las excepciones que menciona la Corte Interamericana sobre el particular, se verifican en el marco de investigaciones respecto de gravísimas violaciones a los derechos humanos. Así las cosas, se ha afirmado que los Estados no pueden echar mano de la garantía de la cosa juzgada para incumplir con sus obligaciones de investigar y sancionar a quienes perpetraron crímenes de esa naturaleza(31).

V. Requisitos de operatividad de la cosa juzgada

31 El artículo 90 del Código Penal establece cuáles son los requisitos que deben existir para que opere la garantía de cosa juzgada. En términos generalmente aceptados, se identifica a estos tres presupuestos de la siguiente manera: 1) identidad personal; 2) identidad objetiva y 3) firmeza de la sentencia o resolución. La jurisprudencia ha postulado en esta misma línea, que la extinción de la acción penal por medio de la garantía de cosa juzgada se da cuando se verifica la identidad triple referida(32).

32 En sentido similar, aunque formulado de otro modo, también se ha afirmado que en la garantía de la que se viene hablando deben coexistir elementos de carácter subjetivo y objetivo que actúan como límites(33).

(30) Corte IDH. Caso contencioso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 154.

(31) Corte IDH. Caso contencioso La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162, párrs. 151y 226.

(32) Exp. N° 1082-2001-Ayacucho (Ejec. Sup.) *Data 30,000 GJ*, citado en Gaceta Jurídica, *El Código Penal en su jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 175, £ 385. También, Sala Penal "B", Expediente n° 134-98, Piura, citado por Urquizo Olaechea, José, *Código Penal.* Tomo I, p. 344.

(33) R. N. N° 660-2003- Junín, citado en Gaceta Jurídica, *El Código Penal en su jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 176, £ 387.

1. Identidad personal

El primer requisito postulado, es decir, la necesidad de identidad per- 33
sonal, gira en torno a la tutela de una persona determinada para que no sea condenada nuevamente por el mismo hecho, luego de haberlo sido por medio de una sentencia firme.

Sería el caso de un sujeto que resulta condenado de nuevo por idéntico 34
supuesto delictivo[34]. Dicho de otra manera, este requisito guarda relación con la persona del sujeto sometido a proceso, clausurando la posibilidad de que sea juzgado de nuevo por un hecho similar (*eadempersonae*)[35].

La doctrina ha referido que la garantía de cosa juzgada opera en forma 35
separada para cada uno de los autores[36]. Es por eso que se ha alegado que una condena, una absolución o incluso un sobreseimiento en orden a una persona sometida a proceso en particular, no alcanza a otro, sin perjuicio de que los argumentos para ello sean comunes para todos los imputados en el expediente respectivo o en el supuesto de una actuación delictiva común. Estos extremos se relacionan íntimamente con uno de los presupuestos de configuración de la garantía de la cosa juzgada, como es la identidad personal[37].

Se ha dicho también, para citar ejemplos prácticos concretos, que sería 36
imposible una nueva condena en relación a una persona por haber intervenido como autor, cuando antes fue condenado o absuelto a través de una sentencia firme, en calidad de partícipe. En la misma línea de razonamiento, tampoco podría hacerse lo propio respecto de un delito consumado cuando la misma persona ya fue juzgada por la figura, pero en grado de tentativa[38].

2. Identidad objetiva

Pero no solo debe haber una identidad personal, sino que también tiene 37
que existir una imputación idéntica, que caiga bajo el mismo objeto (*eadem res*). Este segundo presupuesto, de índole objetiva como se adelantó, versa sobre los hechos penales tal como fueron precisados en la decisión judicial respectiva[39].

(34) MAIER, J., *Derecho procesal penal: fundamentos. Op. Cit.*, p. 605.
(35) R. N. N° 660-2003- Junín, citado en GACETA JURÍDICA, *El Código Penal en su jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 176, £ 387.
(36) Ídem.
(37) MAIER, J., *Derecho procesal penal: fundamentos. Op. Cit.*, p. 605.
(38) Ibídem, p. 607.
(39) Ídem.

Así, puede afirmarse que esta garantía pone el foco sobre un hecho y no sobre una calificación jurídica específica.

38 En efecto, se ha sostenido que a los fines de su operatividad, el *nomen iuris* con que se definen los extremos fácticos de un acontecimiento sería irrelevante, pues en rigor de verdad lo importante sería la presencia de hechos iguales(40). Por lo mismo, la doctrina y la jurisprudencia han señalado sobre este tópico que tampoco sería importante el juez que intervino en la investigación(41).

39 Como explica Roxin, la garantía de cosa juzgada contempla al hecho delictivo bajo todos los puntos de vista jurídicos que posee(42). Por ello, la remisión a la palabra "delito", que se emplea en determinadas ocasiones para referirse al objeto de la cosa juzgada, debe ser desestimada, justamente por su sentido anfibológico(43).

40 Respecto de este requisito, hay que decir que muchas veces en la práctica judicial resulta muy difícil precisar la identidad referida, pues podría existir alguna subsunción diferente por razones de apreciación jurídica privativa de los tribunales. De ese modo, se ha dicho que el concepto de hecho que debe considerarse para la operatividad de la cosa juzgada muchas veces no ofrece contornos precisos a los cuales recurrir(44). Es por esto, entre otras razones más cercanas al derecho de defensa en juicio, que la descripción de un hecho al momento de efectuar la actividad de imputación resulta fundamental.

41 En definitiva, el objetivo consiste en impedir la repetición de una condena por un mismo acontecimiento determinado y precisado de forma histórica, sin que sea relevante la calificación legal que se le asigne. Como se dijo más arriba, lo trascendente sería el análisis sobre el hecho en concreto, con sus implicancias en la realidad en un momento determinado.

42 Un ejemplo concreto de lo que se viene diciendo sería la imposibilidad de perseguir penalmente por hurto luego de haberlo hecho por la figura de

(40) Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 487.
(41) Fernández Carrasquilla, J., *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas. Op. Cit.*, p. 440 y R. N. N° 660-2003-Junín, citado en Gaceta Jurídica, *El Código Penal en su jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 176, £ 387.
(42) Roxin, C., *Derecho procesal penal. Op. Cit.*, p. 437.
(43) Maier, J., *Derecho procesal penal: fundamentos. Op. Cit.*, p. 601.
(44) Roxin, C., *Derecho procesal penal. Op. Cit.*, p. 439.

apropiación de cosa perdida. Es que, como sintetiza FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, un hecho no puede dividirse o fragmentarse para ser convertido en varios delitos(45).

Sobre este tópico aparecen otros puntos que pueden ser problemáticos. 43
Por ejemplo, en el caso del delito continuado, donde el hecho delictivo se compone de varios actos parciales, no podría juzgarse en forma separada cada uno de ellos, justamente al amparo de la cosa juzgada, pues en realidad y a los fines que aquí rigen, solo habría un acontecimiento. Otro tanto podría decirse del delito permanente, en cuanto a que sometido a proceso un hecho por un tiempo específico, quedaría alcanzado por la decisión judicial todo el evento, aunque alguna parte del mismo hubiera quedado afuera de la sentencia(46).

3. Firmeza de la resolución

Otro de los requisitos legales que impone el artículo 90 del Código Penal 44
en relación a la cosa juzgada, es que la sentencia se encuentre firme. Es decir, cuando la sentencia se encuentra firme, se torna inimpugnable y adquiriendo un carácter imperativo, a partir de lo cual no puede ser modificada por aquel que lo dictó(47).

Además, debe haber una identidad de causa, siendo irrelevante quiénes 45
llevan adelante la actuación judicial respectiva. Sí, es dirimente que la decisión judicial se encuentre firme(48). La firmeza de la decisión significa su inmutabilidad, lo que en definitiva garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos(49).

En esa misma dirección hay que añadir que una sentencia adquiere fir- 46
meza o se encuentra ejecutoriada(50), para emplear la expresión que fija el artículo 90, cuando se arriba a una decisión luego de haber sido recurrida ante

(45) Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas. Op. Cit.*, p. 439. Desde ya que esto no significa soslayar las reglas de los concursos de delitos.
(46) Ibídem, p. 443.
(47) Exp. N° 2802-99-Lima (Ejec. Sup.), citado en GACETA JURÍDICA, *El Código Penal en su jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 175, £ 386.
(48) R. N. N° 660-2003-Junín, citado en GACETA JURÍDICA, *El Código Penal en su jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 176, £ 387.
(49) Exp. N° 1082-2001- Ayacucho (Ejec. Sup.) *Data 30,000 GJ*, citado en GACETA JURÍDICA, *El Código Penal en su jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 175, £ 385.
(50) BRAMONT-ARIAS TORRES, menciona la diferencia entre sentencia ejecutoriada y consentida (cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 488.

la última instancia posible, por lo cual ya no puede ser impugnada, al menos en el ámbito interno[51].

47 Agregando un poco más a lo que se viene diciendo, podemos destacar que la condición de firme de la sentencia penal sobre el fondo de la cuestión determina su irrevocabilidad, tornándola un acto que no puede ser modificado por el órgano jurisdiccional que lo dictó. Las decisiones judiciales también pueden adquirir firmeza cuando son consentidas por las partes.

VI. Algunas cuestiones de la garantía de la cosa juzgada en el plano procesal

48 Procesalmente, la garantía de la que se viene hablando se introduce al proceso por medio de la excepción de cosa juzgada[52], prevista en el artículo 6.1. c) del Código Procesal Penal, en tanto establece que "Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes (...) c) Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona". Así, se ha dicho que la excepción referida viene a materializar lo ordenado en el artículo 139, inciso 13 de la Constitución[53].

49 La autoridad de cosa juzgada le imprime a la decisión judicial un carácter de inmutabilidad como caso decidido[54]. De ese modo, como ha explicado la jurisprudencia, la sentencia se torna inimpugnable y adquiere un carácter imperativo que impide su modificación por el órgano jurisdiccional que la dictó[55].

50 La resolución que disponga la extinción de la acción penal por vía del instituto de la cosa juzgada puede ser declarada de oficio por los tribunales, por tratarse justamente de una garantía fundamental del ciudadano ante la persecución penal del Estado[56].

(51) Es posible que luego de la fórmula de la cuarta instancia se lleve la cuestión ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debiéndose interponer ante la Comisión IDH y, luego del examen de admisibilidad respectivo, podrá pasar a la Corte IDH.

(52) Cfr. Sala Penal "B", Expediente N° 134-98, Piura, citado en Urquizo Olaechea, J., *Código Penal.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 344. Así también, Bramont-Arias Torres, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 487.

(53) *Vide* Sánchez Velarde, P., *Manual de Derecho procesal penal*, p. 353.

(54) Clariá Olmedo, J., *Derecho procesal penal.* Tomo III, p. 175.

(55) *Vide* Expediente N° 2802-99-Lima (Ejec. Sup.), citado en Gaceta Jurídica, *El Código Penal en su jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 175, £ 386.

(56) Exp. N° 1082-2001-Ayacucho (Ejec. Sup.) *Data 30,000 GJ*, en Gaceta Jurídica, *El Código Penal en su jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 175, £ 385.

Pueden citarse algunas excepciones a la característica de irrevocabilidad 51
de las sentencias judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada(57). Hay que reseñar que el criterio general en la materia es la excepcionalidad de la posibilidad jurisdiccional de revisar una decisión judicial que adquiere la calidad de cosa juzgada, pues solo podrá llegarse a ese extremo cuando se advierta una grave vulneración de los derechos fundamentales de los intervinientes en el litigio(58).

En efecto, la jurisprudencia ha dejado abierta la posibilidad de que las 52
sentencias judiciales que configuran cosa juzgada puedan ser examinadas a través del procedimiento que prevé el amparo constitucional. Ello, a partir de una exégesis de la Carta Magna que viene determinado por el principio de unidad de aquella. Este supuesto se daría cuando las decisiones judiciales objetadas por la vía del amparo contienen serias deficiencias que afectan derechos y garantías fundamentales. De tal manera se concluyó que impedir el control de una decisión arguyendo que había adquirido la calidad de cosa juzgada era inconstitucional. Se dijo, de ese modo, que se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva prevista en los artículos 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(59).

VII. Posibilidad de existencia de cosa juzgada en ámbitos jurídicos diferentes

Una cuestión interesante, sobre la cual no podemos extendernos, se sus- 53
cita en el punto a si puede existir la garantía de cosa juzgada cuando se trata de un hecho con impacto en el ámbito del Derecho penal y el Derecho administrativo. En ese sentido, se ha dicho, desde una perspectiva amplia y extensiva de la institución de la cosa juzgada, que decisiones judiciales recaídas en un ámbito no penal también pueden desplegar sus efectos sobre resoluciones emitidas por tribunales penales(60).

(57) Es importante, a los fines de la característica de firmeza o no de una decisión, establecer cuándo una decisión judicial resulta definitiva en el ordenamiento procesal de Perú. Acerca de los diferentes supuestos, véase García Cavero, P., *El carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales. Op. Cit.*, p. 4 ss.

(58) *Vide* Exp. N° 06712-2005-HC.Const. en la Jurisp. G.J. p. 677, citado en Gaceta Jurídica, *El Código Penal en su jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 178, £ 394.

(59) Cfr. Exp. N° 05374-2005-AA.Const. en la Jurisp. GJ p. 678, citado en Gaceta Jurídica, *El Código Penal en su jurisprudencia. Op. Cit.*, p. 178, £ 394.

(60) Cf. García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 729. Para tener un panorama más amplio puede verse también García Cavero, P., "El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa". En: *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, *Política Criminal*, Universidad de Talca N° 21, pp. 21-33. En el

54 Es interesante destacar que la garantía de cosa juzgada se puede extender a la relación entre Derecho penal nacional y Derecho penal internacional. No parece haber inconvenientes en aceptar la operatividad de la cosa juzgada cuando el proceso en el ámbito internacional ha sido respetuoso del debido proceso legal y no puede calificarse de un procedimiento utilizado para darle apariencia de legalidad y para excluir la responsabilidad de los involucrados en una investigación por violaciones a los derechos humanos(61).

55 La importancia de la garantía referida también debe verse en el plano de los procesos de extradición, pues opera para evitar que una persona pueda ser sometida a proceso por los mismos hechos en dos o más países(62).

VIII. Bibliografía

56 BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Eddili, Lima, 2002; CARO CORIA, Dino Carlos, "El principio del *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Dykinson, Madrid, 2006. Disponible también en <www.ccfirma.com/wp-content/uploads/2017/11/El-principio_de_ne_bis_in_idem.pdf>; CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho procesal penal*. Tomo III. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008; D'ALBORA, Francisco, *Código procesal penal de la nación. Anotado, comentado, concordado*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés IBAÑEZ y otros. 9ª edición. Trotta, Madrid, 2009; GACETA JURÍDICA, *El Código Penal en su jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007; GARCÍA CAVERO, Percy, *El carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales*. Instituto de Ciencia Procesal Penal de Perú. Disponible en <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/cosajuzgada.pdf>; GARCÍA CAVERO, P., "El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa". En: *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Política Criminal*, Universidad de Talca N° 21, Vol. 11, julio 2016. Disponible en <www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A2.pdf>; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008; MAIER, Julio,

ámbito chileno, y con mención de la jurisprudencia principal del aquel país, PIÑA ROCHEFORT, J., *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad. Op. Cit.*, p. 333.

(61) Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas. Op. Cit.*, p. 441.

(62) Ibídem, p. 445.

Derecho procesal penal: fundamentos. 2ª edición, 3ª reimpresión. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 8ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; PARMA, Carlos, *Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria*. Hammurabi, Buenos Aires, 2011; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad*. 2ª edición corregida y aumentada. Legal Publishing y Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*. Traducción de Gabriela CÓRDOBA y de Daniel PASTOR. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho procesal penal*. Idemsa, Lima, 2004; URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal*. Tomo I. 2ª edición actualizada. Asociación Universidad Privada San Juan Bautista, Lima, 2014; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*. San Marcos, Lima, 1998.

§ 91
Renuncia a la prescripción de la acción penal

CARLOS PARMA
Universidad de Mendoza
(Argentina)
ALEJO AMUCHÁSTEGUI
Universidad de Mendoza
(Argentina)

Sumario

	Nm	P
I. Consideraciones generales y origen de la posibilidad de renuncia a la prescripción de la acción penal en el Código Penal peruano	1	625
II. Naturaleza jurídica de la renuncia	11	627
III. La renuncia de la prescripción de la acción penal como excepción al principio general de la declaración de oficio de los tribunales	19	629
IV. El Derecho a la presunción de inocencia como fundamento de la posibilidad de renunciar a la prescripción de la acción penal	24	630
V. El resguardo del buen nombre y honor como trasfondo de la renuncia a la extinción de la acción penal por prescripción	34	632
VI. Algunas cuestiones problemáticas en la renuncia a la prescripción de la acción penal	48	635
VII. Bibliografía	56	636

§ 91.- Renuncia a la prescripción de la acción penal

"El imputado tiene derecho a renunciar a la prescripción de la acción penal".

I. Consideraciones generales y origen de la posibilidad de renuncia a la prescripción de la acción penal en el Código Penal peruano

En relación al origen de la posibilidad de renuncia a la prescripción de la 1
acción penal del artículo 91 del Código, hay que buscarlo en el artículo 86 del Código Penal de Colombia del año 1980[1]. En el año 2000, el Código Penal colombiano se reformó y la posibilidad de renunciar a la prescripción quedó prevista en consecuencia en el artículo 85[2], con la salvedad de que pasados

(1) Cfr. VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 528.

(2) El artículo 85 del Código Penal de Colombia establece que: "Artículo 85.- Renuncia a la prescripción. El procesado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal. En todo caso, si transcu-

dos años desde el pedido respectivo sin que exista una resolución definitiva, se ordenará nuevamente la prescripción. Esta última mención, que no se encuentra en el Código Penal de Perú, si bien le da un necesario límite temporal, introduce otras cuestiones que pueden resultar problemáticas.

2 Así, por un lado, podría significar en la práctica la inversión de la carga de la prueba que, como es aceptado unánimemente en el ámbito del Derecho procesal penal, se encuentra en cabeza de los órganos de persecución estatales y no del inculpado. Esto se reconoce como un aspecto o manifestación del principio de inocencia(3).

3 En ese sentido, la persona, al decidir que continúe el proceso penal que lo tiene como imputado, renunciando a la finalización del proceso por la vía de la prescripción, debería demostrar su inocencia en el plazo referido, ante la posible inactividad judicial, que previamente no consiguió arribar a una solución del fondo del asunto.

4 Sobre este punto, tal vez en la práctica implique que el sujeto que ha renunciado a la prescripción de la acción penal y que espera una decisión del tribunal respectivo sobre el tema de fondo que ponga fin al proceso, deba ofrecer pruebas y propiciar ante el órgano jurisdiccional su desvinculación, aunque sin esperar a que se destruya su estado de inocencia.

5 Como se dijo más arriba, el criterio general en la materia, el imputado no debe construir ni demostrar su inocencia, sino que esta debe ser desplazada a partir de la introducción de pruebas que permitan arribar a una decisión de responsabilidad(4).

6 Paralelamente no puede soslayarse que el principio de inocencia, de consuno con el artículo 8.2 CADH(5), se encuentra previsto en el artículo 2, inciso 24, numeral e) de la Constitución Nacional de Perú, donde se establece que toda persona debe ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

7 Así también lo ha formulado sin hesitación la Corte IDH, al sostener que una de las manifestaciones del principio de inocencia es que el acusado

---

rridos dos (2) años contados a partir de la prescripción no se ha proferido decisión definitiva, se decretará la prescripción".

(3) *Vide* MAVILA LEÓN, R., *El nuevo sistema procesal penal*, p. 32.

(4) BINDER, A., *Introducción al Derecho procesal penal*, p. 128.

(5) El artículo referido establece que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)".

no tiene que demostrar que no ha cometido el delito que se le imputa, sino que la carga de la prueba corresponde a quien acusa[6]. Y vinculado estrechamente a esta circunstancia pero a la luz del artículo 91 del Código de fondo, hay que decir que si el Estado no ha podido desvirtuar el estado de inocencia del imputado habiendo transcurrido un lapso razonable, por el beneficio de la duda que opera a su favor, debe desvinculárselo[7].

La consecuencia principal de la prescripción de la acción penal es que la 8
obligación que está en cabeza del Estado, de investigar diligentemente una conducta que se reputa delictiva, fenece; es decir, no puede continuar.

La finalización referida en el párrafo anterior no solo implica su extinción, 9
sino que también importa la falta de necesidad de pronunciarse sobre distintos extremos o puntos que surjan de aquella. Podría ser, por ejemplo, acerca de la responsabilidad que le pudo haber cabido a alguno de los imputados o respecto de la existencia o no de los hechos investigados o en orden a la calificación legal que se le hubiera dado a los mismos.

Por otro lado, puede renunciarse a la prescripción entendida esta como 10
un corrector de la obligación estatal de pronunciarse en un plazo razonable. Es decir, del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Recuérdese que se trata de una garantía fundamental prevista en la CADH. Como se ha visto, la cuestión no resulta menor[8].

II. Naturaleza jurídica de la renuncia

En orden a la naturaleza jurídica de la renuncia a la prescripción de la 11
acción penal prevista en el artículo 91 del Código, la jurisprudencia ha dicho que se trata de un derecho que tiene todo procesado y que trae consigo la posibilidad de que se revise y examine la cuestión de fondo de la investigación que

(6) Corte IDH. Caso contencioso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220 párrs. 182-183.

(7) Comité de Derechos Humanos, Charles Gurmurkh Sobhraj c. Nepal, U.N. Doc. CCPR/C/99/D/1870/2009 (2010), párr. 7.3.

(8) Que se encuentre abierta una causa donde se le imputa a una persona un delito, por ejemplo, contra la integridad sexual en perjuicio de menores de edad, implica una situación sumamente gravosa para la persona. De ese modo, que se ordene su desvinculación por el paso del tiempo sin mencionar que el hecho investigado no se ha cometido o que no se encuentra tipificado en la parte especial del Código Penal no es menor.

lo tiene como sindicado, para que el juez o tribunal correspondiente decida acerca de su absolución o condena[9].

12 Por otro lado, en la misma dirección que lo antedicho, puede afirmarse que la escasa doctrina que ha tocado el tema también parece inclinarse a considerar la renuncia como un derecho del sujeto sometido a proceso a obtener un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto[10].

13 Bajo esos lineamientos se explica la posibilidad o, mejor dicho, el derecho que le otorga el Código de fondo al sujeto sometido a proceso que así lo desee, de optar por renunciar a este modo de finalización del proceso penal.

14 Así, el artículo en comentario demuestra que el legislador considera disponible la pretensión de extinguir la acción penal por el paso del tiempo. Ello, sin perjuicio de que el criterio general sobre el tópico indica que la extinción de la acción penal por prescripción puede y debe ser declarada de oficio por los tribunales.

15 El fin principal de esta herramienta que el legislador le otorga a todo ciudadano que está frente al poder de persecución penal del Estado no es otro que garantizar y respetar la presunción de inocencia en sus diferentes expresiones que, como vimos, se encuentra prevista en la Constitución Nacional y en la CADH. En efecto, como se dijo, le permitiría al propio imputado dejar sin efecto la prescripción y someterse al órgano jurisdiccional respectivo, con el objeto de que se discuta su responsabilidad en los hechos que lo tienen como sujeto pasivo de la investigación.

16 Analizando cuál sería algún supuesto de aplicación de la norma, tal vez podría ser el caso, por ejemplo, en el cual el sujeto sometido a proceso, a los fines de obtener un pronunciamiento favorable a su pretensión elige ser juzgado con el objeto de poder introducir a su favor los medios de prueba que estime pertinentes. De ese modo, podría demostrar ante la opinión pública y la sociedad en su conjunto, su ajenidad en el hecho que lo tuvo como imputado[11].

(9) *Vide* Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 8 de agosto de 1997, Exp. N° 220-97, citado en Urquizo Olaechea, J., *Código Penal*. Tomo I, p. 345.

(10) Cf. Villa Stein, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 528 y Brousset Salas, R., "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". En: *Derecho penal y penitenciario. Libro homenaje al Profesor Dr. Germán Small Arana*, p. 9.

(11) Visto desde esa perspectiva, la cuestión no es baladí. Una denuncia por malversación de caudales públicos, por ejemplo, en el caso de un funcionario, podría terminar con su carrera. Una investiga-

BRAMONT-ARIAS TORRES refiere, desde una perspectiva interesante, que el 17
ejercicio de esta posibilidad por parte del inculpado, al aceptar que prosiga la investigación en su contra, probaría su confianza en la administración de justicia. Asimismo, implicaría que quiere demostrar su inocencia y que no existen datos o pruebas –a su entender– que indiquen lo contrario[12].

En ese sentido, como más adelante, se expondrá, entendemos que el fun- 18
damento central de este artículo estriba en el pleno respeto al derecho a la presunción de inocencia y al resguardo del buen nombre y honor.

III. La renuncia de la prescripción de la acción penal como excepción al principio general de la declaración de oficio de los tribunales

La prescripción de la acción penal, tal como se explicó en el comentario 19
del artículo 78 del Código Penal, es un instituto que puede ser declarado de oficio por los tribunales en cualquier instancia del proceso. Es decir, no sería necesaria la solicitud de las partes interesadas para su resolución por los órganos jurisdiccionales, sino que bastaría con que el tribunal respectivo tomara conocimiento de que ha transcurrido el plazo pertinente sin que existan causales de interrupción o de suspensión de la prescripción para su dictado.

Sin embargo, como ha dicho la jurisprudencia, esta regla general tiene 20
su excepción en la posibilidad que prevé el artículo 91 del Código de fondo, en cuanto a la facultad que el legislador le acuerda a cualquier ciudadano de solicitar que el tribunal que lo investiga se expida sobre el fondo del asunto y, eventualmente, declare su inocencia[13].

La renuncia como instituto jurídico es, de por sí, un acto unilateral, por 21
lo cual no debería existir una aceptación por parte del órgano jurisdiccional de la misma para dejar de lado la prescripción y continuar con la investigación pertinente. Por otro lado, el único modo que tiene la persona sometida a proceso para renunciar a la prescripción de la acción penal, por la trascendencia de dicha decisión, sería por escrito y de forma explícita.

---

ción iniciada por algún delito contra la integración sexual también podría ser determinante en la situación de una persona. Más adelante se volverá con más detalle sobre estos extremos.

(12) BRAMONT-ARIAS TORRES, L., *Manual de Derecho penal. Parte general*, pp. 477-478.

(13) Cfr. R. N. N° 573-2004-Lima. *Data 30,000 GJ*, citado en GACETA JURÍDICA, *El Código Penal en su jurisprudencia*, p. 179, £ 397.

22 Por lo mismo, el desistimiento debería ser hecho por el interesado con la conformidad de su representante técnico y legal. Esto evidenciaría, entendemos, que el sujeto sometido a proceso ha entendido los alcances y consecuencias que la renuncia a la prescripción de la acción penal podría traerle en un futuro; por ejemplo, la posibilidad de resultar condenado en relación a un delito por el cual hasta ese entonces se encontraba totalmente desvinculado.

23 Efectivamente, el avance de la investigación podría colocarlo en una situación mucho más desventajosa que la que tenía a partir de la prescripción de la acción penal y que lo obligaría a ofrecer pruebas y a propiciar su valoración, exigiéndole una actuación mucho más proactiva que hasta ese momento.

IV. El derecho a la presunción de inocencia como fundamento de la posibilidad de renunciar a la prescripción de la acción penal

24 Como venimos señalando, el fundamento central de esta facultad que se le otorga al imputado en el ordenamiento penal peruano debe buscarse en el principio de inocencia y en el resguardo al buen nombre y honor que todo ciudadano posee ante una persecución penal estatal. En esa directriz, tal como se mencionó más arriba, el artículo 8.2 de la Convención Americana prevé que toda persona que resulta inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta tanto no se establezca su culpabilidad, al igual que la Constitución Nacional en su artículo 2, inciso 24, numeral e.

25 El derecho a la presunción de inocencia y la posibilidad de obtener una resolución que así lo declare podría verse afectada con la extinción de la acción penal por el paso del tiempo, donde no se cuente con una decisión que se expida sobre los puntos centrales de la imputación que se cierne sobre el imputado. Puntualmente acerca de la existencia o no del hecho investigado y sobre su responsabilidad en el mismo.

26 Ciertamente, la resolución o sentencia que ponga fin al proceso por el paso del tiempo, solo hará mención a que transcurrió el plazo de prescripción sin que se hubieran verificado en la causa alguna de las causales de interrupción. Allí es en donde, entendemos, se debe ubicar esta facultad que se le otorga al imputado de demostrar su inocencia y de que un órgano jurisdiccional así lo declare.

27 Al mismo tiempo, otra de las manifestaciones que hacen al caso en el derecho a la presunción de inocencia, es que este impone una obligación de

abstención o negativa al Estado, en el sentido de que no se puede condenar informalmente a una persona o emitir juicio ante la sociedad para formar la opinión pública sobre su responsabilidad, sin que exista una sentencia judicial que así lo establezca. La Corte IDH, en un caso contra la República de Perú, lo ha sostenido así, fijando el estándar aludido, en la materia(14).

Por tanto, la posibilidad de renuncia que ofrece el artículo 91 del Código 28
Penal viene a consagrar legislativamente una variante para que se robustezca el derecho a la presunción de inocencia, en tanto podría servir para que una persona a la cual se le ha abierto un proceso penal por largo tiempo, y en el marco del cual no ha habido una decisión de fondo, en lugar de ser desvinculado por el mero transcurso del tiempo, lo sea a partir de una sentencia que declare su ajenidad en el hecho que lo tuvo como imputado.

Esa resolución, de alguna manera, podría servir como una medida de repa- 29
ración pública que intente –aunque en la mayoría de las veces resulte imposible– retrotraer las cosas al estado anterior a la iniciación del proceso penal, permitiéndole al sujeto sometido a proceso, lograr un desagravio ante la opinión pública y la sociedad.

No puede soslayarse, en otro orden de cosas, que la permanencia de una 30
investigación abierta en forma indefinida, sin que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el fondo, podría ser considerada una restricción al derecho del que se viene hablando, más allá de la violación al derecho a obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable, de raigambre convencional.

La utilidad de esta facultad que el legislador ha previsto en el art. 91 parece 31
clara. Por ejemplo, sería muy útil para supuestos de causas donde se investigan delitos de corrupción pública, para que los imputados puedan demostrar su ajenidad en los hechos que fueron denunciados penalmente y ante la opinión pública.

No solo en el ámbito político puede tornarse una herramienta útil para 32
intentar llevar las cosas a la situación anterior a la denuncia o investigación. En el ámbito empresarial también podría ser de utilidad, por ejemplo respecto de directivos de una empresa que han sido denunciados por ejemplo, en casos de delitos relativos al lavado de dinero o a evasiones fiscales. Imputaciones

(14) Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párrs. 119-120.

estas que no solo afectan su buen nombre y honor, sino también la marca de la empresa y su giro comercial.

33 De ese modo, podría ser que el valor de sus acciones disminuya o que los clientes o usuarios dejen de comprar sus productos. Desde esa perspectiva, el pedido para que una sentencia declare la ajenidad de los directivos y los desvincule dando cuenta que el hecho no se cometió, puede tornarse un instrumento sumamente necesario y buscado. Todo ello guarda relación con el derecho al buen nombre y honor que prevé el artículo 11.1 CADH y que será tratado en el apartado siguiente.

V. El resguardo del buen nombre y honor como trasfondo de la renuncia a la extinción de la acción penal por prescripción

34 Se ha intentado destacar en la última parte del acápite anterior la importancia para todos los ciudadanos que entraña el derecho al buen nombre y honor, y cómo puede verse afectado por una investigación penal.

35 Este derecho se encuentra expresamente establecido en el artículo 11.1. CADH, en tanto establece la obligación de que se respete su honra y dignidad. La Convención Americana, en el artículo precitado, establece el derecho de toda persona a que se le respete su honra y se le reconozca su dignidad. La honra debe ser entendida como la reputación, estima y respetabilidad que se deriva de la persona por su sola condición y dignidad. El derecho al honor guarda relación, a su vez, con el valor que tienen los demás de uno y con el desarrollo de una actividad profesional determinada.

36 En esa línea, se ha dicho con acierto, en nuestra opinión, que la renuncia a la prescripción de la acción penal podría ser el reconocimiento normativo al derecho al buen nombre y honor del que debe gozar todo ciudadano[15].

37 Indudablemente, esta opción resulta muy útil en los casos que la persona quiere demostrar su inocencia ante la opinión pública, al efecto de preservar su buen nombre y honor. En ese sentido, un proceso penal entraña, precisamente, una restricción al mismo y puede provocar serias consecuencias al desarrollo de una actividad profesional y política, como se dijo en los últimos párrafos del apartado IV).

(15) Cfr. Brousset Salas, Ricardo Alberto, "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". *Op. Cit.*, p. 9.

No puede perderse de vista el perjuicio que entraña una investigación 38
penal contra una persona, y que se desprende del conocimiento de la opinión pública de un proceso penal en su contra. Así las cosas, previendo esta circunstancia, el derecho referido obliga a los Estados a no provocar ni promover esta función infamante del proceso penal. Aunque no se trata, desde ya, de un derecho absoluto, por lo cual puede ser restringido en ciertos supuestos a la luz de la proporcionalidad y la necesidad en un marco de orden público.

Cuando una persona está siendo sometida a un proceso penal en el cual 39
no se ha resuelto su situación procesal habiendo transcurrido un plazo razonable para ello, podríamos estar en presencia de una afectación ilegítima al derecho referido. Ello, porque la existencia de un proceso penal abierto, en el cual se investiga y se pone en duda su honorabilidad y respetabilidad, sin que se decida su situación sobre el fondo del tema, podría afectar gravemente su honra y reputación.

De ese modo, se entendió que el artículo 11.1 CADH podía ser restrin- 40
gido más allá de lo legítimo por el accionar estatal si no se tutelaba adecuadamente el derecho a la honra y a la reputación en el marco de procesos penales. La Comisión IDH, uno de los órganos de contralor del Sistema Interamericano, lo sostuvo entre otros, en los Informes N°s 31/96 y 49/99[16].

Si bien es cierto que la mera imputación a una persona de un delito ya 41
conlleva un posible menoscabo a su derecho al buen nombre y honor, eso no significa que el Estado deba propiciarlo; al contrario, debe realizar las medidas pertinentes para aminorarlo. Bajo este contexto, entendemos, debería enmarcarse la posibilidad que le da la norma al sujeto imputado, de renunciar a la extinción de la acción penal por prescripción y obligar al órgano jurisdiccional respectivo, a que emita una sentencia que declare la falta total de responsabilidad en el hecho que se le endilgara.

Villa Stein refiere, de la mano de Roy Freire, que al existir el princi- 42
pio de inocencia en la Constitución Nacional, la posibilidad de renunciar a la prescripción de la acción penal no tendría razón de ser[17].

(16) Comisión IDH. Informe N° 31/96, caso 10.526 del 16 de octubre de 1996. Dianna Ortíz vs. Guatemala, párrs. 115 y 117. En el caso, miembros del Estado demandado, a partir de declaraciones públicas realmente agraviantes contra la peticionaria, afectaron el derecho previsto en el artículo 11.1 CADH. También en el Informe N° 49/99, del 13 de abril de 1999, Loren Laroye Riebe Starr y otros vs. México, párrs. 95-96.

(17) Villa Stein, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 528.

43 Hay que decir que esta postura resulta poco aceptable, pues la *praxi* parece indicar otra cosa. Si bien es cierto que la operatividad del principio de inocencia debería prevalecer al momento de tener una causa abierta por un lapso más que razonable, la experiencia indica que esto no suele ocurrir y que es posible que un tribunal o juez por desidia o por conveniencia, no cierre la investigación. De ese modo, el pedido del imputado para que se deje sin efecto la prescripción y se termine con la incertidumbre que una investigación abierta significa, resulta importante[18].

44 Lo cierto es que la incidencia de un proceso judicial en el buen nombre y honor de una persona, por las razones explicadas más arriba, se torna una cuestión sumamente trascendente que el artículo 91 CP pretende preservar junto al derecho a la presunción de inocencia de todo ciudadano. Sobre este extremo, la Corte IDH ha dicho que, si bien un proceso judicial no constituye, *per se*, una restricción o afectación ilegítima al derecho al honor de la persona, el tema debe ser ponderado adecuadamente a la luz del principio de inocencia.

45 En ese sentido, en varios casos contenciosos, la Corte IDH tocó estos tópicos. Así, ahondó sobre el punto referido, diciendo como regla general que es posible que el proceso en su afán de resolver una controversia, especialmente cuanto se trata de investigaciones penales, pueda traer aparejado de forma indirecta, diferentes molestias para la persona que se encuentra enjuiciada.

46 Sin embargo, luego de hacer la aclaración expuesta en el párrafo que antecede, la Corte IDH ha reconocido que las consecuencias de un proceso penal pueden afectar el honor y la buena reputación de un individuo en supuestos en los cuales no se respeta o se soslaya el principio de inocencia.

47 Específicamente, la Corte ha señalado en el caso contencioso "Tristán Donoso vs. Panamá", que la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que se prohíbe todo ataque ilegal en su contra. Esto impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques y desde

(18) En la República Argentina, en los últimos años, a partir de las distintas denuncias penales por delitos vinculados contra la Administración Pública o contra los bienes del Estado, se ha visto cómo los sujetos sindicados desean ser llamados a prestar declaración indagatoria para dar su descargo sobre los hechos lo antes posible y, de esa manera, con posterioridad, promover el dictado de una resolución que los sobresea de los hechos que fueron denunciados. Ello, cabe aclarar, toda vez que en la República Argentina no se cuenta con un instituto como el que se viene analizando.

otra perspectiva[19], la posibilidad de lograr su respeto, como sucede bajo las previsiones del artículo 91 del Código Penal.

VI. Algunas cuestiones problemáticas en la renuncia a la prescripción de la acción penal

Se ha dicho más arriba que hay ciertas cuestiones que no parecen muy claras de la normativa en trato y que merecen ser señaladas. Con ese objetivo, se expondrán algunas de ellas. 48

La primera cuestión que puede señalarse tiene que ver con la posibilidad de que la renuncia a la prescripción de la acción penal que oportunamente pudo haber efectuado un imputado en determinado momento, pueda ser revocada posteriormente, a los fines de que se extinga la persecución penal del Estado. 49

Ese sería el caso, por ejemplo, de quien renuncia a la prescripción porque quiere ser investigado y que se demuestre su inocencia y se declare su ajenidad en los hechos o que los mismos no existieron tal y como aparecían en la denuncia pertinente. Es posible que con el transcurso del tiempo decida solicitar la prescripción nuevamente, habida cuenta que el curso de la investigación no fue el buscado o no se produjo en un plazo razonable la sentencia que pusiera fin a la causa. 50

En principio no habría ningún inconveniente formal para que pueda revocar la renuncia oportunamente efectuada. Una interpretación armónica con el derecho de defensa en juicio impondría la solución de que puede requerir la prescripción de nuevo. Pero lo que no resulta tan claro es desde cuándo debe computarse el plazo pertinente: si desde el momento en que renunció a la prescripción o desde el instante en que solicitó que los plazos corran nuevamente. 51

Asimismo, la norma tampoco aclara si la renuncia solo rige para aquel que la solicitó o para sus coimputados, sea en calidad de coautores o de partícipes. Una primera aproximación indicaría que si la prescripción corre en forma separada para cada uno de los imputados, otro tanto debería ser para este supuesto de renuncia. 52

Ahora bien, si la investigación sigue su curso en orden a uno de los sujetos sometidos a proceso, el que lo solicitó expresamente, y en el marco de la 53

(19) Corte IDH. Caso contencioso Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia Serie C N° 193 del 27 de enero de 2009. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas.

pesquisa surge un acto que interrumpe la prescripción de los otros sin que se hubiera dictado su desvinculación podría aparecer algunos problemas.

54 Otro punto a señalar es la posible restricción o afectación al derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. En efecto, el juez que ha entendido en la causa en la cual el imputado ha solicitado la renuncia a la prescripción, tal vez debería excusarse de seguir interviniendo a partir de los estándares que en la materia ofrece el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

55 Estos son algunos interrogantes o problemas que impone esta novedosa y provechosa facultad que el legislador le otorga a todo ciudadano sometido a proceso en el ordenamiento legal peruano y que deberán ser dilucidadas a partir de los diversos desarrollos jurisprudenciales.

VII. Bibliografía

56 Binder, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005; Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Eddili, Lima, 2002; Brousset Salas, Ricardo Alberto, "De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal". En: *Derecho penal y penitenciario. Libro homenaje al Profesor Dr. Germán Small Arana*. Ideas, Lima, 2016; Gaceta Jurídica, *El Código Penal en su jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007; Mavila León, Rosa, *El nuevo sistema procesal penal*. Jurista Editores, Lima, 2005; Urquizo Olaechea, José, *Código Penal*. Tomo I. 2ª edición actualizada. Asociación Universidad Privada San Juan Bautista, Lima, 2014; Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general*. San Marcos, Lima, 1998.

TÍTULO VI
DE LA REPARACIÓN CIVIL Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

CAPÍTULO I

REPARACIÓN CIVIL

§ 92
Naturaleza jurídica y momento de la determinación de la reparación civil

JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA
Universidad Nacional de Cajamarca (Perú)
MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA
Universidad Nacional de Cajamarca (Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Generalidades	1	639
II. Naturaleza jurídica de la reparación civil en el proceso penal	14	643
1. Naturaleza jurídica de la reparación civil en la doctrina	14	643
2. Perspectiva crítica	22	646
3. Toma de postura	33	649
III. Función de la reparación civil en el proceso penal	42	652
IV. Determinación de la reparación civil conjuntamente con la pena	50	654
1. Fundamento según la doctrina	50	654
2. Toma de postura	54	656
V. La reparación civil como derecho de la víctima	61	658
VI. Derecho y principio de reparación integral del daño	70	660
VII. La reparación civil en el Derecho comparado	76	662
VIII. Bibliografía	82	664

§ 92.- Naturaleza jurídica y momento de la determinación de la reparación civil

"La reparación civil se determina conjuntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El juez garantiza su cumplimiento"[1].

I. Generalidades

Si se da lectura al artículo en referencia advertimos que connota una imposición para el juzgador y por supuesto también para el que detenta el ejercicio de la acción penal (en este último caso solo cuando corresponda), dado que parece obligar a determinar un concepto reparatorio de manera subyacente a la pena. 1

(1) La interpretación del artículo 92 del Código Penal debe llevarse a cabo en concordancia con: el artículo 493 numeral 1 del CPP; artículos 1969, 1977, 1978, 1981 al 1986 del CC; etc.

2 Desde un punto de vista aislado, esto es, sin mayor abundamiento en el contenido de los demás artículos del Código Penal relacionados la reparación civil, parece más bien que esta forma parte de la consecuencia punitiva o cuando menos se aúna a ella de manera irremediable. Esta circunstancia debería llamar la atención más de lo que aparenta, puesto que estimamos que a partir de allí se han disgregado múltiples pensamientos y prácticas muchas veces incorrectas. Sobre esto haremos precisión en el transcurso del análisis al que nos abocamos; empero, de manera preliminar diremos que es necesario unificar ambos campos del Derecho (por ejemplo, civil y penal) para poder entender lo que este artículo y los subsiguientes denotan.

3 No nos debe sorprender entonces la necesidad de analizar aspectos de la reparación civil en diversos acuerdos plenarios o jurisprudencias, pues aun cuando la reparación civil sea un tema por mucho conocido parece que el conjugarla con el Derecho penal nos ha traído más de una confusión o problema en el ámbito jurídico.

4 El origen de la reparación civil es tan antiguo como el Derecho mismo, el principio que postula no dañar al otro forma parte de la propia convivencia social y el orden público, aspectos que notoriamente surgieron conjuntamente con la sociedad misma. El Derecho surge para regular la conducta humana, por ello, ha evolucionado con las sociedades modernas. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que la evolución social, así como las nuevas formas de vida que implicaba relaciones jurídicas cada vez más complejas, hizo que el Derecho adopte modificaciones necesarias para continuar siendo una fuente de regulación de la conducta humana, lo que vino con la creación (o, dicho de otra forma, formalización) de las instituciones jurídicas, pertenecientes a diversas ramas del Derecho. Una de dichas instituciones es la reparación civil.

5 Esta institución jurídica, evidentemente no tiene su origen a partir de la positivización de las normas jurídicas pertenecientes a la rama del Derecho civil, sus orígenes se remontan quizás a la denominada venganza privada, aunque De Trazegnies Granda precisa que "(...) difícilmente podemos decir que ése es el antecedente de la moderna y sofisticada responsabilidad extracontractual. En todo caso, podría ser el antecedente remoto de todo el Derecho (...)."(2)

6 En épocas pretéritas en las que imperó la pasión, dos circunstancias caracterizaron el proceder de la víctima frente al autor de un hecho dañoso. Por una parte se perdió de vista la culpabilidad y, por otra, interesó más el

(2) De Trazegnies Granda, F., *La responsabilidad extracontractual*, p. 33.

castigo del ofensor para satisfacer la venganza que dominaba el espíritu de la víctima[3]. Es decir, el castigo fue el factor determinante para resolver un conflicto de tal naturaleza.

Señala De Trazegnies Granda[4] que en el momento en que el individuo 7
se hace responsable de su entorno social se da cuenta que no se puede obligar a una persona a responder sino solo de aquello que se encuentra dentro de su esfera de posibilidades. En ese contexto, la obligación de indemnizar se deriva de la forma en que el individuo ha ejercido su libertad. Se controla de esta forma la intervención irracional del particular (que anteriormente se consentía), para pasar a una fase de estricto respecto por la libertad y, por tanto, de la atribución de responsabilidad a quien –haciendo ejercicio de dicha libertad– transgredía intereses sociales. Se debe entender que el ejercicio de la libertad debe acarrear también la existencia de obligaciones; y es que precisamente la libertad es uno de los derechos inherentes al ser humano que ha dado lugar al ejercicio de muchos otros. De allí que Vidal Ramírez precise que "el ser humano, como ser de relación, en el desarrollo de su conducta intersubjetiva está permanentemente en la posibilidad de incurrir en responsabilidad, la que, por eso, es inherente a la vida social"[5]. En ello está la necesidad de regulación, de la forma en que el ejercicio de tales derechos debería llevarse a cabo. Así es, pues, como se origina la regulación de la institución jurídica *in comento.*

A partir de ello, "la primera etapa histórica cede su lugar a la creación 8
de instrumentos predominantemente resarcitorios. Todo parece indicar que la evolución se produce, en gran medida, por lo sencillo que resultaba advertir cuan absurda era la venganza, la cual, a fin de cuentas, no repara absolutamente nada, por limitarse a satisfacer el sentimiento personal de revancha del agraviado a costa de la generación de un nuevo daño"[6].

En el ámbito penal, se advierten dos etapas en su desarrollo, una que 9
cobija al Derecho penal en los tiempos primitivos hasta llegar al Estado; y, otra, que se extiende desde la atribución al Estado del poder punitivo hasta la actualidad. Durante este desarrollo el Derecho penal atravesó cambios sustanciales en su contenido, desde tener connotaciones privadas, hasta llegar a un Derecho de carácter público como el que se detenta en nuestros días. Sin embargo, este tránsito tuvo repercusiones en los sujetos que permitían la

(3) Bustamante Alsina, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 26.
(4) De Trazegnies Granda, F., *La responsabilidad extracontractual. Op. Cit.*, p. 39.
(5) Vidal Ramírez, F., *La responsabilidad civil.*
(6) León, L., *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, p. 82.

intervención de este Derecho como el caso de la víctima, la misma que fue relegada poco a poco en tanto se alcanzaba el carácter público de aquel. En el Derecho romano primitivo y el Derecho germánico la víctima alcanzó su edad de oro, el castigo estaba en sus manos, a esta época se la conoció como "venganza de sangre", pues surgió básicamente en los delitos de homicidio o atentados contra la integridad física; esta autodefensa simbolizó el auge de la víctima como detentadora del poder sancionador. Pero aunado a ello también se llegó a la composición del conflicto y en lugar de asumir el papel del "ojo por ojo" se buscaron las compensaciones económicas frente a las ofensas producidas. Esto varió con el tiempo para dar cabida a un tercero imparcial, una persona ajena al conflicto que mediaba la composición entre las partes restringiéndose de esta manera la intervención de la víctima en la decisión del castigo. Con esto se llega al carácter público del Derecho penal. Este desplazamiento se produjo a finales de la Edad Media con la irrupción del *ius puniendi* del Estado y la monopolización del poder sancionador en este(7).

10 Actualmente, el delito se interpreta como un atentado contra la sociedad y la persona o ente en particular. Esto justifica la intervención del Estado en su persecución, independientemente de que la víctima del delito se muestre o no de acuerdo con ello. Estos matices que permitieron el apartamiento de la víctima como ente central del sistema punitivo pretenden ahora tomar otra orientación con el surgimiento de políticas criminales dirigidas a brindar protagonismo a la víctima; esta vez no ya permitiendo su intervención en la decisión de la sanción atribuida, sino otorgándoles un papel más importante al momento de la reparación al daño causado así como promoviendo su intervención en el proceso penal en salvaguarda de sus derechos; a estas tendencias político criminales con enfoque en la víctima se ha aunado el incremento de delitos que evidencia su excesiva protección y con ello han surgido también instituciones cuyo fin exclusivamente es su acogimiento.

11 ¿Pero por qué es importante aludir a ello?, porque este avance en la incorporación de la víctima en el ámbito del Derecho se ve reflejado en el artículo *sub* análisis, sobre todo, con la reciente incorporación relacionada al derecho a la reparación del daño. Quizás anteriormente no era admisible pensar en incluir un concepto civil en el proceso penal; empero, ahora –dadas las manifestaciones de la conducta humana y el avance del Derecho mismo que, cada vez más y con mayor énfasis, busca salvaguardar garantías y derechos de las partes– resultaría contrario a ello no reconocer el derecho de la víctima de ser

(7) ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito*, pp. 27-30.

reparada, independientemente del tipo de relaciones jurídicas en las que se la ha causado el daño.

El contexto en el que el concepto de reparación civil fue incorporado al 12
Derecho penal, y dado a que el *ius puniendi* está orientado a un fin distinto, no ha resultado fácil para la doctrina y para el actor jurídico conjugar ambas ramas del Derecho a través de la incorporación de la reparación civil en el proceso penal. Sin embargo, lo que si tenemos claro es que una conducta delictiva que, a su vez, genera un daño civil, se enmarcara en el sistema de la responsabilidad civil extracontractual, regulada en el artículo 1969 y siguientes del Código Civil.

Este tipo de responsabilidad conjuntamente con la contractual son tra- 13
tadas en el Código Civil peruano de manera diferenciada, pese a guiarse por los mismos elementos y perseguir un mismo fin. Se puede decir que sea por incumplimiento de las obligaciones, sea por lesionar un derecho o un legítimo interés, la sanción que impone el Código Civil al responsable de ello siempre es la de indemnizar[8]. La consecuencia de actuar dentro del ámbito de influencia de cualquiera de ellas, esto es, con la concurrencia de los elementos que las conforman, es siempre la indemnización, independientemente de cual haya sido su origen. Esto tiene que ver con su naturaleza jurídica, porque a partir de allí podremos comprender mejor el fundamento de determinar la reparación civil conjuntamente con la pena.

II. Naturaleza jurídica de la reparación civil en el proceso penal

1. Naturaleza jurídica de la reparación civil en la doctrina

Muchos autores han dedicado esfuerzos en desarrollar la naturaleza de 14
la reparación civil impuesta en un proceso penal. Al respecto, entre otras, se advierten tres opiniones distintas: la primera estima que la reparación civil en el proceso penal tiene **naturaleza privada**. En esta corriente se encuentran quienes asumen que la reparación civil cumple un fin netamente resarcitorio y, por lo tanto, su imposición, aun cuando se derive de un ilícito penal, debe determinarse por las normas del Código Civil y, en consecuencia, por los elementos de la responsabilidad civil que se han desarrollado en la doctrina.

(8) Espinoza Espinoza, J., *Derecho de la responsabilidad civil*, pp. 31-32.

15 CREUS, por ejemplo, revisa las distintas posiciones al respecto y alude que la mayoritaria es aquella que reconoce el carácter privado[9] de la acción reparatoria (consecuentemente de la reparación civil) y que no varía su esencia al ser incorporada en el proceso penal. En efecto, según CREUS, la norma que introduce la reparación civil en el proceso penal ni varía su carácter privado ni extiende las facultades del juez, porque este solo puede decidir el aspecto civil cuando media pedido de parte[10].

16 SILVELA, citado por MIR PUIG, también se acoge a este mismo planteamiento, pues sostiene que la reparación civil –regulada en el Código Penal y determinada en el proceso penal– solo constituye una obligación civil como las demás que se encuentran en el Código Civil[11]. Desde su perspectiva, la naturaleza material de la responsabilidad civil es absolutamente ajena al Derecho penal, de modo que, aunque formalmente se encuentre regulada en el Código Penal, dicha institución jurídica es una obligación civil como las demás que están previstas en el Código Civil[12]. Para MIR PUIG, la incorporación de la responsabilidad civil dentro del proceso penal no significa que esta posee naturaleza jurídico-penal (contraria a la reparación civil), sino solo expresa un fin político-criminal del legislador. En tal sentido, y en vista que el Derecho penal puede integrarse también de un medio de naturaleza civil, MIR PUIG[13] refiere que es posible la conciliación de ambos puntos de vista.

17 Por su parte, ZAFFARONI, cuando hace un análisis respecto a "la materia de la reparación del daño" lleva a cabo un desarrollo escueto en torno a la naturaleza de la reparación civil. En su opinión, al poseer la reparación civil una naturaleza jurídica privada o civil, poco interesa efectuar un análisis de ella desde el Derecho penal. Por ello, se limita a precisar que se deben mantener separados ambos modelos (responsabilidad penal y responsabilidad civil); y, por ende, reservar lo punitivo a la ley penal y considerar de naturaleza civil lo que atañe a la reparación del daño[14].

18 Otros, estiman que la reparación civil tiene una naturaleza pública; entre ellos se encuentra RODRÍGUEZ DELGADO[15], quien refiere que en el sistema anglosajón, se aprecia una cada vez más visible aplicación de penas alternativas

(9) CREUS, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 524.
(10) Ídem.
(11) *Vide* MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 17.
(12) Ídem.
(13) Ibídem, p. 19.
(14) ZAFFARONI, E. / ALAGIA, A. / SLOKAR, A., *Derecho penal. Parte general*, p. 990.
(15) RODRÍGUEZ DELGADO, J., *La reparación como tercera vía en el Derecho penal*, p. 829.

a la privativa de libertad, a las que se denomina sanciones intermedias y en las que se potencia el uso de las multas o los días-multa, el trabajo en beneficio de la comunidad, etc. RODRÍGUEZ DELGADO refiere que, en el sistema anglosajón, la reparación no está comprendida como una consecuencia accesoria de la privación de la libertad, sino como una "sanción penal autónoma". Dentro de esta tendencia, están también otros autores como CHIARA DÍAZ y OBLIGADO, quienes sostienen que la reparación del daño es un nuevo fin de la pena o una tercera vía, por lo que propugnan la integración de teorías que justifiquen esta posición(16). En el mismo sentido, ZARZOSA CAMPOS también considera que la reparación civil posee naturaleza pública en función de razones de unidad y lógica legislativa, ya que se habla de una sola fuente, que es el delito; y, porque el daño proveniente de este no solo incide en el interés particular, sino también en el de la colectividad(17).

Este planteamiento de alguna manera se ha plasmado en los fundamen- 19
tos del Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, en los que se precisa que en los delitos de peligro se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide –señala el Acuerdo Plenario– el interés tutelado por la norma penal. Con lo que se presupone que la reparación civil se determina en función de la alteración del orden jurídico o la afectación de un bien jurídico concreto, criterios que, a nuestro entender, más bien fundamentan la pena.

Finalmente, se encuentran quienes consideran que tiene **naturaleza mixta**, 20
aunque en doctrina no se ha reconocido una naturaleza binaria de la reparación civil, por cuanto quienes le atribuyen responsabilidad civil y penal quizá lo hacen inconscientemente en atención a sus fines; sin embargo, de algunos planteamientos doctrinarios se puede advertir, aunque muy tenuemente, la asunción de una reparación de naturaleza mixta o binaria.

Aunque VILLAVICENCIO TERREROS no se adscribe concretamente a esta pos- 21
tura, en un planteamiento inicial parece confundir la naturaleza que se atribuye a la reparación en el proceso penal con su función; pues, para dicho autor, "la reparación civil no es una institución completamente civil, ni una consecuencia accesoria de la imposición de una sanción penal, sino que apoya fundamentalmente a la consunción de los fines de la pena"(18). Ello convertiría a la reparación civil en un instrumento autónomo en el campo del castigo y en la

(16) CHIARA DÍAZ, C. / OBLIGADO, D., *La reparación en el proceso penal*, p. 350.
(17) ZARZOSA CAMPOS, C., *La reparación civil del ilícito penal*, p. 200.
(18) VILLEGAS PAIVA, E., *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal*, p. 79.

prevención[19]. VILLAVICENCIO TERREROS fundamenta su tesis en cuatro consideraciones. En primer lugar, el autor refiere que la reparación civil cumple fines preventivos especiales en forma más eficiente que la pena, porque, a través de la imposición de la reparación civil en el marco del proceso penal, el sentenciado toma conciencia de los hechos delictivos que cometió. En segundo lugar, VILLAVICENCIO TERREROS sostiene que la reparación civil fijada dentro del proceso penal también cumple objetivos preventivos generales de índole positiva y negativa. La prevención general positiva tendría lugar porque por medio del pago de la reparación se puede comprobar que el sistema funciona, ya que no solo se restituiría la norma quebrantada en sentido abstracto, sino también se lograría la fidelidad de la comunidad al Derecho en sentido concreto[20]. Por su parte, la prevención general negativa sería alcanzada mediante la intimidación psicológica colectiva que causa la imposición de una reparación civil, ya que los potenciales delincuentes se abstendrían de cometer hechos punibles por temor a pagar la reparación civil por los daños causados con el ilícito penal realizado[21]. En tercer lugar, la imposición de la reparación civil dentro del proceso penal conduciría a una reconciliación entre el autor del ilícito y la víctima[22]. Finalmente, la reparación civil contribuiría a alcanzar la prevención integradora, porque permitiría la restauración de la paz jurídica[23]. Pues solo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada (...) la perturbación social originada por el delito[24].

2. Perspectiva crítica

22 Analizando estas tres posturas podemos deducir lo siguiente:

23 Respecto a la primera postura relacionada a la **naturaleza privada de la reparación civil**, se deberá asumir que frente a la comisión de un delito no se generará como consecuencia natural la responsabilidad civil. Como claramente nos lo ha referido GARRIDO MONTT, solo en determinadas hipótesis el delito dará origen a la responsabilidad civil y, por tanto, a la imposición de una reparación civil[25].

(19) Ídem.
(20) Ibídem, pp. 79-81.
(21) Ídem.
(22) Ídem.
(23) Ídem.
(24) Ídem.
(25) GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 385.

Para dejar claro el tema, cita como ejemplo a los delitos de peligro abs- 24
tracto, en los que notoriamente el ilícito penal ha devenido en una responsabilidad penal del autor, en tanto su contenido no permite la imposición de una reparación civil; lo mismo ocurriría en algunos casos de tentativa, en los que muchas veces se determina una reparación civil sin que se materialice un daño. Sin embargo, no se tiene en cuenta que, tal como señala GÁLVEZ VILLEGAS[26]: "(...) la naturaleza de esta institución no está determinada por el interés público de la sociedad, sino por el interés particular y específico de la víctima o agraviado por el delito", de modo que "el hecho que se ejercite la acción civil en el proceso penal, nada dice respecto de su naturaleza"[27].

En igual sentido, el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 alude clara- 25
mente a la naturaleza jurídica de la reparación civil, pues, en su fundamento 24, indica que se está ante una institución de naturaleza jurídico-civil, la cual no descansa en el delito cometido, sino en el daño ocasionado. Con ello establece un importante criterio respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil, a saber, se configura en función del daño y más no en función del delito.

Por lo que concierne a la segunda postura, la que defiende la *naturaleza* 26
pública de reparación civil y atribuye a esta la condición de pena, debemos precisar que según dicha tesis es viable la reparación aun cuando no se constate un daño resarcible, pues bastará la configuración delictiva; a ella se adscriben autores como VALENZUELA BARRETO, quien sostiene que: "el Código de Procedimientos Penales de 1940 al establecer en su artículo 285 que la sentencia condenatoria deberá contener –"el monto de la reparación civil"– ratifica la naturaleza pública de la acción de reparación civil"[28]. Así también SILVA SÁNCHEZ, citado por GÁLVEZ VILLEGAS, precisa que la reparación como sanción punitiva operaría aun cuando no se constate un daño resarcible, por ello no existiría conflicto si se impone incluso tanto en los delitos de peligro abstracto como en los delitos de peligro concreto, pues su fundamento no sería ya el daño ocasionado, sino fines propios de la pena[29]. Esta concepción también se deriva del entendimiento que gira en torno a las normas sustantivas y adjetivas del ordenamiento jurídico penal. Pues, si se echa mano del articulado que regula la responsabilidad civil en materia penal, o dentro del proceso penal, si se quiere hacer una referencia más correcta, parece sugerir la

(26) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *La reparación civil en el proceso penal*, p. 202.
(27) Ídem.
(28) VALENZUELA BARRETO, J., *La reparación civil en el proceso penal (la dificultad de la cuantificación del daño)*, p. 19.
(29) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *La reparación civil en el proceso penal. Op. Cit.*, p. 187.

existencia o conformación de una reparación civil de naturaleza pública, a juzgar por las diferencias y características particulares que adopta al instituirse dentro del proceso penal. Veamos:

27 Por ejemplo, la reparación civil es de acción privada, esto es, será la parte interesada (afectada) quien decida la exigencia de una reparación o no; sin embargo, en el proceso penal su "persecución" es pública, pues su exigencia queda bajo la responsabilidad del Representante del Ministerio Público, quien además está obligado a exigirla o, en algunos casos, imponerla como sucede en la aplicación de los principios de oportunidad a nivel fiscal (investigación preliminar).

28 Así, el artículo 349 del Código Procesal Penal establece: "1. La acusación fiscal será debidamente motivada y contendrá, (...) g) el monto de la reparación civil (...)"; igualmente, el artículo 376, numeral 2, literal b) del mismo cuerpo normativo señala: "El interrogatorio se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil". Por su parte, el artículo 399 numeral 4 de dicho Código establece que: "La sentencia condenatoria decidirá también sobre la reparación civil, ordenando –cuando corresponda– la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda (...)". Todo esto demuestra que el Código Procesal Penal tiene a la reparación civil como parte del objeto del proceso penal.

29 Otra diferencia que alude a su naturaleza pública es el relativo a la carga de la prueba, pues, de acuerdo a la normatividad civil, "el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor" (Art. 1969 del CC), en tanto que al comprenderse dentro del proceso penal, la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, quien, a través de su representante y al momento de ejercitar la acción penal (con su requerimiento acusatorio), deberá acreditar no solo el objeto penal del proceso, o sea la pena, sino también deberá fundamentar y acreditar la exigencia de una reparación civil, trasladando la carga de la prueba a este y no al perjudicado con el ilícito como sí sucede en el proceso civil.

30 A estos planteamientos cabe observarlos desde lo formulado en el Acuerdo Plenario N° 1-2005/CJ-116 y la R. N. N° 948/2005-Junín, que precisan que la reparación civil derivada del delito no es una pena, ya que "(...) la confesión sincera no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil –que no es una pena–".

31 Y finalmente, la tercera postura relacionada a la *naturaleza binaria o mixta de la reparación civil* conduce a la confusión de la naturaleza con los fines de la

institución jurídica analizada y, por supuesto, con los fines del Derecho penal o de la pena. El hecho de que la reparación civil permita alcanzar los fines del sistema penal, no significa que la institución jurídica pierda su naturaleza civil o privada para asumir a su vez una naturaleza pública.

En ese contexto, es preciso hacer una remisión a lo referido por MUÑOZ 32
CONDE, quien indica que el efecto preventivo de Derecho penal no solo debe buscarse a través del Derecho penal, sino también de sustitutos penales, dando cabida con dicho argumento a la reparación civil como una alternativa a la imposición de la pena. A partir de ello, si bien no se puede afirmar que el mencionado autor atribuya a la reparación civil una naturaleza penal o binaria (penal-civil), sí se puede concluir que la tesis de MUÑOZ CONDE reconoce a la reparación civil efectos coadyuvantes a la funciones o fines del Derecho penal[30].

3. Toma de postura

A nuestro juicio, cuando hablamos de reparación civil en el proceso penal 33
no aludimos a una reparación civil diferente a la que ha descrito la doctrina civilista, es decir, la responsabilidad civil es estrictamente civil; que se instituya en el proceso penal no modifica su naturaleza como tal. Existen notorias diferencias cualitativas entre la reparación civil y la pena, por lo que no deben entenderse a dichas instituciones como categorías que poseen la misma naturaleza. Pues, mientras la reparación civil responde a un interés privado, en la que solo el particular podrá reclamar al verse perjudicado, la pena responde a un interés público que se impone (y debe) imponerse frente al delito, aun cuando la parte agraviada o perjudicada no desee reclamarlo.

La reparación civil se determina en función del daño ocasionado; por lo 34
que, de asumir su equiparación a la pena, implicaría determinarla en función a los criterios que están regulados, entre otros, en el artículo 45 del Código Penal, el cual prescribe que "El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el

(30) Al respecto, MUÑOZ CONDE refiere que: "En todo caso, la búsqueda de un sano efecto preventivo intimidatorio, proporcional y autocontrolado, no hay que hacerla solo a través del Derecho penal, entendido en el sentido represivo institucional. Es necesaria una mayor 'fantasía institucional' que procure la mayor eficacia preventiva con el mínimo de sacrificio de la libertad individual. En este sentido me parece importante la búsqueda de 'equivalente penales', siempre que estén sometidos a los mismos límites y controles que las penas propiamente dichas. Esta última orientación se refleja en la tendencia monista que se observa en los nuevos sistemas de ejecución de la penas y medidas privativas de libertad, pero también en los 'sustitutivos penales' como la suspensión condicional del fallo, la conversión de la prisión en multa (...)". *Vide* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, p. 123.

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". Pues bien, estos elementos establecidos en el artículo 45, bajo ninguna circunstancia, fundamentan una reparación civil y mucho menos permiten establecer su *quantum*.

35 En consonancia con ello la sentencia recaída en el Expediente N° 207-2007[31] precisa que la reparación civil debe ser establecida en función a las reglas del Código Civil; para lo cual no debe tenerse en consideración la naturaleza del delito, la importancia de los deberes infringidos ni las carencias sociales del agente infractor, ya que son criterios que sustentan la pena, conforme a los artículos 45 y 46 del Código Penal, el daño causado debe determinarse teniendo en consideración la magnitud de los daños causados, conforme a lo reglado por el Código Civil[32]. En una jurisprudencia distinta como la expedida en el A. V. N° 06-2001-Lima[33] se estableció que en proceso de individualización de la pena, se debe determinar también la reparación civil para lo cual se debe tener en cuenta la naturaleza y magnitud de afectación al bien jurídico en concreto, este extremo genera confusión o deviene de una errónea interpretación de las instituciones o categorías jurídicas, dado que, la reparación se determina en función del daño y no sobre la base de los mismos criterios que fundamentan la pena.

36 Otra distinción importante es la relacionada al obligado en el pago de la reparación civil. En materia civil la carga puede ser trasladada a quien esté en la capacidad de soportarla; por ejemplo, si un menor de 16 años de edad causa un daño pasible de indemnización, se hará cargo de esta el padre del mismo o quien ejerza su tutela y se encuentre en la capacidad de responder civilmente frente al daño. Por el contrario, en el proceso penal la imposición de la pena no puede (no está permitido) ser trasladada a otra persona, porque quien ha cometido el ilícito es a quien corresponde cumplir la sanción penal.

37 Por último, la reparación civil aun cuando se instaure en el proceso penal tiene naturaleza privada, ya que es independiente de la pena. En efecto, aunque se determinen conjuntamente, no necesariamente corresponderá imponer

(31) Esquivel Oviedo, J., *Jurisprudencia penal de la Corte Superior (2006-2008)*, p. 175.
(32) En igual sentido, se resuelve en las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 170-2002-FL. 747, 505-2005-FL-318, 224-1997, 430-2007, 3635-1998-FL-508, 2930-2005-Húanuco.
(33) Revilla Llaza, P. / Urquizo Videla, G., *Jurisprudencia penal jurisprudencial*, p. 522s.

una reparación civil conjuntamente con la pena. A saber, para imponer una reparación civil se deberá verificar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil como el daño, la imputabilidad, la antijuridicidad, el nexo causal y el factor de atribución. Por su parte, para imponer una pena habrá que verificar si la conducta es típica, antijurídica y culpable.

38 En consonancia con este criterio, resulta importante destacar los aportes de CASTILLO ALVA sobre la materia, su precisión y sistematicidad nos orienta también a esta toma de postura. Asume CASTILLO ALVA que la reparación civil en el proceso penal no solo evidencia una importancia teórica, sino que despliega relevantes consecuencias jurídicas, asumir una u otra postura tiene repercusiones que deben ser analizadas; en ese sentido precisa que de su naturaleza pública o privada se deriva el hecho de que la reparación civil tenga carácter disponible o por el contrario no pueda ser objeto de renuncia; así también, su carácter público o privado dirá mucho de su finalidad, dado que de considerarse lo primero, sus fines no pueden ser sino los mismos del Derecho penal, esto es preventivos(34).

39 CASTILLO ALVA, sintetiza las teorías en torno a la naturaleza jurídica de la reparación civil en el proceso penal y estima que nuestra legislación acoge aquella relacionada a la naturaleza mixta de la reparación civil en el proceso penal, ello en virtud del artículo 92 del Código que parece imponer la obligación de determinar la reparación civil conjuntamente con la pena, no concediéndose facultad de tramitarlas en vía separada(35). Esta naturaleza mixta, según señala CASTILLO ALVA, también estaría determinada por el contenido del artículo 100 del Código Penal, dado que la acción civil prescribe conjuntamente con la penal, al margen de lo que estipulan las leyes civiles(36).

40 Al margen de descifrar la postura que, a su criterio, adoptada nuestro el Código Penal, CASTILLO ALVA reconoce que la reparación civil aun instaurada en el proceso penal, tiene naturaleza privada, sustentando tal postura en función a criterios como el hecho de que la responsabilidad civil *ex delito*, constituye solo una especie de responsabilidad civil extracontractual, que es el género que la comprende; la forma su regulación en el artículo 92 del Código Penal solo obedece a una técnica legislativa; asimismo, se sustenta en el hecho de que las diferencias que existen entre la responsabilidad civil *ex delito* y los demás

(34) CASTILLO ALVA, J., *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, p. 72.
(35) Ibídem, p. 77.
(36) Ibídem, p. 78.

casos de responsabilidad civil extracontractual, solo son de carácter procesal, lo que además permite lograr una administración de justicia mas expeditiva[37].

41 Finalmente, concluye que un argumento de índole formal que permite determinar su naturaleza privada es que el Código Penal no regula esta institución de manera clara, y es precisamente por ello que nos remite a las normas del Código Civil para su determinación y aplicación; aunado a que su contenido tiene rango estrictamente civil, como son la restitución y la indemnización[38]. Ello en consonancia con lo antes expuesto.

III. Función de la reparación civil en el proceso penal

42 Habiendo deslindado la naturaleza de la reparación civil, queda ver cuál es el papel que cumple en el Derecho penal, para luego dar a conocer el fundamento de imponerla conjuntamente con la pena.

43 En torno a esta cuestión, son interesantes las reflexiones de SUEIRO, pues efectúa un importante análisis en torno a ello desde las diversas disciplinas que conforman el Derecho penal. Así, a la luz de la teoría de la fundamentación de la pena, propugna una reparación civil como tercera vía, la cual es independiente y distinta de la pena, porque se fundamenta en una Teoría Compleja de la Pena, la cual es de índole expiatoria-consensual-victimo-justificante y agnóstica"[39]. La tesis expuesta puede resumirse en la siguiente fórmula explicativa: La reparación civil como un fin de la pena o tercera vía presupone una teoría compleja de la pena, cuyo fundamento descansa en: a) La expiación del culpable (arrepentimiento del autor que busca redimir su culpa a través de la reparación), b) el fin victimo-justificante de la pena (facultad de la víctima a hacer ejercicio su derecho a ser reparada) y c) el carácter agnóstico de la sanción penal (modelo reparatorio y no punitivo), que procura llevar a una solución entre autor y víctima.

44 El planteamiento esbozado, aunque por ahora probablemente no se enmarca dentro de los criterios doctrinarios tradicionales que desarrollan los fines de la pena, constituye un buen punto de partida para comprender el fundamento de dicha institución jurídico civil y su instauración en el proceso penal. Empero, sin ir muy lejos en *pos* de una Teoría compleja de la pena, se puede recorrer

(37) Ibídem, pp. 78-79.
(38) Ibídem, pp. 81-82.
(39) SUEIRO, C., *La naturaleza jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, criminológica, dogmática, procesalista y político criminal*, pp. 45-46.

otro camino que también justifica la determinación de la reparación civil conjuntamente con ella. Una de las funciones principales de la reparación civil es la denominada función reparativa. Al respecto, postula DE TRAZEGNIES GRANDA que, en la actualidad, el objetivo prioritario de prácticamente todos los sistemas de responsabilidad civil extracontractual es colocar a la víctima, en la medida de lo posible, en el estado material en que se encontraba antes del daño(40). Esto es, según DE TRAZEGNIES GRANDA, la responsabilidad extracontractual o delictiva tiene una función reparativa antes que punitiva o vindicativa(41). Nótese que esta función es propia de su naturaleza civil, a diferencia de otras que, además, se condicen con los atribuidos a la pena, por ejemplo, la de disuasión (ello haciendo un parangón con las funciones atribuidas al Derecho penal o a la pena).

ESPINOZA ESPINOZA, por su parte, alude a otras funciones de la repara- 45
ción civil tales como: a) La de reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado. b) La de retornar el *statu quo* anterior en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio (Estas dos primeras hacen referencia a la función reparativa aludidas precedentemente. Es pues, su fin último, el centro gravitacional en torno al cual gira esta institución). c) La función de reafirmar el poder sancionatorio (o "punitivo") del Estado; o d) la de "disuasión" a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros(42).

En esa misma línea GÁLVEZ VILLEGAS desarrolla la función preventiva y 46
punitiva que cumple la responsabilidad civil. Sobre dicha problemática sostiene que la reparación civil cumple una finalidad preventivo-general y otra preventivo-especial. Por medio de la primera se amenaza con la imposición de una obligación resarcitoria a los agentes que realicen una conducta dañosa(43), pues crea en la conciencia de los potenciales delincuentes la sensación de privarles del beneficio obtenido o a obtener con dicha actividad, lo cual se expresa por medio de un efecto disuasorio en el comportamiento delictivo de aquellos. Por su parte, la segunda internaliza su mensaje comunicativo en la conciencia individual del agente que ha delinquido, de tal suerte que puede llegar a inhibirlo de incurrir en la comisión de una nueva conducta dañosa(44).

(40) DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La responsabilidad extracontractual. Op. Cit.*, p. 16.
(41) Ídem.
(42) ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, p. 38.
(43) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *La reparación civil en el proceso penal. Op. Cit.*, pp. 57-58.
(44) Ídem.

47 Por otro lado, GÁLVEZ VILLEGAS precisa que esta función no corresponde *per se* a la responsabilidad civil, sino a todo el ordenamiento jurídico, pues este, en general, al regular las conductas, procura prevenir acciones antisociales. En tal sentido, el referido autor refiere que si bien, desde un punto de vista general, mediante la imposición de una obligación resarcitoria se está sancionando a quien ha causado un daño, esta sanción no es una pena, puesto que las penas son propias de las normas penales y del fin al cual se orientan estas(45). Por consiguiente, según GÁLVEZ VILLEGAS, los fines y fundamentos de la pena no pueden ser utilizados para fundamentar una institución del Derecho Civil, como es la reparación civil.

48 A lo que se pretende llegar con ello es a evidenciar que, si bien la reparación civil puede cumplir otras funciones dentro del proceso penal, estas no la hacen necesariamente parte de la pena o adyacente a la misma, sino que estas funciones pueden operar como contributivos del fin penal principal. La teoría que postula SUEIRO no es precisamente una que tenga acogida en la actualidad, aunque reconocemos la importancia del aporte y es que quizás sea una mejor óptica de la pena y de la reparación civil, pero si nos avocamos al fin de la pena concebido en la actualidad, deberemos entender que la reparación solo constituye una suerte de apoyo para el cumplimiento del fin penal, el cual es la prevención.

49 Finalmente debemos hacer precisión a cuál creemos que sea el fundamento de la imposición de la reparación civil en un proceso penal y, por ende, la justificación de que se determine conjuntamente con la pena como prescribe el artículo *sub* análisis.

IV. Determinación de la reparación civil conjuntamente con la pena

1. Fundamento según la doctrina

50 Se señaló que la reparación civil tiene una función de "disuasión" a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros. Si se quiere hacer una semejanza con los fines atribuidos a la pena, esta sería la denominada prevención general negativa de la pena, que busca disuadir al conglomerado social de cometer ilícitos penales. Con respecto a la víctima, es satisfactiva esta función, pues es netamente contributiva, ya que, si

(45) Ibídem, pp. 59-60.

se apareja a la sanción penal, se buscará, además, no solo prevenir, sino también satisfacer un interés privado que se ha visto afectado. Al respecto, VILLAVICENCIO TERREROS[46] citando a RODRÍGUEZ DELGADO refiere que la reparación civil derivada del delito cumple también los fines preventivo-generales en sus dos modalidades, ya expuestas precedentemente[47].

También se atribuye una función sancionadora a la reparación civil. Si se 51
quiere hacer un parangón con los fines de la pena, este sería el denominado fin retributivo, claramente dejado atrás por la doctrina garantista. No obstante, la reparación civil, según criterio de algunos autores, cumple también esta función. Se advierte, pues, que ambas instituciones jurídicas, la reparación civil (del Derecho privado) y la pena (del Derecho público), guardan una relación tan antigua, quizás tanto como el surgimiento mismo de cada una de ellas.

Finalmente, MIR PUIG postula que, el porqué de la determinación de la 52
reparación civil conjuntamente con la pena en el marco de un proceso penal puede ser explicada desde dos perspectivas: dogmática y político-criminal[48]. En el plano dogmático, sería preferible concebir a la responsabilidad derivada del delito o falta como una institución de índole civil. Por su parte, en el plano político-criminal, sería más ventajoso incluir a la reparación civil en el Derecho penal. Pues, la lucha contra el delito se acometería en forma más racional y eficaz si ambas instituciones se regulan con criterio unitario. En esas circunstancias, sería mejor considerar a la responsabilidad civil como un instituto penal y como un instrumento particular de la política criminal, que concebirla como una consecuencia jurídico-civil desconectada del cometido político-criminal"[49].

La explicación de las semejanzas entre la reparación civil y la pena no 53
pretende desnaturalizar ni a la una ni a la otra. Solo se intenta presentar la similitud y equiparación de sus fines y, a través de ello, mostrar el carácter contributivo de la reparación civil a los fines del Derecho penal. No se habla pues de una naturaleza binaria de la reparación civil, porque el fundamento de esa bidimensionalidad solo obedece a su contribución a los fines penales a su semejanza con los fines de la pena. El hecho de que contribuya a los mismos no la hace penal o cuasi penal. Quede claro, por lo tanto, que su naturaleza

(46) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, pp. 79-81.
(47) *Vide supra* notas de pie de página 20 ss.
(48) MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 18-19.
(49) Ídem.

no cambia al contribuir a los fines penales, porque una cosa es su naturaleza y otra muy diferente son sus fines o funciones a los cuales está orientada.

2. Toma de postura

54 Es claro que, aun cuando dogmáticamente se entienda a la responsabilidad civil, ajena a los fines penales, desde un punto de vista político criminal, contribuye a los mismos, convirtiéndola en un valioso instrumento de la política criminal. Pero es necesario incidir en que no es un instituto penal, es una institución jurídica del Derecho civil que, por sus características y fines, contribuye al Derecho penal en diversos sentidos. Con dicho argumento se da cabida a la reparación civil como una alternativa a la imposición de la pena; con ello, claro, no podemos asumir que la reparación civil posea una naturaleza penal o binaria (penal-civil), sino que reconoce en ella efectos coadyuvantes a las funciones o fines del Derecho penal. Y esta contribución se advierte en la semejanza en sus fines como se detalló anteriormente.

55 Entonces ¿la reparación civil puede ser acogida como un instrumento de la Política Criminal?, sí, pues sabiamente, se elige una alternativa menos gravosa a la par que se impone una pena, y que también permite cumplir un fin penal. No está desconectada de un cometido político criminal. No obstante, ello no la convierte en un instituto del Derecho penal, pues esto implica dotarle de tales características, desnaturalizando su esencia, lo cual se pretende evitar.

56 Antón Oneca, citado por Mir Puig, se manifiesta en contra de una separación de la pena y la responsabilidad civil, pero reconoce la importancia de la regulación de esta última en el Código Penal, sustentado en que según –describe Mir Puig–: "(...) el resarcimiento coopera a la defensa del interés social y tiene efectos intimidatorios: en los delitos castigados con penas de poca gravedad"[50], a tal punto que en los injustos penales "que permiten la condena condicional, suele temerse más a la sanción reparadora que a la pena."[51] Mir Puig, como ya se dijo *supra*, también considera que la inclusión o no de la responsabilidad civil en el concepto de Derecho penal depende de si se adopta un punto de vista conceptual o político criminal[52]. En torno a dicha cuestión, se debe indicar que se coincide en parte con dicha tesis; pues, es cierto que conceptualmente es civil, pero el hecho de que político-criminalmente sea más

(50) Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Op. Cit.*, p. 17.
(51) Ídem.
(52) *Vide supra* notas de pie de página 40-41.

ventajoso su imposición en el proceso penal no varía su naturaleza. Ello solo habla de su utilidad práctica, la cual sí debe mantenerse.

En algún sector de la doctrina se ha aludido a una denominada reparación 57
simbólica en casos en los cuales la reparación material no se haga posible. En tal sentido, ENRIQUE BACIGALUPO sostiene que admitiría una reparación simbólica expresada, por ejemplo, en la donación de una importante cantidad de dinero a una institución de caridad o en el ofrecimiento de trabajos sociales no remunerados, etc.(53). Queda claro, Bacigalupo no refiere que, con ello, deba repararse a una víctima, sino que de manera simbólica se exija el pago de un concepto monetario que notoriamente tiene una naturaleza distinta a la civil.

Ello, por ejemplo, podría ocurrir en los principios de oportunidad apli- 58
cados en los delitos de conducción en estado de ebriedad, a los que erróneamente se ha denominado reparación civil, pese a no tener tales características y que, además, existe un monto ya establecido en función de criterios que se desconocen. Se trata de un concepto monetario que debería entenderse aislado de lo que por reparación civil hemos entendido; esta solo debe imponerse en los casos que corresponda.

En general, el fundamento de instituir la reparación en el proceso penal 59
guarda beneficios importantes. A decir del Acuerdo Plenario N° 5-2011/116-CJ: "Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado causado por el mismo hecho". Si rescatamos parte de la denominada Teoría Compleja de la Pena a la que alude SUEIRO en lo que respecta a la teoría victimo-justificante de la pena, que acoge como su piedra angular a la víctima, facultándola de hacer ejercicio de su derecho a ser reparada, también aquí está el sustento de imponerla con la pena, pues se permite la satisfacción de un interés particular de la víctima aun dentro del proceso penal, sin que tenga que recurrir dicho derecho en la vía civil. Pero, claro esta imposición o determinación de la reparación civil conjuntamente con la pena solo deberá realizarse siempre y cuando concurran los elementos de la responsabilidad civil; de lo contrario, se estaría imponiendo una reparación de manera arbitraria y que quizás, en muchos casos, ni siquiera tenga la característica de reparación civil.

Dicha tendencia no puede sino sistematizarse con el ordenamiento jurí- 60
dico y evitar problemas como la imposición de reparaciones civiles en delitos

(53) BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 605.

de peligro o casos de tentativas. Esto, por cuanto los demás artículos contenidos en el título analizado aluden a una reparación que se rige por las normas del Código Civil, a una reparación civil estrictamente. Ello se puede advertir del artículo 93 del Código Penal a cuyo análisis nos abocaremos más adelante.

V. La reparación civil como derecho de la víctima

61 La incorporación que realiza la Ley N° 30838 nos parece una innovación importante dentro del Código Penal, que obliga al órgano jurisdiccional a buscar alternativas que permitan el cumplimiento del pago de la reparación civil de manera inexorable; su reconocimiento como derecho de la víctima acarreará modificaciones importantes en la forma de ejecutar la pena impuesta ya que ahora subsiste su derecho de ser reparada.

62 Antes de su regulación, en la doctrina ya se han ido perfilando los contornos de este derecho, toda vez que la víctima o agraviado empezó a jugar un papel importante en el proceso penal, después de haber sido relegada por el propio sistema.

63 Inicialmente la víctima hacía ejercicio de su derecho de manera personal, se habló inicialmente de la venganza privada, para luego a través de la composición dar paso al tercero imparcial que intervenía en la resolución del conflicto; claro que con esto último se fue relegando el papel de la víctima, quien incluso pocas veces veía resarcido el daño ya que este resarcimiento se dirigía a quien detentaba el poder de resolver el conflicto. Por ello, como correctamente sostiene Villegas Paiva, "Con el avance del tiempo y un mayor progreso social, después de la adopción del concepto taliónico, la segunda medida incorporada en casi todas las legislaciones primitivas –con el objeto de reducir al mínimo el pernicioso efecto de la venganza privada absoluta– fue la compensación o composición, produciéndose una mercantilización de la venganza, pues esta es reemplazada por grandes cantidades dinerarias que depende de la gravedad de la ofensa, aunque se debe reconocer que la víctima no pierde, todavía, la iniciativa en la persecución del injusto, y ni siquiera la posibilidad de venganza de sangre en caso de que no sea adecuadamente satisfecha"(54).

64 Más adelante, cuando el poder lo detentan los Estados la intervención de la víctima se limita. Ello por cuanto el delito ya no solo era de interés de la víctima o sus familiares, sino de la sociedad en general y es, precisamente,

(54) Villegas Paiva, E., *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal. Op. Cit.*, p. 33.

ello por lo que el poder centralizado asume el papel de sancionador, con lo cual el Estado detenta el *ius puniendi*. En este contexto, el interés de la víctima "(...) se ve reemplazado por el concepto abstracto de bien jurídico tutelado que –como veremos más adelante– viene a ser el orden jurídico establecido y su derecho a perseguir sus derechos en la acusación se ve suprimido en aras de la persecución estatal, promovida por la vigencia del principio de oficialidad de la acción penal"(55).

A partir de allí fue también difícil volver a dar protagonismo a la víc- 65
tima dentro del proceso penal. No es sino por la intervención de movimientos y agrupaciones que han surgido para velar por sus derechos que nuevamente volvemos a ver a la víctima en el juego, dentro del proceso penal. Coincidimos con que la actuación de la víctima se hace cada vez más palpable dentro del proceso penal, pasando a formar parte del debate con relación a la reparación civil. De esta manera, se muestra que el proceso penal ya no consiste en una relación bilateral (fiscal-autor), sino trilateral (fiscal-autor-víctima)(56).

De Cupis habla del derecho al resarcimiento y precisa que "(...) es siempre un 66
derecho relativo, que se dirige únicamente contra la persona del responsable"(57). Es decir, según su punto de vista, se trata de un derecho patrimonial, dado que está destinado a encontrar su adecuada expresión cuantitativa en la posterior liquidación(58). Lo cual significa que; solo muy excepcionalmente podrá tratarse de la ejecución de una prestación inapreciable en dinero. En pocas palabras, "es un derecho transmisible y renunciable, pues, en cuanto es un derecho de orden privado, el titular del derecho puede renunciar a él"(59).

Sin embargo, aun cuando se hable de un derecho patrimonial para justi- 67
ficar su reconocimiento en el ámbito penal, preferimos entender que tiene un fundamento más político criminal que puramente económico. Ello por cuanto se ha convertido en un objeto más del proceso penal. Además, el buscar resarcir a la víctima es ahora un objetivo que se busca alcanzar, razón por la cual se han buscado diversos mecanismos que permitan, de una u otra manera, priorizar el resarcimiento a la víctima antes que alcanzar la sanción punitiva. Aun dentro del proceso penal es este un aspecto más importante que la sanción penal misma; reflejo de ello es el principio de oportunidad.

(55) Ibídem, p. 39.
(56) Ibídem, p. 140.
(57) De Cupis, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 777.
(58) Ídem.
(59) Ídem.

68 Atendiendo a ello, VILLEGAS PAIVA, con razón, postula que "tales orientaciones de alguna forma pretenden dirigir –aunque de forma limitada– al Derecho penal y al Derecho procesal penal hacia un sistema con componentes transaccionales en el que la víctima puede arribar con el delincuente a mecanismos de acuerdo, de manera tal que no sea necesario, en algunos casos, imponer sanciones penales, en tanto lo principal será buscar una adecuada reparación del daño para la víctima"(60).

69 En el Código Penal argentino, por ejemplo, el artículo 29, numeral 2 indica que "la sentencia condenatoria podrá ordenar: 2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, *fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba*". La parte *in fine* del citado artículo obliga a la determinación de la reparación al margen de la prueba que se haya logrado obtener en el proceso. Con ello se aparta de que el daño concreto determine su imposición y, por el contrario, estima que esta es obligatoria debiendo fijarse bajo un criterio prudencial, por no decir arbitrario. Puede constituir una manifestación del derecho a la reparación, pero consideramos que su ejercicio y efectividad no puede hacerse a costas de la desnaturalización de la figura.

VI. Derecho y principio de reparación integral del daño

70 Otro aspecto importante que nos recuerda VICENTE DOMINGO, relacionado *al principio de reparación integral del daño*, es que no debe convertirse en una obsesión para el legislador y para el intérprete, porque hay daños que no pueden ser reparados integralmente(61); y, por supuesto, habrán circunstancias que no materialicen daños reparables; por ello, el mismo agraviado podrá a través de su oportuna y adecuada intervención lograr alcanzar la reparación integral; pues si esta únicamente se materializa a través de la acreditación de los daños que concurran, será el agraviado quien con la presentación de la prueba suficiente garantizará el cumplimiento de su reparación; el juzgador únicamente valorará las pruebas existentes y, a partir de allí, impondrá la reparación civil.

71 Aunque habrá también circunstancias en las que no se alcanzará una reparación integral, pues es difícil alanzar una certeza del daño causado. Si esto incluso no puede lograrse cuando los daños son materiales y son factibles de una valoración económica, más difícil será en aquellos casos en los que

(60) VILLEGAS PAIVA, E., *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal. Op. Cit.*, p. 40.
(61) VICENTE DOMINGO, E., "El daño". En: REGLERO CAMPOS, F., (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I, p. 261.

los daños estén relacionados a aspectos morales; estos muy difícilmente pueden ser reparados integralmente, porque, por ejemplo, ¿cómo determinar con certeza la magnitud del daño causado a una persona que ha perdido a un ser querido a causa de un homicidio?

El derecho a la reparación integral del daño, se deriva del artículo 63.1 de 72
la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual dispone que, cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta convención, esta dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Del mismo modo, dicho precepto establece que la Corte dispondrá, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En sus numerosas sentencias la Corte Interamericana de Derechos Huma- 73
nos se ha pronunciado respecto del derecho a la reparación integral del daño, lo cual constituye un precedente importante que ha permitido garantizar a las víctimas un papel cada vez más influyente. Al respecto, CALDERÓN GAMBOA refiere que el derecho a la reparación integral, primero se estableció como principio internacional por la Corte Permanente de Justicia en el caso Factory at Charzow de 1927 y luego se instituyó en las decisiones de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Posteriormente, dicho derecho fue recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras y así es sus posteriores sentencias[62].

En el ámbito internacional la reparación a la víctima cobra especial impor- 74
tancia desde su regulación en diversos dispositivos legales como el artículo 6.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo el 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 14 de la Convención Contra la Tortura de 1984, artículo 39 de la Convención de los Derechos del Niño, entre otros. Así también, en su efectivización, en las cortes internacionales, incluso se cuenta con un Fondo Fiduciario que es un Órgano Independiente de la Corte Penal Internacional y fue creado para ayudar con la reparación de las víctimas de los crímenes internacionales que se encuentren bajo su competencia.

(62) CALDERÓN GAMBOA, J., *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano.*

75 El Perú recientemente lo ha incorporado como derecho dentro del proceso penal; no obstante, consideramos que su naturaleza es civil, ya que la reparación es un concepto independiente del delito. Empero no debemos desconocer que su reciente reconocimiento se debe a la exigencia que se hace del pago dentro del proceso penal, que incluso muchas veces permite revocar la pena frente al incumplimiento. Adopción que se aplaude desde la óptica de la política criminal con enfoque en la víctima.

VII. La reparación civil en el Derecho comparado

76 El artículo 109 del Código Penal español establece la clara diferencia existente entre ilícito penal e ilícito civil, pues prescribe que: "La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por el causado. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir responsabilidad civil ante la jurisdicción civil". Como se puede observar, la norma citada claramente distingue que solo surgirá reparación en tanto y en cuanto se produzcan daños civiles; y más claro aún es el artículo 116 del Código antes citado establece que: "Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, si del hecho se derivan daños y perjuicios". A nuestro juicio, esta redacción debería trasladarse sin duda alguna a nuestro Código Penal, toda vez que su claridad permitiría comprender la distinción que existe entre delito y daño civil, evitando asumir que el primero tendrá como consecuencia una reparación civil de manera inexorable. Con ello, para la legislación española no es problema el establecer la naturaleza de la reparación del daño que surge a causa de un hecho delictivo; naturalmente, esta es privada, debiendo regirse única y exclusivamente por el daño civil causado. En ese entender, la imposición de la reparación conjuntamente con la pena, para el Código Penal español no genera mayores complicaciones.

77 El Código Penal colombiano, regula la reparación civil en el Capítulo Sexto, denominado "de la responsabilidad civil derivada de la conducta punible". Con esta introducción nos aclara el panorama en torno a la naturaleza jurídica atribuida a la misma, pues habla claramente de una reparación civil que surge a partir del delito; el artículo 94 de dicho Código prescribe que "La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella"; de lo que se infiere que, en tanto no se constaten daños civiles, no aparecerá la reparación civil en el ámbito penal. Sin embargo, más adelante precisa en el artículo 97 lo siguiente: "En relación con el daño derivado de la conducta punible, el juez podrá señalar como

indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso". Esto genera una confusión en torno al sustento de imponer una reparación, ya que indica que la tasación dependerá no solo del daño, sino también de la naturaleza de la conducta; con esto último ya ingresa al ámbito de lo penal, atribuyendo a la gravedad del delito la posibilidad de determinar un monto reparatorio.

78 El Código Penal de la Nación Argentina regula la reparación civil en el Título IV - Reparación de Perjuicios, dedicando únicamente cinco artículos a su desarrollo; concretamente el artículo 29 de dicho Código establece que "La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias. 2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba. 3. El pago de las costas. (Artículo sustituido por Art. 27 de la Ley N° 25.188 B.O. 01/11/1999)". Este artículo nos parece un tanto confuso, pues no dice mucho en torno a la naturaleza que el Código Penal argentino atribuye a la reparación del daño causado por el delito, a diferencia del Código Penal español que, de manera explícita, excluye la reparación en tanto no se produzca un daño civil. Este artículo, más bien, parece sugerir que la reparación es obligatoria frente a la comisión de un delito, pues el término "podrá" utilizado en su redacción no orienta tampoco a una postura concreta, sino que denota la facultad del juez penal de pronunciarse en torno a la reparación del daño.

79 El artículo 30 del Código Penal citado alude que "la obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, estas se satisfarán en el orden siguiente: 1. La indemnización de los daños y perjuicios. 2. El resarcimiento de los gastos del juicio. 3. El decomiso del producto o el provecho del delito. 4. El pago de la multa. (Artículo sustituido por Art. 28 de la Ley N° 25.188 B.O. 01/11/1999)". Con ello tampoco aclara la naturaleza jurídica de la reparación del daño causado por el delito; empero, sí vislumbra el interés de priorizar a la víctima y a la reparación del daño, lo cual nos parece importante si pensamos que la reparación constituye un derecho de la víctima, y se ha convertido en una exigencia en el propio proceso penal. Esto

también se refleja en nuestra legislación cada vez con mayor auge, ejemplo de ello es la reciente incorporación del derecho a la reparación en la parte *in fine* del 92 de nuestro Código Penal.

80 El Código Penal italiano también se remite a las leyes civiles cuando se trata de determinar la reparación civil. Así, en el artículo 185 establece que todo delito obliga a las restituciones, de conformidad con las leyes civiles, de lo que se advierte que además de la sanción penal frente al delito puede surgir responsabilidad civil(63).

81 Al igual que el Código Penal italiano, en el Perú la reparación civil en el proceso penal exige la remisión a las leyes civiles para determinarla, es por ello que no comprendemos cual sería el motivo que genera aun discusión en torno a su naturaleza jurídica.

VIII. Bibliografía

82 Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general.* Hammurabi, Buenos Aires, 1996; Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; Calderón Gamboa, Jorge, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano.* Disponible en <www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf> (consultado el 28 de agosto de 2018); Castillo Alva, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito.* Idemsa, Lima, 2001; Chiara Díaz, Carlos Alberto / Obligado, Daniel Horacio, *La reparación en el proceso penal.* Jurídica Nova Tesis, Rosario, 2007; Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte general.* Astrea, Buenos Aires, 1992; De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil.* Bosch, Barcelona, 1975; De Trazegnies Granda, Fernando, *La responsabilidad extracontractual.* Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil.* Gaceta Jurídica, Lima, 2003; Esquivel Oviedo, Juan Carlos, *Jurisprudencia penal de la Corte Superior (2006-2008).* Gaceta Jurídica, Lima, 2009; Gálvez Villegas, Tomás Aladino, *La reparación civil en el proceso penal.* Pacífico, Lima, 2016; Garrido Montt, Mario, *Derecho penal. Parte general.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001; León, Leysser, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas.* Jurista Editores, Lima, 2007; Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal.* B de f, Buenos Aires, 2003; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social.* Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985; Revilla Llaza, Percy Enrique / Urquizo Videla, Gustavo, *Jurisprudencia penal jurisprudencial.* Gaceta Jurídica,

(63) Gálvez Villegas, T., *La reparación civil en el proceso penal. Op. Cit.*, p. 667.

Lima, 2008; Rodríguez Delgado, Julio, *La reparación como tercera vía en el Derecho penal*. San Marcos, Lima, 2003; Roig Torres, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Sueiro, Carlos Christian, *La naturaleza jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, criminológica, dogmática, procesalista y político criminal*. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2006; Valenzuela Barreto, Julio, *La reparación civil en el proceso penal (la dificultad de la cuantificación del daño)*. Librejur, Lima, 2013; Vidal Ramírez, Fernando, *La responsabilidad civil*. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6527/6607> (consultada el 27 de agosto de 2018); Vicente Domingo, Elena, "El daño". En: Reglero Campos, Fernando (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Aranzadi, Navarra, 2002; Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006; Villegas Paiva, Elky Alexander, *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013; Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2002; Zarzosa Campos, Carlos, *La reparación civil del ilícito penal*. Rodhas, Lima, 2001.

§ 93
Contenido de la reparación civil

JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)
MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Generalidades	1	667
II. Reparación civil	30	675
III. Restitución e indemnización en la legislación peruana	38	678
IV. Elementos de la responsabilidad civil	53	681
1. El daño	54	681
2. La imputabilidad	63	684
3. La antijuridicidad o ilicitud	69	685
4. El factor de atribución	74	687
5. El nexo causal	77	688
V. Los conceptos reparatorios en la legislación comparada	83	689
VI. Bibliografía	87	690

§ 93.- Contenido de la reparación civil

"La reparación comprende:

1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y,

2. La indemnización de los daños y perjuicios"(1).

I. Generalidades

Para hablar de responsabilidad en términos generales, debe partirse del 1
tipo de intereses individuales o de la colectividad que se vean afectados, en función de lo cual se asumirá el tipo de responsabilidad que corresponda; ello por cuanto en el campo del Derecho, podemos advertir diversas formas de manifestación de aquella; puede surgir, por ejemplo, una responsabilidad penal frente a la comisión de un hecho delictivo, cuyo fin es "(...) sancionar al agente del delito, mediante la imposición de una pena, en satisfacción de un interés público, cuyo titular es la sociedad y que se materializa con la acción

(1) La interpretación del artículo 93 del Código Penal debe llevarse a cabo en concordancia con: los artículos 94, 95, 96, 99, 101 del CP; artículos. 11.2 y 493 numeral 1 del CPP; artículos 1279, 1321, 1322, 1332, 1969, 1970, 1972, 1984, 1985 del CC; etc.

penal en el correspondiente proceso penal"[2]; o, una responsabilidad civil, frente a la infracción del deber genérico de no causar daño, cuyo fin es lograr la reparación del daño.

2 FRANCESCO PELLEGRINI, en una cita de LEYSSER LEÓN, señala que etimológicamente, "(...) 'responder' es como 'prometer a la vez' o 'corresponder a una promesa'"[3]. Refiere FRANCESCO PELLEGRINI que dicha denominación involucra una respuesta frente a una obligación, que consiste en reestablecer la situación que preexistía[4] para el tema *sub* análisis, concretamente esta respuesta consistirá en procurar reestablecer el estado anterior de las cosas, devolviendo la situación mantenida antes de la producción del daño.

3 De otro lado, con relación al término "responsabilidad", MAIORCA, citado por ESPINOZA ESPINOZA nos recuerda que proviene del latín tardío *respondere* cuyo significado se contrapone al latín *spondere*, que significa rito, solemnidad, equilibrio[5]; siendo así, frente a la ruptura de este equilibrio o perturbación de un orden concreto, surge la respuesta reparadora de esa ruptura, que, en términos de MAIORCA alude al término *respondere*. En ese contexto, a raíz de la ruptura de dicho equilibrio o alteración de tal orden surge el juicio de responsabilidad[6].

4 Esta definición expresa el nacimiento de la responsabilidad como concepto genérico, en tanto implica responder frente a determinada situación por uno generada, avalando la locución de que toda reacción tiene una respuesta; así, si una persona altera de alguna manera una determinada situación causando perjuicio, está obligada a hacer frente a ella y reestablecer el *statu quo* preexistente.

5 Frente a este concepto genérico, una definición jurídica de responsabilidad, nos la brinda LEYSSER LEÓN, quien asume que es la "(...) situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias, para él desventajosas, que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto"[7]. Estas consecuencias, según LEYSSER LEÓN, no son sino la respuesta del Ordenamiento Jurídico frente a aquello que estima

(2) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *La reparación civil en el proceso penal*, p. 36.
(3) LEÓN HILARIO, L., *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, p. 48.
(4) Ídem.
(5) ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de la responsabilidad civil*, p. 31.
(6) Ídem.
(7) LEÓN HILARIO, L., *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Op. Cit.*, p. 49.

es un hecho reprobable, por constituir atentados a intereses de particulares o a la colectividad en su conjunto[8].

Estos conceptos se derivan de la finalidad que la responsabilidad civil 6
cumple; pues, independientemente de que el hecho concreto consista en un incumplimiento de una obligación determinada o en la trasgresión del deber genérico de no causar daño, siempre se pretenderá el resarcimiento a través de una indemnización.

La responsabilidad civil, se rige por el principio de atipicidad, es decir, no 7
se tiene un catálogo de conductas causantes de daños y sus correspondientes formas de repararlos como por ejemplo ocurre en el Derecho penal, en el que se ha tipificado cada conducta con la sanción punitiva que corresponde. Así, distinta es en la responsabilidad civil, esta responde frente al deber genérico de no causar daño independientemente de cual haya sido la situación que lo genere. Por ello, se señala que surge responsabilidad civil frente a la lesión de situaciones jurídicas y como consecuencia de ello se tiene la sujeción del patrimonio del dañante respecto de la víctima, con la exclusiva finalidad de reparar ese daño causado[9].

Debemos recordar, en este sentido, que la legislación peruana ha estimado 8
conveniente separar las dos formas de responsabilidad civil, que también ha reconocido la doctrina: aquella derivada del incumplimiento de las obligaciones, también denominada responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

La *responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones o responsabili-* 9
dad contractual, se encuentra regulada en el Título IX - Inejecución de Obligaciones, artículo 1314 y siguientes del Código Civil peruano. Se trata de la responsabilidad que surge a partir del incumplimiento de una obligación previamente asumida. Así establece el artículo 1321 del Código Civil: "Queda sujeto a indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

Respecto a ello, Bianca citado por Espinoza Espinoza, concluye que el 10
incumplimiento como origen de la responsabilidad civil, se materializa a través de la ejecución inexacta que se realiza de la prestación asumida, distinguiendo entre aquel incumplimiento total en el que la prestación a la cual se

(8) Ídem.
(9) Espinoza Espinoza, J., *Derecho de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, pp. 36-37.

ha obligado no se cumple e incumplimiento parcial, vinculado a la inexactitud en el cumplimiento de la prestación[10].

11 Queda claro entonces cuál es el supuesto (entiéndase de manera genérica) que da origen a la responsabilidad contractual, podemos citar casos como el siguiente: X decide transferir un bien de su propiedad (casa) a Y, para lo cual celebran una promesa de compraventa en la que X se compromete a entregar el bien a Y en óptimas condiciones pasados seis meses y además a pagar a favor del mismo el monto total pactado como contraprestación más su mitad, en caso la transferencia no se haga efectiva. Dos meses después X sufre daños en su propiedad en circunstancias en que su colindante construía su vivienda; esto genera que Y decida no celebrar el contrato de compraventa en virtud a que el bien se encuentra defectuoso. Aquí surge una responsabilidad derivada de un contrato, pues X al no poder cumplir con la promesa (trasferir el bien en óptimas condiciones) deberá pagar además la suma pactada por el incumplimiento.

12 La relación jurídica preexistente (un acto jurídico previo) es la que finalmente determina la existencia de esta responsabilidad civil, claro está, con la verificación de la confluencia de los elementos que la conforman: imputabilidad, antijuridicidad, factor de atribución, nexo causal y daño.

13 Por su parte, la *responsabilidad extracontractual o aquiliana*, se encuentra regulada en el artículo 1969 y siguientes del Código Civil, que hace referencia a la responsabilidad civil surgida a partir de un hecho dañoso ocasionado, sin que exista una relación jurídica previa, a diferencia de la anterior mencionada. Esta, persigue resarcir a la víctima de un evento dañoso, ese es su principal cometido, al margen de las responsabilidades administrativas o penales que acarree, nótese que su naturaleza y finalidad son diferentes a las del Derecho penal, por ejemplo.

14 Por ello, señala De Trazegnies Granda que este tipo de responsabilidad es un mecanismo que permite reparar el daño, a través de un monto patrimonial[11]. Sobre esto deberemos mostrar conformidad dado que la reparación de un daño concreto no podría sino tener un concepto económico, y cabe aquí hacer la aclaración respecto de los delitos contra el honor en los cuales se obliga al autor de aquellos desagraviar al perjudicado por ejemplo de manera pública; en estos casos aún no se ha determinado una reparación del daño; al

(10) Ibídem, p. 32.
(11) De Trazegnies Granda, F., *La responsabilidad extracontractual*, 2001, p. 47.

existir un daño moral, de todas maneras ha devenido un perjuicio patrimonial, por ejemplo y dependiendo de la magnitud los gastos relacionados al tratamiento psicológico. Estimamos al respecto que el desagravio no repara aun el daño, quizás únicamente disminuya sus efectos; y es que también debemos tener en cuenta que en los delitos que afectan un aspecto sentimental de la víctima aun cuando medie un concepto no se consiga quizás la reparación integral, pues hablamos de un aspecto personalísimo que se altera de modo distinto en cada persona.

15 En el tema de responsabilidad civil extracontractual, cuando una persona ha sufrido un daño, el Derecho lo que procura es que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados afectando el patrimonio del causante del daño para trasladarlos al perjudicado[12]. Esta es, pues, la única manera objetiva que existe para obtener la reparación integral del daño. Punto importante que nos recuerda De Trazegnies Granda es lo relacionado a la distinción que existe entre la responsabilidad civil y la penal, con relación a la finalidad de su intervención; pues, indica que la responsabilidad extracontractual prioriza la reparación de la víctima independientemente de si merezca un castigo o no[13]; de este planteamiento podemos obtener dos conclusiones. Primero, que otorga a la responsabilidad civil una función exclusivamente reparatoria distinta al Derecho penal que se orienta más bien a buscar un castigo para el autor del delito; y, segundo, que no atribuye a la reparación civil la condición de sanción o castigo, lo cual es coherente con los planteamientos que se han venido esbozando.

16 Podría decirse en torno a la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil que el avance doctrinario ha ido perfilando su objetivo, o mejor dicho ha procurado asegurar el cumplimiento de dicho fin: el resarcimiento de la víctima. Interpretando a De Trazegnies Granda[14] la carga probatoria jugó un papel fundamental, y es que, inicialmente (con la teoría subjetiva clásica) era difícil obtener un resarcimiento a las víctimas de eventos dañosos, pues eran estas quienes tenían que acreditar no solo la existencia del daño sino además la culpa del causante (debe entenderse para efectos del tema que el término culpa comprende también el concepto de dolo), en función de lo cual se trasladaba la obligación de resarcimiento a este último. Esto notoriamente generaba problemas al momento de determinar la responsabilidad civil del demandado,

(12) Ídem.
(13) Ídem.
(14) Ibídem, pp. 52-53.

quien en muchas ocasiones quedaba libre de ella ante la imposibilidad de acreditar la concurrencia de culpa.

17 Con la inversión de la carga de la prueba se soluciona parte de dicho conflicto, pues ahora no era la víctima del daño quien tenía que acreditar la culpa del dañoso, sino este quien debería acreditar la ausencia de culpa en su actuar, quedando a la víctima la obligación de acreditar únicamente el daño y el causante del mismo. Como manifiesta De Trazegnies Granda "(...) todo causante es, de primera intención, culpable"[15].

18 Posteriormente, la teoría subjetiva clásica queda relegada de alguna forma (no suprimida, aclárese) por la llamada responsabilidad objetiva; se deja de lado, en estos casos, el elemento subjetivo culpa (dolo y culpa) para dar prioridad a los hechos materializados. Basta pues, con corroborar la existencia del nexo de causalidad para determinar la existencia de la responsabilidad civil. Esto último facilitó la reparación de las víctimas, como se dijo inicialmente, se procuró alcanzar el fin último de la responsabilidad civil.

19 No obstante, esto no escapó del cuestionamiento, pues al parecer se pretendía conseguir una reparación sin importar el aspecto subjetivo, bastando únicamente la configuración de un hecho dañoso. Cuestiona este aspecto De Trazegnies al señalar que si bien la responsabilidad objetiva tiene fundamento en la culpa, solo que atribuye esta a todo causante y no brinda la posibilidad de demostrar lo contrario[16]; esta se presume según indica el autor y es "(...) una suerte de presunción *iuris et de iure* de culpa generalizada (...) La responsabilidad objetiva impone una culpa irrefutable sobre todo causante; lo que parece contradictorio y hasta inmoral"[17].

20 Estas circunstancias orillaron a poner un mayor interés en las víctimas, narra el autor, asumiéndose que la responsabilidad extracontractual no tiene por objeto sancionar sino reparar; esto es, la imposición de una reparación civil no parte por un concepto sancionatorio, retribucionista, o cuando menos, ese no es su fundamento, sino la de resarcir a la víctima por el daño ocasionado. Esta es su principal característica, y que la hace diferente y particular en relación con otras instituciones del Derecho con similar composición, como ocurre en el Derecho penal o el Derecho administrativo, por ejemplo.

(15) Ibídem, p. 53.
(16) Ibídem, pp. 54.
(17) Ídem.

Actualmente la regulación normativa de nuestro Código Civil acoge 21
ambas formas de responsabilidad extracontractual, subjetiva y objetiva, con relación a la primera, el artículo 1969 del Código Civil alude a la producción –ya sea por dolo o culpa– de un daño; en tanto que la responsabilidad objetiva se encuentra regulada en el artículo 1970 del mismo Código y alude a la responsabilidad originada a causa del uso de bienes riesgosos o peligrosos, se privilegia aquí no el aspecto subjetivo sino principalmente el que se vincula con la sola utilización de un bien riesgoso, bastando así la verificación de la producción de un daño y de su autor, independientemente de si ha mediado culpa o dolo. De más está decir que este tipo de responsabilidad importa una mejor atención en la víctima garantizando el resarcimiento del daño ocasionado en su agravio.

Respecto a ambas formas de responsabilidad civil antes citadas, debemos 22
incidir en las diferencias que existen entre ellas. Así, podemos citar algunas diferencias que se obtienen a la luz del Código Civil, resumidas por LEYSSER LEÓN[18] y que radican básicamente en: el plazo de la prescripción, el cual es diez años para el incumplimiento de las obligaciones y dos años para la responsabilidad civil extracontractual, en la prueba, pues se presume que el incumplimiento es por culpa leve del deudor, el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados; en la responsabilidad extracontractual el descargo del dolo y la culpa corresponden exclusivamente al autor; daños resarcibles, en el incumplimiento comprende daño emergente, lucro cesante y daño moral, en la responsabilidad extracontractual se añade daño a la persona y en cuanto a los intereses, en el incumplimiento se devengan si hay mora del deudor, en la responsabilidad extracontractual el monto de la indemnización devenga intereses desde que se produjo el daño.

Ello porque como se advierte, nuestro Código Civil asume la teoría que 23
opta por la diferenciación entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, de allí que le brinde un tratamiento claramente diferenciado; considerando que este reside en la normativa que regula el tipo de daño que resarce o el origen mismo de la obligación de indemnizar; no obstante, su finalidad es la misma: la reparación.

Sin embargo, también se ha considerado a nivel doctrinario, su unifica- 24
ción. ESPINOZA ESPINOZA señala, por ejemplo, que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual o aquiliana lesionan intereses legítimos

(18) LEÓN HILARIO, L., *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Op. Cit.*, pp. 66-67.

o derechos subjetivos, lo que conllevaría a comprender que la responsabilidad es una sola, no teniendo sustento, para dicho autor, que su tratamiento sea diferenciado[19].

25 Es por ello que, en esta doctrina, denominada clásica, se ubica a la responsabilidad extracontractual (dentro de las fuentes de las obligaciones) y a la responsabilidad contractual (en los efectos de las obligaciones). Esta posición ha sido acogida, a nivel legislativo, por el Código Civil peruano[20]. Empero, el hecho de que existan diferencias entre uno y otro tipo de responsabilidad civil no es fundamento suficiente para asumir que tienen una naturaleza distinta, esta es civil, aunque su tratamiento normativo sea diferente[21]. Al respecto estimamos que la disparidad en el tratamiento legislativo que le brinda nuestro ordenamiento se justifica en estas diferencias; el análisis, queramos o no, difiere si este daño proviene del incumplimiento de una obligación preexistente o por el contrario del deber genérico de no causar daño; de todas maneras, optar por otra postura no traería sino confusiones en torno a su aplicación y formas de reparar el daño.

26 Siguiendo al autor, podemos señalar que en la responsabilidad civil contractual se da una "función de cooperación respecto a una expectativa frustrada"[22] y es que parte de una relación jurídica u obligación previa en la que se ha producido un incumplimiento por uno de los intervinientes; en tanto que en la responsabilidad extracontractual se presenta una situación de "solidaridad social, que provea a la reparación, ante el conflicto dado" [23], ello –pues– nace de una circunstancia en la que no se ha verificado la existencia de la relación jurídica previa u obligación precedente al hecho que genera la obligación de indemnizar.

27 No obstante, ambas se orientan a la reparación de un daño ocasionado, independientemente de la causa o fuente de origen del mismo y esto debe ser la característica principal de la responsabilidad civil: la reparación del daño causado.

28 Se debe tener en cuenta que más importante que el origen del daño, es la manera de repararlo: en ambas situaciones se ha lesionado una situación jurídica preexistente, la única diferencia es que en un caso media una obligación

(19) Ibídem, p. 36.
(20) Espinoza Espinoza, J., *Derecho de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, p. 42.
(21) Ídem.
(22) Ibídem, p. 44.
(23) Ídem.

previa y en otro no. No debería afirmarse, de manera excluyente, que en una hipótesis se ha conculcado un deber genérico y en la otra un deber específico, porque en ambas están presentes deberes genéricos y específicos. El problema no se encuentra en el hecho de aplicar tal o cual régimen de responsabilidad que, en buena cuenta, se centra en juzgar maniquietamente la conducta del agente dañoso, sino en proporcionar a la víctima un medio jurídico eficaz para reparar adecuadamente el daño ocasionado(24).

En ese sentido, afirma VIDAL RAMÍREZ(25) que la responsabilidad civil debe 29
ser estudiada desde un único plano y que las reformas de nuestro Código Civil deben orientarse en ese sentido. Su planteamiento lo sustenta en el hecho de que las diferencias que nuestro Código insiste en establecer entre ambas formas de responsabilidad, no son fundamentales; por el contrario, ambas, tanto la responsabilidad civil contractual como extracontractual se fundan en acciones y omisiones, ambas resultan de la violación de obligaciones de hacer, de dar o de no hacer. Concluye el citado autor que no debe perderse de vista que "(...) ambas especies de responsabilidad son el resultado de la violación del deber jurídico *neminen laedere*"(26).

II. Reparación civil

El concepto de "Reparación" según la Real Academia de la Lengua Espa- 30
ñola, tiene varias acepciones; sin embargo, la que más se aproxima al tema en cuestión es la de "Desagraviar, satisfacer al ofendido".

En el ámbito del Derecho Civil para conseguir ello se debe partir por 31
una serie de presupuestos de naturaleza fáctica y probatoria; es decir se debe verificar la presencia real de un hecho dañoso y además se debe analizar este hecho en función de los elementos de la responsabilidad civil. Podemos decir, que la reparación civil es el punto de llegada luego de determinar el tipo de responsabilidad que concurre y la presencia de los elementos que la conforman. Esta es la consecuencia de atribuir responsabilidad civil a un individuo. No basta, entonces, con reconocer un tipo de daño específico, sino de determinar e imponer una reparación para resarcir o indemnizar el mismo. Este debe ser el fin último.

(24) Ibídem, pp. 45-46.
(25) VIDAL RAMÍREZ, F., *La responsabilidad civil.*
(26) Ídem.

32 Ahora bien, en consonancia con Espinoza Espinoza esta búsqueda de reparar o resarcir el daño causado como fin último de la responsabilidad civil debe realizarse por equivalencia; es decir, que la reparación sea proporcional al daño causado, que no implique un enriquecimiento del agraviado[27]. Cuando hablábamos anteriormente acerca de la reparación integral, se aludía a que esta reparación de la víctima procure satisfacer el perjuicio causado, repare el daño concreto; empero, en procura de esta reparación integral no será posible imponer un monto que exceda al daño causado; la reparación integral también demanda que, al no ser menos que el daño, pues tampoco sea más.

33 Notoriamente en la práctica se puede ver una alteración de su función, pues en muchos casos no termina resarciendo al perjudicado, cuando –por ejemplo– la reparación civil no abarca el *quantum* de los daños causados, sobre todo por dificultades en el aspecto probatorio. Muchas veces el actor jurídico no tiene en cuenta los criterios o elementos de la responsabilidad civil y termina imponiendo una reparación no proporcional al daño e incluso una reparación cuando este ni siquiera concurre, causando disonancias con los fundamentos que dieron origen a la responsabilidad civil.

34 El aspecto probatorio, sin duda influye sobremanera en cuanto a la reparación civil a imponer, muchas veces, por la informalidad en la que se realizan las transacciones hoy en día, imposibilidad la obtención de elementos de prueba para acreditar el daño causado, lo que conlleva a reparaciones ínfimas (únicamente las que reflejan los documentos como boletas u otros) que en nada reparan el daño causado y, que es más, terminan causando gastos adicionales a los perjudicados quienes procuran formular sus pretensiones ya sea presentando sus elementos de prueba a nivel fiscal o fundamentando su pretensión ante el juez como actor civil.

35 En virtud de ello, aunque con fundamentos con los cuales discrepamos, en la Sentencia emitida en el Expediente N° 227-2006 FL.338 (21-2007) se sentó un criterio en torno a lo señalado, estableciendo que si bien la reparación civil se debe establecer en función de la magnitud del daño causado de conformidad con los artículos 92 y 93 del Código Penal, en concordancia con los artículos 1969 y 1985 del Código Civil; debe tenerse en cuenta –según el criterio jurisdiccional– que el monto de reparación impuesto por el juez no puede ser mayor a lo que ha solicitado la parte; ello, debido a que dicho extremo se determina por el principio dispositivo regulado en el artículo VII

(27) Espinoza Espinoza, J., *Derecho de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, p. 203.

del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que en la parte *in fine* precisa que la sentencia emitida no puede ir más allá del petitorio; en virtud de lo cual resolvió disminuyendo el monto a lo solicitado por el representante del Ministerio Público, teniendo en cuenta que la parte agraviada no solicitó mayor cantidad que aquel.

Al respecto LEDESMA NARVÁEZ[28] ha señalado que el juez cuando emite 36
su sentencia no puede ir más allá de lo solicitado por las partes; es decir, debe haber congruencia entre lo que se pretende y lo que el juez declara en el fallo emitido. Caso contrario, de pronunciarse más allá de ello incurrirá en *ultra petita*; asimismo, si agrega además una pretensión que no ha sido reclamada por las partes incurrirá en *extra petita* y si omite pronunciarse sobre alguna pretensión solicitada estamos ante la sentencia *citra petita*. Dicho ello, y analizando esta cita podemos concluir que lo que está prohibido para el juez es variar la pretensión que las partes invocan, pero no la variación de un extremo de su contenido que no afecta o modifica a la pretensión en sí; de ser así, en caso de que el juez imponga un monto mayor por reparación civil que el solicitado por el agraviado (al estimar por ejemplo que pese a estar acreditado formalmente no ha señalado el monto correcto), no está variando la pretensión, esta sigue siendo la resarcitoria; el juez finalmente está resolviendo en función de la pretensión resarcitoria formulada por la parte interesada; por lo que, no estimamos –contrariamente a lo señalado la sentencia precitada– que imponer un monto mayor al solicitado por la parte agraviada (o el fiscal de ser el caso), configure una vulneración al principio dispositivo.

Además, es claro que el artículo VII antes citado alude también a que el 37
juez aplica el derecho que corresponda, aunque haya sido invocado erróneamente por las partes; siendo así, si vamos a entender que en todo supuesto donde aparentemente el juez está resolviendo distinto a lo pedido, se vulnera el principio contenido en la norma, entonces ningún caso será de aplicación a este extremo del precepto normativo; la norma precisamente establece el distingo de que esto no será posible cuando lo que se varíe es la pretensión, algo que no ha ocurrido en el caso *sub* análisis.

(28) LEDESMA NARVÁEZ, M., *Comentarios al Código Procesal Civil*, p. 47.

III. Restitución e indemnización en la legislación peruana

38 Tras verificar el articulado del Código Civil que alude a la reparación civil, como los artículos 1279, 1321, 1322, 1332, 1969, 1970, 1972, 1984 y 1985, encontramos conceptos como restitución, indemnización, resarcimiento, reparación, utilizados indistintamente en los diferentes textos legales y que adoptan acepciones distintas según su contexto.

39 El término restitución utilizado en el artículo 1270, que habla sobre la enajenación del bien recibido como pago indebido de mala fe, indica que aquel que efectuó el pago puede exigir la restitución del bien y también la indemnización de daños y perjuicios. Desde aquí se distinguen estos dos conceptos, la restitución que alude a la devolución del bien. En tanto que la indemnización alude a un concepto más complejo que implica reparar el daño a través de una compensación económica. Este concepto es más utilizado en el articulado relacionado a la responsabilidad civil extracontractual: artículos 1969, 1984 y 1985.

40 Los artículos 1321, 1322, 1332 por su parte, hablan de resarcimiento, del primero citado podemos advertir que equipara este concepto al de indemnización, así también cuando habla del daño moral en el segundo artículo indicado, y también en el último artículo que habla de resarcimiento del daño equiparándolo de esta forma a la de indemnización del daño.

41 De lo anterior advertimos que los más utilizados son los conceptos de resarcimiento e indemnización; no obstante ser utilizados frecuentemente y en ocasiones como conceptos símiles, existen diferencias entre sí. El termino reparación es muy poco utilizado, se observa de los artículos 1970 y 1972 y según la RAE, reparar en su tercera acepción alude a "desagraviar y satisfacer al ofendido.

42 La reparación se entiende que abarca todo tipo de medios para reestablecer las cosas al estado anterior, aquí también se encuentra la restitución[29]. Abarca tanto el resarcimiento como tal, es decir, al otorgamiento a favor del perjudicado de una suma de dinero, adecuada, para originar una situación económicamente equivalente a la comprometida, así como también, la reintegración en forma específica; es decir, la creación de una situación materialmente correspondiente a la que existía antes de producirse el daño, como la

(29) De Trazegnies Granda, F., *La responsabilidad extracontractual*, 1988, p. 115.

reposición de la cosa, la entrega de una cosa con iguales características que la dañada, etc.[30].

Finalmente, en cuanto a indemnización y resarcimiento son términos 43
usados como sinónimos y aluden a la prestación que otorga el causante del daño a favor del agraviado. Según indica GÁLVEZ VILLEGAS, dicha prestación es dineraria u otro equivalente[31] (entendemos que aquí pueden aludirse a los títulos valores), pero aclara que no puede tratarse del propio bien; entendemos ello dado que la devolución del bien queda comprendido dentro del concepto de restitución.

La diferencia del resarcimiento o indemnización con la reparación, estaría 44
en que esta última comprende aspectos resarcitorios sin contenido patrimonial así como a la restitución o reposición; y, resarcimiento e indemnización comprende solo elementos patrimoniales (aun cuando se refiera al daño moral estos dos últimos conceptos estarán referidos a una compensación patrimonial); eso sí, considerándolos en su sentido amplio, referido al resarcimiento integral, en cuyo contenido también se comprende al concepto "satisfacción"[32].

En el Código Penal se habla de reparación en términos generales, alu- 45
diendo con ello al objeto civil del proceso penal, un concepto que deberá ser analizado y aplicado cuando corresponda; esta reparación comprende la restitución, que del artículo 93, numeral 1 del Código Penal claramente se infiere alude la devolución del bien en aquellos casos en los que sea posible como la devolución del vehículo sustraído por ejemplo, pues de no ser posible esta restitución o devolución del bien, deberá hacerse entrega de un pago equivalente al mismo, nos deja claro el concepto de que la reparación civil en un primer momento solo operará en tanto sea posible la restitución del bien. Siendo así, sale a la luz que no se aplicará este concepto en aquellos casos donde no es un bien patrimonial el afectado como por ejemplo atentados contra el honor de una persona.

En el numeral 2, se alude a la indemnización de los daños y perjuicios, 46
aquí solo cabe, como ya veníamos haciendo referencia, la compensación económica a la lesión a un interés legítimo, independientemente de la causa que lo origine, es decir, sea la afectación a un interés patrimonial (sustracción de bienes, daños, etc.) o a un interés personal, sentimental, no patrimonial, como

(30) DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 747.
(31) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *La reparación civil en el proceso penal. Op. Cit.*, p. 159.
(32) Ibídem, p. 160.

el honor, la integridad, etc. Claramente el concepto brindado se rige por las normas del Código Civil y será así como deba aplicarse, la norma obliga la imposición de la reparación frente a la producción de un daño o perjuicio.

47 En el R. N. N° 264-2012-Ucayali, se precisa que la reparación civil a la que refiere el artículo 93 del Código Penal, se rige por el principio del daño causado, ello nos debe conducir a la conclusión de que será este el presupuesto a verificar antes de imponer o determinar una reparación civil. Sin embargo, existe en el ambiente jurídico aun confusión de cuál sería el criterio determinante que justifique o fundamente la imposición de una reparación en el proceso penal.

48 Esta observación se realiza por cuanto en el fundamento 9 del Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 se ha establecido que los delitos de peligro pueden producir daños civiles; concretamente alude a que si bien es cierto estos delitos pueden definirse como aquellos en los que no se requiere una producción de daño a un objeto, sino que basta con que este haya sido puesto en peligro; también lo es, que no se puede negar *a priori* la posibilidad de imponer la obligación de reparar civilmente a quien lo haya cometido; sustenta esto en el hecho de que dicha conducta ocasiona alteración del ordenamiento jurídico, y que esta alteración es capaz de ocasionar daños civiles. Finalmente, dicho plenario concluye afirmando que esta perturbación debe restablecerse, conjuntamente con sus efectos.

49 De lo dicho, se concluye que el Plenario asume que el simple hecho de configurarse una conducta delictiva, implica la imposición de una reparación civil. Debemos tener claro que ello no es así, por cuanto no debería en todos los supuestos de delito acreditado ser factible la imposición de una reparación civil, ya que esta no se funda en la afectación a un bien jurídico como pretenden explicar los planteamientos del citado Acuerdo Plenario, sino en la afectación a un daño concreto, que no necesariamente concurre en todos los casos de ilícito penal. Por ello el artículo 83 de Código Penal alude a una indemnización por daños no por afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos.

50 Siendo así, el hecho de considerar imponer una reparación civil en los delitos de peligro o tentativas significaría que el articulado que regula el Código Penal y más aún del Código Civil, no solo no tienen efectos; sino, que jueces y fiscales deciden en torno al tema contraviniendo dicha norma al imponer indiscriminadamente la reparación civil aun cuando no se materialice un daño.

51 Lo hasta aquí expuesto nos debe permitir aclarar algunas interrogantes, la reparación civil si bien se impone conjuntamente con la pena como señala el

artículo que precedió al presente comentario, esto no debe asimilarse sin considerar las excepciones que la propia naturaleza de las instituciones o categorías en juego demanden. Tal es el caso por ejemplo de los delitos de peligro o las tentativa de delitos, que son casos en los cuales muy difícilmente corresponderá imponer una reparación civil si no hemos constatado un daño concreto; al estar regida por las normas del Código Civil y requerir para su imposición la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil no será posible su imposición en todos los casos, así lo ha entendido por ejemplo en el Texto Único Ordenado Del Código Tributario - Decreto Supremo N° 133-2013-EF, pues en el artículo 191 señala: "No habrá lugar a reparación civil en los delitos tributarios cuando la Administración Tributaria haya hecho efectivo el cobro de la deuda tributaria correspondiente, que es independiente a la sanción penal", estableciendo de esta forma una clara distinción entre un ilícito y otro y con ello la postura de que esa independencia no obliga mantenerlos juntos al margen de lo que se ha dicho de responsabilidad civil.

Veamos entonces cuáles son esos criterios o elementos que permiten deter- 52
minar la imposición de una reparación civil en el proceso penal:

IV. Elementos de la responsabilidad civil

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 93 *in comento*, comprende dentro de 53
la reparación civil a la indemnización por daños y perjuicios (dejemos sentado que el tema de la restitución lo trataremos en el próximo artículo por ser de aplicación); siendo así, para determinar la indemnización debemos mirar a los elementos de la responsabilidad civil, los mismos han sido muchas veces desarrollados por la doctrina civilista, y deben ser necesariamente tomados en cuenta al determinar su concurrencia en un hecho dañoso producido por un evento delictivo; ello obliga su desarrollo desde la óptica del Derecho penal también.

1. El daño

Definido como "(...) toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien 54
se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial"[33]. En doctrina se coincide en que este elemento constituye uno fundamental al momento de analizar la concurrencia de responsabilidad civil y, por tanto, imponer una reparación; por ello De Cupis señala que el elemento principal que determina la producción del efecto jurídico, es el daño. Es solo frente a la presencia de este que el

(33) Taboada Córdova, L., *Elementos de la responsabilidad civil*, p. 62.

Derecho reacciona para reprimirlo, afirma que lo decisivo, para que actúe la reacción jurídica, es que este daño exista de manera concreta y cierta(34).

55 Es pues, el daño causado lo que se pretende resarcir con una reparación civil; TAMAYO JARAMILLO precisa que este elemento está determinado por "(...) el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima"(35).

56 Se sabe que la clasificación de esta categoría o elemento de la responsabilidad civil, está determinado de la siguiente manera: daño patrimonial y daño extrapatrimonial, el primero, señala OSTERLING PARODI, implica un detrimento del patrimonio del agraviado, pudiendo ser directo sobre los bienes del mismo o indirecto como consecuencia, materializado por una afectación a la persona misma, en sus derechos(36). El daño, a saber, se divide en daño emergente y lucro cesante, "(...) siendo el primero la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto"(37).

57 El daño extrapatrimonial, por su parte, se divide en daño moral y daño a la persona, el primero, según indica el citado autor aparece cuando el acto ilícito no afecta el patrimonio del agraviado, ni en su contenido presente o actual (daño emergente) ni en las posibilidades futuras (lucro cesante); pero causa un sufrimiento a la persona, atacando un extremo personal e indeterminado cuantitativamente(38).

58 Este, un concepto de naturaleza subjetiva que el juez deberá valorar para imponer la reparación correspondiente; no obstante, su cuantificación es difícil al no ser un concepto material y palpable, pasible de medición. POMA VALDIVIESO, nos propone criterios interesantes a tener en cuenta al momento de determinar el daño moral, siendo estos la relación de parentesco, dado que evidentemente denotará una afectación, dependiendo del grado del mismo; la convivencia con la que alude al estado de cercanía que existían entre el afectado y la víctima del delito antes de su muerte, por ejemplo, si compartían el mismo ambiente cotidiano, etc.; y también la dependencia afectiva

(34) DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, p. 83.
(35) TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil.* Volumen II, p. 326.
(36) OSTERLING PARODI, F., *Indemnización por daño moral*, p. 5.
(37) Ídem.
(38) Ibídem, p. 6.

y económica, que podría afectar la esfera moral de la persona si siente los efectos de las lesiones o muerte causadas a la víctima[39].

Por su parte, el daño a la persona, es un concepto propio de la responsabilidad civil extracontractual y constituye un criterio diferenciador de la responsabilidad surgida por el incumplimiento de las obligaciones que se trató precedentemente, aunque tampoco hay consenso en la doctrina respecto a la autonomía de este tipo de daño. Por un lado, se estima que el daño a la persona se encuentra comprendido dentro del daño moral, en esa línea se encuentra RANGEL SÁNCHEZ, quien afirma que en cuanto al deslinde terminológico entre daño moral y daño a la persona, el primero engloba al segundo[40]. Afirmando la relación de género y especie entre ambas categorías de daño. 59

De otro lado, se consideran categorías independientes, en esta línea se encuentra TABOADA CÓRDOVA, quien además afirma que un aspecto es la persona y su proyecto de vida y otro muy diferente son sus sentimientos[41]. Aludiendo con esto último al daño moral que ataca a la esfera sentimental del individuo, en tanto que el daño a la persona, debe entenderse como un truncamiento en la expectativa de vida del agraviado; sépase, que nuestro Código Civil mantiene la diferencia de ambas categorías; por lo que, adscribiéndonos a esta vertiente consideramos apropiada la distinción entre daño moral y daño a la persona. 60

Finalmente, se debe considerar que, si bien todos los elementos de la responsabilidad civil son importantes a efectos de considerar su aplicación en un caso concreto, el daño constituye la piedra angular sobre la que se sustenta la responsabilidad civil, y será este a partir del cual se determine la imposición de la reparación, pues los demás elementos dependerán de él, de allí que se le denomine Derecho de Daños. 61

En virtud de ello, ante la comisión de un hecho antijurídico, debemos analizar la materialización del daño para asumir la existencia de una obligación de indemnizar, caso contrario, aun cuando se trate de una conducta antijurídica o ilícita si no se comprueba la existencia del daño, no habrá lugar a una reparación civil. 62

(39) POMA VALDIVIESO, F., *La reparación civil en el proceso penal peruano*, pp. 181-182.
(40) RANGEL SÁNCHEZ, D., *El "daño a la persona" en materia de responsabilidad civil extracontractual*, p. 34.
(41) TABOADA CÓRDOVA, L., *Elementos de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, p. 69.

2. La imputabilidad

63 La imputabilidad o "capacidad de imputación", como también se le ha denominado en la doctrina, es la aptitud del causante de un daño, de ser responsable frente a este. Para el ordenamiento jurídico nacional la imputabilidad se da cuando el sujeto tenga discernimiento; esto es, la capacidad de diferenciar el actuar lícito con el ilícito(42). Aunque también cabe incluir dentro del concepto, la capacidad de hacer frente al daño a través de una reparación civil, dado que existirán casos en los que el causante del daño no sea finalmente quien afronte económicamente dicha reparación, sino un tercero a quien será posible atribuirle la obligación de reparar por la capacidad económica que denota.

64 Este criterio (capacidad de discernimiento como indicio de imputabilidad) notablemente difiere de la imputabilidad que adopta el Código Penal, en el cual se considera a la mayoría de edad como factor determinante. Además, en la responsabilidad civil extracontractual se tiene en cuenta la capacidad de responder civilmente frente al daño; por lo que, incluso puede representarse en una persona distinta a la que lo causó, casos como los menores de edad en donde deben responder sus padres o tutores, o casos como los que procuran la incorporación de terceros civilmente responsables; a diferencia de la imputabilidad en materia penal, que únicamente se atribuye al mayor de edad sin la posibilidad de trasferir su responsabilidad a un tercero; ello en virtud del principio penal de responsabilidad por el hecho propio.

65 Un tema fundamental que trae a colación Espinoza Espinoza es el relacionado a la atribución de responsabilidad objetiva al incapaz. Y es que, surge la disyuntiva de si la imputabilidad está determinada por la capacidad de discernimiento y esta influye la psiquis del sujeto, la responsabilidad objetiva, que no requiere este elemento, podrá ser atribuible al incapaz(43). Existen en torno a ello dos posturas que claramente describe el autor, la primera que alude a que las reglas de responsabilidad de incapaces solo aplican en supuestos de responsabilidad subjetiva, pues quien ejecuta una actividad peligrosa debe ser llamado a responder independientemente de sus condiciones psico - físicas, ya que no existe aquí un elemento subjetivo que determine su proceder. En tanto, la otra postura refiere que los supuestos de responsabilidad subjetiva y objetiva se aplican a la normatividad de los sujetos incapaces, pues

(42) Espinoza Espinoza, J., *Derecho de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, pp. 59-60.
(43) Ibídem, p. 62.

el requisito indispensable para atribuir responsabilidad civil a un sujeto es la capacidad de imputación.

Siendo así, refiere el autor, resulta más correcto la asunción de la segunda postura en tanto la imputabilidad se determina por la capacidad de hacer frente al daño, la capacidad de discernimiento y de respuesta frente al daño, no influyendo en estos casos los aspectos subjetivos. Siendo así, si un incapaz produce un evento dañoso a causa de la utilización de un bien riesgoso, por ejemplo, quedará exento de responsabilidad, en tanto no tenga discernimiento. Si el incapaz tiene discernimiento, entonces responderá de manera solidaria con su representante legal; empero, si no lo tiene, únicamente afrontará la obligación resarcitoria el representante; problema distinto sería que este último no tenga la capacidad económica de asumir dicha obligación, en tal caso, será el patrimonio del incapaz con discernimiento el que de manera íntegra afronte el pago de la reparación civil[44]. Con esto no solo se deja sentada la posición en torno a la responsabilidad objetiva en incapaces, sino también la principal función a la cual se orienta la responsabilidad civil; y es que, de cualquier forma, se procurará el resarcimiento del daño. 66

Cabe precisar al respecto, que la ausencia de responsabilidad civil en el caso de incapaces sin dicernimiento únicamente operará cuando esta se presente al momento de la comisión del delito, mas no cuando ha sido sobreviniente, en cuyo caso se seguirán las reglas de la responsabilidad solidaria[45]. 67

De otro lado, deberá tenerse en cuenta que la responsabilidad civil será imputable tanto a personas naturales como jurídicas, a diferencia de la responsabilidad penal, toda vez que la imputabilidad está determinada por la capacidad de responder frente al daño, siendo factible la atribución de la misma a un ente jurídico, este puede responder civilmente, a través del pago de una reparación. 68

3. Antijuridicidad o ilicitud

Respecto a la utilización del término "antijuridicidad" Espinoza Espinoza, citando a Fernández Sessarego precisa "desde la vertiente de la Teoría del Derecho; (...) al ser jurídica toda la conducta humana intersubjetiva, debemos concluir que no cabe utilizar la expresión de "antijurídica" para cualificar 69

(44) Ibídem, p. 65.
(45) Castillo Alva, J., *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, p. 114.

a determinada conducta humana intersubjetiva"[46]. Según el autor, se debe eliminar dicha palabra del léxico jurídico ya que no existe objeto alguno que responda al vocablo comúnmente empleado. Según precisa "Existe lo jurídicamente permitido y lo jurídicamente prohibido, lo lícito y lo ilícito, pero no lo antijurídico"[47].

70 Al margen de ello, pues ya que el concepto está acuñado así en el ordenamiento jurídico, la mayor parte de la doctrina, estima que la ilicitud aludida, es uno de los principales presupuestos de la responsabilidad civil ya sea contractual o extracontractual, dado que además de la existencia cierta del daño se requiere que este se haya producido en el contexto de un actuar que no es amparado por el Derecho; esto es, o contraviene una norma de carácter imperativo, o los principios que informan el orden público o las buenas costumbres[48].

71 La antijuridicidad constituye pues, un presupuesto fundamental para determinar una reparación civil, es la que incentiva la intervención reguladora del Derecho para equiparar aquellas situaciones jurídicas que se han visto alteradas; en este caso, como en muchos otros, la obligación de indemnizar queda supeditada a la existencia de una conducta contraria al Derecho en general. Este elemento de la responsabilidad civil es también el fundamento de la imposición de la obligación de indemnizar por cuanto el derecho reacciona frente a la transgresión de las normas de convivencia social contenidas en la normativa civil.

72 Aunque cabe aquí señalar que se distinguirá el origen de la ilicitud, por cuanto en la responsabilidad contractual esta se deriva de un precepto normativo previo, esto es, por el incumplimiento de una obligación jurídica previamente generada o establecida; en tanto que, la ilicitud en la responsabilidad extracontractual se sustenta únicamente en el deber genérico de no causar daño, abarcando así una amplia gama de circunstancias que puedan significar ilicitud.

73 Al respecto Espinoza Espinoza señala: "La ilicitud, puede encontrarse tipificada, como en el caso de la responsabilidad contractual, o estar regida bajo el principio de la atipicidad, como la responsabilidad extracontractual (con la cláusula abierta contenida en el Art. 1969 CC)[49]. Aunque también, nos hace

(46) Espinoza Espinoza, J., *Derecho de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, p. 72.
(47) Ídem.
(48) Taboada Córdova, L., *Elementos de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, pp. 39-40.
(49) Espinoza Espinoza, J., *Derecho de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, p. 72.

recordar que existen supuestos tipificados de la responsabilidad extracontractual como los que regulan los artículos 1970, 1974, 1975, entre otros.

4. El factor de atribución

Dado que existen dos sistemas de responsabilidad civil extracontractual, 74
el factor de atribución dependerá del supuesto ante el cual nos encontremos; así, lo regulado en el artículo 1969 del Código Civil hace referencia al factor de atribución subjetivo; pues está determinado por la concurrencia ya sea de dolo o culpa en la realización de la conducta ilícita, en tanto que lo descrito en el artículo 1970 del citado cuerpo normativo se refiere al factor objetivo, no tanto determinado por los dos elementos antes indicados, sino basado en el riesgo creado.

El factor de atribución, es otro elemento de la responsabilidad civil cuya 75
corroboración conllevará la determinación de la reparación civil. Según nuestro Código Civil, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, los factores de atribución son la culpa y el riesgo creado; "(...) el autor de una conducta antijurídica que ha causado un daño, debe responder únicamente si ha actuado con culpa, entiéndase dolo y culpa"(50). Allí se encuentra el fundamento de responder civilmente frente al daño. Esta forma de atribuir responsabilidad civil es más amplia que la que regula el Código Penal, por cuanto la normativa penal prohíbe la responsabilidad objetiva, debiendo solo verificarse la concurrencia de dolo o culpa de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal; en tanto aquí, se busca no dejar fuera aquellas conductas que provoquen daño civil por el empleo de bienes riesgosos, por ejemplo, lo cual determinará la necesaria concurrencia de responsabilidad, independientemente del factor subjetivo.

Cabe hacer aquí la precisión de que no se debe entender como culpa objeti- 76
va la que se deriva o deviene de la responsabilidad objetiva, en esta última no existe un elemento subjetivo determinado por la culpa (dolo o culpa), la culpa objetiva está vinculada a la trasgresión de la ley, o dicho, en otros términos, la responsabilidad que deriva del incumplimiento de un precepto normativo o de un deber. Este elemento de la responsabilidad civil, se encuentra estrechamente ligado a la concurrencia del daño; como se dijo, entiéndase este último como el elemento principal de la responsabilidad civil y como determinante para la imposición de la reparación; en tanto no se verifique la concurrencia

(50) Taboada Córdova, L., *Elementos de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, pp. 36-37.

de un daño no será posible analizar el factor de atribución. La culpa-dolo o el factor objetivo se verifica en tanto y en cuanto exista un hecho dañoso y un resultado como tal.

5. El nexo causal

77 Este elemento de la responsabilidad civil se debe entender "(...) en el sentido que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente - consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima"(51). Este elemento estará presente tanto en la responsabilidad civil contractual como en la extracontractual; en la primera se debe entender bajo la óptica de la causa inmediata y directa. Ello por cuanto el artículo 1321 del Código Civil establece: "El resarcimiento por la inejecución de las obligaciones o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución", en tanto que, en la responsabilidad extracontractual, se regirá según el criterio de la causa adecuada.

78 Según indica Espinoza Espinoza citando a Calabresi, habrá causalidad adecuada "(...) entre un acto o actividad y daño, cuando concluimos, sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá"(52) se trata de una causa que sea idónea para producir un daño concreto.

79 Por su parte, que una causa sea idónea o típicamente adecuada, depende única y exclusivamente de si esa causa ha sido capaz de producir el resultado en condiciones normales; en ese contexto a una causa corresponderá un determinado efecto, cuando se corrobore que la misma fue capaz de producir ese daño, con base en la experiencia diaria o el curso normal de determinadas circunstancias(53). Se citan aquí los ejemplos de aquella bofetada que causa la muerte de una persona; pues, podemos asumir que en circunstancias normales o conforme a la experiencia cotidiana dicha acción no podría producir tal resultado.

80 Dicho ello, podemos concluir que, para hablar de un daño, necesariamente se debe constatar la presencia de un hecho causante, la relación existente entre ambos: hecho y daño, es el denominado nexo causal. Ahora bien,

(51) Ibídem, p. 83.
(52) Espinoza Espinoza, J., *Derecho de la responsabilidad civil. Op. Cit.*, pp. 140-141.
(53) Gálvez Villegas, T., *La reparación civil en el proceso penal. Op. Cit.*, p. 116.

este hecho causante debe ser, además, adecuado para producir el daño, en circunstancias normales.

Para concluir, frente a un hecho delictivo, deberemos (así como se ana- 81
liza cada una de las categorías estratificadas de la teoría del delito), analizar los elementos de la responsabilidad civil y una vez que se ha determinado la presencia de cada uno de ellos podremos decir que corresponde imponer una reparación. Estos elementos no son ajenos a aquella responsabilidad civil que se genera a causa de un evento delictivo.

Haciendo un parangón, si analizada la conducta del presunto autor de 82
un hecho determinamos que no es típica o si fuese típica no es antijurídica, o si fuese ambas, no es culpable; entonces no estamos hablando de un delito y, por tanto, no podemos imponer a esa persona la sanción punitiva que pretendíamos. Asimismo, ocurre en la reparación civil si no constatamos la presencia de estos elementos, principalmente del daño, no podremos hablar de responsabilidad civil y por tanto no podremos imponer una reparación civil.

V. Los conceptos reparatorios en la legislación comparada

En el Código Penal argentino, por ejemplo, el artículo 29 indica: "1. La 83
reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias. 2. La sentencia condenatoria podrá ordenar: 2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero (...)" y el artículo 30 prescribe: "La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, estas se satisfarían en el orden siguiente: 1. La indemnización de los daños y perjuicios".

Ambos artículos citados aluden a la restitución y a la indemnización 84
como formas de reparar el daño, y es que son conceptos generalizados que se plasman en alternativas de solucionar un conflicto de naturaleza civil, pues se otorga al obligado la posibilidad de restituir el bien dañado o en su defecto indemnizar este daño a través del pago de un monto dinerario denominado reparación civil.

En el Código Penal de Colombia, no se habla de restitución del bien, por 85
ejemplo, a diferencia de nuestra legislación o la de argentina que veníamos

citando, únicamente alude a la reparación de los daños materiales y morales, aparentemente solo contempla la posibilidad de indemnizar frente al daño, pues indica en el artículo 94 que "La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella". Ya que incluso la indemnización puede ser tasada por el juez e impone un límite a la misma dando paso a la reparación no solo en función al daño causado sino como indica la norma, en función a la naturaleza de la conducta: artículo 97 "En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso". Con ello abre campo a otro tipo de reparación independiente de la civil, que solo se rige por el daño causado.

86 La legislación española es más amplia al momento de determinar la reparación civil en el ámbito penal, primero porque esta reparación no solo puede consistir en la restitución del bien afectado o en el pago de una indemnización proporcional, sino también puede consistir en ordenar obligaciones de dar, hacer o no hacer (Art. 112), imaginamos aquí el supuesto del atentado contra el honor en donde la reparación del daño consistirá en una obligación de hacer por ejemplo la retractación en un medio público de las difamaciones ocasionadas. O en aquellos casos en los que a raíz de la comisión del delito de usurpación se vengan ocasionando daños materiales, se pueda ordenar la cesación de los actos perjudiciales, ampliando con ello las facultades del juez penal, quien no solo se pronunciará sobre la indemnización que con el actuar delictivo se genere sino también podrá ordenar un determinado actuar o no actuar tendente a no continuar causando daños. Y, segundo, porque no solo reconoce la posibilidad de resarcir o reparar a la víctima, sino también a sus familiares o terceros que se hayan visto perjudicados con el delito (Art. 113), creemos que esto amplia significativamente el ámbito de aplicación de la reparación puesto que en el proceso penal además de dar cabida a la víctima se tendrá que velar por la igualitaria intervención de una persona ajena que quizás únicamente se ha visto perjudicada civilmente, aunque no penalmente.

VI. Bibliografía

87 Castillo Alva, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito.* Idemsa, Lima, 2001; De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil.* Bosch, Barcelona, 1975; De Trazegnies Granda, Fernando, *La responsabilidad*

extracontractual. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; De Trazegnies Granda, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003; Gálvez Villegas, Tomás Aladino, *La reparación civil en el proceso penal*. Pacífico, Lima, 2016; Ledesma Narváez, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011; León Hilario, Leysser, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Jurista Editores, Lima, 2007; Osterling Parodi, Felipe, *Indemnización por daño moral*. Disponible en <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf> (consultado el 10 de agosto de 2018); Poma Valdivieso, Flor de María, *La reparación civil en el proceso penal peruano*. A&C Ediciones Jurídicas, Lima, 2017; Rangel Sánchez, Diana, *El "daño a la persona" en materia de responsabilidad civil extracontractual*. Disponible en <https://hdl.handle.net/11042/2684>, 2015; Taboada Córdova, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley, Lima, 2003; Tamayo Jaramillo, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*. Volumen II. Legis, Bogotá, 2013; Vidal Ramírez, Fernando, *La responsabilidad civil*. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6527> (consultada el 27 de agosto de 2018).

§ 94
Pretensión restitutoria

Juan Carlos Tello Villanueva
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)
Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Acción y pretensión resarcitoria	1	693	II. La restitución del bien en la jurisprudencia penal peruana	34	703
1. Pretensión restitutoria	7	695	III. Bibliografía	41	705
2. Pretensión anulatoria..	29	701			

§ 94.- Pretensión restitutoria

"La restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de estos para reclamar su valor contra quien corresponda"[1].

I. Acción y pretensión resarcitoria

Antes de hablar de la restitución del bien como parte de la reparación civil, es necesario hacer referencia a la acción y pretensión resarcitoria, toda vez que, a partir de aquí se deriva la pretensión restitutoria, indemnizatoria y anulatoria; la segunda mencionada ya fue desarrollada en el comentario al artículo 93, relacionado a la indemnización por daños y perjuicios. 1

La pretensión resarcitoria, consiste en una petición sustentada que se dirige al órgano jurisdiccional, a través de la cual se reclama a otra persona la reparación del daño sufrido, con esta pretensión se procura iniciar un proceso cuyo objeto sea la obtención de una reparación[2]; aunque en el ámbito penal la obtención de una reparación no constituya el objeto principal del proceso si se persigue en el mismo, ya sea por el mismo detentador del ejercicio de la acción penal o por el agraviado del delito, quien se constituye en actor civil para formular su pretensión. La acción por su parte, conforme al artículo 2 2

(1) La interpretación del artículo 94 del Código Penal debe llevarse a cabo en concordancia con el artículo 493 numeral 1, 11 numeral 2 del CPP; artículos 908, 910, 922 1135, 1136, 1140, 1141, 1985, 1986 del CC; etc.

(2) Gálvez Villegas, T., *La reparación civil en el proceso penal*, p. 298.

del Código Procesal Civil es la facultad de recurrir al órgano jurisdiccional formulando una pretensión, señala expresamente el Código "por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica".

3 Gálvez Villegas citando a Fairén Guillén precisa que existe una diferencia entre pretensión y acción, la primera requiere de fundamentación y de una petición concreta, el accionante debe alegar o precisar que se halla en determinada relación con el interés violado; en tanto que la acción consiste en el derecho de petición(3). Esto significa que a través de la acción resarcitoria se podrá peticionar (pretensión) la reparación civil derivada del delito.

4 El citado autor realiza un análisis en torno a las pretensiones que se encuentran contenidas en la pretensión resarcitoria, indica que esta última debe contener o peticionar la reparación de los daños irrogados, sean directos o indirectos, presentes o futuros, materiales o morales; en cuyo caso comprenderá la restitución del bien, el pago del valor del bien en caso no sea posible la restitución del mismo así como la indemnización, que consiste en la reparación en dinero del daño causado(4). Ello de conformidad también con lo señalado en la sentencia expedida en el R. N. N° 284-2003-Cono Norte-Lima(5) relacionado a que la reparación civil está integrada por la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor.

5 Pero además de esta pretensión restitutoria e indemnizatoria a la que el autor hace referencia también alude a una anulatoria, que se utiliza básicamente cuando los bienes objeto del delito se encuentran en poder de terceros a causa de una transferencia, por ejemplo. Esa última la encontramos contenida en el artículo 11, numeral 2 del Código Procesal Penal, que prescribe: "Su ámbito comprende las acciones establecidas en el artículo 93 del Código Penal e incluye, para garantizar la restitución del bien y, siempre que sea posible, la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, con citación de los afectados".

6 Solo a modo de aclaración ya que pretendemos centrarnos en la pretensión restitutoria, la pretensión indemnizatoria (que fue tratada precedentemente)

(3) Ídem.
(4) Ibídem, pp. 300-302.
(5) Revilla Llaza, P. / Urquizo Videla, G., *Jurisprudencia penal jurisprudencial*, p. 523.

está orientada a establecer una situación equivalente desde el punto de vista económico, pues se busca entregar en dinero lo que equivale al daño causado(6). Busca principalmente la compensación, compensar con dinero lo que se afectó a causa del delito, por ello esta compensación debe ser proporcional al daño y esto solo se consigue con la exigencia probatoria de los daños que concurren, no más y no menos que ello.

1. Pretensión restitutoria

La pretensión restitutoria, busca el restablecimiento del bien al estado ante- 7
rior en el que se encontraba antes del hecho dañoso, puede citarse el ejemplo de la devolución de un bien concreto sustraído tras su recuperación(7). Aunque, algunos autores como GÁLVEZ VILLEGAS estiman que esta restitución es más amplia a la sola entrega del bien dañado o la devolución de su valor y que comprende también el restablecimiento de la situación primigenia, la devolución del bien por otro de similar condición (para casos en los que el bien fue destruido con fines de ocultamiento, por ejemplo, que hace ya imposible su restitución), la eliminación de todo lo ilícitamente hecho; también comprende dentro de este concepto a la retractación pública de parte del ofensor en los delitos de injuria o calumnia, incluyendo, a su vez, al desagravio a una comunidad o Estado en general. Así también la devolución de los frutos obtenidos con la permanencia del bien en poder del autor del hecho o de un tercero(8).

Algunas de las situaciones descritas nos parecen atinadas, aunque otras 8
consideramos estarían comprendidas más bien dentro del concepto de indemnización; por ejemplo, el desagravio en casos de injurias o difamaciones sean a personas naturales o entes jurídicos, en cuyo caso no podemos hablar de una restitución, sino que la reparación estará más bien materializada en el pago de una suma dineraria que representa la indemnización por el daño causado.

Cuando el autor indica que el desagravio en tales ejemplos constituye una 9
manera de restitución y además agrega que esta no se debe entender de manera restringida comprendiendo tales supuestos, entendemos que asume que el desagravio es una manera de restituir el honor, por ejemplo, de la persona natural o jurídica afectada, siendo aquel el bien que ha sido dañado.

(6) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *La reparación civil en el proceso penal. Op. Cit.*, p. 301.

(7) Aunque cabe hacer la aclaración de que si el bien se restituye no podrá discutirse su calidad en el proceso penal, únicamente podrá cuestionarse el monto que se imponga por daños y perjuicios; empero, existe la posibilidad de que la parte civil cuestione, en lo pertinente, la calidad del bien en la vía civil; ello de conformidad a los planteamientos de la Casación N° 657-2014.

(8) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *La reparación civil en el proceso penal. Op. Cit.*, p. 300.

10 MONTES PANADES en la cita de ROIG TORRES precisa que la restitución es reparación cuando con ella se restaura una situación alterada por el hecho delictivo, no precisamente cuando una cosa se vuelve a su legítimo poseedor[9]. Esto se condice con lo postulado por GÁLVEZ VILLEGAS[10]; a partir de lo cual podría asumirse que el desagravio en un delito contra el honor si constituiría restitución pues se restaura de alguna manera la situación alterada por el delito; sin embargo, en un criterio más reflexivo podemos afirmar que una vez transgredido el bien jurídico (el honor, en el ejemplo) no puede ser restaurado ni con la norma penal y menos con la civil, que únicamente busca reparar el daño en estos casos, no hablamos aquí de un bien material que fácilmente podría devolverse al agraviado, en este caso y con mucho se podrá conseguir la disminución de los efectos ocasionados con la lesión. Para hablar de restitución nos parece que habría que ser más precisos y brindar un concepto que no aluda a la protección misma del bien jurídico que ya se consigue con la norma, sino a una forma de reparar civilmente el daño privado que se ha causado. El honor como bien o interés social ya se encuentra tutelado a través de la norma penal, podría decirse que la persecución penal con su consecuente sanción punitiva constituye una forma de salvaguardar o en todo caso sancionar a quien ha transgredido ese bien jurídico, pero no debe entenderse como una "restitución civil" el hecho de reparar ese daño a través del desagravio público, por ejemplo; el concepto difiere sustancialmente, pues cuando hablamos de restitución hablamos del contenido de la reparación civil y por ende debe fundamentarse únicamente desde el contenido de las normas civiles que lo sustentan. En consonancia con ello CASTILLO ALVA postula que, aunque la ley no lo diga, la restitución solo puede materializarse cuando el bien tenga naturaleza corporal o entidad física, no hay restitución, según señala el autor, de bienes inmateriales o espirituales[11].

11 La postura plasmada por GÁLVEZ VILLEGAS, se refleja en el Proyecto de Ley del Código Penal en el cual se ha ampliado el concepto de restitución al que hacemos referencia, dado que, en el artículo 127 de dicho Proyecto indica que "la restitución comprende el restablecimiento de todos los derechos

(9) ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito*, p. 164..

(10) En ese sentido se pronuncia la sentencia emitida en el Expediente N° 29-06-Lima, de fecha 12 de julio de 2011, que precisa en su considerando décimo primero: "Bajo el término 'reparación civil' nuestro ordenamiento penal se refiere tanto a la 'restitución' como 'indemnización'. La primera de tales formas constituye la reparación por antonomasia, *in natura*, la que se constituye por la devolución del bien, la rectificación por el honor y la reputación afectada, entre otros", criterio con el cual discrepamos según lo detallado *ut supra*.

(11) CASTILLO ALVA, J., *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, p. 128.

vulnerados como consecuencia del delito y la devolución de la víctima a la situación anterior a la vulneración de sus derechos", brindando mayor amplitud a dicho concepto que la sola devolución material de un bien específico y concreto. Se comprende aquí de la restitución de bienes inmateriales como el honor, por ejemplo.

En ese entender, y *contrario sensu* lo narrado por GÁLVEZ VILLEGAS, estima- 12
mos que la restitución del bien únicamente deberá referirse a la entrega del bien objeto del delito, otro concepto reparatorio materializado en la entrega de dinero, deberá definirse como indemnización, para lo cual se deberá observar los elementos de la responsabilidad civil para determinar el daño, cuantificarlo y repararlo.

Ahora bien, un tema que nos parece importante destacar es lo relacionado 13
a la restitución de los frutos derivados del uso, posesión, u otro título sobre el bien a restituir, al respecto corresponde hacer remisión a los artículos 908 y 910 del Código Civil, que resultan de aplicación en virtud del artículo 101 del Código Penal, el primero indicado señala "el poseedor de buena fe hace suyos los frutos". en tanto que el segundo señala "el poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir".

Sobre ello cabe aclarar que si hablamos acerca de que el poseedor o deten- 14
tador de un título sobre el bien a restituir es el propio sujeto activo del delito, difícilmente nos podremos estar refiriendo a una posesión de buena fe, en tal caso corresponderá a este además de restituir el bien objeto del delito, hacer entrega de los frutos que se hayan derivado del uso del mismo; o, en su defecto, efectuar un pago equivalente a los frutos obtenidos, el cual es, un concepto monetario adicional a la restitución. No obstante, si el poseedor es un tercero que de buena fe ha adquirido la posesión o propiedad del bien sujeto a restitución, podrá hacer suyos los frutos del uso del mismo; en tal caso, este tercero de buena fe podrá ejercitar acción civil en contra de quien corresponda para hacer ejercicio de su derecho, o denunciar penalmente si procede, según el caso. Un claro ejemplo constituiría el caso de un delito de usurpación en el que el bien materia de la misma ha estado siendo utilizado por el autor del delito u otro para sembrío, obteniendo ventajas de ello; en tal caso, estimamos que debería restituirse –además del bien, materia del delito– los frutos derivados del mismo, como las cosechas, por ejemplo.

En los supuestos antes descritos queda pendiente la situación del agra- 15
viado por el delito que no ha recibido en restitución los frutos del bien que se

encontraba en poder del tercero de buena fe, en ese caso el agraviado puede exigir al autor del delito el pago por dicho concepto, pero este constituiría el lucro cesante, esto es, la ganancia dejada de percibir a consecuencia del evento dañoso; se trata, pues, de un concepto indemnizatorio, no restitutorio. Siendo así, en los ejemplos, de no ser posible restituir las cosechas conjuntamente con el bien, sea por lo antes indicado, o por inexistencia ya del mismo (por ejemplo, en caso se haya destruido para ocultamiento), lo que procederá será la indemnización por daños y perjuicios, concretamente se exigirá el pago dentro del concepto de lucro cesante.

16 Si bien estas cuestiones no son tomadas en cuenta al momento de emitir una sentencia penal (pronunciarse sobre los frutos del uso del bien), sí debería de considerarse. Cuando se tenga que restituir el bien, necesariamente se deberán entregar al agraviado los frutos del mismo, pues estos forman parte de la restitución; o, en su defecto, buscar que aquel obtenga la reparación del daño a través de la indemnización por lucro cesante.

17 Tener en cuenta estas cuestiones civiles dentro del proceso penal también acarreará algunos conflictos no solo de competencia ya que un juez penal estará resolviendo sobre una cuestión civil, sino también que afectarán al proceso y su desarrollo; por ejemplo, el artículo 907 del Código Civil señala que "la buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada", en virtud del cual el juez penal deberá analizar también la duración de la buena fe para resolver en torno a la reparación, aspecto que seguramente, a la fecha, ni siquiera se ha considerado; pero debe realizarse si lo que se busca es imponer una reparación civil de acuerdo a ley (ley civil), de lo contrario estaremos creando una figura que se aplica a gusto y antojo del actor jurídico.

18 La reparación civil –y es necesario incidir nuevamente–, debe regirse por las normas del Derecho Civil en tanto sean aplicables, si bien al instituirse la reparación dentro del proceso penal adquiere matices particulares, estos no alteran su naturaleza jurídica y, por tanto, siempre que corresponda deberemos mirar las normas del Código Civil al momento de reparar un daño, ello debe observarse también al momento de disponer u ordenar la restitución del bien en determinado caso.

19 En el Derecho penal español se han optado por tres vías para reparar el daño derivado del delito, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios; aunque no dista mucho de la nuestra, advertimos que la

restitución es considerada la primera alternativa de reparación, y cuando esta ya no sea posible se determinará una indemnización, por ejemplo. Esta prioridad no lo observamos en el Código Penal peruano, y peor aún, pocas veces es utilizado, dando preferencia siempre a la indemnización de daños y perjuicios. Considerando que existe el problema de hacer efectivo el pago de una indemnización con mayor razón será la de conseguir la restitución del bien.

MARGARITA ROY TORRES plantea la pregunta de si sería posible que el res- 20
ponsable civil y el perjudicado puedan convenir la sustitución de la obligación de restituir por el pago de una cantidad pecuniaria(12), nuestra legislación contempla esta posibilidad cuando refiere que de no ser posible la restitución se optará por el pago de su valor; sin embargo, el Derecho penal español tiene la dificultad de arribar a ello a través de la interpretación, dado que, no contempla la sustitución como forma de reparación civil; empero, no descarta la posibilidad en virtud de la naturaleza privada de la reparación civil, otorgando a las partes la posibilidad de convenir sobre la forma de reparar el daño.

La restitución del bien o el pago del valor del mismo es un concepto dife- 21
rente del de indemnización de daños y perjuicios, podrían concurrir ambos en un caso concreto, pero no necesariamente; nuestros jueces por lo general optan por indemnizar aun cuando se ha procedido con la restitución del bien, ello es consecuencia de la dificultad en diferenciar estos conceptos y de entender la reparación civil en general. La imposición de pagos con finalidades resarcitorias se ha convertido más bien en una práctica concurrida que muchas veces se realiza sin mayor sustento. Debe quedarnos claro que cuando lo que se entrega en reparación en una suma monetaria podríamos estar hablando de la sustitución del bien por el pago del valor del mismo o de una indemnización de daños y perjuicios; de conformidad con nuestra normativa jurídico penal.

Según el diccionario de la Real Academia de Lengua Española restituir, 22
en su primera acepción significa "volver algo a quien lo tenía antes" nos parece que podría generar problemas esta definición, si bien es bastante clara en torno a lo que significa restituir, el hecho de que demande devolver algo a quien lo tenía antes puede suponer la devolución del bien al propio denunciado si, por ejemplo, hablamos de una usurpación de bienes o en los casos típicos de apropiaciones ilícitas. La restitución en todo caso debería ser entendida como la devolución de algo que anteriormente se tenía. Al respecto señala MARGARITA ROIG TORRES "si responder civilmente significa neutralizar el daño privado

(12) ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito. Op. Cit.*, p. 152.

causado por el delito, restituir el objeto sustraído, o indebidamente retenido, supondrá reintegrarlo a quien ha sido privado ilegítimamente de él a causa del acto ilícito"[13] esta definición nos parece más acorde con la norma penal y refleja lo que se busca a través de la reparación civil por restitución. Resarcir implica compensar económicamente al perjudicado con el delito, en tal definición no está comprendida la restitución material y física del objeto sustraído o ilícitamente retenido[14].

23 Como en la legislación española no se contempla el supuesto de pago de valor del bien como forma de reparar el daño, dado que únicamente involucra a la restitución del bien material, supuestos relacionados a la entrega de dinero pueden generar discrepancias en torno a la asignación de determinado contenido al concepto de restitución. El Tribunal Español STS, en la sentencia emitida por la sala 2, de fecha 20 de febrero de 1987 ha señalado, por ejemplo, que en aquellos delitos que implican un desplazamiento patrimonial de la esfera del agraviado al autor de los mismos, como en los casos de hurtos, robos, apropiaciones ilícitas, etc., se preferirá la reintegración de ese desplazamiento patrimonial, mediante la restitución del bien (en el mismo estado en que se encontró u otro semejante); nos parece que en el Perú no debemos tener problemas de interpretación en este aspecto, dado que la propia norma sustantiva faculta a restituir el bien o en su caso pagar el valor del mismo.

24 Cuando lo que corresponde reparar es la pérdida de dinero, por ejemplo, la devolución de una suma semejante no deberá constituir restitución del bien, dado que nuestra legislación guarda otro concepto que permite comprender este tipo de reparaciones, como es la indemnización. En nuestro entender la restitución del bien refiere a la devolución de un objeto concreto, material y determinado, otros conceptos reparatorios quedarán comprendidos en el numeral 2 del artículo *sub* análisis.

25 Una interpretación más amplia del término se justificaría en tanto no se cuente con otro instrumento que permita hacer efectiva una reparación integral; sin embargo, conforme se encuentra regulada la reparación en nuestro Código Penal, podemos hacer el distingo sin ningún problema y discriminar estrictamente lo que por restitución del bien se entiende.

26 Otra cuestión que salta a la vista es la relacionada al menoscabo del bien que es materia de restitución, en tal caso resulta que tras la restitución del

(13) Ibídem, p. 154.
(14) Ibídem, p. 163.

bien no se satisface el interés del agraviado, no se restituye el daño causado de manera integral, por ello lo que corresponderá es el pago del valor del bien de tal manera que permita complementar a la restitución, y conseguir que la reparación satisfaga el interés particular, no pasamos aún al concepto de indemnización, dado que lo que se buscaría es pagar el valor del bien en lo que respecta al menoscabo sufrido.

Nos parece una cuestión bastante importante porque es la única forma 27
de alcanzar una reparación integral, tal como lo prevé el artículo 92 de nuestro Código. Ahora bien, si por el contrario no ocurre un menoscabo, sino que el bien ya es inutilizable no procederá la restitución del bien sino únicamente el pago del valor del mismo y la reparación de los daños y perjuicios que concurran; ello por cuanto debemos tener presente que restituir el bien tiene una finalidad específica la cual es reparar el daño y no solo se dirige a devolver un bien independientemente de cómo se encuentre y de si cumple su cometido o no.

Finalmente, debemos aludir a la forma de hacer efectivas las reparaciones 28
civiles en la legislación peruana, por lo general se impone como regla de conducta en la sentencia, pero pocas o ninguna vez hemos visto que como regla también se imponga la de restituir el bien cuando esto corresponda, quizás porque al decir "pago de la reparación civil como regla de conducta" abarca también la restitución según la norma, o quizás porque al ser la restitución en nuestro país un aspecto de segundo plano, muchas veces no se le considere. Estimamos al respeto que sería una muy buena salida imponer como regla de conducta de manera expresa la restitución del bien cuando sea esto posible, a efectos de garantizar la reparación civil.

2. Pretensión anulatoria

De otro lado, hay que brindar importancia también a la parte *in fine* del 29
artículo *sub* análisis que alude al derecho de terceros de reclamar el valor del bien restituido, contra quien corresponda. Tras la comisión del delito es muy posible que el autor o autores del mismo transfieran los bienes objeto de aquel, sea para ocultarlo o para obtener una ventaja económica. En este caso la restitución se realizará incluso a costa del tercero de buena fe que haya adquirido dichos bienes; pues, nuestro Código Penal, no ampara su derecho de adquiriente o su situación jurídica respeto del bien que detenta, sino que únicamente les reconoce la facultad de reclamar el valor del bien contra quien corresponda.

Al respecto, el artículo 11 numeral 2 del Código Procesal Penal pres- 30
cribe que para garantizar la restitución del bien y, siempre que sea posible, se

declarará la nulidad de los actos jurídicos que correspondan; esta declaración de nulidad deberá seguir el procedimiento regular de cualquier acto jurídico, poniendo en conocimiento del adquiriente; por ello, estimamos que lo más práctico al proceso es ejercitar esta acción de nulidad en el proceso civil, ya que en el proceso penal desnaturalizaría su esencia convirtiéndole en persecutor de causas privadas.

31 Tras la nulidad, el tercero adquiriente haciendo ejercicio del derecho que le corresponde, puede recurrir ante el órgano jurisdiccional con una demanda de indemnización, por ejemplo, tramitada en la vía civil; o, en su defecto y de ser posible formular una denuncia penal por el delito de estelionato, cuando se le ha transferido un bien ajeno y siempre que de ello no haya tenido conocimiento.

32 Contrariamente a nuestra legislación, la española si protege el derecho del tercero adquiriente de buena fe respecto del bien materia de delito, haciéndolo en tal caso irreivindicable (Art. 111). Este aspecto tiene un sustento en el Derecho Civil, por cuanto las normas civiles reconocen y protegen la situación jurídica del tercero respecto del bien a restituir; además, como lo ha señalado la doctrina española, la excepción prevista tiene fundamento en la seguridad jurídica[15]. Lo cual es correcto, pues según la prescripción normativa analizada (en nuestra legislación) el adquiriente no solo tiene la obligación de verificar la base de datos de Registros Públicos para saber si el bien corresponde al vendedor, sino que además deberá corroborar que no se encuentre por ejemplo sujeto a un proceso penal en el que finalmente pueda ordenarse la restitución del mismo, afectando con ello, además de la seguridad jurídica, la confianza en el sistema contractual, generando la posibilidad de que toda compra esté sujeta a una eventual devolución del bien y consecuentemente el inicio de un proceso para exigir el derecho frente a quien corresponda. Estimamos que su sustento en el Perú es quizás el principio de reparación integral, por el cual, se busca reparar el daño de manera plena; pero no se debe a costa de ello poner en tela de juicio otros aspectos como la seguridad jurídica.

33 Ahora bien, cabe la pregunta sobre en qué vía correspondería ejercitarse el derecho del tercero adquiriente de buena fe que se encuentra obligado a restituir el bien que detenta, al respecto se señala en la doctrina española que el perjuicio sufrido por dicho adquiriente, no deriva del hecho delictivo, pero que si existe un nexo importante entre ellos, siendo esta vinculación una suficiente justificación para admitir en el proceso penal la pretensión civil del

(15) Ibídem, p. 181.

tercero dirigida a obtener del culpable que le transmitió el objeto la indemnización de los perjuicios ocasionados a consecuencia de la devolución del bien, ello sustentado también en el principio de economía procesal[16]; claro que, cabe aclarar solo se aplica a los casos en los que esta pretensión se dirija en contra del mismo autor del delito, pero no en los que haya una persona intermedia que transfirió el bien dado que la relación jurídica se conformaría entre personas totalmente ajenas al proceso penal. Al margen de ello y aun con la salvedad indicada no estamos de acuerdo ya que, pese a que la pretensión civil de indemnización se dirija solo contra el sujeto activo del delito que conforma la relación jurídico-penal, se estaría introduciendo en el proceso penal un objeto civil que desnaturalizaría el contenido de ambos, ya no solo se buscaría reparar el daño causado al agraviado sino también indemnizar al tercero adquiriente de buena fe que tuvo la obligación de restituir el bien, incluyéndose una pretensión adicional a las que ya se contemplan; además, desde el ámbito procesal también se encuentran problemas dado que se debería determinar el momento de incorporación del tercero, brindarle las posibilidades de intervención en el proceso penal y su participación en las audiencias programadas.

II. La restitución del bien en la jurisprudencia penal peruana

En la Casación N° 38-2010, de fecha 17 de febrero de 2011, emitida por 34
la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Huaura, se emitió pronunciamiento en torno a si correspondía disponer la restitución del bien al agraviado, en todas las sentencias condenatorias por el delito de usurpación. Al respecto se debe entender que, si el agraviado del delito finalmente no es propietario del bien y tampoco detenta a la actualidad de la sentencia emitida la posesión del mismo, no podrá exigir la restitución del bien sea mueble o inmueble, por cuanto, por encima de ello se encuentra el derecho de propiedad que detenta, en el caso planteado, el sentenciado, por ejemplo.

Si determinada circunstancia permitió a una persona denunciar en su agra- 35
vio delito de usurpación, pero esta ya no se mantiene a la emisión de la sentencia y por el contrario quien detenta la propiedad o posesión del bien es el denunciado, no procederá la restitución del bien a favor del agraviado del delito, por cuanto se encuentra por encima de ello el derecho de propiedad de aquel.

(16) Ibídem, p. 194.

36 En ese sentido se ha pronunciado la Casación aludida indicando en su considerando séptimo que el delito de usurpación protege el bien jurídico posesión, mas no el derecho de propiedad; una consecuencia de ello es que, si bien, por lo general la sentencia que condena al acusado dispone la restitución del bien materia del delito en favor del agraviado, puede ocurrir también que no se restituya a favor de este; sino que, estando primigeniamente en poder del usurpador, sea este último quien finalmente detente la posesión legítima.

37 Para ello, según indica la sentencia casatoria *in comento*, se deberán observar ciertos presupuestos o circunstancias tales como a) el espectro de los derechos que amparan al "agraviado", pues teniendo la propiedad del bien, podría tratarse de un arrendador, ocupante precario o poseedor ilegal; si también, b) la situación jurídica del usurpador con respecto del bien usurpado, pues podría darse el caso de que el usurpador no tenía ningún derecho sobre el bien antes de cometer el delito, pero luego cambió esta circunstancia a su favor, o puede ser propietario del bien que el mismo usurpó, como por ejemplo si arrendó el bien al agraviado del delito y pese a eso usurpó. Y, finamente, c) otro criterio a tener en cuenta es que el Derecho penal es un mecanismo que permite la solución del conflicto que genera la comisión del delito, en virtud de lo cual no puede simbolizar mayores problemas para los justiciables.

38 En ese entender, el juez, al analizar las circunstancias concurrentes en un proceso penal por el delito de usurpación, debe verificar quién se encuentra en posesión legítima del bien al momento y después de la comisión del delito, dado que pueden variar las facultades posesorias de los intervinientes. Finalmente, aclara la sentencia que esta obligación del juzgador no puede simbolizar el despliegue de una ardua actuación probatoria orientada a determinar quien detenta la posesión actual del bien; sino que, esta prueba surgirá por las características del caso concreto; de lo contrario, agregamos, se terminaría desnaturalizando el proceso penal, cuya finalidad no se orienta a atribuir derechos posesorios a las partes.

39 Otro aspecto a tener en cuenta es el relacionado a la restitución de un bien que no guarda relación con el objeto de la reparación civil en el proceso penal pero que de alguna manera se encuentra vinculado al mismo, este es el caso de un homicidio culposo en el que se pretendía obtener la restitución del vehículo o el pago del valor del mismo en virtud de la muerte producida al agraviado en uso de dicho vehículo. Estimamos que la Sentencia Casatoria N° 37-2008, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de La Libertad, con fecha 10 de marzo de 2010 fue acertada al precisar que el vehículo cuyo valor se pretendía restituir no guardaba relación con el objeto

de la reparación civil, que era precisamente indemnizar en virtud de la pérdida de una vida humana. Concretamente, la sentencia casatoria precisó si el bien jurídico que tutela la norma penal en el delito de homicidio culposo es la vida humana independiente, no resulta correcto que se imponga además de la reparación por daños y perjuicios, la obligación de restituir o pagar el valor del vehículo del agraviado en el cual se produjo su deceso a causa del accidente.

Resulta razonable el criterio relacionado a considerar que la reparación 40
civil únicamente restituirá o indemnizará lo relacionado a la afectación del bien jurídico, cuya lesión se ha producido a causa del delito; en el caso materia de análisis en la sentencia casatoria el bien jurídico es la vida humana, quedando los daños al vehículo al margen de la protección de la norma penal que sanciona la conducta y en virtud de la cual se determina la pena y la reparación. A decir de la sentencia casatoria, el pago o restitución del vehículo no es congruente con el daño que se ha ocasionado por el delito de homicidio culposo; por lo que, no cabe reclamarlo dentro del proceso penal instaurado para dicha causa. Sin embargo, se deja a salvo la posibilidad de recurrir en la vía civil para exigir el pago de dicho concepto reparatorio.

III. Bibliografía

CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Idemsa, Lima, 41
2001; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *La reparación civil en el proceso penal*. Pacífico, Lima, 2016; REVILLA LLAZA, Percy Enrique / URQUIZO VIDELA, Gustavo, *Jurisprudencia penal jurisprudencial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008; ROIG TORRES, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

§ 95
Solidaridad de la responsabilidad civil

JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA
Universidad Nacional de Cajamarca (Perú)
MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA
Universidad Nacional de Cajamarca (Perú)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	707	1. Derecho de repetición	50	721
II. Obligaciones solidarias	11	710	IV. Bibliografía	53	722
III. Tercero civilmente obligado	28	715			

§ 95.- Solidaridad de la reparación civil

"La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados"(1).

I. Introducción

El tema de la responsabilidad civil puede guardar muchos matices en lo 1
que respecta a los intervinientes en la relación jurídica dañoso-dañado, pudiendo existir multiplicidad de intervinientes ya sea causantes del daño o perjudicados del mismo; de la misma forma su contribución siempre diferirá según las circunstancias del caso. El tema tiene que ver con la relación de causalidad.

En un primer plano podemos encontrar los casos en los que la víctima con- 2
tribuye con su actuar a la producción del resultado, circunstancia que también modificará la forma de ver al obligado, quien notoriamente no podrá hacerse cargo del íntegro de la reparación civil si ha tenido la contribución del propio agraviado del daño; esta figura ha sido denominada como con causa. En estos casos el autor del daño si es causante directo del mismo, pero con la contribución en el resultado de la propia víctima. Un claro ejemplo lo constituye el ciclista que en lugar de emplear la ciclo vía decide adentrarse a la pista para hacer su recorrido, momento en el cual es atropellado por un conductor; en el

(1) La interpretación del artículo 95 del Código Penal debe llevarse a cabo en concordancia con: el artículo 139.7 de la Constitución; artículos 23, 24, 25, 99 del CP; artículos 101, 111, 493.1 del CPP; artículos 1182, 1183, 1184, 1185, 1186, 1200, 1975, 1976, 1978, 1981, 1983 del CC; etc.

caso, será el conductor quien asuma la responsabilidad civil derivada del daño, pero también se deduce la responsabilidad de la víctima quien con su actuar imprudente ha contribuido en el resultado, caso en el cual deberá determinarse la reparación observando dicha circunstancia.

3 Distinto sería el caso de una auto-puesta en peligro, en la cual el actuar de la víctima es un factor determinante en el resultado; en tal caso, al constituir una circunstancia que afecta la imputación objetiva, puede darse lugar a un archivo o sobreseimiento del caso; por lo que, la reparación civil quedará extinguida.

4 El artículo 113 del Código Penal español indica que en casos en que la víctima contribuya con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido se podrá moderar el importe de su reparación o indemnización. En el Perú, las normas destinadas al tratamiento de la reparación civil, no han previsto esta circunstancia de manera expresa; no obstante, en virtud de la aplicación supletoria del Código Civil, nos podemos remitir al artículo 1973 que prescribe: "Si la imprudencia solo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias".

5 En virtud de ello, para tener ese efecto reductivo, habrá que regirse por el tema probatorio, esto es acreditar fehacientemente que fue la víctima la que con su actuar ha contribuido al resultado dañoso (tengamos en cuenta que aquí hablamos de contribución de la víctima en el resultado, no de culpa exclusiva de ella); el único caso en el que se nos ocurre funcionaría ello sería en las lesiones o muerte producidas por accidente de tránsito en las que claramente una pericia siempre concluye con un factor determinante y con un factor contribuyente, en tales casos este último no solo jugará un importante papel al momento de determinar la presencia o no de responsabilidad penal, sino también, al momento de determinar la responsabilidad civil, en virtud de lo que venimos explicando.

6 Si nos regimos por las leyes civiles para determinar ese tipo de reparaciones la aclaración precitada es importante; sin embargo, nos parece que podría jugar en contra de la celeridad procesal, por cuanto en todos los casos que sea posible se requerirá de una pericia que determine la concurrencia de un factor contribuyente, considerando que este tipo de diligencias fiscales conllevan no solo presupuesto para el Estado, sino también tiempo que muchas veces se extiende a los plazos de la investigación, retrasando no solo la culminación del proceso penal con su correspondiente sanción punitiva, sino también la reparación integral del daño a la víctima.

Al margen de ello, consideramos que, si se quiere hacer una correcta apli- 7
cación del sistema de responsabilidad civil en materia penal, necesariamente deberemos mirar lo que estipula la normativa civil; en tal caso, deberá irrestrictamente analizarse la concurrencia de culpa del agraviado para que la reparación impuesta sea proporcional.

Ahora bien, lo narrado se vincula con la responsabilidad de la víctima en 8
la producción del resultado; no obstante, también existirán circunstancias en las que solo el autor del delito sea el responsable del mismo y, por ende, de la producción del daño; y, en muchos casos no solo hablaremos de una persona sino de más de un autor y también de más de un responsable civil, circunstancia que modifica la forma de ver la imposición de las reparaciones.

Cuando concurre causalidad compleja, como la doctrina ha denominado 9
a la concurrencia de causas que producen un evento dañoso, la responsabilidad también deberá distribuirse entre cada persona que ha contribuido de cualquier manera a la producción del resultado; de la misma forma cuando la causa sea unitaria pero varias personas han intervenido o colaborado para la producción de ese resultado, también corresponderá obligar la reparación a todos los intervinientes. Así también, lo ha establecido la jurisprudencia como en el caso de la sentencia emitida en el R. N. N° 538-2003-Huánuco(2) que precisa "la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible, por lo que corresponde a esta Suprema Sala ordenar lo conveniente sobre el particular en caso de omisión".

Un ejemplo lo constituye el caso en el que tres personas ingresan a una 10
vivienda y dolosamente causan daños al patrimonio, esa acción ha generado un daño resarcible, cuya obligación de reparar corresponderá a los tres intervinientes. Este es un supuesto de responsabilidad solidaria. Ahora bien, que ocurre si estos son sentenciados independientemente, por diferentes circunstancias contempladas en el ordenamiento procesal penal; según lo establecido en el R. N. N° 216-2005-Húanuco(3) la obligación de restituir, de pagar el valor del bien o de indemnizar por daños y perjuicios que se haya impuesto en la primera sentencia firme, debe imponerse para todos, a fin de que "(...) a) exista proporción entre el daño ocasionado y el resarcimiento; b) se restituya y se pague o indemnice al agraviado sin mayor dilación; c) no se fije montos posteriores que distorsionen la naturaleza de la reparación civil (...)".

(2) Revilla Llaza, P. / Urquizo Videla, G., *Jurisprudencia penal jurisprudencial*, p. 522.
(3) Ídem.

II. Obligaciones solidarias

11 Busnelli, citado por Barreto Bravo y Castro Trigoso precisa que las relaciones obligatorias pueden tener en sus polos a uno o más sujetos, si ocurre lo primero podremos denominarles subjetivamente simples; pero, si en cambio, acaece lo segundo, se les denomina subjetivamente complejas(4). Para entender este régimen de la responsabilidad civil, es preciso partir de su distinción con el régimen de responsabilidad mancomunada; esta se encuentra regulada en el artículo 1182 del Código Civil que prescribe "las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles", es el único artículo del Código Civil que alude a este régimen de las obligaciones; no obstante cabe hacer breve referencia a efectos de distinguirlo con las obligaciones solidarias que es el objeto de nuestro análisis.

12 Hablar de mancomunidad presupone la concurrencia de pluralidad de sujetos en la relación obligatoria; siendo que dicha pluralidad se organiza mediante una integración absoluta y homogénea, de tal suerte que no haya titularidad ni ejercicio sin la concurrencia o actuación conjunta de todos los sujetos deudores(5) a este régimen también se le conoce como el de fragmentación de la obligación en tantas deudas distintas e independientes entre sí como responsables haya(6). Concretamente en un supuesto de responsabilidad mancomunada, el agraviado no podrá exigir a cualquier obligado el pago de la reparación civil en su totalidad, sino que únicamente podrá dirigirse contra cada uno de ellos en función a la obligación asumida, la misma que ha sido fragmentada o dividida según el caso. Cada obligado solo podrá asumir el pago de la parte que le corresponde.

13 La responsabilidad solidaria recae en varios sujetos, pero no está vinculada con la culpa de todos los que intervienen, es posible que exista culpa de uno y responsabilidad objetiva de otro; en este caso, el agraviado puede exigir de cualquiera de los sujetos la asunción de la responsabilidad; es decir que cualquiera de ellos efectúe el pago íntegro de la reparación civil. Notoriamente se deja a salvo el derecho del que extingue la obligación con el pago, de ejercitar su derecho de repetición, contra los demás obligados(7).

(4) Barreto Bravo, J. / Castro Trigoso, N., "Responsabilidad Solidaria - artículo 1983". En: Gutiérrez Camacho, W. (director), *Código Civil comentado*. Tomo X, p. 207.

(5) Palacios León, N., "Régimen Legal de las obligaciones mancomunadas - artículo 1182". En: Gutiérrez Camacho, W. (director), *Código Civil comentado*. Tomo VI, pp. 249-250.

(6) Gómez Calle, E., "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno". En: Reglero Campos, F. (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I, pp. 410-411.

(7) Alpa, G., *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*.

Este régimen de la solidaridad de las obligaciones según nos señala el Código Civil no se presume, sino que la ley debe establecerlo o el título de la obligación (Art. 1183 del CC); siendo así, el Código Penal ha establecido de manera expresa, en consonancia con dicho precepto normativo, que la obligación de reparar cuando sean varios los autores o partícipes del delito es solidaria así también con los terceros civilmente obligados (Art. 95 del CP *sub* análisis). 14

Barreto Bravo y Castro Trigoso, citando a Escobar Rosas indican que esto nos otorga una gran ventaja frente a la reparación del daño permitiendo que esta sea inmediata, dado que el agraviado puede exigir el pago de la reparación civil de manera íntegra a cualquiera de los obligados solidarios, indistintamente que aquel que asume el pago exija a los demás la reintegración de lo cancelado. Ello teniendo en cuenta que la posición en la que se encuentra el deudor es un deber jurídico, en tanto que la posición en la que se halla el acreedor en un derecho subjetivo(8). 15

Ahora bien, así como se garantiza al agraviado del delito su derecho de reparación pudiendo dirigirse incluso contra uno solo de los obligados para exigir el pago de la misma, también debería garantizarse el derecho de ellos de pagar de acuerdo a la responsabilidad causada, pues bien podríamos determinar que el régimen de la obligación es solidario pero que los montos a cada uno impuestos dependa de su nivel de intervención; es decir fragmentar el pago solidario; así por ejemplo, al igual que se impone la pena, los autores del delito pagarían más en proporción a quienes actuaron como cómplices, y a su vez los cómplices primarios, pagarán más en proporción a los cómplices secundarios. 16

No obstante, reconocemos que será complicado ejercer el derecho de repetición dado que el único restituyente deberá dirigirse de manera indistinta contra cada uno de los demás obligados para exigir la devolución de lo cancelado, obteniendo de cada uno de ellos sumas distintas que quizás no garanticen adecuadamente la reintegración de la reparación. Aunado a ello, el artículo 1203 del Código Civil prescribe que la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores, salvo que se haya contraído en interés de uno de ellos de manera exclusiva, las proporciones de cada deudor se presume igual, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. 17

(8) Barreto Bravo, J. / Castro Trigoso, N., "Responsabilidad Solidaria - artículo 1983". *Op. Cit.*, pp. 206-207.

18 Este tipo de responsabilidad se encuentra regulada en el artículo 1983 del Código Civil y precisa que "si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales"; en tal sentido, al remitirnos al Código Civil de manera supletoria, de conformidad con el artículo 101 del Código Penal, debemos entender por responsabilidad solidaria la descrita en el artículo citado, dado que aquí se regula la responsabilidad extracontractual o aquiliana solidaria, siendo así corresponde determinar la reparación en proporción a la gravedad de la falta de cada uno de los participantes.

19 En ese entender, la autoría o complicidad si deberá conllevar la discriminación en cuanto al monto reparatorio; empero, también entendemos que será complicado hacerlo dado que muchas veces se desconoce la intervención específica de cada uno y por ende se desconocerá la magnitud de daño que cada uno de manera individual pudo haber causado. En ese sentido, cuando no sea posible determinar el monto correspondiente de manera individual se aplicará lo dispuesto en el artículo 1203 del Código Civil antes citado, dividiéndose el monto reparatorio en partes iguales.

20 Ahora bien, De Trazegnies, citado por Barreto Bravo y Castro Trigoso, precisa que la solidaridad se caracteriza porque al ser una única obligación, son varios los deudores, y cada uno de ellos se encuentra obligado frente al acreedor o dañado por el total de la reparación civil; pudiendo quien hubiera llevado a cabo la *solutio* y, por consiguiente extinguido la deuda, dirigirse contra los demás obligados para que le reembolsen el monto cancelado (a esto se le denomina solidaridad pasiva); de otro lado, cuando es única la obligación y son varios los acreedores, el deudor también puede efectuar el pago a cualquiera de ellos (a esto se le denomina solidaridad activa)"[9]. En este régimen de responsabilidad, los responsables de un daño, están sometidos a que la víctima pueda demandarlo conjunta o separadamente por la totalidad del monto del daño y obtenga un pronunciamiento que la faculte a cobrar las deudas a cualquiera de ellos[10].

(9) Ibídem, p. 207.
(10) Ibídem, p. 208.

José Barreto Bravo y Nelwin Castro Trigoso[11], nos recuerdan los pre- 21
supuestos que debe tener la responsabilidad solidaria, siendo estos: la unidad del daño y su imputabilidad a más de un sujeto. El primero alude a que debe ser indivisible, no aplica para este caso cuando siendo varios responsables se causen varios daños a una misma persona, sean simultáneos o sucesivos. El segundo presupuesto está relacionado con las acciones u omisiones que realizan los responsables, las cuales no necesariamente deben colocarse en un plano unitario; es decir que los responsables pudieron causar el daño actuando separada o individualmente, incluso de haberse conocido previamente al evento dañoso.

El tema de la responsabilidad solidaria se rige como manifestábamos al 22
inicio del presente comentario, por la causalidad; en definitiva, es esta la que determinará si existe o no solidaridad en las obligaciones, con causas incluso, o en su caso no se materializará daño alguno; en materia penal para analizar la conducta de los responsables del daño, deberemos seguir la teoría de la causalidad adecuada, cuya aplicación también ha sido consagrada en materia de responsabilidad extracontractual o aquiliana; por esta, tras realizar un análisis de la conducta y el resultado, se ha concluido que el actuar desplegado era probable de causar ese resultado concreto. Debemos recordar que la idoneidad juega el papel principal en el tema de causalidad adecuada, esto es, si la causa era idónea de producir ese resultado específico. La causalidad adecuada que ha servido para entender los nexos causales tanto en el sistema de la responsabilidad civil como en la teoría del delito en materia penal, sigue siendo el referente al momento de determinar la procedencia de reparaciones civiles.

Por ello se dice que el tema de la responsabilidad solidaria, requiere, aun- 23
que no se haya formulado de manera expresa en el Código Penal, ni el en Civil, que el resultado dañoso se sustente en una concurrencia de causas. En tal sentido, es preciso referir que la calificación de cada acción debe sustentarse en el análisis de la concurrencia de estas en la producción del resultado dañoso, desde luego, en función de los cánones y la lógica de la causalidad adecuada[12].

Un tema importante en cuanto a la manera de intervenir en la produc- 24
ción del daño (concurrencia de causas) es precisamente el de comprender que la intervención, para poder justificar la solidaridad en las obligaciones, debe ser determinante, pues en el caso de que solo se constate una ayuda o contribución en la producción del daño nos encontraríamos más bien frente al artículo 1978 de Código Civil, que alude a la incitación o ayuda en la producción del

(11) Ibídem, pp. 209-210.
(12) Ibídem, p. 211.

daño; decíamos anteriormente que en materia penal los autores pagaran más que los cómplices distinguiendo a su vez la responsabilidad de los cómplices primarios y secundarios. El artículo del Código Civil citado, alude a este tipo de intervenciones; por lo que, por remisión a la normativa civil, en el caso de un instigador, por ejemplo, o de un cómplice necesariamente deberemos distribuir el monto reparatorio en función del nivel de intervención como se indicó *ut supra*.

25 En virtud de lo postulado por De Trazegnies, citado por José Barreto, en aplicación del artículo 1978 del Código Civil no procederá la solidaridad en la obligación; siendo que, el autor directo del daño, o en su caso el autor del delito, deberá pagar íntegramente la reparación civil, en tanto que el autor indirecto en proporción de su grado de intervención en el evento lesivo (por incitación o ayuda)[13].

26 Creemos que lo formulado por dicho dispositivo legal es correcto, toda vez que se sustenta en criterios de justicia y equidad, permitiendo que la reparación no solo sea proporcional al daño, sino que su imposición también sea proporcional en función de la intervención de los autores. En el ámbito penal si será posible, aunque con algunos matices, determinar el nivel de intervención y, por ende, el *quantum* de la reparación; pues el principio de imputabilidad necesaria exige que un caso concreto se determine de manera precisa entre otros aspectos, el grado de participación atribuido a los responsables del delito, esta exigencia permitirá distribuir la deuda entre los obligados de manera proporcional a su actuación.

27 En contraposición a lo formulado, Castillo Alva, precisa que no se debe atenuar la indemnización en función de la intervención de los sujetos, dado que no lo ha establecido así la ley penal, no debiendo, según señala "(...) poner en boca de la ley palabras que no ha pretendido decir (...)"[14]. Estima ello en virtud de que la incitación o ayuda en el evento delictivo son verbos de contenido finalista-valorativo, y denotan una voluntad consciente que debe ser interpretada como conducta dolosa (de manera genérica) a efectos de determinar la reparación[15].

(13) Ídem.
(14) Castillo Alva, J., *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, p. 116.
(15) Ibídem, pp. 116-117.

III. Tercero civilmente obligado

El artículo 95 del Código Penal habla también del tercero civilmente obligado como responsable civil, conjuntamente con los responsables del delito. En España a la responsabilidad que asume el tercero civil se le denomina responsabilidad subsidiaria, y se encuentra regulada en el artículo 1903 del Código Civil español, la misma norma precisa que dicha responsabilidad cesa cuando las personas involucradas bajo dicha condición prueban que emplearon toda la diligencia para prevenir el daño. 28

En el Perú no existe la salvedad que realiza la parte *in fine* del artículo español citado; aunque estimamos que resultaría adecuado si se tomara en cuenta en nuestra legislación, dado que el tercero no necesariamente debe responder si tomó las acciones necesarias para prevenir el resultado y este más bien recae en la culpa exclusiva del directo (en el término "culpa" utilizado, comprendemos también al dolo). 29

Pese a que así correspondería proceder, no se realiza en el acontecer jurídico ya que incluso cuando se ven accidentes de tránsito, por ejemplo, se incorpora al tercero civil de manera inexorable sin pensar en si pudo o no prevenir el resultado. 30

Planteémonos el caso de que el propietario del vehículo tomó las previsiones necesarias habiendo llevado a cabo la correspondiente revisión técnica y que la responsabilidad según la pericia técnica de tránsito obedece exclusivamente al conductor, quien causó la muerte de su víctima en virtud de la inobservancia de las reglas de tránsito; estimamos que en esta circunstancia no debería atribuirse responsabilidad civil al propietario dado que escapa a sus posibilidades la producción del daño; ni siquiera justifica esto el uso del bien riesgoso, porque entiéndase que el que usó el bien riesgoso de manera directa y se encuentra obligado a reparar en los términos que establece el artículo 1970 del Código Civil es el autor del delito. No obstante, señala CASTILLO ALVA, citando a GÁLVEZ VILLEGAS que los terceros no es que hayan realizado la conducta penalmente relevante, ni son causantes directos del daño; tampoco resulta necesario, según indica, acreditar si obraron con dolo o culpa, dado que se trata de una responsabilidad objetiva[16]. La simple condición de estar vinculados al autor del delito los obliga a reparar civilmente el daño causado. 31

(16) Ibídem, p. 117.

32 Una circunstancia en la que si estimamos deba excluirse la responsabilidad del tercero, es en el caso de que, por ejemplo, el vehículo mediante el cual se ha causado la muerte de alguien le fue sustraído.

33 En el Perú este tipo de responsabilidad se encuentra regulada en el artículo 1981 del Código que prescribe: "Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria"; en ese mismo sentido la jurisprudencia resuelve precisando que al ser solidaria la reparación civil entre el imputado y el tercero civilmente responsable, no cabe fijarla de manera individual, conforme cita la sentencia recaída en el Exp. N° 217-06-FL-254[17].

34 En cuanto a la denominación, Patrón Salinas citando a De Trazegnies refiere que lo correcto sería denominar al autor indirecto como "responsable civil", dado que la responsabilidad vicaria como se ha denominado a la responsabilidad contenida en el artículo 1981 es un supuesto de responsabilidad por el hecho ajeno. El principal resulta obligado a pagar la indemnización por disposición expresa de la ley y no porque su actuar haya tendido a la producción de un resultado dañoso[18].

35 Autores como Calabresi, De Trazegnies, con relación a la vertiente más tradicional del Análisis Económico del Derecho postulan que la principal función del sistema de responsabilidad civil extracontractual es la prevención o reducción, en la mayor medida posible, de los daños resultantes de las distintas actividades que, pese a conllevar riesgos, la sociedad está dispuesta a tolerar[19] la función económica de la responsabilidad civil extracontractual nos brinda una importante herramienta de análisis para poder correctamente ponderar la racionalidad subyacente, y los fines perseguidos por la responsabilidad vicaria, sobre todo dentro de contexto de daños causados por subordinados incursos en relaciones laborales o de trabajo dependiente en organizaciones empresariales[20].

36 Las empresas o entes jurídicos en general además de tener a su cargo personal también emplean equipos necesarios para el desarrollo de su actividad; siendo que, en cualquier momento el uso de estos o el proceder de sus

(17) Esquivel Oviedo, J., *Jurisprudencia penal de la Corte Superior (2006-2008)*, p. 165.
(18) Patrón Salinas, C., "Responsabilidad civil por los actos del subordinado - artículo 1981". En: Gutiérrez Camacho, W. (director), *Código Civil comentado*. Tomo X, p. 199.
(19) Ibídem, p. 194.
(20) Ibídem, p. 195.

dependientes pueden acarrear determinados daños que conllevará a la necesaria reparación civil al agraviado; esta reparación la afrontará el causante del daño, así como de la empresa o ente jurídico que se encuentre a cargo. Evidentemente y como corolario de los postulados que contiene el Derecho penal en relación a las personas jurídicas, deberemos comprender que la responsabilidad de estos entes jurídicos no deriva de un obrar incorrecto en el desarrollo de su actividad; sino, porque resulta ser el medio más adecuado para mitigar los daños que han concurrido.

Ahora bien, un aspecto que no permitirá determinar el ámbito de aplica- 37
ción de la norma civil que se analiza es lo relacionado a lo que significa tener a otro bajo sus órdenes. Nos queda claro con ello que este tipo de responsabilidad no surgirá únicamente cuando se trate de dependientes laborales, trabajadores en concreto; sino, que se extiende a todos los supuestos en los que quepa la posibilidad de atribuir responsabilidad, bajo la condición de que el dependiente se encuentre bajo las órdenes del tercero civil. Cabe aquí aclarar que esta dependencia deberá ser analizada en función al caso concreto, supongamos que se produce la muerte culposa de una persona, empleando un vehículo que ha sido alquilado, conociendo la informalidad que existe en el país y que además se faculta en la libertad que existe el momento de entablar relaciones contractuales, las mismas que incluso pueden ser solo verbales, cabrá analizar primero si el dependiente estuvo autorizado para emplear el bien bajo esta modalidad de alquiler.

Un ejemplo que llama la atención en materia de responsabilidad civil es 38
el que cita PATRÓN SALINAS en su comentario al Código Civil, en el que un médico cirujano que fue responsabilizado por el actuar de los médicos y enfermeras que lo asistieron durante una cirugía, y ocurrió que pese a que ellos se encontraban, laboralmente, subordinados al hospital, se argumentó que en el trascurso de una intervención de tal naturaleza tales personas se convierten en sirvientes o agentes temporales del cirujano. Con lo cual no estamos de acuerdo, el término "bajo sus órdenes" no debe ser interpretado de manera literal tal como se ha visto en el caso *sub* análisis, toda vez que concretamente en él se advierte que los médicos y enfermeras que lo asisten actúan de acuerdo a sus funciones y especialización: anestesista instrumentista, cardiólogo, enfermero asistente, etc., quienes además asumen un rol independiente debiendo proceder de acuerdo a su experticia, el médico en todo caso solo confía en que el personal asignado a su asistencia se desenvuelve conforme a su rol y dentro de las previsiones normales que se requiere para determinada actividad.

39 En tal caso si se produce una muerte culposa en el transcurso de una intervención médica deberá analizarse quién es el autor y quién responderá como tercero civil, creemos que, para el caso, debería ser el hospital, clínica, centro asistencial de salud u otro donde se desenvuelva la actividad en concreto.

40 En todo caso la responsabilidad de los demás quedará excluida en el ámbito de la imputación objetiva de la teoría del delito (principio de confianza, teoría de los roles); y, por ende, quedará excluida también la obligación de reparar de los demás intervinientes o del médico principal, pues sobre todo si analizamos la figura desde el punto de vista penal, no cabe imponer la obligación de reparar civilmente a una persona que ha quedado excluida del proceso penal, de lo contrario estaríamos incluyendo en este pretensiones civiles que alterarían su contenido y función ya que notoriamente son aisladas al objeto del proceso penal.

41 Otra cuestión relevante es que cuando el artículo 1981 del Código Civil (al que nos estamos remitiendo en virtud del Art. 101 del CP), alude a autor directo e indirecto, esto en materia penal podría generar una incorrecta interpretación ya que podría confundirse con la autoría mediata. Quede claro dos circunstancias: el Código Civil solo nos ayuda a comprender mejor la reparación civil que se deriva del daño causado por un delito; por lo que, la terminología a utilizar debe ser la adecuada de acuerdo a las categorías jurídicas del Derecho penal; siendo así, el autor indirecto a que alude el artículo indicado es a la persona que tiene a cargo a un dependiente. En los casos de autoría mediata la reparación civil podría determinarse en función de lo que postula el artículo 1978 del Código Civil, relacionado a la responsabilidad del aquel que incita o ayuda; si bien estamos hablando de un autor y no de un cómplice conforme al Código Penal, este autor al ser mediato no ha intervenido de manera directa sobre la producción del daño causado por el delito.

42 Otros supuestos que deben ser comentados es lo relacionado a la responsabilidad civil que se genera a causa de un daño producido por un incapaz, esto se encuentra regulado en los artículos 1975 de Código Civil: "La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable" y 1976 "no hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal".

43 Se trata de una atribución indirecta de responsabilidad, pues el representante legal no es quien causa el daño; sino que es la única forma de garantizar

el pago de la reparación. En relación al segundo supuesto (Art. 1976), cabe argumentar que "(...) el representante legal asume la responsabilidad civil por una atribución indirecta, en tanto es el 'garante' del incapaz"[21]. Este criterio de atribuir responsabilidad en función de la garantía existente, se justifica en aquella disposición que ordena al representante legal de un incapaz de custodiar o controlar los actos del mismo y de administrar sus bienes del modo más adecuado[22], el representante legal está obligado a vigilar y supervisar el proceder del incapaz del cual está a cargo, en virtud de incapacidad o imposibilidad de actuar dentro de las normas de convivencia básicas, por ejemplo.

La existencia de representante legal es importante dado que la única forma 44
de procurar el ejercicio de los derechos del incapaz, sin causar ningún perjuicio al conglomerado social de su entorno; es en virtud de ello que, frente a un actuar causante de daños realizado por el incapaz, será su representante legal quien, en virtud de ese deber de custodia y vigilancia, afronte el pago que corresponda por indemnización. Finalmente la producción del daño ha sido causa del incumplimiento de su obligación[23].

Cabe aclarar que al observarse un caso en que el causante del daño sea 45
un menor incapaz con discernimiento (supuesto del artículo 1975 del Código Civil) si corresponderá ventilar la reparación en el proceso penal tutelar aplicable a los menores infractores; sin embargo, si nos encontramos frente a un supuesto que encuadre en el segundo artículo antes referido, como el daño causado a consecuencia de un delito cometido por un enfermo mental, no cabrá ventilar la reparación civil en un proceso penal, ya que ni siquiera procederá instaurarlo, quedando excluida la conducta delictiva por falta de culpabilidad, quedará también fuera del ámbito penal la persecución de una reparación civil, la misma que deberá ser exigida única y exclusivamente en la vía civil mediante la demanda correspondiente.

Aparte de ello, una cuestión que ha llamado la atención en diversos casos 46
en materia de homicidios o lesiones culposas a través de un vehículo es lo relacionado al pago que se efectúa en virtud del SOAT contratado por el propietario. Muchas veces se ha visto que frente a la comisión de un ilícito penal de tal naturaleza es el SOAT quien afronta los gastos derivados de este, y surge la disyuntiva de si además del pago que efectúa el SOAT corresponde imponer

(21) Beltrán Pacheco, J., "Responsabilidad del representante de incapaces sin discernimiento - artículo 1976". En: Gutiérrez Camacho, W. (director), *Código Civil comentado*. Tomo X, p. 166.
(22) Ídem.
(23) Ídem.

una reparación a cargo del autor del delito, o si por el contrario, el pago que se efectúa en virtud de este excluye la posibilidad de fijar un monto reparatorio a cargo del investigado; al respecto consideramos que lo correcto sería asumir la segunda alternativa, dado que el SOAT es un seguro que ha sido contratado por el autor del delito, quien ha efectuado aportaciones anuales, a efectos de que en cualquier eventualidad se haga responsable de los daños ocasionado.

47 En tal sentido, si el SOAT ha afrontado todo lo necesario para reparar el daño, no quedará posibilidad alguna de que al autor del delito de lesiones u homicidio culposo se le imponga la obligación de resarcirlo; ello será posible en tanto y en cuanto el monto cancelado por el SOAT no cubra íntegramente la reparación, en cuyo caso y en virtud del artículo 92 del Código Penal, que obliga a reparar por ser un derecho del agraviado, se podrá imponer al autor del delito, la obligación de efectuar el pago, pero solamente de lo que falte para cubrir la reparación integral del daño. Téngase en cuenta que, la responsabilidad del asegurador está supeditada a las condiciones pactadas, estando en función de ellas, el límite respecto del pago[24].

48 Se debe tener en cuenta que la reparación civil tiene como exclusiva finalidad reparar un daño causado y esta debe ser proporcional al mismo, no pudiendo el agraviado beneficiarse con el exceso. Claro que esto quedará sujeto a la actuación probatoria que desarrolle el mismo autor del delito por cuanto deberá alcanzar al fiscal la prueba que permita evidenciar el pago del SOAT para que a partir de allí tanto él como el juzgador tengan presente que se ha efectuado el resarcimiento en su totalidad o de modo parcial. Esto se deriva del artículo 1987 del Código Civil que señala "La acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de este".

49 En consonancia con lo anterior, el tercer párrafo del artículo 19 del Decreto Supremo N° 024-2004-MTC establece que: "No obstante, los pagos de indemnización efectuados en virtud de este seguro, se imputarán o deducirán de los que pudiere estar obligado el propietario o conductor del vehículo asegurado o prestador del servicio de transportes en razón de la responsabilidad civil que respecto de los mismos hechos y de las mismas personas le pueda corresponder según la norma de derecho común", así también ha resuelto la sentencia emitida en el Exp. N° 54-2005-FL. 306[25] precisando que ello deberá tenerse cuenta en ejecución de sentencia.

(24) López Barja de Quiroga, J., *Derecho penal. Parte general.* Tomo III, p. 354.
(25) Esquivel Oviedo, J., *Jurisprudencia penal de la Corte Superior (2006-2008). Op. Cit.*, p. 132.

1. Derecho de repetición

Si bien en el Código Penal no se establece este derecho dentro de las nor- 50
mas que regula a reparación civil, en virtud de la remisión que nos concede el artículo 101, deberemos observar el contenido normativo de lo relacionado al tema de las obligaciones solidarias que regula nuestro ordenamiento jurídico civil.

El artículo 1983 del citado Código, refiere que aquel que pagó la totali- 51
dad de la indemnización puede repetir contra los otros. Derecho que demanda la facultad del obligado restituyente del daño, de reclamar lo desembolsado a los demás obligados solidarios. Esta acción de repetición no afecta en nada el proceso penal ni la obligación de resarcimiento, ya que se tramita de manera aislada en la vía civil.

En el citado artículo se emplea la siguiente prescripción "correspondiendo 52
al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes", al respecto cabe aducir que la norma citada da lugar a dos interpretaciones: la primera, que el responsable que pago el resarcimiento solo podrá ejercer su derecho de repetición contra los demás causantes del daño que hayan actuado con culpa; ello dado que el término "falta" empleado por el legislador, parece denotar ello. Y, segundo, que el responsable que pago el resarcimiento, a pesar de la denominación "falta" en la redacción normativa, pueda repetir contra los demás obligados, sea que hayan causado el daño mediante culpa, dolo u objetivamente[26]. De ello podemos señalar que, en materia civil cuando se alude a culpa o falta debe entenderse también comprendido aquí el termino dolo, o actuar doloso; en ese entender, no nos parece justo negar al responsable restituyente la posibilidad de exigir a los demás obligados el desembolso realizado, independientemente de que hayan actuado con culpa o dolo. Deberá por supuesto observarse frente a qué clase de delito nos encontramos, si ha sido un actuar culposo y la norma penal no permite esta forma de actuación delictiva, pues no cabrá tampoco imponer la reparación, la misma que se podrá exigir en la vía civil; ello en virtud de lo prescrito en el artículo 12 del Código Penal: "Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley".

(26) Barreto Bravo, J. / Castro Trigoso, N., "Responsabilidad Solidaria - artículo 1983". *Op. Cit.*, Barreto Bravo, J. / Castro Trigoso, N., "Responsabilidad Solidaria - artículo 1983". *Op. Cit.*, p. 212.

IV. Bibliografía

53 ALPA, Guido, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil.* Traducción de Leysser León Hilario. Jurista Editores, Lima, 2006; BARRETO BRAVO, José / CASTRO TRIGOSO, Nelwin, "Responsabilidad Solidaria - artículo 1983". En: GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (director), *Código Civil comentado.* Tomo X. Gaceta Jurídica, Lima, 2006; BELTRÁN PACHECO, Jorge, "Responsabilidad del representante de incapaces sin discernimiento - artículo 1976". En: GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (director), *Código Civil comentado.* Tomo X. Gaceta Jurídica, Lima, 2006; CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito.* Idemsa, Lima, 2001; ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos, *Jurisprudencia penal de la Corte Superior (2006-2008).* Gaceta Jurídica, Lima, 2009; GÓMEZ CALLE, Esther, "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno". En: REGLERO CAMPOS, Fernando (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil.* Tomo I. Aranzadi, Navarra, 2002; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general.* Tomo III. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; PALACIOS LEÓN, Nélida, "Régimen Legal de las obligaciones mancomunadas - artículo 1182". En: GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (director), *Código Civil comentado.* Tomo VI. Gaceta Jurídica, Lima, 2006; PATRÓN SALINAS, Carlos, "Responsabilidad civil por los actos del subordinado - artículo 1981". En: GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (director), *Código Civil comentado.* Tomo X. Gaceta Jurídica, Lima, 2006; REVILLA LLAZA, Percy Enrique / URQUIZO VIDELA, Gustavo, *Jurisprudencia penal jurisprudencial.* Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

§ 96
Transmisión de la reparación civil

Juan Carlos Tello Villanueva
Universidad Nacional de Cajamarca (Perú)
Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca (Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Transmisión de la obligación de reparar	1	723
1. Transmisión de la reparación civil a los herederos del sentenciado	1	723
2. Límite de la transmisión de la reparación civil	6	725
3. Transmisión de la reparación civil a los herederos del agraviado	10	726
II. Transmisión de la reparación civil del daño moral	18	728
III. Bibliografía	23	730

§ 96.- Transmisión de la reparación civil a herederos

"La obligación de la reparación civil fijada en la sentencia se transmite a los herederos del responsable hasta donde alcancen los bienes de la herencia. El derecho a exigir la reparación civil se transfiere a los herederos del agraviado"[1].

I. Transmisión de la obligación de reparar

1. Transmisión de la reparación civil a los herederos del sentenciado

El artículo 660 del Código Civil prescribe que: "desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, [los] derechos y [las] obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores". Este dispositivo abarca también las obligaciones relacionadas a la reparación civil y, por ende, el Código Penal también reguló esta circunstancia. Por su parte, el artículo 1187 del mismo Código señala que "si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia. Regla similar se aplica en caso de muerte de uno de los acreedores 1

(1) La interpretación del Art. 96 del Código Penal debe llevarse a cabo en concordancia con los Arts. VII, 93, 95, 99, 100, 101 del CP; Arts. 660, 1187, 1218 del CC; 17; etc.

solidarios". Esta norma regula la forma en que se efectuará la transmisión de la obligación.

2 PALACIOS LEÓN[2] nos recuerda que si el heredero es uno solo, este asume la obligación de su causante en su totalidad respecto de lo que le correspondía reparar en vida; si, por el contrario, son varios los sucesores el monto que correspondía al causante será dividido entre los herederos de manera proporcional a sus participaciones en la herencia, pero la obligación solidaria se transfiere en su totalidad, pudiendo el agraviado exigir a estos herederos el pago de la mitad de la deuda total, para comprender mejor este supuesto nos pone el siguiente ejemplo: "A, B y C se encuentran obligados solidariamente a pagar a X, US$ 90 000.00 como consecuencia de la solidaridad X puede exigir a cualquiera de sus deudores el pago de los US$ 90 000.00, y su crédito está garantizado por los patrimonios de sus tres deudores solidarios. Si posteriormente A fallece dejando como herederos con participaciones iguales a Z e Y, X podrá exigir a B y C individualmente o en conjunto el monto total de la deuda; igualmente, al haber fallecido A, podrá exigir a sus sucesores Z e Y, conjuntamente, dicho monto total (...). Si bien no puede exigirles individualmente a Z e Y la totalidad de la deuda, si podrá emplazarlos a cada uno por la mitad de la deuda total, es decir, a cada uno por US$ 45 000.00, por cuanto ambos heredaron la deuda solidaria". De igual manera deberá aplicarse en el ámbito penal, cuando se trate de obligaciones transmitidas a herederos.

3 En materia penal, la responsabilidad penal no es transmisible, ello en virtud del principio de responsabilidad por el hecho propio, contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que postula que para imponer una pena se requiere la responsabilidad penal del autor; no obstante, se reconoce que la obligación de pago de la reparación civil si se transmite a un heredero, dando prioridad con ello al derecho de reparación del daño que corresponde a la víctima, considerando además que se trata de un interés privado y se rige por las normas del Código Civil como las que ya hicimos referencia, las mismas que sí prevén la trasferencia de las obligaciones.

4 En ese entender, una vez impuesta la obligación resarcitoria al sentenciado, a su muerte, serán sus herederos quienes harán cumplimiento de ella; notoriamente, el supuesto no se aplica a los casos en los que la muerte del acusado se produce en el transcurso del proceso, dado que aquí aún no hay una obligación resarcitoria impuesta y más aún que con la acción penal extinguida a

(2) PALACIOS LEÓN, N., "Régimen legal de las obligaciones mancomunadas - Artículo 1182". En: GUTIÉRREZ CAMACHO, W. (director), *Código Civil comentado*. Tomo VI, p. 272.

la muerte del procesado, se extingue también la posibilidad de exigir la reparación civil.

No obstante, es preciso mencionar la existencia de un límite que la misma 5
norma *sub* análisis impone y es precisamente el relacionado a los alcances de la herencia, más allá de los cuales no puede obligarse a los herederos respecto del pago de la reparación civil.

2. Límite de la transmisión de la reparación civil

En cuanto a estas trasferencias, lo importante es que se tenga en cuenta 6
que la norma indica claramente "hasta donde alcancen los bienes de la herencia", esto quiere decir que, de no cubrirse la reparación civil con los bienes dejados en herencia a los sucesores, estos no están en la obligación de afrontar el pago de la reparación civil con su patrimonio, lo cual se justifica en el contenido del artículo 1969 del Código Civil del cual se deduce que quien afronta la reparación del daño es exclusivamente aquel que lo ha causado.

Con ello queremos dejar en claro que, pese a que la norma indica que 7
la obligación de la reparación civil se transmite a los herederos, no debería entenderse como una trasferencia de la obligación en sí, dado que de ser así los herederos serían nuevos obligados respecto del agraviado, debiendo por tanto efectuar el pago de la reparación incluso con su patrimonio, lo cual es incorrecto y contrario a lo que la misma norma prescribe. Lo que se transfiere no es la obligación material de reparar el daño, sino la obligación formal de continuar haciendo efectivo ese pago que correspondía a su causante y que se realiza con el patrimonio de este.

En ese entender, lo único que ocurre es que la reparación civil, al ser 8
obligatoria, será cubierta en primera instancia y antes de que los bienes pasen a la libre disposición de los herederos; quienes deberán esperar que se cumpla con esta obligación de pago para poder disponer libremente de lo que les corresponde.

En el tema de la trasferencia de la obligación a los herederos, surge la pre- 9
gunta de si estos deben tener necesariamente un vínculo jurídico con el causante o puede ser cualquier persona que haya sido beneficiada con la herencia como un amigo, un empleado de confianza, etc. Al respecto la norma no hace distingo alguno, lo que quiere decir que, indistintamente de quién sea el heredero, haya tenido o no un vínculo jurídico con el causante, estará en la

obligación de efectuar el pago de la reparación civil con los bienes de la herencia; una vez cumplida esta obligación podrá recién hacer disfrute de lo heredado.

3. Transmisión de la reparación civil a los herederos del agraviado

10 Otra arista de la trasferencia de las obligaciones es la prevista en la parte *in fine* del artículo 96 *in comento*, aquí se alude a los herederos del agraviado, quienes también reciben en trasferencia el derecho de exigir la reparación civil, y además surge la disyuntiva de si comprende a personas que no tengan un vínculo jurídico con el agraviado; estimamos que, al igual que el análisis realizado precedentemente, procederá la exigencia del heredero de ser reparado civilmente indistintamente del vínculo jurídico que haya tenido con el agraviado antes de su muerte. Aquí hay una manifestación de voluntad expresa del agraviado de dejar a esta persona todos los derechos patrimoniales sobre sus bienes, lo mismo ocurrirá entonces con los derechos crediticios que haya adquirido en vida.

11 En la Casación N° 37-2008-La Libertad se emitió pronunciamiento en torno a la indemnización que se procuraba para terceras personas que no se encontraban jurídicamente bajo la tutela del agraviado en un delito de homicidio culposo, concretamente de una menor que no era hija, ni natural ni adoptiva, del agraviado, tampoco era tutor ni contaba con algún cargo jurídico que evidencia que la menor se encontraba bajo su tutela u obligación. En tal caso, la casación en el ítem III, literal D, precisó lo siguiente: "Asimismo, respecto al supuesto daño económico y moral producido a la menor de edad Luz Sol Cárdenas –de la que se habría hecho cargo en vida el agraviado Fernando Alcibiades Torres Rodríguez– se debe precisar que esta no mantiene vínculo de familiaridad ni dependencia jurídica con el agraviado porque no es un familiar directo y, por ende, no existe obligación legal alguna que lo vincule con el agraviado, máxime si no consta prueba específica que acredite ser hija alimentista del agraviado Fernando Alcibiades Torres Rodríguez. En tal virtud, este extremo carece de suficiente asidero para sustentar un aumento en el monto de la reparación civil".

12 Al respecto, debe considerarse que en caso la persona no tenga vínculo familiar con el mismo, pero se logra acreditar que sí tenía dependencia respecto de él, como el caso de un conviviente, por ejemplo, o de una hija alimentista no reconocida, con quien sí guardaba una estrecha relación (circunstancias que han podido generar, por ejemplo, una gran afectación en el aspecto sentimental), sí corresponderá reconocer el derecho de ser reparada. Sin embargo, y en

contra de este planteamiento, el artículo 98 del Código Procesal Penal establece que solo podrán reclamar la reparación quienes, según la ley civil, estén legitimados. Requiriéndose por tanto el reconocimiento de un vínculo para dar lugar a la acción resarcitoria. Esto es cuestionable, sobre todo si encontramos casos como los que indicamos, pues se tratan de circunstancias muy comunes en la sociedad, principalmente el caso de la convivencia no reconocida aun legalmente como unión de hecho.

En consonancia con ello, en la Casación N° 1958-99-Cañete encontra- 13
mos el siguiente planteamiento: "[L]os herederos no son los únicos legitimados para accionar en petición del resarcimiento de los daños producidos por la muerte del *de cujus* sino que también puede hacerlo su conviviente", argumento que nos parece coherente con la finalidad de la reparación civil, la cual precisamente es reparar el daño causado, y este es indistinto de producirse en una persona familiar o no del agraviado.

Ahora bien, existirán algunos casos en los que no será posible extender ili- 14
mitadamente el hecho de reparar a quien no esté legitimado según la ley civil, ya que esto podría acarrear efectos jurídicos no esperados, pues bien podría darse el caso de que la muerte por homicidio de una persona afectó más a un amigo muy cercano que a sus propios hijos que, por ejemplo, no entablaban siquiera comunicación con el agraviado; en tal caso, si bien pudo haberse causado un daño moral a dicho amigo, no podríamos permitir que este exija el pago de una reparación civil; pues, de ser así, frente a la muerte de una persona todos sus allegados estarán prestos a formular su pretensión, causando serios problemas en el ámbito de las reparaciones, así como en el proceso penal; esta circunstancia queda resuelta por lo dispuesto en el artículo 101 del Código Procesal Penal, la cual precisa que "la acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación (...)", quedando excluida la posibilidad de que un amigo formule la pretensión y finalmente exija el pago de una reparación civil.

La salvedad realizada en los párrafos precedentes, relacionada, por ejem- 15
plo, a la reparación a los convivientes, se encuentra también reforzada por lo planteado por Esther Gómez Calle, quien precisa que "cualquiera que acredite estos daños puede exigir *iure propio* su indemnización, independientemente de su condición de heredero o no de la víctima (...)[3]; en virtud de dicho

(3) Gómez Calle, E., "Capítulo V - Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno". En: *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I, p. 397.

planteamiento, la autora afirma que no es necesario que el perjudicado esté unido a la víctima por vínculos de parentesco[4]. En palabras de Gómez Calle, si bien "(...) la legitimación para reclamar *iure propio* indemnización por muerte corresponde de ordinario a los parientes más próximos. (...) habría que reconocer el derecho a ser indemnizado por daño moral a todos aquellos que acreditasen un sufrimiento por haber perdido a un ser querido, fuera cuantos fuera"[5]. Notoriamente con la precisión que también se hizo en torno a extender ilimitadamente esta posibilidad con la cual evidentemente no estamos de acuerdo.

16 Al respecto, la citada autora ha advertido los problemas de su planteamiento tan extensivo en torno a la reparación del daño y cita que algunas sentencias han preferido seguir un orden lógico, claro que este solo debería tomarse como referencia en la aplicación de la ley peruana, dado que no nos encontramos frente a una responsabilidad civil tasada; en tal contexto incluye al cónyuge viudo, en cuyo caso, estimamos, deberá comprenderse al conviviente también, los padres, los nietos, los hermanos y otros, debiendo el juez analizar la legitimación en cada caso concreto[6].

17 Muy al margen de ello, nos queremos plantear la cuestión de qué ocurriría si antes de formular una denuncia penal o instaurar un proceso penal fallece el autor del delito de homicidio, en este caso, los herederos del agraviado no podrían ya instaurar un proceso penal, dado que no habrá persona contra la cual se dirija, recordemos que la sanción punitiva requiere la responsabilidad penal del autor; siendo así, tampoco subsistirá la posibilidad de exigir el pago de la reparación civil a los herederos del autor del delito, ni como objeto dentro de un proceso penal, ni en la vía civil.

II. Transmisión de la reparación civil del daño moral

18 Otro tema que nos parece importante tratar en este comentario es lo relacionado a la transmisibilidad a los herederos del agraviado del derecho de exigir el pago de la reparación civil de un daño moral; ello por cuanto se trata de un daño sustentado en la afectación o el sufrimiento de una persona, es un aspecto muy personal del agraviado, una aflicción que solo ha afectado a su persona y no a otra como sus herederos, por ejemplo.

(4) Ídem.
(5) Ídem.
(6) Ibídem, pp. 397-400.

A primera vista, se puede asumir que dadas las circunstancias del daño moral y teniendo en cuenta que lo que se pretende es buscar un resarcimiento por el sufrimiento que se ha causado a la víctima, su reparación solo será posible a la persona que lo ha sufrido, pues es además un aspecto personalísimo. En ese entender, negar la posibilidad de que los herederos del agraviado exijan la reparación del daño moral, de alguna manera, beneficia al obligado con la muerte del agraviado del acto lesivo. 19

En doctrina se ha señalado al respecto que la función de la reparación civil no es castigar o sancionar al responsable, sino reparar el daño causado al agraviado; pero que esto no sería un argumento suficiente para defender que sí se puede trasmitir dicho derecho a los sucesores del agraviado fallecido. Aunque no se descarta la excepción de que en caso el agraviado haya iniciado la acción en vida y fallece en el transcurso del proceso, en cuyo caso sí sería admisible la legitimación de los herederos del agraviado de continuar con el mismo y recibir la indemnización por el daño moral(7). 20

Al respecto consideramos que, si ha mediado una sentencia donde se impone la reparación civil en el proceso penal por daño moral, incluso cualquier otro daño, la obligación de reparar ya ha sido determinada, pudiendo exigir dicho pago los herederos del agraviado incluso; distinto sería que los herederos pretendan continuar con la acción resarcitoria en el proceso penal a la muerte de su causante durante el proceso. En ese caso su intervención no se legitimaría, dado que el agraviado fallecido probablemente ya se constituyó en actor civil. Lo que quedará a dichos herederos es, según el caso, esperar la sentencia condenatoria con la imposición de reparación para exigir su pago. 21

En consonancia con ello, Zarzosa Campos en su análisis del artículo 96 del Código Penal señala que el hecho de que la obligación de reparar se transfiera a los herederos del ofensor no podría sino entenderse en el contexto de que el ofensor fallezca después de haber sido sentenciado ya existiendo su obligación de reparar civilmente; descartando con ello la posibilidad de que si el fallecimiento se produce con anterioridad, esto es, en el curso del proceso penal, no será posible que sus herederos asuman la obligación de reparar ante una eventual sentencia condenatoria, que imponga también la reparación civil(8). Bajo esta postura, lo mismo ocurrirá con los herederos del agraviado, no pudiendo continuar con la acción resarcitoria a la muerte de este, dado que incluso no podrían reclamar adecuadamente su derecho como lo habría hecho la propia 22

(7) Ibídem, p. 404.
(8) Zarzosa Campos, C., *La reparación civil del ilícito penal. Op. Cit.*, p. 188.

víctima. Entiéndase que este último supuesto alude a la acción resarcitoria, pero si ya existe una reparación impuesta; es decir, una obligación ya determinada, sí podría ser exigida por ellos.

III. Bibliografía

23 GÓMEZ CALLE, Esther, "Capítulo V - Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno". En: *Tratado de responsabilidad civil.* Tomo I, REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coordinador). Aranzadi, Navarra, 2002; PALACIOS LEÓN, Nélida, *Régimen legal de las obligaciones mancomunadas - Artículo 1182.* En: GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (director), *Código Civil comentado.* Tomo VI. Gaceta Jurídica, Lima, 2006; ZARZOSA CAMPOS, Carlos E., *La reparación civil del ilícito penal.* Rodhas, Lima, 2001.

§ 97
Protección de la reparación civil

JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)
MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Pretensión anulatoria	1	731	III.	Insolvencia provocada	33	738
II.	¿Nulidad o declaración de ineficacia del acto?	8	733	IV.	Bibliografía	37	739

§ 97.- Protección de la reparación civil

"Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros"(1).

I. Pretensión anulatoria

En el análisis del artículo 94 del Código Penal, se hizo ya referencia a esta pretensión anulatoria, no obstante, la aludida guarda matices diferentes a la que se pretende desarrollar en el presente comentario; la pretensión que se contiene en el artículo 94 se puede dirigir cuando los bienes objeto del delito se encuentran en poder de terceros a causa de una transferencia, por ejemplo. En tal caso no se protege la posición contractual del tercero, independientemente de si ha actuado de buena o mala fe, únicamente se le faculta reclamar el valor del bien contra quien corresponda. 1

La pretensión que contiene el artículo *sub* análisis, por el contrario, no se refiere a los bienes objeto del delito, sino a aquellos que forman parte del patrimonio del sentenciado cuya disposición conlleva una disminución en el mismo, afectando el pago de la reparación civil; en este caso, la norma sí protege la situación contractual del tercero de buena fe, cuyo derecho prevalecerá. 2

(1) La interpretación del artículo 97 del Código Penal debe llevarse a cabo en concordancia con los artículos 140, 190, 219 al 229, 1135, 1136, 1370, 1371 del CC; artículos 93, 94, 96, 98, 101, 417-A del CP; artículo 15 del CPP; etc.

En todo caso se deberán asumir otras formas de asegurar o garantizar el pago de la reparación civil impuesta.

3 No obstante señalar la norma que se trata de bienes del condenado, GÁLVEZ VILLEGAS incluye dentro de estos a los bienes del tercero civil, cuya disposición también tendrá los efectos que describe la norma penal en referencia[2]. Estimamos correcta la postura en tanto se condice con la finalidad de la norma, la cual es proteger la reparación civil y esta también es obligación del tercero civilmente responsable.

4 La salvedad que realiza el mismo dispositivo legal es la permanencia de los efectos de dicha disposición siempre que no afecte el patrimonio del obligado y subsistan otros bienes que permitan hacer frente a la reparación civil. Evidentemente se salvaguarda el derecho de libre disposición del patrimonio.

5 Llama poderosamente la atención el hecho de cómo se instauraría en el proceso penal una pretensión de esta naturaleza; si bien es cierto el criterio asumido es bueno, también lo es que genera distorsiones en la naturaleza del proceso penal, incluso en su desarrollo. Al respecto el artículo 15, numeral 2 del Código Procesal Penal regula la forma en que se ejercitará esta pretensión precisando que será el Ministerio Público o el actor civil quienes deberán introducir motivadamente la pretensión anulatoria correspondiente e instará al juez de la investigación preparatoria que disponga al fiscal la formación del cuaderno de nulidad de transferencia. Asimismo, precisa que el órgano jurisdiccional competente para dictar sentencia se pronunciará sobre la nulidad demandada.

6 Nos gustaría entrever los efectos procesales que esta situación conlleva. Según la norma, esta pretensión puede formularse en la etapa intermedia; consideramos que no afectaría el desarrollo del proceso, pero sí constituye una pretensión independiente que se resolverá en cuaderno aparte. Ahora, lo relacionado a esta pretensión debería resolverse antes del inicio del juicio oral, a nuestro criterio debe ser así, dado que ya se tendrá certeza de la capacidad económica del condenado para hacer frente la reparación; siendo que, de no haberse dispuesto la nulidad que prevé el artículo en mención por haber sido transferido a un tercero de buena fe, por ejemplo, se adoptarán otras medidas para garantizar la obligación, tales como la afectación de la remuneración.

(2) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *La reparación civil en el proceso penal.* Pacífico, Lima, 2016, p. 303.

Nos parece, asimismo, más saludable interponer esta pretensión en etapa 7
intermedia aunque ello quizás retrasaría más el procedimiento, hasta esperar la emisión del pronunciamiento; no obstante, es con el requerimiento acusatorio cuando ya se formula una pretensión penal, cuando el fiscal asume ya un papel diferente dentro del proceso penal tendiente a procurar una sentencia condenatoria en el caso; antes de ello, es decir, en la investigación preparatoria por ejemplo, en la cual también se faculta formular la pretensión, aún no se tiene del todo definido al menos probabilísticamente el resultado del proceso, pudiendo requerirse un sobreseimiento; en cuyo caso o se podría detener el trámite en el cuaderno correspondiente o, si es que ya se resolvió, afectaría al sentenciado, generando incluso posteriores acciones de este.

II. ¿Nulidad o declaración de ineficacia del acto?

Gálvez Villegas nos introduce la disyuntiva de si lo que corresponde 8
solicitar en estos casos es la nulidad del acto o la declaración de ineficacia del mismo[3]; evidentemente nos tendremos que remitir al Código Civil para conocer los efectos de ambas figuras y tomar una postura al respecto.

Antes de ello, es preciso indicar que el Proyecto de Ley del Nuevo Código 9
Penal propone cambiar la denominación en el artículo 132, al indicar que: "El agraviado puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos de disposición o gravamen realizados por el agente del delito o por el tercero civilmente obligado por los que cualquiera de ellos renuncie a derechos o con los que cause detrimento a su patrimonio conocido, siempre que perjudiquen el cobro de la obligación resarcitoria". Además de modificarse el término nulo por ineficaz, incluye de manera expresa a los actos de disposición del tercero civil, con lo cual nos mostramos conformes. Corresponde entonces distinguir los conceptos utilizados.

El acto jurídico, según el Código Civil, es una manifestación de volun- 10
tad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere de un agente capaz, objeto física y jurídicamente posible y un fin lícito (Art. 140). Si se presentan estos elementos, hablaremos de un acto jurídico válido.

Ahora bien, estos actos jurídicos pueden ser inválidos, sea por ser nulos o 11
anulables. La nulidad se regula en el artículo 219 del Código Civil que señala:

(3) Gálvez Villegas, T., *La reparación civil en el proceso penal. Op. cit.*, p. 303.

"El acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 3. Cuando su fin sea ilícito. 4. Cuando adolezca de simulación absoluta. 5. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 6. Cuando la ley lo declara nulo. 7. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa (este último supuesto referido a circunstancias que afecten intereses del orden público o buenas costumbres)". En tanto que la anulabilidad de un acto jurídico se encuentra regulada en el artículo 221 del mismo Código y se presenta en los siguientes casos: "1. Por incapacidad relativa del agente, 2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación, 3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero. Y 4. Cuando la ley lo declara anulable". La diferencia entre nulidad y anulabilidad, además de sus causales, es también la convalidación, la cual se permite únicamente en la anulabilidad. El acto nulo será nulo sin posibilidad de ser convalidado o subsanado, entre otras diferencias que la ley y la doctrina establecen.

12 Por el contrario, la eficacia o la ineficacia del acto dependerá de si surte o no sus efectos. La eficacia del acto jurídico será la condición en la cual este surte plenamente sus efectos. Contrariamente a ello, la ineficacia del acto, será aquella situación en la que el acto jurídico celebrado no surte efectos(4).

13 Si transfiero un bien inmueble a persona X, los efectos serán que el derecho de disposición del mismo pasa a manos del actual propietario quien podrá usarlo, usufructuarlo o disponer de él como estime conveniente. La finalidad de la transferencia es hacer que X se convierta en propietario del bien y ejerza los derechos inherentes a la propiedad, allí decimos que ha surtido efectos y por tanto es eficaz.

14 En el mismo caso, la ineficacia del acto se dará cuando si bien la venta del bien inmueble aludido cumple con todos los requisitos para su validez; no obstante, no surte sus efectos por determinadas circunstancias. Es decir, será válida la transferencia, pero no podrá el comprador hacer uso y disfrute del bien, por ejemplo, si no ha cancelado la contraprestación.

15 A su vez, un acto ineficaz puede ser válido o invalido. Un acto ineficaz valido será aquel que contenga todos los requisitos de validez establecidos en

(4) Northcote Sandoval, C., ¿Cuándo se produce la nulidad de un acto jurídico? Disponible en <https://es.slideshare.net/wilfredosurichaquirojas/cuando-se-produce-la-nulidad-de-acto-juridico> (consultada el 1 de setiembre de 2018). p. 1.

la ley, concretamente los requisitos del artículo 140 del Código Civil, pero ha sido afectado por alguna causal que impide que surtan sus efectos. En ese entender, serán actos jurídicos válidos pero ineficaces aquellos actos afectados por una causal de resolución o de rescisión(5).

Estos dos últimos términos se definen en los artículos 1370 y 1371 del 16
Código Civil, así respectivamente señalan que: "La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo". En tanto que "[la] resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración".

En la rescisión la causal de ineficacia se presenta al momento del naci- 17
miento del contrato, el efecto sería retrotraer las cosas hasta antes del nacimiento, como si el acto jurídico no se hubiese celebrado. La resolución del acto jurídico, en cambio, implica la validez del acto, es decir, que nació valido, no hay causal que afecte su constitución, pero se extingue, dado que se genera una causal durante su ejecución, no durante su nacimiento.

Ahora bien, punto que nos interesa tratar en este apartado es el relacio- 18
nado al fin lícito como causal de nulidad, dado que ello nos permitirá arribar a una postura en torno a lo que procede frente la disyuntiva formulada (nulidad o ineficacia de los actos realizados con posterioridad a la comisión del hecho punible).

Respecto al fin ilícito como causal de nulidad, TABOADA CÓRDOVA ha seña- 19
lado que, dado que no se encuentra definido en el Código Civil, su contenido está vinculado con la causa(6). TABOADA en su desarrollo sobre el fin lícito como causal de nulidad sintetiza las teorías en torno a su contenido.

Su análisis parte por las teorías subjetivas, dentro estas define a la teoría 20
clásica de la causa (vigente aún, a su entender, en Francia), según la cual la causa es el fin inmediato por el cual el deudor asume su obligación(7); no obstante, reconoce que se trata de un móvil abstracto, dado que se presenta en todos los contratos. Luego se tiene a la teoría subjetiva elaborada por Josserand, a la cual se denomina teoría neocausalista, según la cual la causa ya no es un móvil abstracto, sino un móvil determinante por la cual se asume una obligación determinada, distinta en cada contrato que vincule a las partes.

(5) Ídem.
(6) TABOADA CÓRDOVA, L., *Causales de nulidad del acto jurídico*. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10746/11237> (consultada el 17 de setiembre de 2018).
(7) Ídem.

Según esta teoría, el concepto de causa se identifica con el de motivo o móvil concreto que impulsa a los sujetos a realizar actos jurídicos[8].

21 Para estas teorías subjetivas, la causa ilícita se configura cuando se han incorporado motivos ilícitos a la celebración del acto jurídico, que finalmente determinan su nulidad. En todo acto jurídico se debe encontrar un fin o un motivo que impulse a las partes a la celebración del acto[9].

22 "Mejor dicho el fin –subjetivamente hablando– alude o al porqué las partes celebraron el acto jurídico o para qué lo hicieron"[10].

23 De otro lado, TABOADA, alude a las teorías objetivas, las mismas que, según señala, derivan de la doctrina italiana e identifican el concepto de causa con la finalidad objetiva del acto jurídico. No obstante, según aclara, para estas teorías la causa es un elemento objetivo que se examina necesariamente desde el punto de vista del orden jurídico positivo y se distingue de los motivos subjetivos de las partes intervinientes[11].

24 CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA[12], citando a RÓMULO MORALES, precisan que la perspectiva objetiva demanda estar conforme a los preceptos de la ley, al orden público y a las buenas costumbres, así como al hecho de que el fin del acto jurídico sea digno de protección por el ordenamiento.

25 No obstante, aclara TABOADA CÓRDOVA que estas teorías objetivas no logran justificar el concepto de causa ilícita, dado que distingue la causa del motivo; por ello se ha estimado tener en cuenta los motivos de las partes (aspecto subjetivo), solo de esa manera se podrá dar un contenido al concepto de causa ilícita, cuando algunos de esos motivos de las partes son ilícitos[13].

26 Frente a esto, se tienen las teorías dualistas y, entonces, la causa es un elemento que tiene dos aspectos que determinan su contenido: el objetivo que es similar al que brindan las teorías objetivas italianas y otro subjetivo que incorpora motivos ilícitos a la causa; en virtud de lo cual un acto jurídico con

(8) Ídem.
(9) CASTILLO FREYRE, M. / SABROSO MINAYA, R., *La teoría de los actos propios y la nulidad ¿regla o principio de derecho?*.
(10) TANTALEÁN ODAR, R., *La legitimación negocial y la tolerancia de la nulidad. Comentarios a la Casación N° 1382-2007-Lima*, p. 3.
(11) TABOADA CÓRDOVA, L., *Causales de nulidad del acto jurídico. Op. cit.*
(12) CASTILLO FREYRE, M. / SABROSO MINAYA, R., *La teoría de los actos propios y la nulidad ¿regla o principio de derecho? Op. cit.*
(13) TABOADA CÓRDOVA, L., *Causales de nulidad del acto jurídico. Op. cit.*

causa objetiva puede ser nulo por tener causa ilícita[14] (esto último se concretiza en el aspecto subjetivo de las partes, el móvil que impulsó a la celebración del acto jurídico). Finalmente, nos recuerda TABOADA[15] que nuestro Código Civil se adscribe a la teoría subjetiva de la causa como ha sido definida por Josserand; dado que en el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil se sanciona con nulidad el acto jurídico con fin ilícito, de lo que se advierte que al Código le interesa el aspecto subjetivo de la causa. De estimar la vertiente objetiva de la misma se habría contemplado como causal de nulidad aquel acto jurídico que no tuviera fin.

En consonancia con lo antes señalado, la causal de nulidad por fin ilícito 27
debe entenderse como "(...) aquel negocio jurídico cuya causa, en su aspecto subjetivo sea ilícita, por contravenir las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres"[16].

En la Casación N° 2248-99-Tacna, se ha precisado que habrá fin ilícito 28
cuando, pese a haberse respetado la forma del acto jurídico (requisitos o elementos para su conformación), se advierte la intención de perseguir un efecto que la ley prohíbe. En virtud de ello, la sentencia emitida señaló que no puede haber un pronunciamiento de fondo en torno a la nulidad de la escritura pública, ya que ese fin ilícito debe resolverse en el proceso penal que se ha instaurado.

Dicho lo anterior, y en mira del artículo bajo comentario, *será un acto nulo* 29
y no ineficaz aquella transferencia realizada por el sentenciado en un proceso penal, con el fin de no hacer frente a su obligación resarcitoria, dado que pese a tener conocimiento de la misma, en un acto de mala fe, contraviniendo el orden público y las buenas costumbres, realiza transferencias de sus bienes a terceros. Estos actos no son válidos porque afectan la constitución del acto jurídico, dado que su fin no es lícito, el motivo que ha impulsado a las partes a la celebración del acto jurídico guarda un contenido prohibido por el ordenamiento; dicho de otra forma, existen motivos ilícitos en la causa que motiva su celebración; ello es un requisito de validez conforme al artículo 140 del Código Civil. Más aún si la norma penal sanciona con pena privativa de libertad a quien realiza estos actos de transferencia, con conocimiento de la existencia de su obligación resarcitoria y con la finalidad de no hacer frente a la misma, denotando la ilicitud del proceder del sentenciado.

(14) Ídem.
(15) Ídem.
(16) Ídem.

30 Siendo así, en caso de que el acto jurídico se haya celebrado con un tercero de mala fe, será declarado nulo, retornando los bienes al obligado (sentenciado en el proceso penal) para que haga frente a su obligación resarcitoria. Empero, si el contrato se ha celebrado con un tercero de buena fe, este mantendrá su relación jurídica respecto del bien, no siendo posible la declaración de nulidad (esto último tal como prevé la parte *in fine* del artículo 97 *sub* análisis). En tal contexto, la propuesta del Proyecto del Nuevo Código Penal que varía la denominación nulidad por ineficacia resulta incorrecta para tales ejemplos.

31 Finalmente, en consonancia con lo antes expuesto, estimamos que no debe sustituirse la denominación de nulidad por ineficacia, esta última obedece a circunstancias o causales que harán que el acto jurídico no surta sus efectos, pero que se presentan con posterioridad a su constitución; distinta a la nulidad que obedece a causas relacionadas con la validez del acto jurídico, esto es, a la ausencia o la afectación a uno de los requisitos que contempla el artículo 140 del Código Civil, como es el fin lícito al que hemos hecho referencia.

32 Punto aparte, nos llama la atención el caso de que este acto jurídico solo sea simulado (Art. 190 del Código Civil), correspondiendo también la nulidad del mismo, dado que el supuesto está expresamente contemplado como causal de nulidad en el artículo 219, inciso 4, del Código Civil. La simulación consiste en "(...) una discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, realizada de común acuerdo entre las partes contratantes"[17]. Tanto la simulación absoluta como la relativa están sancionadas con nulidad por nuestro ordenamiento jurídico.

III. Insolvencia provocada

33 Aunque el tema de insolvencia se trata en el artículo 98 del Código Penal, hemos preferido introducirla aquí, dado que está vinculada al presente artículo en comentario, pues la insolvencia provocada que regula el artículo 417-A del Código Penal se deriva del precepto descrito en el artículo 97.

34 El artículo en mención prescribe que: "El responsable civil por un hecho delictivo que, con posterioridad a la realización del mismo y con la finalidad de eludir total o parcialmente el cumplimiento de la reparación civil correspondiente, realiza actos de disposición o contrae obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será reprimido

(17) Tantaleán Odar, R., *Nulidad del acto jurídico o negocio jurídico*, p. 18.

con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro. La misma pena se aplicará a quien como representante de una persona jurídica, con posterioridad a la realización de un hecho delictivo, dispone de los bienes de su representada, con la finalidad de eludir total o parcialmente la imposición de una consecuencia accesoria en el proceso penal respectivo".

En virtud de ello, aunado a la consecuencia de ineficacia del acto jurídico 35
que prevé el artículo 97 del Código Penal, corresponderá la imputación de la comisión del delito de insolvencia provocada. Sin embargo, esto no será posible si la insolvencia provocada solamente fue simulada, dado que en dicha circunstancia no se habrá afectado realmente el bien jurídico protegido, correspondiendo únicamente la nulidad del acto.

Asimismo, tampoco configurará este ilícito penal si se verifica que exis- 36
ten otros bienes que permitan garantizar el cumplimiento de la obligación resarcitoria.

IV. Bibliografía

CASTILLO FREYRE, Mario / SABROSO MINAYA, Rita, *La teoría de los actos propios y la nulidad ¿regla o principio de derecho?* Disponible en <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/128_La_Teoria_de_los_Actos_Propios.pdf> (consultada el 19 de setiembre de 2018); GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *La reparación civil en el proceso penal*. Pacífico, Lima, 2016; NORTHCOTE SANDOVAL, Christian, ¿Cuándo se produce la nulidad de un acto jurídico? Disponible en <https://es.slideshare.net/wilfredosurichaquirojas/cuando-se-produce-la-nulidad-de-acto-juridico> (consultada el 1 de setiembre de 2018); TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Causales de nulidad del acto jurídico*. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10746/11237> (consultada el 17 de setiembre de 2018); TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario, *La legitimación negocial y la tolerancia de la nulidad. Comentarios a la Casación N° 1382-2007-Lima*. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5498987.pdf> (consultada el 20 de setiembre de 2018); TANTALEÁN ODAR, Reynaldo, *Nulidad del acto jurídico o negocio jurídico*. Disponible en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista013/nulidad%20de%20acto%20juridico.htm> (consultada el 20 de setiembre de 2018). 37

§ 98
Aseguramiento de la reparación civil con la remuneración del sentenciado

JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)
MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Insolvencia del sentenciado	1	741
II.	Afectación a la remuneración del sentenciado para asegurar el pago de la reparación civil	11	744
III.	Algunos problemas en torno a la insolvencia del sentenciado	25	748
IV.	Bibliografía	32	751

§ 98.- Aseguramiento de la reparación civil con la remuneración del sentenciado

"En caso que el condenado no tenga bienes realizables, el juez señalará hasta un tercio de su remuneración para el pago de la reparación civil"(1).

I. Insolvencia del sentenciado

En el R. N. N° 1475-2006-Callao, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de fecha 13 de marzo de 2007, se estableció que "(...) la reparación civil (...) está en función del daño causado, sin que en la concreción de su monto deba advertirse de las posibilidades económicas del responsable o su situación personal, en tanto que esta se orienta a reparar e indemnizar al agraviado por el daño generado por la conducta del responsable". 1

Con este criterio estamos de acuerdo, toda vez que deja claro que la reparación civil no se determina en función a las posibilidades económicas del imputado, sino única y exclusivamente en función al daño ocasionado, debiendo cuantificarse según el o los tipos de daño que concurran. Es en virtud de esta circunstancia que surge el artículo *sub* análisis, pues como claramente se advierte de su texto legal, se procurará siempre la reparación civil 2

(1) La interpretación del artículo 98 del Código Penal debe llevarse a cabo en concordancia con: los artículos 34, 43, 93 al 96 del CP; artículo 493 numeral 1 del CPP; artículo 2 inc. 24 de la C; etc.

aun cuando para ello tenga que afectarse la remuneración del obligado, primando de esta manera el derecho a la reparación que alude el artículo 92 el Código Penal analizado *ut supra*.

3 Esta exigencia de reparar debe procurarse que tenga lugar durante el proceso penal, de allí la obligación del fiscal de requerir en la etapa de investigación el informe que detalle los bienes del investigado o de sus cuentas bancarias, de esta forma es posible que en una sentencia futura se pueda hacer efectivo el pago de la reparación civil o en su defecto se prevea la afectación de la remuneración del condenado al constatarse la carencia de bienes o solvencia económica. Al ser un objeto más del proceso penal, para garantizar la reparación, el fiscal deberá tomar las previsiones del caso o, en su defecto, lo hará el actor civil.

4 El Tribunal Constitucional se pronunció en el Exp. N° 00382-2012-PHC/TC-Arequipa, en torno a la vulneración de los derechos a la igualdad, la no discriminación por condición económica, a no ser detenido por deudas y a la libertad individual; en virtud del *hábeas corpus* presentado por el sentenciado, quien tras solicitar su libertad condicional esta le fue declarada improcedente en razón de no haber cumplido con la cancelación total de la reparación civil y del pago de la multa que le fueron impuestos en la sentencia que lo condenó, indicó que los jueces emplazados no tomaron en cuenta que cumplió con presentar una garantía de compromiso de pago en forma de carta fianza, por lo que no valoraron la situación de insolvencia en la que se encontraba y que no se puede exigir a una persona que carece de medios económicos el pago del íntegro de la reparación civil y de la multa, pago que al ser de naturaleza civil no debe ser exigido en la ejecución de la sentencia penal por tener una naturaleza distinta a la pena, lo que además vulnera la prohibición de prisión por deudas prevista en la Constitución.

5 En lo que respecta a la naturaleza civil de la reparación, estamos de acuerdo, pero hay tres aspectos importantes que corresponde comentar; primero, que la reparación civil no se determina en función a la capacidad económica del sentenciado o dañante, como argumenta el sentenciado en dicho caso, este es un error recurrente sobre todo en el ámbito penal donde por desconocimiento termina siendo un criterio de determinación de la reparación civil; esta, y debe quedarnos claro, se determina únicamente en función al daño causado y se cuantifica en función al daño que se haya acreditado.

6 Segundo, sí corresponde exigirse en ejecución de sentencia, en principio porque constituye un objeto más del proceso penal, que además lo exige el

artículo 393, numeral 3, literal f del Código Procesal Penal, que precisa que la "deliberación y [la] votación se referirá a las siguientes cuestiones: f) la reparación civil y consecuencias accesorias"; por lo que, de determinarse en la sentencia la imposición de una reparación civil, este extremo de la misma debe cumplirse a igual que la pena impuesta.

Y, tercero, que la problemática descrita en el caso planteado no se hubiese 7
suscitado siempre que se hubiesen tomado las previsiones necesarias para conocer la solvencia del sentenciado, lo cual constituye una obligación del representante del Ministerio Publico o del actor civil, sujetos cuya actuación procesal, ya sea de manera primordial o secundaria, se orienta a garantizar el pago de la reparación; ello se pudo conseguir solicitando, por ejemplo, el informe a la Sunarp de los bienes del mismo para afectarlos, asegurando con ello el pago de la reparación; o, en su caso, solicitar el levantamiento del secreto bancario para conocer a través de las cuentas bancarias del sentenciado su solvencia económica; siendo que, si realizado ello se determina que el sentenciado es insolvente entonces se procederá a salvaguardar el derecho del agraviado afectando la remuneración del aquel, como faculta el articulo *in comento*.

En relación a la problemática planteada, el artículo 49 del Código de Eje- 8
cución Penal refiere que este beneficio penitenciario procede siempre y cuando: "5. Cumpla con pagar total o parcialmente la reparación civil fijada en la sentencia atendiendo al criterio del juez basado en la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno". Es quizás esto último lo que ha generado confusión en el caso concreto; empero, tengamos presente que cuando el artículo citado alude a la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno, se refiere al momento de determinar si procede o no la concesión del beneficio ante un incumplimiento parcial de la reparación civil, porque puede ocurrir el caso de que el interno sea solvente y, pese a eso, no cumple con el pago íntegro, en ese caso, tras una evaluación del juez se ordenará la procedencia o no del beneficio penitenciario. La norma citada no alude a la determinación de la reparación civil, la cual, se entiende, ya fue impuesta en la sentencia condenatoria.

Esto fue analizado por el Tribunal Constitucional que declaró infundada 9
la demanda de hábeas corpus en virtud de que "(...) si bien presentó una carta fianza, esta no reunió los requisitos previstos en el artículo 183 del Código Procesal Penal, que prescribe que el imputado que carezca de solvencia económica ofrecerá fianza personal escrita de una persona natural o jurídica; al respecto, el Código Civil, en el artículo 1876, establece que el obligado a dar fianza debe presentar a persona capaz de obligarse, que sea propietaria de

bienes suficientes para cubrir la obligación y realizables dentro del territorio de la República. Por lo que, siendo así, los jueces emplazados determinaron que no se cumplía lo establecido, argumentando que la carta fianza no cubría el monto de la reparación civil y no cumplía lo estipulado en el artículo 1876 del Código Civil". Así también indica que: "8. Respecto a que el incumplimiento de pago de la reparación civil constituye una obligación de orden civil por lo que no puede fundamentar una restricción de la libertad personal, la Constitución, en su artículo 2, inciso 24, literal c, proscribe la prisión por deudas, indicando que con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones, cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil. La única excepción a dicha regla se da, como la propia disposición constitucional lo señala, en el supuesto del incumplimiento de deberes alimentarios, toda vez que en tales casos están de por medio los derechos a la vida, la salud y la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado. Sin embargo, tal precepto –y la garantía que ella contiene– no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria".

10 En conclusión, la insolvencia por parte del obligado no constituye un criterio a tomarse en cuenta al momento de imponer una reparación civil, para ello deberá verificarse la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil, entre los que se tiene al daño como el elemento fundamental, debiendo cuantificarse este adecuadamente dependiendo del tipo de daño que concurra, sea este lucro cesante, daño emergente, daño moral o daño a la persona. Así mismo ha señalado la sentencia emitida en el R. N. N° 2282-2003-Junín[(2)], que aclara que la reparación civil comprende la indemnización de daños y perjuicios, incluyéndose tanto los daños morales como materiales, pudiendo ser de dos clases: a) el daño emergente y b) el lucro cesante.

II. Afectación a la remuneración del sentenciado para asegurar el pago de la reparación civil

11 La remuneración, según el artículo 191 del título III de la Ley General del Trabajo, "[c]onstituye el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o la denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. Tal concepto es aplicable para todo efecto legal, tanto para el cálculo y el pago de los beneficios previstos en

(2) Revilla Llaza, P. / Urquizo Videla, G., *Jurisprudencia penal jurisprudencial*, p. 523.

la presente Ley, como para impuestos, aportes y contribuciones a la seguridad social y similares que gravan las remuneraciones, con la única excepción del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas".

Este concepto del Derecho laboral ha adquirido la característica de dere- 12
cho fundamental que pertenece al trabajador y se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución Política del Perú: "El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual"; esta condición (la de derecho fundamental) notablemente otorgará determinadas características que se definen desde su naturaleza o, contenido y que permitirán apreciar si su afectación corresponde y, de ser así su en qué casos.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0020-2012-AI/TC, que versa 13
sobre el cuestionamiento al primer párrafo de la primera disposición complementaria, transitoria y final de la Ley N° 29944, de reforma magisterial, por haber vulnerado supuestamente el párrafo inicial del artículo 24 de la Constitución, al sostener que dicha disposición legal reduce la remuneración de los profesores de la Ley N° 24029, convirtiéndola en inequitativa e insuficiente para satisfacer las necesidades básicas que garanticen su bienestar material y el de su familia. Al respecto, señaló el Tribunal Constitucional que este derecho fundamental tenía un contenido esencial que es absolutamente intangible para el legislador, definido desde la teoría institucional, y otro accidental, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados.

Respecto a su contenido esencial, señala en el fundamento 16 que abarca 14
cinco elementos: a) acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (Art. 23 de la Constitución); b) no privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada; c) prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del Art. 24 de la Constitución); d) equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución); e) suficiencia, por constituir el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).

Pero también le reconoce un contenido accidental y lo describe en el 15
fundamento 30 de dicha sentencia: frente a los elementos constituyentes del

contenido esencial, es preciso también fijar cuál es su contenido accidental; esto es, aquel sujeto a restricciones en virtud de otros bienes y derechos establecidos en la Constitución. El derecho a la remuneración, como todo derecho (o principio constitucional) individual, social o económico, positivo o negativo, puede ser limitado o restringido y, por lo tanto, puede realizarse y optimizarse en una medida gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada. No obstante, cualquier limitación que imponga al ejercicio o el disfrute de los derechos fundamentales ha de respetar el contenido esencial. En ese sentido, la sentencia enumera aquellos aspectos que son parte de su contenido accidental: a) la consistencia, en tanto debe guardar relación con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador. Para su determinación, ha de tomar en cuenta el efecto ingreso (o renta), según el cual la variación del número deseado de horas de trabajo provocada por una variación del ingreso debe mantener constante el salario; b) la intangibilidad, en tanto no es posible la reducción desproporcional de una remuneración, lo que fluye del carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores.

16 Indica que uno de los supuestos de la restricción o la limitación del derecho fundamental a la remuneración se centra en la intangibilidad de esta. Es así como es materia de análisis la posibilidad de que sea reducida. En general, en el ámbito de la relación laboral es posible la reestructuración del escalón remunerativo siempre que se respete el contenido esencial del derecho a la remuneración si se cumplen determinados requisitos: a) excepcionalidad, es decir, que la reducción de la remuneración sea una medida extraordinaria y coyuntural que tiene lugar en contextos especiales; b) razonabilidad, es decir, que la reducción respeta determinados límites de proporcionalidad, de manera tal que no suponga una disminución significativa de la remuneración ni sea arbitraria. Lógicamente, por más que la reducción de la remuneración sea posible, dicha afectación tiene como límite la RMV o la colectiva, según la jornada de trabajo y según la labor realizada, en la medida que se trata de una remuneración suficiente que permite al trabajador y a su familia satisfacer sus necesidades básicas, convirtiéndose así en un salario mínimo obligatorio.

17 En virtud de ello se considera viable la reducción no consensuada de remuneraciones por causas objetiva y justificada, siempre que dicha disminución de haberes refleje la expresión de los motivos o las razones por los que se procede a la reducción de la remuneración o la invocación de la regulación legal que la justifique.

18 Es por ello que el artículo 248 de la Ley General del Trabajo estipula que: "La remuneración no puede ser objeto de retenciones o descuentos, salvo por

mandato judicial en caso de deuda alimentaria, o disposición legal por concepto de aportación o contribuciones a un sistema de pensiones, impuesto a la renta, cuota sindical, devolución de adelantos o préstamos efectuados por el empleador, y pago del valor de compra de artículos producidos o comercializados por este y los que, previa autorización del trabajador, se realicen por concepto de cuotas a cooperativas, mutuales o entidades con fines análogos".

Allí se encuentra el sustento por el cual el artículo *sub* análisis dispone 19
que se señalará hasta un tercio de la remuneración del trabajador para el pago de la reparación civil a quien le corresponda; claro que esto será como medida última frente a casos de insolvencia del mismo, toda vez que de contar con otros medios que garanticen el pago de dicho concepto se optara por ellos, por ejemplo, la afectación de bienes del condenado.

Ahora bien, podría ser el caso de que la reparación sea excesivamente 20
alta y el tercio de la remuneración afectado no permita satisfacer el interés de la víctima, aquí habría que entender que, en principio, la norma así lo establece, no puede afectarse más del tercio de la remuneración del condenado; y, segundo, que es precisamente por lo cual no se afecta la totalidad, que la finalidad de esta remuneración es, tal como indica el artículo 24 de la Constitución Política del Perú, procurar el bienestar material y espiritual no solo de él, sino también de su familia, aspecto que debe tomarse en cuenta a efectos de que en aras de satisfacer un interés particular no se afecte la subsistencia de una familia.

Es correcto que la remuneración tiene un carácter esencial y solo puede 21
afectarse en tanto y en cuanto así lo establezca una resolución con el fin de garantizar el cumplimiento de otras obligaciones o intereses. En ese sentido, pese a esa condición esencial del concepto remunerativo, debe también afrontarse obligaciones, ya que toda persona que participa en la economía de una sociedad, asume el riesgo de las actividades económicas que realiza. Estas obligaciones que, si bien pueden ser secundarias en relación al fin de subsistencia que denota la remuneración, están amparadas por el Derecho y necesariamente deben honrarse en virtud de la expectativa del perjudicado(3) y del cumplimiento de lo prescrito por un ordenamiento jurídico, en pos de una convivencia sana en sociedad.

Por ello, tal como refiere García Manrique, si por un lado el artículo 26, 22
numeral 2 de la Constitución Política del Estado consagra la irrenunciabilidad

(3) García Manrique, Á., *¿Es posible afectar los ingresos del trabajador para el pago de obligaciones?*, p. 5.

de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, entre los cuales notoriamente se encuentra la remuneración, denotando con ello su intangibilidad; por otro lado, es preciso diseñar dentro del ordenamiento jurídico mecanismos que permitan satisfacer aquellos intereses que se han afectado, protegiendo al titular de un crédito y ello debe hacerse aun cuando sea preciso afectar el ingreso del obligado[4]. Guarda mucha razón lo referido por García Manrique, quien indica que "(...) la irrenunciabilidad de un derecho no debiera significar, en modo alguno, inseguridad jurídica ni impunidad"[5].

23 Ahora bien, esta restricción al derecho fundamental a la remuneración tiene un fundamento al que de manera escueta nos hemos venido refiriendo y es que existen obligaciones que deben ser asumidas y que, así como existe el derecho a la remuneración también está el derecho a la reparación integral del daño, el cual debe ser honrado por el agresor aun cuando se tenga que afectar para ello ese concepto que denota su subsistencia.

24 Finalmente, nos llama la atención el problema relacionado a la insolvencia de alguno de los obligados solidarios en el proceso penal, en tal caso, los demás asumirán el pago de la reparación civil, conforme señala el artículo 1204 del Código Civil; asimismo, si solo uno de los obligados es solvente, será este quien asuma dicho pago; prima, como se observa, el principio o el derecho del agraviado a la reparación integral del daño; en virtud de lo cual se deberá disponer el embargo o el secuestro conservativo de los bienes si existiesen, aunque sea de uno solo de los obligados a efectos de garantizar el pago de la reparación.

III. Algunos problemas en torno a la insolvencia del sentenciado

25 Un serio problema sería si el condenado insolvente, además, no tiene un trabajo estable. Una alternativa sería imponer como regla de conducta el trabajo del sentenciado a efectos de que se permita con ello el pago de la reparación; esta circunstancia podría ser factible en casos en los que la pena no sea privativa de libertad; téngase en cuenta que no bastaría con imponer como regla de conducta el pago de la reparación, sino que además se debe considerar que el sentenciado deba obtener un trabajo; siendo así, en la sentencia ya se deberá anticipar la afectación a la remuneración percibida.

(4) Ídem.
(5) Ídem.

La pena a imponer no solo puede ser privativa de libertad o suspendida en su ejecución, nuestro Código prevé otras que muchas veces serán más coherentes al momento de procurar, por ejemplo, el pago de la reparación; bien podría imponerse al sentenciado la prestación de servicios a la comunidad, que si bien esta actividad se realiza gratuitamente conforme señala el artículo 34 del Código Penal, permite el tiempo necesario para que el sentenciado realice labores remuneradas. No obstante, a esto subyace el problema social relacionado a la ausencia de fuentes de trabajo, aspecto a lo que pocas veces las políticas del Estado ofrecen importancia; es por ello que Zarzosa Campos considera que la afectación a la remuneración del sentenciado resulta irrealizable, desprotegiéndose con ello a la víctima del delito(6). Empero, ello no puede constituir un pretexto que permita evadir la obligación civil contraída por el autor del delito a causa del mismo. 26

Ahora bien si, por el contrario, la pena es privativa de libertad, otra forma de garantizar el pago de la reparación sería obligando al sentenciado a realizar labores dentro de su centro de reclusión, que le permitan percibir una suma dineraria que se pueda destinar al pago de la reparación civil, para ello se deberían implementar mecanismos que permitan lo aquí formulado, dado que en la actualidad las labores que realizan muchas veces no dejan mucho para el sentenciado, haciendo que el pago de la reparación civil se prolongue incluso hasta la culminación de la ejecución de la pena impuesta, lo que en algunos casos puede significar muchos años de espera para las víctimas. 27

En relación a ello, puede ocurrir que el sentenciado una vez cumplida la pena privativa de libertad efectiva impuesta quede rehabilitado de manera automática (como dice nuestro Código Penal), aun cuando no haya cancelado la reparación civil; antes de la modificatoria del artículo 69 del Código Penal, esta rehabilitación tendría que surtir sus efectos; no obstante, el 4 de agosto de 2018, se publicó la Ley N° 30838, la misma que mediante su artículo 1 modifica la primera parte del artículo 69 del Código Penal y señala que: "El que ha cumplido la pena o [la] 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". Con dicho precepto normativo queda zanjada la cuestión relacionada al pago o no de la reparación civil y la procedencia de la rehabilitación cuando ya se ha cumplido la pena privativa de libertad impuesta. En dicho caso, en tanto 28

(6) Zarzosa Campos, C., *La reparación civil del ilícito penal*, p. 197.

no cancele dicha reparación en su totalidad, el sentenciado no podrá ser rehabilitado en los términos que establece el artículo 69 antes citado.

29 Ahora bien, cabe hacer la aclaración de que el tema de la rehabilitación es distinto y se ubica al margen de la puesta en libertad del sentenciado, esta se produce de manera inexorable una vez cumplida la sentencia; la rehabilitación alude a los efectos de haber cumplido la pena y el pago de la reparación civil; esto es, la restitución de los derechos, la cancelación de antecedentes, etc., pero nada obsta que una vez cumplida la pena impuesta el sentenciado deba ser puesto en libertad, aun cuando no cancele la reparación civil, después de todo no es una pena; y puede incluso que poco importe a los intereses del sentenciado ser rehabilitado formalmente. En ese caso, la única manera que nos deja la norma para garantizar el cumplimiento del pago de la reparación civil es la de requerir al sentenciado el pago de la misma, bajo apercibimiento de denuncia por desobediencia a la autoridad. Digamos que resulta ser una buena manera de efectivizar el derecho de reparación de la víctima, dada la inminente posibilidad de la imposición de otra pena por la comisión de dicho delito.

30 De otro lado, cuestión importante es la problemática en torno a la imposición de días-multa como pena para el sentenciado y además la afectación de su remuneración frente a las circunstancias que detalla la norma. Aquí existirá un problema, dado que desde las dos perspectivas se afecta la remuneración del sentenciado perjudicando su subsistencia o la de su familia; al respecto, estimamos que en lo posible se debería evitar imponer la pena de multa aunado a la afectación de la remuneración como forma de pago de la reparación civil, en tanto el tipo penal lo permita. De no ser el caso, debemos tomar en cuenta que tanto la pena de multa como el artículo 98 del Código Penal establecen un rango o un límite dentro del cual procederá la determinación de pena y la reparación civil, respectivamente, en tal caso se deberán determinar ambos aspectos de manera que resulte proporcional sin perjuicio del sentenciado.

31 Cabe recordar que lo que prima es el derecho de reparación de la víctima, debiendo efectivizarse en todos los casos; así, por ejemplo, respecto del día-multa, se determinará en función al veinticinco por ciento y no necesariamente en función a su límite máximo (cincuenta); y respecto a la afectación de la remuneración para el pago de la reparación civil, bien podría imponerse en función a un porcentaje menor del estipulado en la norma como límite máximo.

IV. Bibliografía

García Manrique, Álvaro, *¿Es posible afectar los ingresos del trabajador para el pago de obligaciones?* Disponible en <http://www.solucioneslaborales.com.pe/boletines/arc_boletines/in-interes090109.pdf> (consultado el 2 de septiembre de 2018); Revilla Llaza, Percy Enrique / Urquizo Videla, Gustavo, *Jurisprudencia penal jurisprudencial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008; Zarzosa Campos, Carlos, *La reparación civil del ilícito penal*. Rodhas, Lima, 2001.

32

§ 99
Procedencia de la acción civil contra terceros

JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)
MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Incorporación del tercero civil	1	753
II.	Acción civil contra terceros en la vía extrapenal.....	6	754
III.	Bibliografía.....	14	756

§ 99.- Procedencia de la acción civil contra terceros

"Procede la acción civil contra los terceros cuando la sentencia dictada en la jurisdicción penal no alcanza a estos"(1).

I. Incorporación del tercero civil

Un tema aquí importante es lo relacionado al momento de incorporación del tercero civil, nuestro Código Procesal Penal regula esta figura en su artículo 111 del Código Procesal Penal, esta incorporación puede efectuarla el representante del Ministerio Publico o el actor civil y el momento de su incorporación se rige por lo prescrito en el artículo 101 del mismo Código, que prescribe que "la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la investigación preparatoria"; en ese sentido, para incorporar a un tercero civil deberá también realizarse hasta ese estadio procesal. 1

En la Casación N° 79-2010-La Libertad, de fecha 24 de mayo de 2011, se asumió una postura en torno a la oportunidad de incorporación del tercero, señalando en el considerando sexto que el artículo 111 del Código Procesal Penal regula la solicitud o el pedido formal de la incorporación del tercero, 2

(1) La interpretación del artículo 99 del Código Penal debe llevarse a cabo en concordancia con el artículo 139.7 de la C; artículos 23, 24, 25, 99 del CP; artículos 101, 111, 493.1 del CPP; artículos 1182, 1183, 1184, 1185, 1186, 1200, 1975, 1976, 1978, 1981, 1983 del CC.

mas no su aceptación por parte del órgano jurisdiccional, la cual, entendemos, puede darse incluso con posterioridad a la conclusión de la investigación preparatoria.

3 Asimismo, para fundamentar ello, la sentencia casatoria deja claro que el artículo 111 del Código Procesal Penal debe ser interpretado de manera sistemática con el artículo 101 del mismo Código, que establece el plazo límite para la constitución del actor civil y –para el caso concreto–, para la incorporación del tercero civil, siendo este plazo hasta antes de la culminación de la investigación preparatoria.

4 Señala la citada sentencia que cuando el numeral 2 del artículo 111 del referido Código alude a que la solicitud formulada se efectuará en la forma y la oportunidad prevista en los artículos 100-102, comprende también al artículo 101; dado que es solo en este artículo donde se habla de la oportunidad o el plazo y además porque cuando el guión se emplea entre números debe interpretarse como la designación de un espacio comprendido entre un numeral y otro, dado que expresa periodos; de lo contrario, es decir, de pretender el legislador no aplicar lo contemplado en el artículo 101 para el caso de la incorporación del tercero civil, el artículo emplearía en lugar del guión la conjunción "y", lo que obligaría a efectuar otra interpretación distinta a la esbozada en la sentencia.

5 Finalmente, para proceder con la incorporación de un tercero civil, en el proceso penal se requieren de dos requisitos, a decir por San Martín Castro, citando a Ferreiro, el primero está relacionado al hecho de que el infractor penal y el presunto responsable civil estén ligados por una relación jurídica o, de hecho, que exija al tercero asumir la obligación resarcitoria; y, segundo, que el delito que genera la responsabilidad se enmarque en el ejercicio o la actividad encomendados por el tercero[2]. Aspectos que deberán ser evaluados por el órgano jurisdiccional al momento de emitir pronunciamiento.

II. Acción civil contra terceros en la vía extrapenal

6 Dicho lo anterior, cabe la interrogante relacionada a qué ocurriría si la solicitud se formula con posterioridad a la conclusión de la investigación preparatoria; este es el supuesto que abarca el artículo *sub* análisis, dado que en tal caso será improcedente la incorporación y evidentemente procederá ejercitar

(2) San Martín Castro, C., *Derecho Procesal Penal - Lecciones*, p. 251.

esta acción en la vía civil. La norma alude a que en caso la sentencia dictada en la jurisdicción penal no alcance a los terceros civilmente obligados, procederá la acción civil; entendemos que esto ocurrirá cuando no sea posible su incorporación antes de la preclusión de la etapa correspondiente. Ello se sustenta –tal como ha señalado GÁLVEZ VILLEGAS, citado por VILLEGAS PAIVA–, en el hecho de que "(...) no se puede negar al agraviado el derecho a acceder a la jurisdicción civil, en aras de satisfacer su interés resarcitorio conforme a los valores, [los] principios y [los] derechos subyacentes en todo el ordenamiento jurídico"(3).

Es en virtud de ello que, en caso no sea posible incorporar al tercero en el proceso penal, no quedará más que recurrir a la vía civil; dado que, al no ser responsable del delito, ya no será posible exigirle el pago dentro del proceso penal(4). Lo contrario, estimamos, desnaturaliza también la esencia de este. 7

Esta circunstancia o facultad que otorga el artículo 99 del Código Penal podría acarrear problemas al momento de exigir el pago de la reparación, en el caso de que el obligado directo o el autor del delito no pague la reparación civil y el tercero no ha sido incorporado en el proceso penal, el agraviado deberá iniciar su demanda en la vía civil a efectos de que el tercero efectúe el pago de la obligación; con ello, podría ocurrir que el agraviado, bien pudiendo asegurar su resarcimiento en la vía civil por el tercero, también podría hacerse del pago de la misma en el proceso penal, en tanto en este siga vigente la obligación impuesta en la sentencia; en ese caso consideramos que corresponderá al juez civil informar al juez penal del resultado del proceso o a este requerirlo; y, en caso se haya pagado la reparación íntegramente por el terceo en dicha vía, quedará extinguida la obligación civil del autor del delito respecto del agraviado del mismo. 8

Ello es importante por cuanto para la obtención de beneficios penitenciarios, penas suspendidas y otros se exige el previo pago de la reparación, pudiendo perjudicarse en muchos casos al sentenciado si no se tiene conocimiento oportuno del pago de la reparación en la vía civil por el tercero civilmente obligado. Aunado a ello, cabe indicar que quedará en manos del propio sentenciado poner en conocimiento de esta circunstancia al juez de manera oportuna, a efectos de que se requiera la información correspondiente. 9

(3) VILLEGAS PAIVA, E., *El agraviado y la reparación civil en el Nuevo Código Procesal Penal*, pp. 198-199.
(4) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *La reparación civil en el proceso penal*, p. 358.

10 Muy aparte ya de lo precisado, surge una interrogante en torno al tercero civil en otras etapas del proceso en las que también se imponen reparaciones civiles, tal es el caso de los principios de oportunidad. En estos casos se suelen imponer las reparaciones sin mira en un tercero civil que se vea involucrado y por la celeridad únicamente se llevan a cabo con el imputado y el agraviado.

11 Estimamos que con ello se altera un poco el tema de las obligaciones como figura civil estrictamente; no obstante, no vemos el problema en que se imponga la reparación únicamente al autor del hecho, dado que el tercero solo interviene para asegurar y garantizar la reparación; empero, si se pudiese, según el caso, no vemos tampoco inconveniente que en un principio de oportunidad se permita al tercero civil intervenir para efectuar el pago.

12 En el caso descrito, no será necesario hacer una incorporación formal del tercero civil al proceso penal, dado que no estamos en la etapa correspondiente; sino que, simplemente en virtud de la naturaleza privada de esta institución, bien podría hacerse solo mención en el acta de principio de oportunidad; recordemos que lo más importante es garantizar o efectivizar el derecho a la reparación del daño que tiene todo agraviado de un daño producido por el delito.

13 Ahora, esto podría generar discrepancia, dado que el tercero civil es una figura especial en el proceso penal cuya incorporación está regulada de manera expresa. No obstante, no debemos olvidar su naturaleza y su función dentro de las obligaciones.

III. Bibliografía

14 Gálvez Villegas, Tomás Aladino, *La reparación civil en el proceso penal.* Pacífico, Lima, 2016; San Martín Castro, César, *Derecho Procesal Penal - Lecciones.* INPECCP, Lima, 2015; Villegas Paiva, Elky, *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal.* Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

§ 100
Inextinguibilidad de la acción civil

JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA
Universidad Nacional de Cajamarca (Perú)
MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA
Universidad Nacional de Cajamarca (Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Generalidades	1	757
II. Extinción de la acción civil en los supuestos del artículo 78 del Código Penal	7	759
1. Muerte del agente	7	759
2. Prescripción	11	760
3. Amnistía y derecho de gracia	20	762
4. Autoridad de cosa juzgada	23	763
5. Sentencia de la jurisdicción civil	27	764
III. Extinción de la acción civil en delitos de acción privada	28	764
1. Desistimiento	29	764
2. Transacción	32	765
IV. La funcionalidad de otras formas de extinción de la acción civil en el proceso penal	35	765
V. Otras consideraciones	38	766
VI. Bibliografía	41	767

§ 100.- Inextinguibilidad de la acción civil

"La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal"[1].

I. Generalidades

La legislación española ha denominado a este apartado extinción de la responsabilidad criminal y detalla en el artículo 130 los supuestos que producen dicho efecto, los cuales imposibilitan cualquier otra pretensión punitiva al respecto. A diferencia de ello, el Código Penal peruano distingue la extinción de la acción penal y la extinción de la pena, la primera regulada en el artículo 78 del nuestro Código Penal y la segunda, en el artículo 85. Lo que corresponde tratar en el presente comentario es lo relacionado a la extinción 1

(1) La interpretación del artículo 100 del Código Penal debe llevarse a cabo en concordancia con los artículos 78 al 83, 85, 79, 80, 92, 101 del CP; artículo 493 numeral 1 del CPP; artículo 219, 1277, 1288, 1295, 1300, 1302, 1306, 1313, 1993, 1989, 1990, 1997, 1999, 2001, 2002 del CC; etc.

de la acción penal para poder arribar al tema que es la extinción de la acción civil en el proceso penal.

2 Cuando se habla de extinción de la acción civil, no se alude a la pérdida del derecho; lo que en realidad se extingue es la potestad de reclamar el derecho ante la autoridad correspondiente. Aunque es más recomendable referirse a extinción de la pretensión en lugar de extinción de la acción, por cuanto no es propiamente esta la que se extingue, sino la posibilidad de accionar o solicitar determinado interés, en este caso, el resarcitorio ante el órgano jurisdiccional(2).

3 Las causales de extinción, según el artículo 78 del Código Penal, son la muerte del imputado, la prescripción, la amnistía, el derecho de gracia, así también, por autoridad de cosa juzgada y en los casos que solo proceda la acción privada, esta se extingue, además, por desistimiento o transacción. Asimismo, el artículo 79 indica que se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulta que el hecho imputado como delito es lícito.

4 Ahora bien, las causales que extinguen la acción civil no están contenidas en un artículo específico del Código Civil, sino que se encuentran dispersas, dependiendo del tipo de obligación asumida, así se tienen a la cosa juzgada, la conciliación, la transacción (Art. 1306), la renuncia, el desistimiento de la pretensión, el abandono, la caducidad (Art. 2003), la muerte del responsable y la prescripción (Art. 1989). Otros que también extinguen obligaciones son la novación (Art. 1277), la compensación (Art. 1288), condonación (Art. 1295), la consolidación (Art. 1300) y el mutuo disenso (Art. 1313).

5 Las causales de extinción de la acción civil y la acción penal difieren notoriamente entre sí; no obstante, se ha estimado conveniente establecer que la acción civil derivada del delito se extinga conjuntamente con la penal y con ello estamos de acuerdo, pues se logra sistematicidad en ordenamiento jurídico y se condice también con los fines del proceso penal.

6 El contenido del artículo 100 del Código Penal nos permite inferir la naturaleza privada, por ende, independiente de la reparación civil pese a derivarse de un daño causado por el delito. Asimismo, el hecho de permitirse su ejercicio dentro del procesal penal, en tanto subsista su objeto principal, vislumbra que solo obedece a cuestiones de economía procesal o política criminal.

(2) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *La reparación civil en el proceso penal,* p. 495.

II. Extinción de la acción civil en los supuestos del artículo 78 del Código Penal

1. Muerte del agente

La muerte del autor del delito, independientemente de la etapa en que se encuentre, antes de su sentencia condenatoria, conllevará la extinción de la acción penal, consecuentemente la de la acción civil. Pero caben aquí diversos matices. 7

Así, por ejemplo, en el supuesto de que el agente fallezca durante el proceso penal, se extinguirá la acción civil conjuntamente con la acción principal; empero, dado que ha quedado pendiente el pronunciamiento de la reparación civil, la acción destinada a reclamarla podrá ser ejercitada en la vía civil. En tal caso, se entiende que la extinción de la acción civil solo genera efectos dentro del proceso penal, no descartándose la posibilidad de recurrir en la vía civil dicho concepto. Operará aquí lo relacionado a la trasferencia de la obligación resarcitoria, dado que, si en caso se produce la muerte del obligado, sus herederos responderán con la herencia hasta el alcance de la misma, con las salvedades establecidas en análisis anteriores. 8

Otro supuesto sería que la acción civil haya prescrito, es decir, hayan trascurrido los dos años que se requiere para ello (Art. 2001, inc. 4, del CC) y en el trascurso del proceso penal muere el imputado, conllevando la extinción de la acción civil dentro de dicho proceso. En tal caso, debido a la prescripción en la vía natural, no procederá ejercitar la acción resarcitoria en la misma. 9

Gálvez Villegas indica que: "Podrá ampararse la reparación civil en la propia sentencia penal, aun cuando la acción penal ya se hubiese extinguido, si es que a la muerte del agente del delito, ya existiera un proceso penal y en este ya se hubiera acopiado la prueba necesaria para un debido pronunciamiento respecto al objeto civil del proceso"(3); no estamos de acuerdo con dicho planteamiento, porque el proceso penal no tiene como objeto principal la reparación civil, la norma señala claramente que se extingue la acción civil conjuntamente con la pena; por lo que no nos parece que el derecho al resarcimiento (que entendemos es el fundamento de dicha opinión) pueda efectivizarse por encima a la propia naturaleza del proceso penal. Siendo así, en caso la acción civil haya prescrito, y teniendo como presupuesto la imposibilidad de 10

(3) Gálvez Villegas, T., *La reparación civil en el proceso penal*, p. 495.

ejercitarla en el proceso penal, lamentablemente tampoco procederá su ejercicio en la vía civil.

2. Prescripción

11 La acción penal se extingue por prescripción, en tal caso la acción civil se extinguirá conjuntamente con ella. Cuyos supuestos se regulan en el artículo 80 del Código Penal.

12 En el ámbito civil, la prescripción de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual opera a los dos años, de conformidad con el artículo 2001, inciso 4, del Código Civil. Pese a ello, en el Código Penal se ha establecido que no se extingue en tanto subsista la acción penal, al respecto consideramos que la que se debe tener en cuenta es la señalada en el Código Penal en virtud del principio de legalidad penal. Siendo así, y teniendo ya como regla la prescripción de la acción civil conjuntamente con la acción penal, entonces no tendrá efecto –en el proceso penal– el artículo 2001, inciso 4, del Código Civil.

13 Lo que pareciese una contradicción normativa se debe más a bien a que en realidad no se extingue la acción civil en su totalidad o de manera general, sino que subsiste para ser ejercitada en la vía civil. Específicamente lo que se extingue es la pretensión civil que deriva del delito y solo dentro del proceso.

14 Ahora bien, en caso de que operase un desistimiento de exigencia la reparación civil en la vía penal, entonces allí empezaría a correr el plazo de dos años para contabilizar la prescripción de la acción en la vía civil. Para evitar que este desistimiento genere diversos matices en torno a si hay o no una suspensión de la acción civil y de cuando esta suspensión cesa y reinicia el cómputo del plazo de dos años, es mejor que se aplique en el caso del desistimiento, "(...) el inciso 2 del artículo 1997 del Código Civil, que señala que el desistimiento de la pretensión civil (en este caso, dentro de un proceso penal) hace que quede sin efecto la interrupción de la prescripción de la acción civil, de modo que el agraviado tendrá, a partir de dicho acto procesal, dos años para plantear su acción indemnizatoria en sede civil (aun cuando prosiga el proceso penal)"[4].

15 Un problema que se plantea en la doctrina[5] es el relacionado a si luego de haber prescrito la acción civil, de acuerdo a nuestro Código Civil peruano, luego de transcurridos los dos años, se instaura un proceso penal relacionado

(4) Villegas Paiva, E., *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal*, p. 195.
(5) Reglero Campos, L., "Capítulo VII - La prescripción de la acción de reclamación de daños", Tomo I. En: Reglero Campos, L. F. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, p. 591.

al mismo hecho; en tal caso, ¿se podrá ejercitar la acción civil en el proceso penal, o al haber trascurrido el plazo de prescripción que regula el Código Civil ya no es eso posible?

16 Se han planteado algunas alternativas en torno a la disyuntiva formulada, por un lado, se tiene que como en la vía civil ya no es posible ejercitar la acción por prescripción, en la vía penal tampoco, siendo que en esta última solo corresponderá seguir el objeto penal (sanción punitiva). En favor de esta postura está el argumento de que, al tratarse de una institución de naturaleza civil, debe regirse por las normas civiles, independientemente de la jurisdicción en la que se ejercite la acción. De otro lado se tiene que el agraviado o el Ministerio Público puede ejercitar la acción civil dentro del proceso penal pese a la prescripción de aquella en su vía correspondiente. Para reforzar esta postura REGLERO CAMPOS argumenta que "(...) la acción por la que se insta la reparación del daño debe ser posible siempre que esté viva la dirigida a la declaración de responsabilidad, sea cual fuere la naturaleza de esta (penal o civil) y la jurisdicción ante la que pueda actuarse, y debe tener éxito siempre que tal responsabilidad sea efectivamente declarada y siempre, naturalmente, que en ella sea posible el ejercicio de dicha acción"(6).

17 Acogiéndonos a la segunda postura, debemos agregar que el fundamento de permitir la reclamación de la reparación en el proceso penal, pese a que ha prescrito en la vía civil, obedece a dos circunstancias. La primera es que el Código Penal modifica el plazo de prescripción para fines penales exclusivamente, precisando que se extinguirá conjuntamente con la acción penal, en tal caso se justifica que una vez instaurado el proceso penal, sí procederá exigir la reparación civil, pese a que en la vía civil ya prescribió esta acción. Y la segunda es que en materia penal también se protege el derecho a la reparación *integral* del daño, en ese caso, quedará justificada la relegación de la normativa civil en torno a la prescripción de la acción civil derivada del delito. No creemos que el fundamento de esta postura resida en su naturaleza, pues, como hemos sostenido, tiene naturaleza privada; sino más bien, en cuestiones político-criminales como el aseguramiento de la reparación a las víctimas.

18 Ahora bien, imaginemos el caso de una persona que, al ver prescrita su acción civil de daños, por ejemplo, termine denunciando en la vía penal estos como delito, los cuales evidentemente tras la investigación que devenga serán archivados. Esta circunstancia no genera que renazca la acción civil para que

(6) Ídem.

con la sola instauración de un proceso penal pueda accionarse civilmente pese a la prescripción. Debe entenderse que si se inicia un proceso penal no significa que pueda ejercitarse en la vía civil si aquí ya ha prescrito. En tal sentido, si ocurre lo planteado, la única vía donde podrá ejercitarse la acción civil (pese a su prescripción en la vía que le es propia) será en el proceso penal. Aunque genera confusiones y quizás distorsiones, es lo que correspondería a efectos de evitar que renazca la acción civil en su vía con la sola activación de un proceso penal. Pasaría lo mismo si fallece el imputado durante el desarrollo del proceso penal, en tal caso, si ya prescribió la acción civil (pasados los dos años), no podrá reactivarse la posibilidad de accionar en esta vía.

19 Otro supuesto sería el relacionado a la muerte del imputado antes de iniciarse un proceso penal, con lo cual ha extinguido la acción civil en esta vía. Siendo así, tampoco podría ejercitarse dicha acción en la vía civil contra los herederos del dañante. La única obligación que subsiste respecto de ellos y la reparación civil es cuando antes de la muerte del obligado ya se ha iniciado el proceso.

3. Amnistía y derecho de gracia

20 Siguiendo lo precisado por Gálvez Villegas[7], la amnistía consiste en el perdón al agente del delito de las consecuencias penales del mismo, por razones de justicia, equidad o conveniencia social. Se concede a través del Congreso de la República por la cual se exime de responsabilidad penal al autor del delito. En este caso opera la extinción de la acción penal, ya que el Estado renuncia al *ius puniendi* olvidando los efectos penales del delito. Sin embargo, no se aplica en todos los delitos, sino únicamente a los delitos políticos, siendo estos los que afectan la organización y el funcionamiento del Estado o afines.

21 Por su parte, señala el autor que, el derecho de gracia es una facultad exclusiva del Presidente de la República y no requiere de una ley como en el caso de la amnistía; consiste en el perdón de la responsabilidad penal, también por razones de justicia y equidad; y opera únicamente para procesados, a diferencia de la amnistía que podría aplicarse tanto para sentenciados como para procesados. De igual manera, su aplicación es más amplia respecto de los delitos en los cuales procede, siendo excepcional solo en algunos casos de delitos graves. Los efectos que surte están relacionados a dejar sin efectos las consecuencias penales del delito.

(7) Gálvez Villegas, T., *La reparación civil en el proceso penal. Op. cit.*, pp. 519-521.

Siguiendo la prescripción normativa del artículo *sub* análisis, al quedar 22
extinguida la acción penal quedará también extinguida la acción civil derivada de estos delitos, no pudiendo ejercitarse en la vía penal; sin embargo, subsiste la facultad de formular pretensión resarcitoria en la vía civil, cabe aclarar que lo que se extingue es la acción no el derecho de reparación, el cual debe ser amparado con el cumplimiento del pago de la reparación civil impuesta.

4. Por autoridad de cosa juzgada

"La sentencia queda firme y genera la llamada 'cosa juzgada' cuando queda 23
fuera de toda posibilidad el cuestionamiento ante el mismo u otro tribunal (...)"[8]; al respecto, es preciso indicar que no se requiere estar frente a una sentencia casada, bien puede tratarse de una sentencia consentida para argumentar cosa juzgada[9] como causal de extinción de la acción penal.

El supuesto recita que se extingue la acción penal por autoridad de cosa 24
juzgada; así, habiendo concluido el proceso penal con una sentencia absolutoria, la misma que ha sido consentida queda extinguida y, con ello, la acción penal, no puede ejercitarse un nuevo proceso por los mismos hechos, sujetos y fundamento; asimismo, con ello quedará extinguida la posibilidad de exigir la reparación en la vía penal por esos mismos hechos.

Sin embargo, podría ser que ha extinguido la acción penal por absolu- 25
ción, en caso de atipicidad, por ejemplo, falta de pruebas, entre otros, y aun así subsista la reparación civil; en tal caso, al haberse extinguido la acción en vía penal, esta sí podrá ser reclamada en la vía civil. Ello solo será posible siempre que en la vía civil no haya habido pronunciamiento al respecto.

La autoridad de cosa juzgada brinda seguridad jurídica respecto de un 26
hecho delictivo, dado que no podremos instaurar proceso o condenar a una persona por los mismos hechos y el mismo fundamento. En tal sentido, si hubiese sentencias sucesivas en un mismo proceso, por ejemplo, cuando habiéndose sentenciado a un investigado aún queda su coautor como reo contumaz, quien es sentenciado con posterioridad; respecto de la reparación civil se considerará el monto determinado en la primera sentencia, ello a fin de evitar duplicidad de sentencias respecto del objeto civil del proceso, conforme ha señalado la sentencia emitida en el Exp. N° 253-2007[10].

(8) Gálvez Villegas, T., *La reparación civil en el proceso penal. Op. cit.*, p. 497.
(9) Ídem.
(10) Esquivel Oviedo, J., *Jurisprudencia penal de la Corte Superior (2006-2008)*, p. 134.

5. Por sentencia de la jurisdicción civil

27 Entran aquí a tallar los términos de ilicitud del acto, en tal caso si un acto en la vía civil ha sido estimado lícito, mucho menos podrá ser delito. La licitud es una cuestión que se analiza en función al ordenamiento jurídico en su conjunto. En tal caso una vez que el hecho ha sido declarado lícito en la vía civil no puede ejercitarse acción penal respecto del mismo. Y ello ocurriría también con la reparación civil.

III. Extinción de la acción civil en delitos de acción privada

28 Punto y a parte, merece referencia el desistimiento y la transacción, estas son causas que extinguen la acción privada, a diferencia de las anteriores descritas; y se contemplan en el artículo 78 del Código Penal. Veamos.

1. Desistimiento

29 Conforme al artículo 344 del Código Procesal Civil, el desistimiento de la pretensión produce las mismas consecuencias de una demanda infundada, no requiriendo la conformidad del demandado. En el proceso penal el desistimiento de la acción penal solo podría operar en los casos de delitos perseguibles por acción privada, quedando extinguida la acción penal pública y con ella la acción civil.

30 En un caso de persecución pública podrá ocurrir que habiéndose constituido en actor civil la parte agraviada, opta por desistirse de su pretensión civil, renunciando de esta forma al objeto civil del proceso penal. Frente a la disyuntiva de si en tal caso el representante del Ministerio Público podría exigirla, dado que incluso es un requisito del requerimiento acusatorio, consideramos que no, dado que ya ha operado una manifestación de voluntad del propio agraviado de renunciar a la reparación civil, considerando sobre todo de que esta es de interés exclusivamente particular. La única cuestión de naturaleza pública que debe perseguir inexorablemente el fiscal es la sanción punitiva, una vez formulado su requerimiento acusatorio.

31 Finalmente, ubiquémonos en el supuesto de si el desistimiento de dicha pretensión se produce cuando en la vía civil ha prescrito por el transcurrir los dos años. En este caso, no será posible ejercitar la acción en vía civil, no pudiendo ya exigir el reconocimiento de su derecho. En cambio, si este desistimiento en la vía penal se formula antes de la prescripción de la acción civil en la vía que le es propia, entonces será factible ejercerla allí. Dado que el

desistimiento formulado en el proceso penal solo afecta a la acción civil dentro de dicho proceso, no de manera general.

2. Transacción

El artículo 1306 del Código Civil prevé que se puede transigir sobre la 32
responsabilidad civil que provenga del delito, quedando extinguida la pretensión al producirse esta circunstancia. Naturalmente, siempre que sea posible, dado que habrá bienes jurídicos afectados en los cuales no procederá la transacción entre las partes del proceso; esto solo en los delitos de persecución privada. Según el artículo 1302, en la transacción las partes hacen concesiones recíprocas y tiene el valor de cosa juzgada.

En tal caso si en el proceso penal las partes transan, corresponderá conjun- 33
tamente con el archivo de la causa, según el estadio procesal, la extinción de la acción penal, no pudiendo el agraviado recurrir nuevamente por el mismo hecho ni en la vía penal ni en la civil.

En caso de que la transacción verse sobre bienes indisponibles, por ejem- 34
plo, transar sobre el daño causado por la muerte dolosa de un pariente; en tal caso no se podrá admitir la transacción como causal que extingue la acción penal y por ende la civil, en todo caso, dado que ya ha existido un pago por parte del imputado, lo único que podría reconocerse es que este constituye el pago de la reparación civil, siempre que cubra los daños causados, de no ser así se impondrá conjuntamente con la pena la diferencia, que permita la reparación integral del daño.

IV. La funcionalidad de otras formas de extinción de la acción civil en el proceso penal

Ahora bien, se han estimado otras formas de extinción de obligaciones 35
como la novación (Art. 1277), la compensación (Art. 1288), la condonación (Art. 1295), la consolidación (Art. 1300), el mutuo disenso (Art. 1313), la conciliación, el abandono (Art. 346 del CPC), entre otros.

El Código Penal no opta por considerarlos, pero estimamos que deberá 36
analizarse el caso concreto para determinar si procede extinguir la acción civil; en tales casos, notoriamente no se podrá extinguir la acción penal; un ejemplo de ello es la compensación, que ocurre mucho en los casos de lesiones recíprocas, donde es válido compensar los daños y, por ende, el resarcimiento de los mismos. Para ello recomendamos una necesaria remisión a los artículos

del Código Civil en cada caso concreto, a efectos de analizar su aplicación en el ámbito penal.

37 El artículo 101 del Código Penal claramente nos remite a la normativa civil cuando de reparación se trata, pues prescribe que: "la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil". Y serán en función a estas que se determinará su imposición, su procedimiento, su actuación probatoria, sus causas de extinguir dicha obligación, entre otros aspectos.

V. Otras consideraciones

38 Para concluir, queda claro que lo que este artículo contempla es la extensión de la acción civil no la obligación del pago de la misma, lo que se extingue es la posibilidad de ejercitar en vía penal el derecho de ser reparado civilmente. Pero de haberse impuesto en la sentencia una reparación civil, esta deberá cumplirse. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en la STC Exp. N° 38-97, de fecha 11 de agosto de 1999, la que "(...) la reparación civil no es parte integrante de la pena, pues, la doctrina enseña que la comisión de un delito genera dos consecuencias jurídicas: una que es la responsabilidad penal traducida en la pena o [la] medida de seguridad donde el declarado responsable responde frente al Estado y la colectividad y la otra es la responsabilidad civil que busca reparar o compensar los efectos que el delito ha generado sobre la víctima, de lo que fluye nítidamente su naturaleza civil y por tanto, la ejecución de una sentencia en el extremo del pago de la reparación civil no puede sujetarse al plazo del cumplimiento de la pena que determina la extinción de su ejecución (...); vale decir, si dentro del periodo de ejecución de la pena el agraviado o la parte civil no han logrado hacer efectivo el pago de la reparación civil su derecho no se ha extinguido, continúa vigente y el órgano jurisdiccional está obligado a garantizarlo si así se solicita, pues la tutela jurisdiccional efectiva supone no solo el derecho de tener acceso al proceso y obtener una sentencia de fondo, sino también el derecho a su ejecución ya que de no ser así la tutela jurisdiccional sería ficticia".

39 Finalmente, es de señalar que, como consecuencia de la redacción de la norma (Art. 100 del Código Penal), al extinguirse la acción penal, se extingue también con ella la acción civil dentro del proceso penal, dado que nada obsta que sea ejercitada en la vía civil, salvo algunas particularidades que han sido ejemplificadas en el presente comentario (como la transacción). El fundamento de lo señalado radica en que no tendría sentido que subsista la acción civil, dado que el objeto principal del proceso penal es la sanción punitiva.

En palabras de Zarzoza Campos, la reparación, en relación a la pena, 40
en el proceso penal, tiene un carácter subsidiario y es por ello que cuando se resuelva sobreseimiento o absolución del acusado o prescriba la acción penal, no generará la extinción de la reparación civil del daño[11]. Lo que se extingue, en todo caso, es la acción civil dentro del proceso penal, la posibilidad de reclamar este concepto dentro del proceso penal, una vez extinguida la acción penal. Concluye Zarzosa Campos que "(...) la jurisdicción penal únicamente tiene fuerza para declarar el carácter de ilícito penal de la conducta imputada (...), pero de ninguna manera la naturaleza 'antijurídica' del mismo"[12]. Pudiendo, bajo dicho supuesto, plantearse la pretensión resarcitoria en la vía civil.

VI. Bibliografía

Esquivel Oviedo, Juan Carlos, *Jurisprudencia penal de la Corte Superior (2006-2008)*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009; Gálvez Villegas, Tomás, *La reparación civil en el proceso penal.* Pacífico, Lima, 2016; Reglero Campos, Luis, "Capítulo VII - La prescripción de la acción de reclamación de daños", Tomo I. En: Reglero Campos, Luis Fernando (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil.* Tomo I, coord. Reglero Campos, L. Fernando, Aranzadi, Navarra, 2002; Villegas Paiva, Elky, *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal.* Gaceta Jurídica, Lima, 2013; Zarzosa Campos, Carlos, *La reparación civil del ilícito penal.* Rodhas, Lima, 2001. 41

(11) Zarzosa Campos, C., *La reparación civil del ilícito penal*, p. 199.
(12) Ídem.

§ 101
Aplicación supletoria

JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)
MELISSA LIZETH TERÁN BECERRA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Aspectos generales	1	769
II. Aplicación supletoria	5	770
1. Lagunas del Derecho y supletoriedad	6	770
2. Interpretación jurídica y supletoriedad	10	771
3. Seguridad jurídica y supletoriedad	15	772
4. Conclusión	19	773
III. Bibliografía	22	774

§ 101.- Aplicación supletoria de las normas del Código Civil a la reparación civil derivada del delito

"La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil"(1).

I. Aspectos generales

Este dispositivo legal no solo denota la naturaleza civil de la reparación civil en el proceso penal a la que hemos venido haciendo referencia a lo largo de este título; sino que, además, tiene una función importantísima dentro del Derecho penal peruano. 1

Al procurar imponer una reparación civil conjuntamente con la pena, nos remitiremos siempre a las normas del Código Penal que regulan la reparación civil, y quizás muchas veces pretendemos que estas nos brinden luces en torno a su imposición y a la forma de su determinación; sin embargo, no siempre hacemos caso al contenido del presente artículo que en realidad nos permite solucionar diversos problemas al respecto, con la remisión al Código Civil, en lo pertinente. 2

(1) La interpretación del artículo 101 del Código Penal debe llevarse a cabo en concordancia con: el artículo 493 numeral 1 del CPP; artículos 1969 al 1988 del CC; etc.

3 Su importancia radica precisamente en que al ser la reparación civil un concepto estrictamente civil, es necesario remitirnos a las normas del Código Civil que regulan esta institución jurídica, concretamente al artículo 1969 y siguientes que regulan la responsabilidad civil extracontractual. Así como otras normas relacionadas a la reparación civil en lo que sean pertinentes.

4 Estimamos que el apartado que desarrolla el Código Penal sobre la reparación civil solo es referencial y nos permite contar con un sustento legal para imponer la reparación civil conjuntamente con la pena; sin embargo, será el Código Civil el que en realidad nos ilustre en torno al tema, dado que allí se encuentran regulados sus criterios de determinación, sus formas de manifestación, las formas de responsabilidad, entre otros.

II. Aplicación supletoria

5 Supletorio, según la Real Academia de la Lengua Española, en su primera acepción significa "[q]ue suple una falta"; asimismo, en su cuarta acepción alude a "una norma que se aplica en defecto de otra". En ese entender, la supletoriedad opera cuando falta una norma que permita entender o interpretar adecuadamente una determinada problemática jurídica. Cuando no está regulada de manera clara en un determinado cuerpo normativo y para su interpretación recurrimos a otro. En el caso concreto para entender adecuadamente a la reparación civil en el proceso penal, recurriremos al Código Civil, en el cual se encuentra regulada esta institución jurídica de manera completa y clara. "(...) [L]a supletoriedad es un concepto jurídico dialéctico. Tiene como fundamentos los principios de especialidad y plenitud del ordenamiento jurídico"(2). Así como también en otros principios como la tutela jurisdiccional efectiva, la seguridad jurídica, etc.

1. Lagunas del Derecho y supletoriedad

6 En torno a si existen o no lagunas en el Derecho, se han formulado muchas teorías, entre las que se encuentran aquellos que niegan su existencia en virtud de la solución que se brinda con la integración del Derecho a través de principios o métodos interpretativos; por ejemplo, no siendo el tema en cuestión únicamente nos remitiremos a precisar que una laguna puede ser definida como la ausencia de solución de un caso dentro de un sistema normativo (laguna normativa), o que teniendo una solución esta es injusta (laguna

(2) Orellana Retamales, L., *La supletoriedad de las leyes*.

axiológica). Denominamos laguna normativa a aquella situación no contemplada en el ordenamiento normativo, existe un vacío legal[3].

La supletoriedad, en ese sentido, juega un papel importante en torno a las 7
lagunas del Derecho y opera llenando un vacío existente a través de las normas de otro orden jurídico, cuando ello sea posible. El principio de supletoriedad, señala LASAGABASTER HERRARTE, evita vacíos normativos, dando continuidad al ordenamiento jurídico[4].

No obstante, posturas actuales contemplan que la definición o la idea de 8
lagunas resulta innecesaria, dado que cualquier carencia o ausencia normativa se puede solucionar a través de los principios generales del Derecho[5]. De otro lado, se tiene que, si se establece la supletoriedad, se elimina la integración de lagunas y el aplicador del Derecho debe recurrir a las normas supletorias[6]. Sin embargo, creemos que existirán casos en los que será necesaria la aplicación de principios generales para resolver un conflicto que ni la norma aplicada de manera directa o por supletoriedad pueda solucionar o, incluso, recurrir al ordenamiento o las jurisprudencias comparada o supranacional; empero, de modo preliminar debemos remitirnos a las normas que conforman el propio ordenamiento jurídico en virtud del principio de supletoriedad y solo después resolver el conflicto en función a los principios generales u otros criterios coadyuvantes.

Finalmente, nos orienta el pensamiento de ORELLANA en el sentido de 9
que "la supletoriedad cumple una función integradora porque es un criterio útil para resolver una laguna o [un] silencio que se ha producido, actuando como un criterio previo a la analogía, los principios generales del derecho o la equidad"[7].

2. Interpretación jurídica y supletoriedad

Según ORELLANA RETAMALES, la interpretación jurídica es una operación 10
destinada a determinar el contenido de una norma, el significado que guarda[8]. LIFANTE VIDAL, citando a DWORKIN, por su parte, precisa que toda interpretación

(3) BASTERRA, M., *El problema de las lagunas en el Derecho.*
(4) LASAGABASTER HERRARTE, I., *La interpretación del principio de supletoriedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del Estado de las autonomías.*
(5) Ídem.
(6) Ídem.
(7) ORELLANA RETAMALES, L., *La supletoriedad de las leyes. Op. Cit.*
(8) Ídem.

debe ser la expresión de un propósito; es decir, se debe proponer una manera de ver el objeto interpretado, buscar un sentido[9].

11 En ese entender, cuando buscamos comprender o encontrar el sentido de las normas relacionadas la institución jurídica de la reparación civil desde las normas penales, probablemente el camino se vuelva obscuro, en virtud de la simplicidad de estas, dada su falta de especialidad; para ello recurrimos a otras normas del ordenamiento jurídico en pos del método de interpretación sistemático.

12 Este método busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con lo postulado por el ordenamiento jurídico en su conjunto; es decir, procurar el significado atendiendo al conjunto de normas que conforman el ordenamiento en general[10].

13 En ese entender, la supletoriedad se encuentra vinculada con la interpretación normativa y concretamente con el método de interpretación sistemático, dado que las normas penales no deben ser analizadas de manera aislada a las normas del Código Civil, que son en realidad las que regulan de manera más adecuada la institución jurídica *in comento*.

14 Debemos entender, que "(...) el sentido de una norma, no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas"[11]. Ejemplo de ello constituye lo relacionado al artículo 97 del Código Penal sobre la nulidad de los actos jurídicos realizados con posterioridad a la comisión del hecho punible; ello por cuanto para comprender si procede nulidad o ineficacia debemos necesariamente remitirnos a las normas relacionadas a la nulidad de acto jurídico que regula nuestro Código Civil, de lo contrario su interpretación sería imposible desde el ámbito puramente penal.

3. Seguridad jurídica y supletoriedad

15 La seguridad jurídica encuentra su apoyo en los principios generales del Derecho y se asocia a las definiciones de justicia, libertad, igualdad[12]; es un principio abstracto, al que muchas veces nos remitimos para procurar la garantía de estabilidad dentro del ordenamiento, que se materializa no solo en las decisiones jurisdiccionales, sino también desde un plano legislativo en mérito

(9) Lifante Vidal, I., *Interpretación jurídica*.
(10) Anchondo Paredes, V., *Métodos de interpretación jurídica*.
(11) Ídem.
(12) De Pomar Shirota, J., *Seguridad jurídica y régimen constitucional*.

a los límites del Estado para regular o sancionar o –de modo más concreto– determinadas conductas. Citando a CABANELLAS, DE POMAR SHIROTA señala que este principio denota "la estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados (...)"[13].

El citado autor precisa que la seguridad jurídica puede ser entendida como 16
un principio jurídico general, esencial en todo Estado de Derecho, dado que el Estado debe asegurar a los ciudadanos ciertas garantías mínimas, en los ámbitos legislativo, judicial, administrativo, etc.[14].

Este principio, si bien no está regulado de manera expresa en nuestro 17
ordenamiento, se puede inferir a partir de otros principios que informan, para el caso concreto, el ordenamiento jurídico penal, tal es el caso del principio de legalidad, en virtud del cual se espera que las decisiones jurisdiccionales se rijan por dicho principio, brindando con ello seguridad al justiciable de lo que obtendrá por su actuar. Asimismo, el principio de irretroactividad de la ley penal (con la salvedad establecida) también orienta la efectivización del principio de seguridad jurídica, dado que el autor de un hecho, por ejemplo, conocerá la ley aplicable. Otro principio que también denota seguridad es el de fragmentariedad, operando como límite para el legislador, dado que únicamente constituirán delitos aquellas conductas que afecten gravemente los bienes jurídicos. Entre otros principios que nos permiten asumir que la seguridad jurídica es en realidad un principio general.

Concluye DE POMAR SHIROTA que la eficacia de este principio, no obs- 18
tante no estar regulado expresamente, se materializa a través de artículo 139 de la Constitución Política del Estado, dado que, por un lado, obliga a este a cumplir con los principios jurídicos impositivos y, por otro, a recortar el ejercicio libre de su potestad.

4. Conclusión

Como se observa, este principio tiene sustento a su vez en otros princi- 19
pios del ordenamiento jurídico (desarrollados y no desarrollados en el presente comentario). La supletoriedad que regula el artículo 101 *in comento* más allá de constituir el "artículo de relleno" en el ordenamiento jurídico penal juega un papel mucho más importante a efectos de interpretación de una norma o de una institución jurídica. Su desarrollo no ha sido suficiente en la doctrina;

(13) Ídem.
(14) Ídem.

pero esa mínima referencia a su contenido no habla de su importancia en el ordenamiento jurídico.

20 En la jurisprudencia penal en torno al tema no se ha hecho más que efectuar una remisión al ordenamiento civil para sustentar la reparación a imponer en el proceso penal, ello sin brindar mayor sustento del por qué dicha remisión. En el R. N. N° 3388-2002-Cuzco[15], por ejemplo, se precisa que: "el artículo 101 del acotado Código señala que la reparación civil se rige además de las disposiciones pertinentes del Código Civil; en tal sentido, resulta de aplicación supletoria el inciso 1 del artículo 2001 del citado cuerpo de leyes". De igual forma, la sentencia emitida en el R. N. N° 2586-2003-Cuzco[16] que precisa sin mayor argumento que: "al constituir la reparación civil una obligación de carácter patrimonial civil, debe tenerse en cuenta que su cumplimiento se rige por las disposiciones pertinentes del Código Civil conforme lo estipula el artículo 101 del Código Penal"; y en igual sentido la STC Exp. N° 1430-1995-Lima[17], la cual ha señalado que "(...) para hacer efectivo el pago de la reparación civil, deberán utilizarse los mecanismos procesales de carácter civil".

21 En virtud de estas precisiones, debemos entrever que el principio de supletoriedad no hace más que fundamentar la autonomía de la reparación civil dentro del proceso penal y reforzar su tratamiento como una institución estrictamente civil, obligando por ello la remisión a las normas del ordenamiento jurídico civil para determinar su aplicación.

III. Bibliografía

22 Anchondo Paredes, Víctor Emilio, *Métodos de interpretación jurídica*. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/viewFile/17406/15614> (consultado el 21 de septiembre de 2018); Basterra, Marcela, *El problema de las lagunas en el Derecho*. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17178/17466> (consultado el 21 de septiembre de 2018); De Pomar Shirota, Juan Miguel, *Seguridad jurídica y régimen constitucional*. Disponible en <http://www.ipdt.org/editor/docs/08_Rev23_JMDPS.pdf> (consultado el 22 de septiembre de 2018); Lasagabaster Herrarte, Iñaki, *La interpretación del principio de supletoriedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del Estado de las autonomías*. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/24883225>, 1999 (consultado el 21 de septiembre de 2018);

(15) Revilla Llaza, P. / Urquizo Videla, G., *Jurisprudencia penal jurisprudencial*, p. 523.
(16) Ídem.
(17) Ídem.

LIFANTE VIDAL, Isabel, *Interpretación jurídica*. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/17.pdf>, 2015 (consultado el 21 de septiembre de 2018); ORELLANA RETAMALES, Luis, *La supletoriedad de las leyes*. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14864/000311710.pdf?sequence=1>, 2000 (consultado el 21 de septiembre de 2018); REVILLA LLAZA, Percy Enrique / URQUIZO VIDELA, Gustavo, *Jurisprudencia penal jurisprudencial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

CAPÍTULO II

CONSECUENCIAS ACCESORIAS

§ 102
Decomiso de bienes provenientes del delito

CONSTANTE CARLOS ÁVALOS RODRÍGUEZ(*)
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	780
II. Evolución de la regulación legal	8	781
III. Objeto del decomiso	26	784
IV. Tipos de decomiso	36	785
1. De los instrumentos del delito	36	785
2. De los objetos del delito	51	788
3. De los efectos o las ganancias del delito	57	788
4. De los bienes intrínsecamente delictivos	74	791
V. Improcedencia del decomiso por conflicto con el proceso autónomo de extinción de dominio	86	794
VI. Decomiso y proceso penal	89	794
VII. Bibliografía	109	798

§ 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito

"El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado.

El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.

Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros

(*) *Counsel* en Rebaza, Alcázar & De Las Casas. Profesor de Derecho Procesal Penal. Curso de Especialista en Cumplimiento Normativo en Materia Penal (Universidad de Castilla-La Mancha). Programa de Especialización en *compliance* y buenas prácticas corporativas (Universidad del Pacífico). Miembro del Comité Consultivo de *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Capacitador en reforma procesal penal para la Secretaria Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal - Ministerio de Justicia. Ha sido fiscal provincial penal corporativo titular especializado en delitos de corrupción de funcionarios. Ha sido profesor en la Academia de la Magistratura. Ha sido Consultor de la UNODC - ONU para temas de reforma procesal penal en el Perú. Ha sido Capacitador de los Programas de Implementación del CPP 2004 del Banco Mundial y el Ministerio de Justicia.

hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.

Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias".

I. Introducción

1 El decomiso se encuentra integrando el capítulo II: Consecuencias accesorias del título VI: De la reparación civil y consecuencias accesorias del libro primero. Parte general" del Código Penal.

2 No obstante que el legislador lo ha clasificado dentro de las consecuencias accesorias, junto a otras medidas, el análisis de su configuración y su naturaleza nos dice que no guarda similitud con ninguna de las otras consecuencias jurídicas del delito que se han contemplado en el capítulo II. Mucho menos con la reparación civil, junto a la cual se la ha ubicado en el título VI.

3 El decomiso es una consecuencia jurídica-económica del ilícito penal que importa la pérdida del dominio (de la propiedad) de los bienes por parte de su titular particular (sea persona natural o una jurídica) y su pase a dominio del Estado sin pago de justiprecio alguno.

4 La constitucionalidad y la convencionalidad de su acogimiento en nuestro sistema jurídico se encuentra libre de cuestionamientos.

5 La Corte Suprema ha dicho en la Casación N° 103-2016-Puno:

6 "La propiedad es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente en el artículo 2, inciso 16, de la Constitución Política del Perú, es así que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia señala que: 'El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia [y la] integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social. De ahí que en el artículo 70 de la Constitución se reconozca que el 'derecho de propiedad es inviolable' y que el 'Estado

lo garantiza. (STC Exp. N° 03258-2010-PA/TC, Caso Torres Fernández, fundamento jurídico N° 2).

5.3. En ese sentido, el derecho de propiedad es un derecho fundamental 7
de todo ser humano debidamente reconocido por nuestra Constitución Política, motivo por el cual el Estado debe proteger su goce y [su] ejercicio en libertad. Sin embargo, todo derecho fundamental a pesar de su importancia encuentra ciertos límites y restricciones, pues en el caso del derecho a la propiedad se pueden encontrar los siguientes supuestos establecidas por ley: la expropiación, [la] incautación y [el] decomiso".

II. Evolución de la regulación legal

La regulación del decomiso ha sufrido diversas modificaciones. Partiendo 8
de la versión inicial que contenía el Código Penal de 1991 y que estuvo vigente hasta el 22 de julio de 2007, con la fórmula:

"El Juez resolverá el decomiso o [la] pérdida de los efectos provenientes 9
de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción".

Construcción que fue criticada por la doctrina patria de no estar a la altura 10
de las medidas aconsejadas internacionalmente para la recuperación de activos de la corrupción.

Por ejemplo, se cuestionó que el decomiso no resultaba aplicable a las 11
personas jurídicas.

Decía uno de los magistrados más influyentes en la Corte Suprema en 12
materia de consecuencias jurídicas del delito, el juez, catedrático universitario y publicista PRADO SALDARRIAGA[1]:

"El decomiso no podrá afectar a las personas jurídicas, toda vez que estas 13
siempre son terceros no partícipes en el delito (...) no hay norma al amparo de la cual se pueda decomisar los beneficios que obtengan los entes colectivos en actividades delictivas".

En la lógica de superar las falencias de la regulación inicial y para adap- 14
tarla también a un nuevo contexto normativo, mediante el Decreto Legislativo N° 982 se reformó el artículo 102 para introducir una versión –vigente desde

(1) HURTADO POZO, J. / PRADO SALDARRIAGA, V., *Manual de Derecho penal*, p. 466.

el 23 de julio de 2007 hasta el 19 de agosto de 2013– que compatibilice con la introducción en nuestro ordenamiento del proceso de pérdida de dominio y que previera –para los lugares donde no había ingresado en vigor el Código Procesal Penal de 2004– la posibilidad de disponer la incautación provisional (durante el proceso) de los bienes a espera de lo que se resuelva en la sentencia.

15 También para eliminar la prohibición de decomiso de bienes de terceros no intervinientes en la infracción. Pero sin llegar a tomarse una posición expresa sobre la admisibilidad de la opción contraria. Lo que hizo que algunos autores siguieran sosteniendo la imposibilidad de aplicar el decomiso a terceros y, entre ellos, a las personas jurídicas.

16 La necesidad de expandir la capacidad de acción del decomiso llevó a la modificación del artículo 102 por la Ley N° 30076, para introducir una versión –vigente desde el 20 de agosto de 2013 hasta el 7 de enero de 2017– que precisaba que el decomiso de los efectos o ganancias del delito procedía cualesquiera sean las transformaciones que estos hubiesen podido experimentar; y que cuando los efectos o las ganancias del delito se hubieran mezclado con bienes de procedencia lícita, procedía el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procedía el decomiso de ambos tipos de bienes.

17 También se estableció que si no fuera posible el decomiso de los efectos o las ganancias del delito porque habían sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón atribuible al autor o el partícipe, el juez dispondrá el decomiso de los bienes o los activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias (*decomiso por reemplazo*).

18 Y ahora sí, de modo expreso, se estableció la posibilidad del decomiso de bienes de terceros. Sin hacer ningún tipo de restricción cuando dichos terceros sean personas jurídicas.

19 Una vez más, mediante Decreto Legislativo N° 1351 –vigente a partir del 8 de enero de 2017– se modificó el artículo 102 para añadir en el decomiso por reemplazo que el mismo también procedía cuando no fuera posible el decomiso porque los bienes han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga.

20 Finalmente, el sábado 4 de agosto de 2018 se ha publicado el Decreto Legislativo N° 1373 –Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio– que,

además de reemplazar el proceso de pérdida de dominio cuando ingrese en vigor –pues se ha puesto la publicación de su Reglamento como condición para ello–, modifica una vez más el artículo 102 de Código Penal aunque solo para reemplazar la referencia que hacia el artículo al proceso autónomo de pérdida de dominio por la referencia al nuevo proceso autónomo de extinción de dominio.

Tener claras las fechas de estas modificatorias es sumamente importante 21
para abordar adecuadamente los conflictos de sucesión de leyes en el tiempo que se pudieran suscitar.

Para estos efectos, como para otros que tienen que ver con la adecuada 22
determinación de sus presupuestos y la no arbitrariedad de su imposición, es imprescindible reparar en que se trata de una injerencia en los derechos fundamentales de las personas; que, independientemente de las discusiones existentes en la doctrina respecto de su naturaleza jurídica –cuyo abordaje minucioso y toma de posición debidamente argumentada rebasa los objetivos de estos comentarios al Código Penal–, hace que su imposición se tenga que recubrir hasta donde sea compatible de las garantías propias del Derecho sancionador –tanto de las sustanciales como de las procesales–[(2)]. Con mayor razón para quienes, como GÁLVEZ VILLEGAS, se decantan por sostener que el decomiso constituye una medida propia del Derecho penal[(3)].

En relación con este punto es que el Tribunal Constitucional del Perú ha 23
precisado en la STC Exp. N° 5156-2006-PA/TC-Lima, emitida con fecha 29 de agosto de 2006, en el Vicente Rodolfo Walde Jáuregui):

> "Los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, consti- 24
> tuyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador".

De esta manera, rige para el decomiso el principio de legalidad, tanto en 25
lo que corresponde a la determinación del supuesto de hecho como a la determinación de consecuencia jurídica; pero también para los posibles conflictos de sucesión en el tiempo de las normas que lo regulan. Y, además, rigen las demás garantías propias del Derecho sancionador.

(2) Similar SAN MARTÍN CASTRO, C., "La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito", p. 372.

(3) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *Decomiso, incautación y secuestro*, p. 37.

III. Objeto del decomiso

26 De acuerdo a la versión vigente del artículo 102, la medida de decomiso puede recaer sobre: a) los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito; b) los objetos del delito; c) los efectos o ganancias del delito y d) los bienes intrínsecamente delictivos.

27 El *Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116* (asunto: incautación) establece que:

28 "A. Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.

29 B. Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.

30 C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica".

31 El Acuerdo Plenario identifica en un solo desarrollo los "efectos o [las] ganancias del delito", cuando lo que corresponde es distinguir entre ambas categorías; al no tratarse de sinónimos.

32 Las ganancias pueden constituir en algunas ocasiones efectos del delito (el pago indebido en un delito de cohecho), pero no necesariamente (el pago anticipado al sicario). Los efectos del delito pueden presentarse en ocasiones como ganancias (el pago al sicario después de cumplido su encargo), pero tampoco necesariamente (la compra de un título profesional falsificado).

33 Los efectos del delito son los bienes generados en una acción delictiva. En cambio, las ganancias importan la ventaja patrimonial obtenida con motivo de la comisión de delito.

34 El Acuerdo Plenario no se refiere al "decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos"; lo que ocurre, lógicamente, por tratarse de una modalidad

de decomiso que fue introducida en el artículo 102 –por la Ley N° 30076, de 19 agosto 2013–, luego de la emisión del acuerdo.

En este último caso se trata de bienes cuya propia naturaleza es delictiva, 35
es decir, que no pueden existir sin ser delictivos (por ejemplo, el dinero falsificado, las drogas prohibidas, las armas hechizas, etc.). Por lo cual, no solo se debe desapropiar a las personas particulares de dichos bienes, sino destruirlos, sin que haya oportunidad para que pase a dominio del Estado; ni para el uso de algunas de sus entidades o de sus funcionarios.

IV. Tipos de decomiso

1. De los instrumentos del delito

En el caso del decomiso de los instrumentos con que se ha ejecutado el 36
delito se busca evitar que los bienes que han servido para la ejecución de un ilícito penal anterior y, por tanto, han demostrado irrefutablemente su peligrosidad puedan continuar a disposición de personas que le han dado un mal uso o han permitido que se les dé un mal uso.

Ha señalado la Corte Suprema en el R. N. N° 953-2017-Puno: 37

"El decomiso del instrumento del delito tiene como fundamento la peli- 38
grosidad objetiva del bien utilizado para delinquir –posible uso del instrumento para la comisión de nuevos delitos similares–: y, como finalidad, la eliminación de tal peligrosidad".

Que el artículo 102 establezca la posibilidad de decomiso de los instrumen- 39
tos cuando los bienes utilizados pertenecen a terceros que no han participado en el delito, salvo cuando los titulares no han prestado su consentimiento para su empleo ilícito, nos dice que, si bien la peligrosidad objetiva del bien es un criterio crucial para ordenar el decomiso, no agota el análisis de su procedencia; existiendo criterios subjetivos que atender en el caso de bienes de terceros.

Es por eso que el mismo R. N. N° 953-2017-Puno precisa: 40

"Los bienes peligrosos, como regla, deben pertenecer al interviniente en el 41
injusto penal, pero pueden extenderse a terceros, cuando estos no ofrezcan garantías suficientes de que no serán utilizados por ellos mismos o por otros para la comisión de delitos futuros: incumplan tales deberes y no ofrezcan garantías de cumplirlo en el futuro (San Martín Castro, César: *Delito & Proceso Penal*. Jurista Editores. Lima. 2017, página 178).

42 *Séptimo.*- Que fijadas las pautas que deben guiar el decomiso de instrumento del delito perteneciente a terceros, ajenos al injusto penal cometido, es del caso analizar el caso concreto. El camión en cuestión fue entregado al imputado Caxi Lupaca mediante un contrato de alquiler –cierto y con fecha indubitable– suscrito con la tercero civil. El contrato escrito se celebró el diez de junio de dos mil cinco (fojas ciento sesenta y cinco] y las firmas del mismo se certificaron notarialmente.

43 No existe precepto legal, con rango de ley o de menor jerarquía, que prohíba, en estas condiciones, el alquiler de camiones o que instaure pautas concretas, no cumplidas por la titular del camión, para regular este tipo de contratos en transportes internacionales. Tampoco consta que el imputado no tenía ocupación lícita antes de la celebración del contrato o que tuviera antecedentes penales.

44 Por consiguiente, no puede estimarse que el titular del camión no cuidó que pase a manos indebidas ni incumplió reglas mínimas de seguridad para evitar la comisión de delitos. El decomiso, por tanto, no procede".

45 En la misma línea, se ha pronunciado la Corte Suprema en la Casación N° 423-2014-Puno:

46 "Quien[es] transportaban la mercancía era el condenado Mario Cueva Castro y la actuación de los representantes ni de la empresa propietaria del vehículo ha sido considerada dolosa, por lo que intra proceso ha sido considerado únicamente como tercero civil responsable, sustentando en el extremo de la comisión del delito como en la responsabilidad del autor, y al no haberse comprendido dentro del proceso el titular del bien decomisado, si no solo como tercero civil responsable considera que se estaría dando paso a una responsabilidad meramente objetiva, que ha sido proscrita en el artículo VII del T.P. del Código Penal, indicándose entonces que siendo un límite al derecho constitucional de la propiedad el decomiso; en este caso el tribunal de mérito ha resuelto la entrega del bien en decisión judicial debidamente motivada.

47 11.3. Aunado a ello se tiene, que el Fiscal Superior, como titular de la carga de la prueba –léase el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, no logró probar que el tercero civil responsable - Empresa Distribuciones Señor de Huanca SAC, o sus representantes hayan tenido conocimiento de la utilización de los vehículos de su propiedad o prestado consentimiento para la comisión del ilícito penal por parte del sentenciado Mario

Cueva Castro, quien tenía la calidad de chofer profesional, responsable de transportar madera a la ciudad de Lima; siendo menester señalar al respecto lo contenido en la sentencia de vista, glosa los fundamentos de apelación del tercero civil responsable, esto es respecto a las declaraciones del conductor Mario Cueva Castro –sentenciado– '(...) los representantes de la empresa no saben nada y menos me autorizaron a transportar dicha mercadería y que ese hecho lo realizó por cuenta propia a fin de ganar dinero extra (...) nadie me ordenó efectuar dicho servicio de transporte que él mismo lo hizo por decisión personal (...). Los representantes de la empresa (...) no han tenido participación en los hechos materia de la presente investigación (...)' por consiguiente es estimar que el tercero civil responsable (...) propietario de los vehículos de placa de rodaje YQ-1272 y V1X-987, no ha tenido intervención en los hechos ilícitos; y por ello este Tribunal Supremo considera que lo resuelto por la sala de apelaciones respecto a la entrega y/o devolución del bien al tercero civil responsable, previo pago de la reparación civil solidaria ordenada en la sentencia, se encuentra conforme a ley".

De esta manera, el análisis sobre el consentimiento de los terceros que 48
justifica el decomiso se hace en razón de su conocimiento –que funda su consentimiento expreso o tácito– de que el bien va a ser empleado en la comisión de un delito; no en razón del conocimiento de su utilización en general (por ejemplo, no existirá consentimiento que justifique el decomiso cuando los propietarios alquilaron el vehículo para que el beneficiario lo destine al servicio de taxi, sin saber que dicha persona iba a asaltar a sus pasajeros).

Para el decomiso de instrumentos es necesaria la peligrosidad objetiva con- 49
creta del bien, o sea, su peligrosidad en relación del delito que ha sido materia de juzgamiento y condena.

El análisis se debe realizar desde la probabilidad de que el bien pueda vol- 50
ver a ser utilizado para cometer el mismo delito o uno de similares características jurídicas (por ejemplo, en el caso del vehículo que ha sido usado por su propietario para transportar droga o para cometer un delito de robo en contra de sus pasajeros, se debe analizar la probabilidad de que se vuelva a utilizar para cometer delitos de la naturaleza delictiva); no en relación a delitos distintos al que ha sido materia del proceso (en el mismo ejemplo, que los vehículos puedan ser fuentes de peligro para la vida o la integridad de las personas).

2. De los objetos del delito

51 En el caso del decomiso de los objetos del delito (que, recordemos, son "las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica"), ha establecido el artículo 102 que serán decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o su devolución.

52 Lo que resulta razonable porque, la generalidad de las veces, las cosas sobre las que recae la acción típica no solo carecen de peligrosidad propia (por ejemplo, el dinero sobre el que recaen los delitos de hurto, robo o estafa), sino que incluso ni siquiera pertenecen al autor o el partícipe del delito, sino más bien a la víctima o a un tercero que nada ha tenido que ver en la perpetración del delito (por ejemplo el celular dañado, el terreno materia de usurpación por despojo).

53 Dice Gálvez Villegas:

54 "Normalmente el objeto del delito (al tratarse de un bien con una titularidad reconocida) no es materia de decomiso, y ante su hallazgo o [su] recuperación lo que corresponde es realizar la entrega inmediata a su titular, salvo que sea necesario mantenerlo temporalmente en poder de la autoridad a efectos de realizar alguna pericia con fines de esclarecimiento de los hechos"(4).

55 En este tipo de decomiso se busca desapropiar a los particulares de aquellos bienes cuya naturaleza misma, no su uso –como sucede en el caso de los instrumentos del delito–, los haga peligrosos para algún bien jurídico penal (por ejemplo los materiales explosivos del Art. 279 del CP).

56 Entendemos que acreditada la particular naturaleza peligrosa del objeto del delito y su implicación en un ilícito penal el decomiso debe proceder así se tenga que sobreseer o absolver la causa (por ejemplo porque la persona a quien se le imputaba la comisión del delito de posesión de materiales explosivos del Art. 279 del CP no era en realidad a quien se procesó sino otro).

3. De los efectos o las ganancias del delito

57 El decomiso del producto –efectos o ganancias– del delito se fundamenta en que la propiedad no puede originarse en un ilícito penal; por lo que corresponde ponerle fin cuando se corrobora dicho origen.

(4) Gálvez Villegas, T., *Decomiso, incautación y secuestro. Op. Cit.*, p. 83.

Respecto de esta forma de decomiso no se requiere ningún tipo de peligrosidad del bien. No se pierde el bien por su peligrosidad objetiva o por el uso indebido que se ha hecho del mismo, sino por el defecto en la forma de su incorporación al patrimonio de la persona natural o jurídica. Se trata de un incremento patrimonial que no debería haberse producido; por lo cual, el Estado no le reconoce valor y lo cesa de modo definitivo. 58

Las ganancias del delito no son solo aquellas a las que la persona ha accedido como resultado directo de la perpetración del ilícito penal (por ejemplo el soborno recibido por el funcionario público en el cohecho pasivo), sino también aquellos incrementos patrimoniales que se relacionan necesariamente con dicha perpetración; sin importar para ello que la incorporación del beneficio indebido al patrimonio de la persona se haya producido antes (el pago anticipado de una parte del precio que recibe el sicario por un asesinato) o luego de la comisión del ilícito penal (el pago de la parte final del precio que recibe el sicario por el asesinato), ni tampoco que se haya efectivizado luego de varios días, semanas o meses (la retribución económica de parte del Estado que recibe la persona jurídica que logró hacerse de la buena pro mediante el pago de un soborno por la obra realizada). 59

En tanto se trata de un decomiso de ganancias, no procederá el decomiso de todo lo que la persona haya recibido en relación con el delito, sino solo de aquello que implique en efecto una ganancia. 60

Por ejemplo, en el caso de los pagos correspondientes a una obra de construcción civil, en el marco de una contratación pública, no procederá el decomiso de todo el dinero pagado al contratista por la obra que fue adjudicada como consecuencia de un soborno, sino solo aquel monto que en efecto represente la ganancia de la misma; debiendo descontarse los pagos y gastos en que haya incurrido para la construcción. 61

El beneficiario inmediato de las ganancias ilícitas decomisables puede ser algún partícipe en el delito o una persona natural o jurídica que no ha participado penalmente en su comisión; pero se ha visto indebidamente beneficiado (por ejemplo en el caso de la persona jurídica que de modo indebido se beneficia económicamente, en detrimento del Estado, de la ejecución del acuerdo colusorio realizado entre el funcionario público y su representante legal o algún otro *extraneus* en el delito de colusión agravada). 62

El artículo 102 establece la procedencia del decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. 63

64 Explica VIZUETA FERNÁNDEZ que:

65 "La medida alcanza, por tanto, no solo las ganancias originales sino cualquier bien en que estas se hayan transformado, cualquier bien que haya ocupado su lugar, que las haya sustituido. Así, por ejemplo, serán objeto de comiso los bienes (joyas, coches, inmuebles, etc.) comprados con el dinero conseguido explotando la prostitución de otra persona, el dinero obtenido por el receptador con la venta de un vehículo que ha recibido a cambio de la ayuda prestada a los responsables de un delito contra el patrimonio para que se aprovechen de los efectos del mismo, el viñedo adquirido a cambio de la entrega de un piso que previamente ha sido comprado con el dinero logrado con el comercio de especies amenazadas o la cantidad obtenida de la compañía aseguradora por el siniestro total de un coche comprado con el dinero conseguido con la cesión a un tercero de un secreto de empresa previamente descubierto"(5).

66 Precisando en relación al comiso de los beneficios de la inversión, la utilización o la explotación de las ganancias ilícitas:

67 "Surge la duda, por tanto, de si a través del instituto jurídico en estudio pueden decomisarse, por ejemplo, las cantidades recibidas por el arrendamiento de una vivienda obtenida ilícitamente, los intereses devengados por el depósito bancario o el préstamo a un tercero de las ganancias ilícitas consistentes en dinero, los beneficios que se derivan de la explotación de un viñedo comprado con el dinero logrado con el comercio con especies amenazadas, las ganancias correspondientes al incremento del valor de unas acciones compradas con dinero ilícito o el premio millonario que se gana con una quiniela pagada con dinero ilícitamente obtenido. La propia letra de la ley da pie a la exclusión de todos estos beneficios del ámbito del comiso de ganancias, pues ni son ganancias provenientes, en sentido estricto, de la infracción penal, sino más bien de actuaciones posteriores a esta (alquiler del piso, depósito o préstamo del dinero, explotación del viñedo, compra de acciones o realización de la quiniela), ni constituyen transformaciones de una ganancia ilícita, pues no sustituyen u ocupan el lugar de esta, sino más bien la incrementan"(6).

68 Posición que incluso extiende a los casos en que el bien obtenido directamente del delito ha visto incrementado su valor económico por circunstancias

(5) VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *El comiso de las ganancias provenientes del delito*, p. 165.
(6) Ibídem, pp. 165-166.

ajenas a alguna actuación de su titular. Como, por ejemplo, ocurriría en el supuesto en que el agente se hubiera comprado un terreno con el dinero obtenido de la venta de drogas tóxicas y con el tiempo dicho terreno hubiese visto incrementado su valor hasta en el 100 % de lo que fue adquirido.

Entendemos que, en el caso de los beneficios obtenidos con la inversión, 69
la utilización o la explotación de las ganancias ilícitas, si bien la fundamentación del decomiso en que la propiedad no puede originarse en un ilícito penal constituye una razón importante para sostener su procedencia; el principio de legalidad nos dice que el decomiso no resulta procedente, pues no se ha previsto expresamente en la ley para dichos supuestos.

En cambio, en los casos en que el bien ha visto incrementado su valor por 70
circunstancias ajenas a alguna actuación de su titular, el decomiso sigue siendo perfectamente procedente, pues se trata del bien que constituye la ganancia del delito o, en nuestro ejemplo del terreno, del bien en que se ha transformado la ganancia del delito.

Que los efectos o las ganancias del delito se hayan mezclado con bienes 71
de procedencia lícita no produce mayor problema, pues el artículo 102 establece expresamente el decomiso de hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados; salvo en caso de que los bienes lícitos hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en el que no se hará ningún distingo y se procederá al decomiso de todos los bienes mezclados –de orígenes es lícito e ilícito–.

El legislador ha incorporado también en el artículo materia de comenta- 72
rio el decomiso por reemplazo para los casos en que existen dificultades para ubicar el bien y proceder a trasladar su titularidad hacia el Estado porque la persona que adquirió su titularidad de manera ilícita lo ha *ocultado, destruido, consumido o transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga*.

En estos casos lo que corresponde es que se ordene el decomiso de una 73
suma equivalente al valor del efecto o bien que debería ser materia de del decomiso original.

4. De los bienes intrínsecamente delictivos

El decomiso de estos bienes es necesario por la naturaleza intrínseca de 74
los bienes, el ser delictivos; que hace prohibida su propiedad por parte de los

particulares e, incluso, por parte del Estado. De modo que el decomiso genera la destrucción del bien como resultado final.

75 De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, "intrínseco" proviene del latín *intrinsĕcus* ("interiormente") siendo su significando 'intimo, esencial'[7]. Hecha la consulta por 'íntimo', nos dice que su primer significado es 'lo más interior o interno'[8] y por 'esencial' nos dice que su primer significado es 'perteneciente o relativo a la esencia'[9].

76 La Corte Suprema se ha pronunciado en la *Casación N° 113-2013-Arequipa*, al señalar que no procede la devolución de los bienes intrínsecamente delictivos incautados durante el proceso penal ante su sobreseimiento. Por tratarse de bienes intrínsecamente delictivos, no corresponde de ningún modo que sean detentados por las personas; incluso así el proceso concluya negando la responsabilidad penal del investigado.

77 La *Casación N° 113-2013-Arequipa* explica que:

78 "Décimo quinto. El legislador no previó ni se proyectó al supuesto de que un sobreseimiento solicitado por el fiscal y amparado por el juez, generaría como consecuencia la devolución del bien incautado (vehículo clonado), en tanto la conducta del encausado Luis Jhon Guevara Soto por delito de contrabando dejó ser considerada un ilícito penal por razón de la cuantía del bien incautado. Ante ello, este Colegiado Supremo considera que existe una deficiencia de la ley, a fin de resolver la cuestión planteada (...)

79 Cuando el bien producto del contrabando (en este caso el vehículo) es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito no resulta razonable que este sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc.), pues este vehículo al no tener D.U.A. –Declaración única de Aduanas–, no se puede determinar su licita procedencia, en tal medida no puede ser devuelto o entregado a la persona a quien se le incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el mencionado bien, entonces, necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es al Estado Peruano, representado en este caso por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, SUNAT; desarrollándose interpretativamente por extensión el artículo 320 inciso 1 del nuevo Código Procesal Penal cuando establece que 'tratándose de

(7) Disponible en <http://dle.rae.es/?id=M03Jhd5>.
(8) Disponible en <http://dle.rae.es/?id=LyMT3PN>.
(9) Disponible en <http://dle.rae.es/?id=GOge1xq>.

bienes intrínsecamente delictivos no procede su restitución o devolución al procesado'".

Si bien el criterio general fijado –de que no corresponde la devolución de 80
los bienes intrínsecamente delictivos en el caso del sobreseimiento del proceso– es correcto, resulta sumamente discutible la argumentación específica de la Corte Suprema; que un hecho deje de ser delito para convertirse en una infracción administrativa por la simple modificación de la cuantía pone en duda que la naturaleza *intrínseca del mismo sea delictiva.*

En sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema en la Casación 81
N° 540-2015-Puno para las sentencias absolutorias, sosteniendo la no devolución de los bienes intrínsecamente delictivos:

"Décimo Sexto: Como se señaló, por regla general, al existir bienes ini- 82
cialmente incautados de propiedad del imputado de existir una sentencia condenatoria, estos pasan a decomiso definitivo, salvo el decomiso facultativo en virtud al principio de proporcionalidad (Conforme al artículo 103 del Código Penal que regula de Decomiso facultativo). Sin embargo, la más asentada excepción se da cuando pese a existir una sentencia absolutoria –no se demostró responsabilidad penal del imputado– los bienes inicialmente incautados son de carácter intrínsecamente delictivos: por lo que, en dicho supuesto cabe el decomiso pese a una sentencia absolutoria.

Décimo Sétimo: En ese sentido, en el caso concreto se puede advertir 83
que el objeto de incautación y posterior comiso era dinero ascendiente a un monto de $ 10,240.00 dólares americanos. El dinero como tal, no es un bien intrínsecamente delictivo, salvo que este sea falsificado, o esté demostrado que proviene de un acto delictivo. En el caso concreto, a nivel de segunda instancia, no se menciona que el dinero incautado sea falsificado, ni se demuestra cabalmente que tenga procedencia ilícita; contrario a ello, el mismo Colegiado precisa que solo parte del dinero incautado no pudo ser justificado por el imputado. Por tanto, en el caso concreto competía que se declare la devolución del dinero incautado, en tanto no existían argumentos válidos para su decomiso, primando por tanto el derecho de propiedad del imputado".

Debiendo dejar sentada también nuestra discrepancia del planteamiento 84
que se hace respecto a que el dinero posee una naturaleza intrínsecamente delictiva cuando proviene de un acto delictivo.

85 En tanto, como ya vimos "intrínseco" hace referencia a "lo más interior o interno", del mismo modo que a "perteneciente o relativo a la esencia", la esencia del dinero no cambia así provenga de un acto delictivo (salvo que sea dinero falso, o sea, que en realidad no sea dinero).

V. Improcedencia del decomiso por conflicto con el proceso autónomo de extinción de dominio

86 El artículo 102 inicia su tenor con la frase: "El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito (...)".

87 Esta frase ha sido entendida por un sector de la doctrina nacional –si bien este entendimiento ha tenido lugar con motivo de la interpretación de la versión del artículo 102 que hacía referencia al proceso autónomo de pérdida de dominio, ahora reemplazado por el proceso autónomo de extinción de dominio, lo cierto es que el único cambio que ha sufrido el artículo en comento es el remplazo entre ambos tipos de procesos autónomos– en el sentido de que el proceso de extinción de dominio tiene preferencia y prima sobre todos los tipos de decomiso –de instrumentos de delito, de objetos del delito, de efectos o ganancias producto del delito y bienes intrínsecamente delictivos–.

88 No obstante, si nos atenemos a la redacción del artículo 102, nos podemos dar cuenta de que la preminencia de la extinción de dominio solo se ha establecido de modo expreso en relación de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, mas no así para los otros tipos de decomiso.

VI. Decomiso y proceso penal

89 Uno de los aspectos más sensibles en lo que corresponde al empleo del decomiso se presenta en cuanto el Código Procesal Penal no establece un mecanismo específico de incorporación al proceso –similar al que se activa en los otros casos de sujetos procesales no necesarios, como el sujeto pasivo de persecución, actor civil o tercero civilmente responsable– de las personas naturales o jurídicas contra las que existe la pretensión del decomiso.

90 Lo más que se puede encontrar de modo expreso es la previsión contenida en el artículo 318 del CPP de la medida cautelar procesal de incautación de los bienes que han sido objeto de la infracción, instrumentos con que se hubiera ejecutado o los efectos del delito de que:

"4. Si se alega sobre el bien incautado un derecho de propiedad de persona distinta del imputado o si otra persona tiene sobre el bien un derecho adquirido de buena fe cuya extinción podría ser ordenada en el caso de la incautación o del decomiso, *se autorizará su participación en el proceso.* En este caso el participante en la incautación será oído, personalmente o por escrito, y podrá oponerse a la incautación. 91

Para el esclarecimiento de tales hechos, se puede ordenar la comparecencia personal del participante de la incautación. Si no comparece sin justificación suficiente, se aplicarán los mismos apremios que para los testigos. En todo caso, se puede deliberar y resolver sin su presentación, previa audiencia con citación de las partes". 92

El tratamiento que le brinda el artículo 349 del CPP 2004 al decomiso, al momento de desarrollar los requisitos del requerimiento acusatorio, no es para nada satisfactorio, pues básicamente lo ignora. 93

En los diversos literales del numeral 1 del artículo 349 en ningún momento se hace mención expresa al decomiso ni a la persona que debe ser llamada como sujeto pasible de su imposición. 94

No se establece la necesidad de consignar los datos de identificación, tampoco la necesidad de contener la relación clara y precisa del hecho que puede fundamentar fácticamente el decomiso (muy importante, por ejemplo, cuando se trata de un tercero que no ha participado en la comisión del delito). Solo hay una referencia general al artículo de la ley penal que tipifique el hecho, la cuantía de la pena que se solicite y las consecuencias accesorias; y una referencia errada a los bienes incautados –recordemos que la incautación procede para garantizar el decomiso– como garantía del pago de la reparación civil. 95

Tampoco le reconoce expresamente posibilidad de participar del control de acusación el numeral 3 del artículo 351 CPP 2004 ("[i]nstalada la audiencia, el Juez otorgará la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o [la] admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida"). Del mismo modo que el numeral 2 del artículo 371 ha omitido prever su participación en los alegatos de apertura del juzgamiento ("[a]cto seguido, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor 96

del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas").

97 Frente a esta omisión de nuestra legislación, lo que nos dice el Derecho constitucional y humano a la tutela procesal efectiva es que la imposición de una consecuencia jurídica restrictiva de derechos requiere de la previa realización de un proceso en que la persona natural o jurídica haya tenido la posibilidad real de ejercer sus derechos y, entre ellos principalmente, el derecho de defensa.

98 Por lo que, si bien no se encuentra específicamente previsto un mecanismo procedimental para su incorporación, cuando el Ministerio Público pretenda la imposición de un decomiso debe solicitar la incorporación formal de quien podría resultar afectado con el mismo –no solo cuando haya existido una previa incautación– o, en su defecto, esta persona debe solicitarlo al juez de investigación preparatoria a efectos de poder defenderse.

99 La Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara al respecto en la sentencia del *caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (de 2 de febrero de 2001), cuando señala:

100 "123. Es evidente que la Ley 25 no se refiere a materia penal puesto que no tipifica un delito ni sanciona con una pena. Se ocupa, por el contrario, de un tema administrativo o laboral. Corresponde a esta Corte, por lo tanto, determinar el ámbito de incidencia del artículo 8 de la Convención y, en particular, si este se aplica únicamente a procesos penales.

101 124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

102 125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden 'civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo

tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes".

Posición que, como no podía ser de otra manera, ha sido ratificada hace 103
pocos años en la sentencia del *caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala:*

"71. En lo que respecta a la aplicación de las garantías contenidas en el 104
artículo 8 de la Convención Americana para procesos que no sean de naturaleza penal, la Corte recuerda que si bien esta disposición se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos (...).

73. La Corte ha señalado que el artículo 8.1 de la Convención consagra los 105
lineamientos del llamado 'debido proceso legal', que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o [un] tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos. Mientras que el artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas".

Este deficiente tratamiento procesal del decomiso explica la confusión 106
por parte del Fiscalía Superior –pretendiendo que se ordene el decomiso de un bien de titularidad de quien ha sido incorporado al proceso en calidad de tercero civilmente responsable– que se puede advertir en la Casación N° 423-2014-Puno, la cual dice que:

"Quien transportaba la mercancía era el condenado Mario Cueva Cas- 107
tro y la actuación de los representantes ni de la empresa propietaria del vehículo ha sido considerada dolosa, por lo que intra proceso ha sido considerado únicamente como tercero civil responsable, sustentando en el extremo de la comisión del delito como en la responsabilidad del autor, y al no haberse comprendido dentro del proceso el titular del bien decomisado, si no solo como tercero civil responsable considera que se estaría

dando paso a una responsabilidad meramente objetiva, que ha sido proscrita en el artículo VII del T.P. del Código Penal, indicándose entonces que siendo un límite al derecho constitucional de la propiedad el decomiso; en este caso el tribunal de mérito ha resuelto la entrega del bien en decisión judicial debidamente motivada.

108 11.3. Aunado a ello se tiene, que el Fiscal Superior, como titular de la carga de la prueba –léase el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, no logró probar que el tercero civil responsable - Empresa Distribuciones Señor de Huanca SAC, o sus representantes hayan tenido conocimiento de la utilización de los vehículos de su propiedad o prestado consentimiento para la comisión del ilícito penal por parte del sentenciado Mario cueva Castro, quien tenía la calidad de chofer profesional, responsable de transportar madera a la ciudad de Lima; siendo menester señalar al respecto lo contenido en la sentencia de vista, glosa los fundamentos de apelación del tercero civil responsable, esto es respecto a las declaraciones del conductor Mario Cueva Castro –sentenciado– '(...) los representantes de la empresa no saben nada y menos me autorizaron a transportar dicha mercadería y que ese hecho lo realizó por cuenta propia a fin de ganar dinero extra (...) nadie me ordenó efectuar dicho servicio de transporte que él mismo lo hizo por decisión personal (...) Los representantes de la empresa... no han tenido participación en los hechos materia de la presente investigación (...)' por consiguiente es estimar que el tercero civil responsable... propietario de los vehículos de placa de rodaje YQ-1272 y V1X-987, no ha tenido intervención en los hechos ilícitos; y por ello este Tribunal Supremo considera que lo resuelto por la sala de apelaciones respecto a la entrega y/o devolución del bien al tercero civil responsable, previo pago de la reparación civil solidaria ordenada en la sentencia, se encuentra conforme a ley".

VII. Bibliografía

109 Gálvez Villegas, Tomás, *Decomiso, incautación y secuestro,* Valleta ediciones, Lima, 2015; Hurtado Pozo, José / Prado Saldarriaga, Víctor, *Manual de Derecho penal,* Tomo II, 4ª edición, Lima, 2011; San Martín Castro, César, "La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito", IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación, N° 25, 2002; Vizueta Fernández, Jorge, *El comiso de las ganancias provenientes del delito y de un valor equivalentes a estas.* En: *Revista penal*, N° 19, 2007.

§ 103
Proporcionalidad

CONSTANTE CARLOS ÁVALOS RODRÍGUEZ(*)
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	799
II. Proporcionalidad del decomiso	14	802
1. Principio de idoneidad	27	804
2. Principio de necesidad	30	805
3. Principio de proporcionalidad en sentido estricto	34	806
III. Bibliografía	42	808

§ 103.- Proporcionalidad

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

I. Introducción

El artículo 103 del CP establece la posibilidad que el decomiso contemplado inicialmente como obligatorio en el artículo 102 se torne facultativo en razón a su desproporcionalidad. 1

De inicio debe llamarse la atención sobre que el paso del tiempo ha producido una descoordinación normativa en el contenido del artículo 103; debido a que no ha sido modificado en lo más mínimo en estos 28 años de vigencia del CP; cuando el artículo 102, al que se remite su texto, sí lo ha sido y en diversas oportunidades, alterándose su configuración inicial[1]. 2

(*) *Counsel* en Rebaza, Alcázar & De las Casas. Profesor de Derecho procesal penal. Curso de Especialista en Cumplimiento Normativo en Materia Penal (Universidad de Castilla - La Mancha). Programa de Especialización en *Compliance* y Buenas Prácticas Corporativas (Universidad del Pacífico). Miembro del Comité Consultivo de Gaceta Penal & Procesal Penal. Capacitador en reforma procesal penal para la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal - Ministerio de Justicia. Ha sido fiscal provincial penal corporativo titular especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Ha sido profesor en la Academia de la Magistratura. Ha sido Consultor de la UNODC - ONU para temas de reforma procesal penal en el Perú. Ha sido capacitador de los Programas de Implementación del CPP 2004 del Banco Mundial y el Ministerio de Justicia.

(1) En sentido similar: GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal*, p. 920.

3 La redacción del artículo 102 que acompañaba al artículo 103 en la versión original del CP de 1991 prescribía:

4 "El juez resolverá el decomiso o [la] que: pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción".

5 De lo que se explica que la redacción del artículo 103 *solo haga referencia* a que se podrá no decretar, por razones de proporcionalidad, el decomiso de los "efectos o [los] instrumentos referidos en el artículo 102"; sin hacer ninguna alusión a los otros tipos de decomiso que han sido incorporados después de 1991 y se contemplan en la versión actual del artículo 102; como el decomiso de los objetos del delito y de las ganancias (excluimos el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos porque entendemos que no admite excepciones).

6 Como dijimos en nuestro comentario al artículo 102, el *Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 (Asunto: Incautación)* establece que:

7 "A. Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.

8 B. Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera".

9 Identificando en un solo desarrollo los "efectos o [las] ganancias del delito", cuando lo que corresponde es distinguir entre ambas categorías, al no tratarse de sinónimos; siendo que los efectos del delito son los bienes generados en una acción delictiva; y, en cambio, las ganancias importan la ventaja patrimonial obtenida con motivo de la comisión del delito.

10 Entendidas las cosas así –del mismo modo que para quienes equiparan efectos con ganancias del delito–, no resulta fácil pensar en un supuesto en el que sea razonable permitir que el condenado mantenga su titularidad delictivamente generada sobre el bien efecto del delito. Precisamente, porque a diferencia de los instrumentos del delito el origen del dominio sobre el bien no es un origen lícito –solo que se ha hecho un mal uso del bien peligroso en

el caso de los instrumentos del delito–, sino uno ilícito que no debería surtir efectos.

Ha dicho GÁLVEZ VILLEGAS con relación a este tema que: 11

"A la fecha están vigentes múltiples normas como la Ley de Lavado de Activos (D. Leg. N° 1106), la Ley de Pérdida de Dominio (D. Leg. N° 1104), el D. Leg. N° 1100 (que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República), la Ley de Delitos Aduaneros N° 28008, y obviamente la Ley N° 30076 que modifica el propio artículo 102 del Código Penal, entre otras; estas normas han dejado claramente establecido que los *efectos del delito*, sean de lícito o ilícito comercio o intrínsecamente delictivos, deben ser incautados y decomisados en todos los casos y en su totalidad, pues no se puede permitir el enriquecimiento indebido de los agentes del delito con el producto del mismo; quedando claramente establecido que este es el fundamento del decomiso de estos productos, y deberá completarse el decomiso siempre que se pueda apreciar dicho fundamento. Obviamente todas estas normas son posteriores a la fecha de la promulgación del texto original del Código, consecuentemente, derogan tácitamente el contenido del artículo 103 del Código en el extremo que considera el decomiso facultativo o parcial de los efectos del delito, a tenor de lo dispuesto por el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, al resultar incompatible el texto de la antigua ley con el de la nueva. En tal sentido, cuando se trate de efectos del delito, el juez o la autoridad competente, está en la obligación de disponer el decomiso de todos los efectos del delito, sin que quede a su arbitrio decretarlo facultativamente o solo parcialmente, independientemente de la naturaleza del delito o la gravedad del mismo; esto es, para disponer el decomiso de efectos del delito, no resulta de aplicación el artículo 103 del Código Penal"[(2)]. 12

Coincidimos con GÁLVEZ VILLEGAS en que el fundamento del decomiso de los efectos del delito no permite hacer excepciones respecto del decomiso; mas no con el hecho de que se haya producido una derogación tácita del contenido del artículo 103 en la parte referida a dicho tipo de decomiso; pues, en relación a las leyes de lavado de activos, pérdida de dominio, entre otras, el artículo 103 sigue manteniendo la condición de regular una excepción a la regla. 13

(2) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *Decomiso, incautación y secuestro*, pp. 101-102.

II. Proporcionalidad del decomiso

14 El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas resoluciones sobre la trascendencia del principio de proporcionalidad en las decisiones estatales que impliquen la restricción de derechos fundamentales; pudiéndose, por ejemplo, encontrar en la *STC Exp. Nº 2235-2004-AA/TC-Lima. Grimaldo Saturdino Chong Vásquez* (de 18 febrero de 2005):

15 "Este Tribunal ha afirmado que la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200 de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.

16 Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonablidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

17 Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquel.

18 A su vez, en el Fundamento jurídico 109 de la STC Nº 0050-2004-AI/TC, este Tribunal afirmó que el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental.

19 Como quiera que la elección entre diversas alternativas se encuentra dentro la esfera de discrecionalidad que la Constitución ha brindado al Poder

Legislativo, este Tribunal ha declarado que una medida será innecesaria o no satisfacerá este segundo subprincipio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado.

Asimismo, en la misma STC N° 0050-2004-AI/TC, este Tribunal destacó que '(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental' (f. j. 109)". 20

La legalidad es una garantía sustancial para el adecuado ejercicio del poder estatal, pues establece la necesidad de la contemplación expresa y el desarrollo en una norma legal ordinaria de las restricciones que se pueden imponer legítimamente a los derechos fundamentales. La ley debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos[3]. 21

Mas esta garantía no le otorga al legislador ordinario, en general, una potestad de disposición absoluta sobre las restricciones de los derechos fundamentales de las personas, ni habilita al órgano jurisdiccional, en general, para una "fría aplicación de la ley". La función legislativa, del mismo modo que la jurisdiccional, debe someterse, además de a la legalidad, a un número importante de condicionamientos de naturaleza constitucional. En este sentido, toda restricción de los derechos fundamentales debe tender a la consecución de fines legítimos. 22

De esta manera, se introducen en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de los derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos, los que precisan gozar de fuerza constitucional suficiente para enfrentar a los valores representados por los derechos constitucionales restringidos[4]. 23

La legitimidad de la justificación teleológica se debe buscar en la verdadera intención del órgano estatal que regula o adopta la medida en el caso concreto, pues podrían existir finalidades encubiertas que resulten ilegítimas. 24

(3) González-Cuéllar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 77.
(4) Ibídem, p. 69.

Por ejemplo, en Alemania se han denunciado numerosos "motivos apócrifos de detención", como fomentar la predisposición a confesar o la predisposición a cooperar, facilitar las investigaciones, satisfacer la presión de la opinión pública, otorgar concesiones a las autoridades encargadas de la investigación(5).

25 No obstante la importancia que se le debe reconocer a la legitimidad de la justificación teleológica en la determinación del contenido material de las posibles restricciones de los derechos fundamentales, debe destacarse con GARCÍA MORILLO(6) que "el fin, por constitucionalmente lícito o hasta constitucionalmente tutelado que sea, no justifica, en sí y por sí, la constitucionalidad de la medida, ni puede erigirse en el único elemento de determinación de la proporcionalidad, pues un fin como la protección de personas y bienes tornaría, en sí y por sí, en proporcional cualquier medida. La proporcionalidad debe, por eso, evaluarse atendiendo no solo a la finalidad de la medida, sino también y, sobre todo, a la medida misma y a la restricción que impone al ejercicio del derecho constitucionalmente consagrado". Por lo que debe reconocérsele razón a AGUADO CORREA, quien señala que en su aspecto central el principio de proporcionalidad concierne a la cuestión de qué medios son admisibles para la consecución de un fin pretendido(7).

26 La no infracción del principio de proporcionalidad no solo pasa por la legalidad y la legitimidad de la justificación teleológica de la restricción, sino que también se deben observar determinados requisitos intrínsecos al acto estatal concreto, los cuales son: su idoneidad, su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

1. Principio de idoneidad

27 Este principio, denominado también "de adecuación", se encuentra referido a la capacidad que debe tener la restricción de los derechos fundamentales a la que se recurre en calidad de medio para posibilitar el logro de la finalidad constitucional perseguida. La idea base es que una injerencia en los derechos fundamentales carente de utilidad, por inidónea para el logro del fin perseguido, resulta claramente desproporcionada.

(5) ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, p. 259. Para Italia, denunciando mandamientos de captura "teleológicamente dirigidos a objetivos no legítimos", FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, p. 771.

(6) GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, p. 70.

(7) AGUADO-CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 67.

Es necesario precisar que para que un medio pueda ser considerado idó- 28
neo no se exige una eficacia absoluta en el logro de la finalidad perseguida. La restricción es idónea si con su empleo la satisfacción del fin deseado se acerca o facilita, y no lo es si se aleja o dificulta o, simplemente, en los casos más claros, si la injerencia no despliega absolutamente ninguna eficacia para la consecución del fin previsto por la norma(8).

Explica GÓNZALEZ CUELLA-SERRANO que el juicio de idoneidad requiere de 29
la comprobación de la adecuación cualitativa de la medida (las medidas deben ser idóneas por su propia naturaleza), de la adecuación cuantitativa (su duración y su intensidad deben ser las exigidas por la finalidad que se pretende alcanzar) y de la adecuación en el ámbito subjetivo de aplicación (la individualización de los particulares cuyos derechos sea preciso restringir con objeto de alcanzar el fin de las normas que habilitan la injerencia)(9).

2. Principio de necesidad

Este principio, también denominado "de subsidiariedad", "de la alter- 30
nativa menos gravosa" o "de mínima intervención", importa la obligación de imponer entre la totalidad de las medidas restrictivas que resulten idóneas la que signifique el menor grado de limitación a los derechos de la persona, el menor sufrimiento, la medida menos lesiva.

En palabras de DE HOYOS(10): 31

"Se trata ahora de una regla comparativa, pues en su aplicación no basta 32
con examinar aisladamente el contenido de la medida objeto de examen, sino que obliga a la búsqueda de medidas alternativas suficientemente idóneas para la consecución del fin pretendido; de entre ellas, solo se afirmará necesaria la menos gravosa para el derecho afectado por la intervención, por lo que de esta manera se obtiene la máxima eficacia de los derechos fundamentales limitados. No es bastante con la eliminación de las medidas excesivamente gravosas; más aún, es necesario excluir todas aquellas medidas que no sean la menos lesiva de todas las que presentan aptitud suficiente para la realización del fin".

(8) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Op. cit.*, p. 156.
(9) Ampliamente, ibídem, pp. 160-185.
(10) DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, pp. 68-69.

33 En el juicio comparativo no se requiere verificar un idéntico grado de idoneidad entre las diversas medidas restrictivas, basta con que se trate de medios suficientemente eficaces para conseguir la finalidad perseguida. Exigir un idéntico grado de idoneidad imposibilitaría la aplicación del principio de necesidad, pues normalmente la medida más gravosa asegura con mayor intensidad que la medida más benigna la consecución del fin perseguido(11).

3. Principio de proporcionalidad en sentido estricto

34 Este principio exige determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá considerarse inadmisible, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad(12).

35 Para la ponderación de la proporcionalidad en su sentido estricto debe incluirse no solo la restricción del derecho sobre el que, por definición, la medida debe incidir, sino la totalidad de las consecuencias nocivas que habrá de sufrir el ciudadano, incluso las que no hayan sido previstas normativamente o no hayan sido queridas por el órgano que decide la restricción(13). Dichas afecciones deberán tomarse en cuenta siempre que el juzgador pueda sostener un pronóstico bastante seguro sobre los efectos colaterales de las injerencias(14).

36 El juicio de proporcionalidad en sentido estricto también exige reparar en el caudal probatorio que pueda existir para la injerencia estatal en los derechos de las personas; tratándose de medidas de coerción –que se caracterizan por su provisionalidad– el análisis puede ser de grados de probabilidades; pero cuando se trata de consecuencias jurídicas –que son definitivas– se tienen necesariamente que exigir certezas.

37 En este marco, el legislador se ha limitado a contemplar expresamente en el artículo 103 uno de los posibles criterios atinentes al examen

(11) González-Cuéllar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Op. cit.*, p. 197.
(12) Ibídem, p. 225.
(13) Cfr. Hassemer, W., "Los presupuestos de la prisión preventiva", p. 120.
(14) Cfr. González-Cuéllar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Ob. cit.*, p. 274.

de proporcionalidad en sentido estricto; cuál es que el valor de los instrumentos del delito no guarde proporción con la naturaleza y la gravedad de la infracción penal; supuesto en que el juez podrá no decretar el decomiso o decretarlo solo parcialmente.

La excepción se encuentra dirigida principalmente a los casos en que el 38
valor en concreto del bien utilizado como instrumento de delito –que demuestra su peligrosidad objetiva– será cuantioso y no guardará una relación de proporcionalidad con la trascendencia del bien jurídico penalmente protegido, el grado de su afectación y la forma de su ataque; por lo que sería claramente arbitrario una injerencia en el derecho constitucional al patrimonio de la persona en modo de decomiso.

Por ejemplo, cuando una navaja de oro macizo fue empleada en una legí- 39
tima defensa imperfecta por el tercero que no provocó la agresión; cuando la pistola de aire comprimido que fue disparada en estado de ebriedad no causó ningún daño a las personas; cuando se ha usado un cargador frontal para producir daños cuyo valor no superan los 1000 soles.

GÁLVEZ VILLEGAS menciona como ejemplos: 40

"Si se tratase de un inmueble en el que su propietario utilizó una pequeña 41
habitación para almacenar la droga configurativa del delito de tráfico ilícito de drogas, no se puede disponer del decomiso del inmueble, en el cual, además vive el imputado con su familia, pese a que el mismo (una fracción de este) sirvió como medio para cometer el delito (almacenar –estar en posesión de la droga con fines de comercialización–) y a pesar de la gravedad del delito. Asimismo, tampoco resultará razonable y proporcional decomisar un camión-trailer porque en este se estaba transportando 5 kg. de ácido sulfúrico sin el permiso correspondiente y se presume que tenía como destino la fábrica de droga. Igualmente, no será razonable que se decomise el vehículo que estaba siendo conducido por su propietario a quien se le encontró que había ingerido una mínima cantidad de bebidas alcohólicas y por ello dio positivo en la prueba de alcoholemia"[15].

(15) GÁLVEZ VILLEGAS, T., *Decomiso, incautación y secuestro*, pp. 101-102.

III. Bibliografía

42 AGUADO-CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal,* Madrid, 1999; DE HOYOS SANCHO, Montserrat, *La detención por delito,* Navarra, 1998; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *Decomiso, incautación y secuestro;* GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal,* Lima, 2012; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, La Coruña, 1990; HASSEMER, Winfried, "Los presupuestos de la prisión preventiva". En: *Critica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Los límites de la prisión preventiva.* Buenos Aires, 2003; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1997.

§ 104
Privación de beneficios obtenidos por infracción penal a personas jurídicas

MADELAINE REYES GASTELÚ
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	809
II. La reparación civil como objeto de la privación de beneficios	2	810
III. Realización de un injusto penal	4	811
IV. Que haya sido cometido por un funcionario de la empresa	5	811
V. La infracción penal debe realizarse durante el ejercicio de la actividad empresarial	6	812
VI. Deben existir beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción penal.	12	813
VII. Bibliografía	13	814

§ 104.- *"El juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes".*

I. Introducción

Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce en las personas jurídicas la 1
capacidad de cometer actos ilícitos, sino que toda la responsabilidad recae sobre sus funcionarios y sus directivos, aquellos que se encargan del manejo y el desarrollo de la persona jurídica. En ese sentido, a través del Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-116 mediante el cual se examinan las consecuencias accesorias dirigidas contra las personas jurídicas, haciendo énfasis en el respeto de principios y derechos procesales que se deben cumplir al momento de imponerlas; posteriormente, se publicó la Ley N° 30424 (Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, modificada y ampliada en sus alcances por la Ley N° 30835). Con lo cual se reafirma que nuestro ordenamiento jurídico le concede a las personas jurídicas, en última instancia y para casos específicos, una responsabilidad administrativa, mas no penal; sin embargo, dichas consecuencias accesorias que le acarrea esta responsabilidad, afectan sus derechos

y facultades, e incluso su personería jurídica, pues, como veremos a continuación, puede implicar incluso su disolución.

II. La reparación civil como objeto de la privación de beneficios

2 Como habíamos señalado, el sistema jurídico penal peruano no permite que las personas jurídicas puedan cometer delitos. La responsabilidad de los hechos delictivos cometidos en el ámbito o beneficio de una persona jurídica se atribuye a la persona física autora de los hechos. Lo que sí se encuentra previsto es la imposición de consecuencias jurídicas relacionadas con la comisión de hechos delictivos por sujetos vinculados a las personas jurídicas. En el caso en comento, el artículo 104 del Código Penal señala que la intervención del juez penal sobre los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la reparación civil subsidiaria de la persona jurídica en caso que sus funcionarios o sus dependientes vinculados sancionados por la comisión de un delito no tengan la capacidad económica para asumir el pago de la reparación civil[1] que se les haya impuesto en la sentencia.

3 Para que se efectivice esta restricción será necesario que se haya establecido en el proceso penal el vínculo de la actuación de los imputados con la persona jurídica, su responsabilidad por la comisión del hecho ilícito y, necesariamente, que la persona jurídica haya sido incluida en el proceso de conformidad con lo establecido en el artículo 100 del Código de Procedimientos Penales o en el artículo 111 del nuevo Código Procesal Penal, como tercero civilmente responsable[2]. Finalmente, esta privación de beneficios, solo incluye los beneficios pecuniarios que haya percibido la empresa a consecuencia de la realización de la actividad ilícita y siempre que las personas naturales no puedan cubrirla.

(1) El artículo 93 del Código Penal establece que la reparación civil comprende: "1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, 2. La indemnización de los daños y perjuicios".

(2) "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 (...) con tal efecto, la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en sede de instrucción en una resolución judicial de imputación", *vide* Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-116s.

III. Realización de un injusto penal

Lo que se exige en este presupuesto es que se haya declarado en el órgano 4
jurisdiccional, a través de sentencia firme y motivada, que existe responsabilidad penal en los funcionarios o los dependientes de la persona jurídica y que, como ya se ha señalado, se haya establecido el vínculo entre ellos y la empresa. Ahora bien, en tanto el artículo 104 del Código Penal consigna la frase "infracción penal", podría interpretarse que esta responsabilidad civil no requiere que el hecho punible sea una conducta típica, antijurídica y culpable, debido a que, de concurrir una causa de inculpabilidad sobre las personas naturales, ello no eximiría de la fijación de una reparación civil, por los daños y los menoscabos causados en los agraviados por el injusto penal. Sin embargo, realizando una interpretación sistemática y restrictiva, tanto del artículo 104 del Código Penal como de los artículos 92[3] y 93 del mismo cuerpo normativo, queda claro que la reparación civil dentro del proceso penal solo puede fijarse conjuntamente con la sentencia condenatoria, por lo que no es posible que exista reparación civil, sin sentencia condenatoria, esto es, sin declaración de responsabilidad penal sobre personas naturales[4]. Ello no implica, sin embargo, que el agraviado mantenga vigente su derecho a acudir en el ámbito civil a exigir la reparación de los daños causados.

IV. Que haya sido cometido por un funcionario de la empresa

En el artículo 27 del Código Penal establece que: "El que actúa como 5
órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada", por lo que, invocando este artículo, cualquier trabajador socio o representante puede ser autor en representación de la empresa; sin embargo, se requiere determinar el comportamiento y el sujeto que compromete en su responsabilidad a la persona jurídica, pues lo que da pie a esta sanción es la determinación de dicha

(3) "Artículo 92.- Oportunidad de su determinación
La reparación civil se determina conjuntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena".

(4) "La reparación civil entonces, se constituye como una de las consecuencias jurídicas del delta, que se impone –conjuntamente con la pena– a la persona responsable de la comisión de un delito, con la finalidad de resarcir el daño ocasionado a la víctima". Casación N° 657-2014-Cusco, f. j. 12, precedente vinculante.

vinculación, ya que los funcionarios, los trabajadores e incluso los órganos de representación de las empresas pueden cometer ilícitos penales al margen de su desempeño o su función dentro de la empresa. Así, en el ámbito penal con la figura del actuar en nombre de otro, se reconoce la actuación de un sujeto que compromete con su comportamiento a la persona jurídica; por sujeto debemos entender no solo al reconocido formalmente como representante legal, sino que se amplía esta categoría a otros sujetos materiales, a personas que, aunque no posean un reconocimiento jurídico para representar a la persona jurídica, actúan materialmente comprometiéndola y actuando en su beneficio. Es lo que en doctrina se denomina el representante de hecho(5).

V. La infracción penal debe realizarse durante el ejercicio de la actividad empresarial

6 Para poder ejecutar la privación de los beneficios obtenidos por la empresa, la infracción penal que cometieron los funcionarios o los dependientes de la misma debió ser realizada en el ejercicio de la actividad empresarial. En este punto, y en mérito de lo contemplado en la Ley N° 30424 en su artículo 3 se señala que:

7 "Las personas jurídicas a que se hace referencia en el artículo 2 son responsables administrativamente por el delito (...), cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto por:

8 a. Sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

9 b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y [el] control de los gestores y [los] órganos mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.

10 c. Las personas naturales señaladas en el literal precedente cuando, en atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o derecho,

(5) *In extenso*, García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, p. 173 ss.

representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica".

Se reconocen dos formas de demostrar la existencia de esta conexión entre la infracción penal y la actividad empresarial. La primera implica que la empresa sin más requisitos debe responder porque alguno de sus representantes o dependientes comete un delito en su beneficio, esta vinculación que debe existir entre el injusto penal y la actividad empresarial es lo que se denomina el "hecho de conexión"(6). La segunda, cuando la empresa no haya impedido o dificultado la comisión del delito por parte de sus funcionarios o sus dependientes, debido a que se encuentra defectuosamente organizada, a esto se le denomina "responsabilidad por el hecho propio", donde se responsabiliza penalmente a la empresa por un defecto de organización(7). Este defecto se encuentra conceptualizado como la falta de un sistema de cumplimiento normativo en relación con los delitos por los que puede responder o en contar con uno que es inadecuado o que simplemente no ha funcionado. Si bien no existe un deber jurídico institucionalizado de estar organizado en *compliance* cuyo cumplimiento deba ser por sí mismo sancionado, se considera una incumbencia suya hacerlo(8). 11

VI. Deben existir beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción penal

El artículo 104 del Código Penal exige que se obtenga un beneficio a consecuencia de la comisión de la infracción penal. En ese sentido, la acción realizada tiende a conseguir un beneficio, siendo necesario que dicho beneficio se haga efectivo. Cabe incluso que el agente haya tenido la voluntad de beneficiarse a sí mismo o de un tercero ajeno a la persona jurídica, pero si, a pesar de ello, la empresa termina beneficiándose, estos beneficios pueden ser pasibles de privación por parte del juez penal para cubrir el pago de la reparación 12

(6) *Vide* García Cavero P., *Criminal Compliance*, p. 113.

(7) Ibídem, p. 115.

(8) "*De lege lata*, en un buen número de países europeos (Alemania, Austria, España, Italia, Austria, etc.), la responsabilidad propia de la empresa se basa ya en un defecto de organización o en la denominada 'culpabilidad por defecto de organización'. Los programas de cumplimiento constituyen el conjunto de medidas que la empresa debe adoptar para contar con una organización virtuosa y no ser responsable penalmente o ver rebajada su sanción en el caso en el que alguno de sus empleados (administradores, directivos, trabajadores, etc.) realice un delito en el desempeño de sus funciones". Nieto Martín, Adán, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal". En: *Temas de Derecho penal económico: empresa y* compliance. *Anuario de Derecho penal 2013-2014*, p. 181.

civil. Debe valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella[9]. Puede que el beneficio implique la obtención de cualquier clase de ventaja, no solo económica, sino de cualquier otra índole, incluyendo cualquier otro elemento menos tangible, como el prestigio social, mercantil, etc.[10], pero para la aplicación del artículo 104 del Código Penal debe traducirse en beneficios obtenidos que puedan cuantificarse para pagar la reparación civil.

VII. Bibliografía

13 García Cavero, Percy, *Criminal Compliance*. Pacífico, Lima, 2017; García Cavero, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. J. M. Bosch, Barcelona, 1999; Gómez Tomillo, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters - Aranzandi, Pamplona, 2015; Magro Servet, Vicente, *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención* (compliance). Wolter Kluwer, 2017; Nieto Martín, Adán, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal". En: *Temas de Derecho penal económico: empresa y* compliance. *Anuario de Derecho penal 2013-2014*. Disponible en <www.unifr.ch>.

(9) Cfr. Magro Servet, V., *Guía Práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención* (compliance), pp. 100-101.

(10) Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 116.

§ 105
Medidas aplicables a las personas jurídicas

ROXANNA REYES TELLO
Notaria pública
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	816
II. Naturaleza jurídica de las medidas aplicables a las personas jurídicas	2	817
1. Naturaleza penal de las medidas aplicables a la personas jurídicas	2	817
2. Naturaleza extrapenal de las medidas aplicables a las personas jurídicas	4	817
2.1. Medidas de carácter administrativo	6	818
2.2. Medidas de seguridad orientadas a la protección de la sociedad frente al peligro de las personas jurídicas	8	818
2.3. Las medidas aplicables a las personas jurídicas como consecuencias accesorias de carácter civil	10	819
III. Las consecuencias accesorias en la legislación penal peruana	12	820
1. Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias	13	820
1.1. Las consecuencias accesorias como penas	14	820
1.2. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas	16	821
1.3. Toma de posición.	18	821
2. Presupuestos de imposición de las consecuencias accesorias	20	822
2.1. Presupuestos materiales	21	822
2.2. Presupuestos procesales	29	824
3. Clases de medidas aplicables	30	825
3.1. Decomiso de las ganancias obtenidas ilícitamente	30	825
3.2. Clausura de locales o establecimientoscon carácter temporal o definitivo (§ 105 inc. 1)	31	825
3.3. La disolución y liquidación de la sociedad, asociación,fundación, cooperativa o comité (§ 105 inc. 2)	33	825
4. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años (§ 105 inc. 3)	34	826
5. 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 (§ 105 inc. 4)	35	826
6. Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias (§ 105 inc. 5)	37	827
7. La intervención de la persona jurídica (§ 105 último párrafo)	38	827

§ 105.- Medidas aplicables a las personas jurídicas

"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.

5. Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un periodo de dos años.

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

I. Introducción

1 Las medidas aplicables a las denominadas personas jurídicas son una consecuencia de la necesidad político-criminal de proteger los intereses económicos. A nivel teórico, dichas medidas son clasificadas en dos grupos: de naturaleza penal y de carácter extrapenal. En los epígrafes siguientes se realiza un análisis de dicha problemática, la cual –como ya se vio– se encuentra regulada en el artículo 105 del Código Penal peruano. El presente análisis se divide en dos partes: en un primer momento se realiza tanto un estudio general de la naturaleza penal y extrapenal de las medidas aplicables a las personas jurídicas como un análisis de la naturaleza de las medidas aplicables a las personas jurídicas que contempla el artículo 105 del Código Penal peruano. En la segunda parte, se analizan cada una de las medidas aplicables que contempla el § 105 del CP.

II. Naturaleza jurídica de las medidas aplicables a las personas jurídicas

1. Naturaleza penal de las medidas aplicables a la personas jurídicas

La naturaleza penal de las medidas aplicables a las personas jurídicas se 2
encuentra vinculada –entre otras cuestiones– a la función, fines y forma de determinación. Este tipo de medidas se encuentra establecido en diversos sistemas jurídico-penales en los cuales el propio legislador ha establecido que las sanciones aplicables a las personas jurídicas tienen naturaleza de auténticas penas. Tal regulación se encuentra –entre otros– en los sistemas jurídicos de Chile, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Holanda, Noruega, y Suiza, los cuales consagran la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en consecuencia, prevén la imposición de penas a dichas instituciones.

A partir del reconocimiento de la naturaleza jurídico-penal de las san- 3
ciones que se aplican a las personas jurídicas, los referidos sistemas jurídico-penales han consagrado la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en tres modelos: el modelo autónomo, el modelo herterónomo y el modelo mixto. Conforme al modelo autonómo, las personas jurídicas son responsables por su propia organización; de acuerdo al modelo heterónomo, las personas jurídicas responden por lo que hacen sus representantes o directivos; por su parte, de acuerdo al modelo mixto, la imputación de delitos y la consecuente aplicación de penas a las personas jurídicas están vinculadas a la incorrecta organización de la propia empresa y de sus representantes.

2. Naturaleza extrapenal de las medidas aplicables a las personas jurídicas

La naturaleza extrapenal de las medidas aplicables a las personas jurídi- 4
cas es común a los sistemas jurídico-penales que no contemplan la responsabilidad penal de dichas instituciones. Ello se debe a que en dichos sistemas jurídicos solo se establecen sanciones de índole extrapenal, pero en ningún caso se contempla la adscripción de delitos a las personas jurídicas y, por lo tanto, tampoco se asigna naturaleza jurídico-penal alguna a dichas sanciones.

Como medidas extrapenales se encuentran las de carácter administrativo, 5
las de índole semiadministrativo y las de naturaleza civil.

2.1. Medidas de carácter administrativo

6 En la mayoría de los países la legislación prevé la imposición de sanciones administrativas a las personas jurídicas. Ello lleva implícito el reconocimiento que las personas jurídicas poseen capacidad para realizar injustos administrativos, pues solo así se puede fundamentar o justificar la imposición de sanciones o medidas administrativas. En Alemania, esta tesis es defendida por OTTO, quien es partidario de aplicar medidas sancionatorias de supervisión a las personas jurídicas. En la doctrina española, GRACIA MARTÍN también acepta la imposición de sanciones administrativas a la persona jurídica, sin embargo, dicho autor no fundamenta la imposición de dichas sanciones en la realización de injustos administrativos –a saber, la personas jurídicas no pueden configurar tales injustos porque son incapaces de realizar acciones–, sino en la peligrosidad de estas. En tal sentido, el fundamento de las sanciones administrativas aplicables a las personas jurídicas radicaría en la mera peligrosidad objetiva de dichas instituciones.

7 Frente al punto de vista expuesto, un sector de la doctrina sostiene que las sanciones aplicables a las personas jurídicas no pueden ser –ni son– de índole administrativa, porque las sanciones administrativas, por su propia naturaleza, no poseen la fuerza suficiente para cumplir las funciones preventivo-generales y preventivo-especiales frente a la capacidad lesiva de las personas jurídicas. A mi juicio, esta observación es muy atinada, porque las sanciones administrativas –que en su mayoría son de naturaleza económica, por ejemplo, multas– no tienen el efecto comunicativo social que tiene la sanción penal y ello produce inevitablemente un déficit en los efectos preventivos sobre el proceder antijurídico de las personas jurídicas. Por eso, no solo un gran sector de la dogmática penal, sino y, sobre todo, muchos sistemas normativos jurídico-penales contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por lo tanto, la imposición de penas.

2.2. Medidas de seguridad orientadas a la protección de la sociedad frente al peligro de las personas jurídicas

8 Otro sector de la doctrina sostiene que las medidas aplicables a las personas jurídicas previstas en no pocos sistemas jurídico-penales son verdaderas medidas de seguridad. De ello se infiere que –conforme a dicho punto de vista– las personas jurídicas sí realizan injustos penales, pero no poseen capacidad de culpabilidad. En otras palabras, las personas jurídicas sí tienen capacidad para realizar acciones típicas y antijurídicas, pero carecen de capacidad de culpabilidad. Por ello, pese a que las personas jurídicas serían capaces de

realizar injustos penales, la aplicación de las medidas (de seguridad) no se fundamentarían en la culpabilidad de dichos entes colectivos, sino en la peligrosidad que subyace en la organización defectuosa de estos en torno a la configuración de hechos punibles futuros.

En torno a la tesis expuesta cabe decir lo siguiente. Si se acepta la premisa 9
que las personas jurídicas realizan injustos penales sin culpabilidad, entonces resulta plausible defender que a las personas jurídicas solo se les puede imponer medidas de seguridad, porque la imposición de dichas medidas no estaría –ni podría estar– orientada a cumplir funciones preventivo-generales (postivas y/o negativas) o preventio-especiales resocializadoras, sino a proteger a la sociedad frente a la fuente de peligro que representa la persona jurídica. No obstante, si se tiene como premisa general la función preventiva que cumplen las actuales medidas aplicables a las personas jurídicas –es decir, una función totalmente contraria a la función curativa de las medidas de seguridad–, entonces, no queda otra alternativa que dejar de lado dicho postulado, porque las medidas de seguridad solo pueden aplicarse a los seres humanos, mas no a las personas jurídicas. Las medidas aplicables a las personas jurídicas poseen una naturaleza distinta respecto de las medidas de seguridad aplicables a los seres humanos peligrosos que cometen injustos penales sin culpabilidad.

2.3. Las medidas aplicables a las personas jurídicas como consecuencias accesorias de carácter civil

Un tercer grupo de la dogmática jurídico-penal –siguiendo lo establecido 10
en los sistemas jurídicos punitivos de cada país– sostiene que las medidas aplicables a las personas jurídicas ni son sanciones administrativas ni medidas de seguridad. Ello se debería a que ni la imposición de sanciones administrativas ni la imposición de medidas de seguridad responden a la necesidad de hacer frente a la peligrosidad de cometer hechos futuros que emana de la estructura organizada de la persona jurídica.

Según este parecer, la imposición de penas a quienes conducen la activi- 11
dad de las personas jurídicas (v. gr., directivos, gerentes, administradores, etc.) tampoco elimina la peligrosidad delictiva de las empresas, porque dichos directivos solo constituyen una pieza más del organigrama delictivo de la persona jurídica. Pues desde su perspectiva, la simple aplicación de penas a personas individuales carece de todo efecto preventivo, ya que las personas jurídicas no tendrían inconveniente alguno en reemplazar a sus directivos o personal que es objeto de un proceso penal o de la imposición de una pena. En dicho contexto, una alternativa plausible sería la imposición de medidas directas a las

personas jurídicas, las cuales no solo estén encaminadas a eliminar la peligrosidad criminal y criminógena que deviene de las estructuras complejas de las personas jurídicas, sino también a la internalización de una correcta cultura económica empresarial. Estas medidas serían las denominadas consecuencias accesorias que se encuentran reguladas en la mayoría de sistemas jurídico-penales, por ejemplo, el sistema jurídico-penal peruano. De dicho análisis tratan los siguientes acápites.

III. Las consecuencias accesorias en la legislación penal peruana

12 El sistema jurídico-penal peruano consagra las consecuencias accesorias como medidas aplicables a las personas jurídicas, porque tanto el Código Penal de 1991 como la legislación especial se han adherido a dicha tendencia. En el Código Penal –como ya se vio anteriormente–, las consecuencias accesorias se encuentran reguladas en los §§ 105 y 105-A. Por su parte, en la legislación especial, las consecuencias accesorias están reguladas –entre otros cuerpos normativos– en el § 17 del D. Leg. N° 813 (Ley Penal Tributaria) y en el § 11 de la Ley N° 28008 (Ley de Delitos Aduaneros).

1. Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias

13 En concordancia con lo establecido en el ítem II referido a la naturaleza de las medidas aplicables a las personas jurídicas, también existen posiciones encontratas en torno a la naturaleza de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas que regula el § 105 del Código Penal peruano. A continuación se hace un breve recuento de dichas tesis.

1.1. Las consecuencias accesorias como penas

14 Para una parte de la dogmática jurídico-penal, las consecuencias accesorias previstas en el § 105 del CP son auténticas penas. El fundamento de tal postulado radica en consideraciones materiales conforme a las cuales las denominadas consecuencias accesorias y las penas solo presentan diferencias formales o terminológicas, mas no sustantivas. En el plano material, penas y consecuencias accesorias presentarían la misma esencia, es decir, las consecuencias accesorias serían penas encubiertas.

15 Frente a dicho postulado convergen cuatro argumentos que denotan su falibilidad. En *primer lugar*, las medidas aplicables a las personas jurídicas previstas en el § 105 del Código Penal peruano no son penas, porque su

imposición no es principal, sino accesoria o secundaria. Ello se refleja en la necesidad de que los directivos, gerentes o administradores de la persona jurídica sean declarados culpables a efectos de que se imponga a la persona jurídica cualquiera de las medidas que se encuentran reguladas en el § 105. En *segundo lugar*, las medidas aplicables a las personas jurídicas reguladas en el § 105 CP no exigen lo que requiere la imposición de una pena: la participación de la persona jurídica como imputada en un proceso que cuente con todas las garantías del debido proceso. Frente a lo argumentado se podría decir que las consecuencias accesorias se imponen en el marco de un proceso penal y que, por lo tanto, el segundo argumento queda sin efecto. Ante dicha hipótesis cabe precisar que el hecho de que las consecuencias accesorias sean determinadas e impuestas dentro de un proceso penal no adscribe a dichas medidas la naturaleza de penas, porque estas no poseen mensajes comunicativos propios de la pena. En *tercer lugar*, el *quantum concreto* de las medidas aplicables a las personas jurídicas que se encuentran establecidas en el § 105 no se fundamenta en la gravedad del hecho y en la culpabilidad de la persona jurídica, sino en la peligrosidad de la organización empresarial. En *cuarto lugar*, las consecuencias accesorias no son penas, porque estas no se consideran como tales en el § 28 del Código Penal, el cual regula todas las clases de pena que existen en el ordenamiento jurídico-penal peruano.

1.2. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas

16 Un segundo grupo de académicos sostiene que las consecuencias accesorias son medidas preventivas que están orientadas a evitar la peligrosidad de la actividad empresarial. Por lo demás, se refiere que las consecuencias accesorias son medidas preventivas de carácter administrativo o civil que se imponen en el marco de un proceso penal debido a consideraciones de economía procesal.

17 Contra dicha tesis cabe precisar lo que ya se dijo *supra* (II, 2.2.): las medidas aplicables a las personas jurídicas no son medidas de seguridad porque las primeras, a diferencia de las segundas, no tienen como finalidad el tratamiento curativo del agente del delito y la protección de la sociedad frente al peligro que representa el autor o partícipe –fin de las medidas de seguridad–, sino a prevenir la innegable peligrosidad organisativa empresarial de la persona jurídica.

1.3. Toma de posición

18 Desde mi perspectiva, las medidas aplicables a las personas jurídicas que se encuentran establecidas en el § 105 del Código Penal peruano son medidas

administrativas que tienen como finalidad evitar o prevenir la realización de delitos futuros desde el seno de las estructuras empresariales. Ello significa que la imposición de las mismas no requiere la comprobación de la culpabilidad de los directivos u órganos de representación, etc., de la persona jurídica, sino solo la realización de un injusto penal por algún miembro de la estructura empresarial y en el ejercicio de la actividad empresarial. En tal sentido, la peligrosidad o prognosis de comisión de hechos punibles futuros por la organización empresarial solo será valorada en forma complementaria a efectos de imponer las denominadas consecuencias accesorias.

19 Por lo demás, no existe inconveniente alguno en que penas y consecuencias accesorias coexistan como consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas cuando se cometen injustos penales desde la estructura organisativa o en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica.

2. Presupuestos de imposición de las consecuencias accesorias

20 La imposición de consecuencias accesorias requiere la existencia de determinados presupuestos que se encuentran establecidos en el § 105 del Código Penal. Dichos presupuestos o requisitos son de carácter material y de índole procesal.

2.1. Presupuestos materiales

21 Los presupuestos materiales para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica son la existencia de un hecho principal, la prognosis de realización de hechos futuros, la realización del hecho punible en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o que se haya realizado para favorecerla o encubrirla y la proporcionalidad de la medida.

a. Hecho principal

22 El primer presupuesto de la imposición de consecuencias accesorias a las personas jurídicas requiere que se cometa un hecho punible por una persona individual (v. gr., directivo o miembro de los órganos de representación de una persona jurídica, etc.). Queda claro que la persona que realiza el hecho punible debe tener un vínculo contractual con la persona jurídica a efectos de que se considere que el agente ha cometido el injusto utilizando la organización empresarial. De lo contrario –si no existe dicho vínculo contractual– no se habrá cometido un hecho principal en el sentido del § 105 CP, porque el

hecho punible no habrá sido realizado por una persona que reúne las cualidades del sujeto activo exigidas por el § 105.

b. Realización del hecho punible en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o que se ha realizado para favorecerla o encubrirla

Este requisito es un complemento del anterior; pues, conforme a este presupuesto, se requiere que el hecho punible principal se configure: 1) en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica; y 2) como consecuencia de su organización. 23

La realización del hecho punible en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica significa que el delito debe ser cometido en el contexto de la actividad institucional del ente colectivo, con independencia de si la realización de tal hecho punible es o no favorable económicamente a la persona jurídica. De ello se infiere que el término "para favorecerla" no debe ser entendido como beneficio patrimonial, sino como ventaja institucional. 24

Por su parte, la realización del hecho principal como expresión de la organización de la persona jurídica se expresa, sobre todo, en dos contextos. Por un lado, cuando la propia organización de la persona jurídica favorece la realización del hecho punible, debido a una deficiente organización (v. gr., falta de control o de supervisión). Tal favorecimiento se puede presentar bien en la actuación de la persona individual en calidad de autor, bien en calidad de partícipe. Por otro lado, el favorecimiento de la organización de la persona jurídica se puede presentar mediante el encubrimiento de hechos punibles ya cometidos. 25

Por lo demás, cabe realizar dos precisiones en torno al término "hecho punible" y al concepto de "persona jurídica". Sobre la primera cuestión, considero que el hecho punible abarca los injustos penales consumados y tentados, los injustos penales dolosos e imprudentes, etc. Por su parte, la categoría "persona jurídica" solo se refiere a las personas jurídicas de Derecho privado como las sociedades, asociaciones, fundaciones, cooperativas o comités. A efectos jurídico-penales del § 105 es indiferente si dichas personas jurídicas son rregulares o irregulares. De ello se infiere que, las personas jurídicas de Derecho público están excluidas del § 105 CP. 26

c. Prognosis de realización de hechos futuros

27 El tercer requisito exige que la organización o la actividad de la persona jurídica posea una peligrosidad objetiva, es decir, que exista un juicio de prognosis en torno a la muy probable realización de hechos delictivos en el seno de su actividad empresarial o como consecuencia de su organización. Para ello, el juez deberá tomar en consideración el grado de intensidad de la defectuosa organización defectuosa de la persona jurídica, o de la defectuosa actividad de esta. Se trata pues, de una peligrosidad objetiva concreta, mas no abstracta.

d. Proporcionalidad de la medida

28 Por proporcionalidad de la medida aplicable a la persona jurídica se entiende a la necesidad e idoneidad de esta para prevenir o evitar la realización de hechos futuros. En tal sentido, una medida aplicable a una persona jurídica será necesaria cuando la misma es útil para evitar que, desde la organización o en la actividad de la persona jurídica, se realicen hechos delictivos. Por su parte, una medida es (será) idónea cuando esta resulta imprescindible para alcanzar los fines preventivos perseguidos con su imposición. Lo dicho significa que para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica –además del cumplimiento de los requisitos antes mencionados– la imposición de esta debe ser necesaria e idónea, de modo que si falta cualquiera de dichos elementos no se impondrá tal medida por resultar desproporcional. En dicho contexto, el criterio de proporcionalidad no solo es un elemento constitutivo de la fundamentación de la aplicación de una consecuencia accesoria a la persona jurídica, sino también y, sobre todo, un elemento que determina la imposición de una u otra medida (más o menos grave).

2.2. Presupuestos procesales

29 En el ámbito procesal, para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica se exige que la persona jurídica debe ser incorporada al proceso penal a instancia del fiscal. A este respecto, los §§ 90 y 91 del Código Procesal Penal de 2004 exigen que debe ser el fiscal quien incorpore a la persona jurídica al proceso penal y el momento y forma en que debe hacerlo, respectivamente. Queda claro que, como parte procesal pasiva, la persona jurídica debe gosar del respeto de todos sus derechos fundamentales que le ampara la ley (§ 93 del Código Procesal Penal).

3. Clases de medidas aplicables

3.1. Decomiso de las ganancias obtenidas ilícitamente

30 El decomiso de las ganancias ilícitas está regulado en el § 104 del Código Penal. Un sector de la doctrina considera que el decomiso de las ganancias ilícitas es de naturaleza penal, debido a que –según su perspectiva– dicha medida cumple funciones preventivas en el ámbito empresarial. Otro sector de la dogmática –al cual me adhiero– sostiene que el comiso es una medida de compensación de naturaleza civil (§ 1954 del Código Civil) que tiene como finalidad indemnizar a las víctimas del enriquecimiento antijurídico de la persona jurídica a través del delito.

3.2. Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo (§ 105 inc. 1)

31 El § 105 inciso 1 establece que la consecuencia accesoria de "clausura de locales o establecimientos de la persona jurídica" puede ser temporal o definitiva. Independientemente de ello, es evidente que dicha medida se aplica cuando objetivamente existe una manifiesta peligrosidad de que en el futuro en dichos establecimientos se realizarán injustos penales, los cuales provienen de las defectuosas instalaciones, inidóneas medidas de seguridad y evacuación, etc., que no cumplen las exigencias de las disposiciones administrativas.

32 Por lo demás, cabe precisar dos cosas: por un lado, la clausura temporal no puede pasar de cinco años; por otro lado, cuando se trata de una clausura definitiva, excepcionalmente, está podrá ser levantada por el propio juez penal que dictó la medida, siempre que se subsanen las condiciones causantes de la peligrosidad objetiva que dieron origen a la medida.

3.3. La disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité (§ 105 inc. 2)

33 El § 105 inciso 2 del Código Penal contempla la sanción más grave de las consecuencias accesorias. En el ámbito penal se la puede homologar a la pena de muerte, porque la imposición de dicha medida implica la muerte de la persona jurídica, ya que anula la existencia de esta. En vista de su gravedad, dicha medida solo debe ser impuesta en casos muy excepcionales y extremos, cuando la sola existencia de la persona jurídica, en sí misma, constituye un peligro inminente de realización de injustos penales futuros. Paradigmáticos casos constituyen las personas jurídicas que son creadas con fines delictivos o

que, siendo creadas con fines lícitos, después de un tiempo de funcionamiento se convierten en auténticas organizaciones criminales.

4. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años (§ 105 inc. 3)

34 Esta consecuencia accesoria –igual que las demás– se fundamenta en la peligrosidad objetiva de la organización o de la actividad de la persona jurídica. Es decir, la propia organización o el desarrollo de la actividad a la que se dedica la persona jurídica contiene un grado de peligrosidad no tolerado penalmente que amerita la suspensión de la persona jurídica. Tal como establece textualmente el § 105 inciso 3, el plazo máximo de suspensión es de dos años. Si en dicho plazo no se subsanan las condiciones causantes de la peligrosidad en las que se basó la imposición de la medida, las autoridades administrativas competentes pueden aplicar otras medidas que contempla la ley.

5. 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 (§ 105 inc. 4)

35 El fundamento de esta medida radica en la peligrosidad objetiva de la persona jurídica de cometer delitos futuros, la cual emana de su incapacidad o incompetencia para realizar determinadas actividades. En contraposición a la suspensión, la consecuencia accesoria de prohibición de actividades de la persona jurídica no recae en todos los ámbitos, sino solo en determinados sectores: a saber, en aquellos en los que se ha llevado a cabo el hecho punible y cuando existe la probabilidad rayana de que se cometerán nuevos delitos si no se aplica dicha medida. Ello implica que la medida de prohibición no impide que la persona jurídica funcione en forma absoluta, sino solo la inhabilita para desarrollar determinadas actividades.

36 Finalmente, cabe precisar que –conforme al § 105 inciso 4 del Código Penal– la prohibición puede ser temporal o definitiva. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

6. Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias (§ 105 inc. 5)

37 El § 105 Inciso 5 del Código Penal establece la consecuencia accesoria de multa, la cual –a decir del referido precepto normativo– debe ser no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias. Al respecto, cabe precisar que el *quantum* de dicha medida tiene que determinarse en función varios factores, por ejemplo, del perjuicio causado, la naturaleza de la actividad desarrollada por la persona jurídica, etc. En cualquier caso, igual que las demás consecuencias accesorias, la imposición de dicha medida debe estar sujeta al cumplimiento de los requisitos materiales y procesales expuestos *supra* y a los requisitos establecidos en el § 105-A.

7. La intervención de la persona jurídica (§ 105 último párrafo)

38 En el último párrafo del § 105 se contempla una posible intervención de la persona jurídica a efectos de proteger los derechos de los trabajadores. Sobre dicha medida cabe precisar que no se trata de una administración judicial o de un embargo, sino solo de una supervisión por parte de un agente "interventor" para que no se menoscaben los intereses de los trabajadores. En efecto, la persona jurídica sigue siendo administrada por sus propios directivos, quienes tomas sus decisiones en forma autónoma. En tal sentido, el agente interventor solo actúa como un órgano de control o vigilancia, el cual no entra en acción mientras no se pongan en peligro los intereses de los trabajadores.

§ 105-A
Criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas

ROXANNA REYES TELLO
Notaria pública
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Preliminares	1	830
II. Criterios propiamente dichos para determinar las medidas aplicables a las personas jurídicas	3	830
1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas (§ 105-A inc. 1)	3	830
2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible (§ 105-A inc. 2)	5	831
3. La gravedad del hecho punible realizado (§ 105-A inc. 3)	6	831
4. La extensión del daño o peligro causado (§ 105-A inc. 4)	8	832
5. El beneficio económico obtenido con el delito (§ 105-A inc. 5)	9	832
6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible (§ 105-A inc. 6)	10	832
7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica (§ 105-A inc. 7)	13	833
8. La disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas	15	833

§ 105-A.- Criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas

"Las medidas contempladas en el artículo anterior son aplicadas de forma motivada por el juez, en atención a los siguientes criterios de fundamentación y determinación, según corresponda:

1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.

2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.

3. La gravedad del hecho punible realizado.

4. La extensión del daño o peligro causado.

5. El beneficio económico obtenido con el delito.

6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.

7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

La disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas".

I. Preliminares

1 Lo prescrito por el primer párrafo del § 105-A del Código Penal es el reflejo de los principios que fundamentan al Estado Democrático de Derecho Constitucional; dicho en otras palabras, es la materialización de lo consagrado por el principio de legalidad (§ II del CP) y el de tutela jurisdiccional efectiva (§ 139 inc. 5 de la Constitución Política del Perú). Por ello, los operadores del Derecho tienen el deber de respetar tales preceptos normativos; ello significa que tanto jueces como fiscales deben motivar sus sentencias y disposiciones, respectivamente; de no ser así se pondría en grave riesgo la libertad tanto de personas individuales como de personas colectivas (personas jurídicas)[1].

2 A continuación, interpretaré el catálogo de criterios que –desde la perspectiva del legislador– debe tener en consideración el juez al momento de imponer las mediadas aplicables a las personas jurídicas que están previstas en el § 105 CP. Dicha interpretación se realizará a partir de los postulados de la doctrina de la infracción de deber, pues creo que esta se ajusta mejor a las exigencias de un análisis normativo-valorativo de las diversas categorías del delito, por ejemplo, la interpretación de los criterios que rigen la determinación de las medidas aplicables a las personas jurídicas.

II. Criterios propiamente dichos para determinar las medidas aplicables a las personas jurídicas

1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas (§. 105-A inc. 1)

3 El inciso 1 del § 105-A del Código Penal peruano establece que las medidas accesorias que el juez imponga a la persona jurídica deben ser idóneas, posibles y necesarias, para cumplir con su finalidad político-criminal, esto es, de evitar que la persona jurídica siga siendo utilizada, tanto a nivel organizacional

(1) En tal sentido, Salazar Sánchez, N., *Teoría de la Constitución*. Traducción del alemán al español por Giuliana Llamoja Hilares. Lima: Idemsa, 2018.

como ejecutivo en la comisión de ilícitos penales; o dicho en otros términos, evitar que a través de ella se sigan infringiendo deberes de carácter general negativo y deberes de carácter especial positivos.

Esta finalidad no se lleva a cabo en países que están en vías de desarro- 4
llo, debido a que, muchas veces, se imponen a la persona jurídica mediadas accesorias inidóneas, ineficaces o de casi imposible cumplimiento que en vez de prevenir la perpetración de delitos y faltas, contribuyen a la proliferación de delitos y faltas a través de la persona jurídica.

2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible (§. 105-A inc. 2)

Conforme a este criterio, un parámetro a tomar en cuenta a efectos de 5
determinar la medida administrativa o consecuencia accesoria aplicable a la persona jurídica es la modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible. Pues bien, dentro de dicho ámbito se tendrá en cuenta si la organización estructural e institucional de la persona jurídica ha sido utilizada en la realización del hecho punible –es decir, si la estructura y la organización de la persona jurídica estaban orientadas a cometer el delito como expresión de una política institucional delictiva– o si, por el contrario, la realización del delito y la peligrosidad de la realización de hechos futuros solo constituye un hecho aislado que está vinculado a la organización individual de sus directivos o de cualquier persona que cumple una determinada función dentro de la persona jurídica. La primera dará origen a la imposición de una o más consecuencias accesorias, mientras que la segunda conducirá a imponer una o más medidas, pero más benignas.

3. La gravedad del hecho punible realizado (§. 105-A inc. 3)

Este requisito es una expresión del § VIII del Título Preliminar del Código 6
Penal, el cual consagra que la medida o pena impuesta al infractor de la ley jurídico penal no debe ser menor o superior a la gravedad del hecho cometido. Es por ello que el legislador ha visto conveniente incluir a la gravedad del hecho punible como criterio que debe tener en cuenta el juez a la hora de imponer las medidas o consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica.

En torno a la gravedad del hecho punible cometido cabe precisar que su 7
determinación no se realiza *ex post*, sino *ex ante*. Por lo demás, la gravedad del hecho punible se determina en función de si estamos frente a un hecho punible consumado, tentado, doloso, imprudente, etc.

4. La extensión del daño o peligro causado (§. 105-A inc. 4)

8 El cuarto inciso del § 105-A impone al juzgador penal el deber de hacer una evaluación cuantitativa y cualitativa del daño o peligro causado al bien. Solo después de realizado el juicio cuantitativo y cualitativo, el juez podrá imponer la medida aplicable a la persona jurídica, pues de resultar que el daño o peligro causados son extensos se podría imponer todas las medidas previstas en § 105, mas si sucede lo contrario –es decir, el daño o peligro causado no es extenso–, el juez solo podría imponer una medida aplicable prevista en el § 105, esto es, aplicar la más leve de acuerdo al orden de prelación establecido en dicho precepto normativo.

5. El beneficio económico obtenido con el delito (§ 105-A inc. 5)

9 De la lectura del inciso 5 del § 105-A se infiere que el legislador desvalora negativamente el beneficio económico obtenido por parte de la persona jurídica como consecuencia de los hechos punibles realizados. Dicho beneficio puede estar constituido no solo las ventajas económicas obtenidas de forma directa a través de sobornos, extorsiones, pagos ilícitos, chantajes, etc., sino también por las ganancias obtenidas de las inversiones realizadas con el dinero (circulante o títulos valores) o bienes que tienen procedencia delictiva.

6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible (§ 105-A inc. 6)

10 El criterio consagrado en el inciso 6 del § 105-A del Código Penal peruano establece que el juez debe valorar, claro está, *ex post*, si la persona jurídica ha reparado espontáneamente el daño causado al sujeto pasivo surgido a consecuencia de la realización del acto ilícito o hecho punible, pues la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho delictivo constituiría el fundamento de la exclusión de la consecuencia accesoria.

11 Por otro lado, se infiere que el inciso bajo análisis solo se refiere a las consecuencias de índole pecuniaria que pueden surgir a consecuencia del hecho punible cometido por la persona jurídica, mas no a las de carácter sentimental, ya que estas suelen ser subjetivas; por lo tanto, varían de acuerdo a la cultura que cada individuo posee, pues para unos podría ser de sumo valor determinados bienes y para otros no, con lo cual solo se puede paliar los daños a través de la reparación espontanea a víctima del hecho punible.

En síntesis, el inciso seis juega un papel fundamental como criterio de ate- 12
nuación de la consecuencia accesoria o como criterio que exime de la imposición de dicha medida, cuando la persona jurídica ha reparado el daño sin que haya sido apercibida en un proceso de índole civil o penal.

7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica (§ 105-A inc. 7)

El inciso siete ordena al juez que valore la finalidad real de la organiza- 13
ción, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica, como criterio determinante a efectos de que imponga alguna (o algunas) de las medidas que se encuentran establecidas en el § 105 del Código Penal.

En suma, lo que se busca con este inciso es que se impongan medidas 14
a la persona jurídica en forma arbitraria. En tal sentido, este criterio –igual que los otros– está orientado a que la medida aplicable a la persona jurídica se ajuste a los parámetros o criterios de necesidad, idoneidad y merecimiento.

8. La disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas

En el último párrafo del § 105-A se prevé la disolución de la persona 15
jurídica, la cual conforme al referido precepto normativo, se aplica cuando es indudable que la persona jurídica fue creada –y así operó en la realidad– para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas. Al respecto, cabe precisar que la disolución establecida en el último párrafo del § 105-A constituye un complemento del § 105 inciso 2, donde también se establece la disolución de la persona jurídica. Dicha problemática ya ha sido desarrollada en el comentario al § 105, por tal razón ya no se realiza un análisis más extenso en este ítem.

ÍNDICE GENERAL

Índice general

Comentaristas 5
Presentación 7
Abreviaturas / Abkürzungen 11

CAPÍTULO II
APLICACIÓN DE LA PENA

(...)

§ 47
Abono de la detención sufrida

Omar Hugo Marticorena Collantes
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Ubicación sistemática 17
II. Antecedentes legislativos 18
III. Exposición de motivos 18
IV. Alcances de la ley 18
V. La detención preventiva 19
VI. Sobre las otras detenciones previstas en la legislación peruana ... 20
VII. El caso particular de la detención domiciliaria 22
VIII. Intento fallido de reforma del artículo 47 del CP 24

IX. La inconstitucionalidad decretada por el TC 25
X. Análisis del artículo 47 a la luz de la propuesta de sustitución del Código Penal 27
XI. Propia propuesta *de lege ferenda* 28
XII. Bibliografía 29

§ 48
Concurso ideal de tipos penales

Nelson Salazar Sánchez
Investigador del Max-Planck-Institut para
Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

Preliminares 31

§ 48
Concurso ideal de delitos

Nelson Salazar Sánchez
Investigador del Max-Planck-Institut para
Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

I. Concepto 35
II. Clases de concurso ideal 36
1. Concurso ideal homogéneo 36
2. Concurso ideal heterogéneo 37
3. Concurso ideal por abrazamiento (*Idealkonkurrenz durch Klammerwirkung*) 39
III. Momentos de la configuración del concurso ideal 41
1. Actos preparatorios (complicidad e instigación a un hecho principal único) 41
2. Ejecución y consumación 42
3. Entre consumación y agotamiento 43

IV. Estructura del concurso ideal 43
1. Unidad de "hecho" 44
2. Pluralidad de normas menoscabadas 48
3. Identidad de sujeto activo 49
V. Consecuencias jurídicas del concurso ideal 50
1. Criterios para determinar la imposición de pena 50
2. Naturaleza de los criterios de valoración para la imposición de pena 50
3. Límites cualitativos y cuantitativos de la imposición de pena 51
VI. Bibliografía 52

§ 48
Concurso aparente de tipos penales

Nelson Salazar Sánchez
Investigador del Max-Planck-Institut para
Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

I. Concepto 55
II. Principios que rigen en el concurso aparente 56
1. Principio de especialidad 56
2. Principio de subsidiariedad 58
3. Principio de consunción 59
III. Bibliografía 61

§ 49
Delito continuado y delito masa

Aldo Calcina Hancco
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Generalidades 63

II. Antecedentes 64
III. Delito continuado 65
IV. Requisitos del delito continuado 67
1. Requisitos objetivos 68
1.1. Pluralidad de acciones u omisiones 68
1.2. Igual norma violada 68
1.3. Unidad de sujeto activo 69
1.4. Unidad o pluralidad del sujeto pasivo 69
2. Requisitos subjetivos 70
V. Agravante del delito continuado 70
VI. Delito de masa 71
VII. Diferencia entre delito continuado y concurso real 72
VIII. Conclusiones 73
IX. Bibliografía 73

§ 50
Concurso real de tipos penales

Nelson Salazar Sánchez
Investigador del Max-Planck-Institut para
Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

I. Preliminares 75
II. Concepto 76
III. Clases de concurso real 77
IV. Estructura del concurso real 77
1. Unidad de sujeto activo 78
2. Pluralidad de hechos 78
3. Pluralidad de tipos penales configurados 79
4. Ausencia de conexión entre los hechos 79
5. Inexistencia de sentencia condenatoria previa o intermedia ... 79
V. Función del concurso real 80
VI. Consecuencias jurídicas del concurso real 81

1. Modelos de determinación de la pena 81
2. Acumulación de penas 81
VII. Bibliografía 83

§ 50-A
Concurso real de faltas

Roxanna Reyes Tello
Notaria pública
(Perú)

I. Concepto 85
II. Análisis dogmático del concurso real de faltas 86
1. Clases de concurso real de faltas 86
2. Estructura del concurso real de faltas 86
a) Unidad de sujeto activo 87
b) Pluralidad de hechos 87
c) Pluralidad de personas menoscabadas y pluralidad de tipos penales configurados 87
III. Consecuencias jurídicas 88

§ 51
Concurso real retrospectivo

Edward García Navarro
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Antecedentes: modelos legislativos 91
II. La fundamentación político-criminal de la refundición, la problemática constitucional y su declive legislativo 96
III. Variación estructural-dogmática de la figura 101
IV. De la refundición a la acumulación material-limitativa 107
V. Bibliografía 110

CAPÍTULO III
DE LAS CONVERSIONES

Sección I
Conversiones de la pena privativa de libertad

§ 52
Conversión de la pena privativa de libertad

Noelia Corral Maraver
Universidad de Málaga
(España)

I. La conversión de la pena de prisión. Concepto 113
II. Fundamento político-criminal 115
III. Caracteres de la conversión de la pena privativa de libertad 119
1. Facultativa del juez 119
2. En defecto de otras medidas 120
3. Límites a la duración de la pena de prisión 121
4. Momento de la conversión 122
IV. Penas convertibles: la pena privativa de libertad 123
V. Penas convertidas 124
VI. Módulos de conversión 127
VII. Bibliografía 128

§ 52-A
Conversión de la pena privativa de libertad en ejecución

Noelia Corral Maraver
Universidad de Málaga
(España)

I. Fundamentos político-criminales 129

II. Pena convertible y requisitos de la conversión en ejecución..... 130
III. Penas convertidas y módulos de conversión 131

§ 53
Revocación de la conversión

Noelia Corral Maraver
Universidad de Málaga
(España)

I. Tipos de incumplimiento de la pena convertida..... 133
II. Requisitos para proceder a la revocación..... 134
III. Revocación y módulos de conversión 134
IV. Relación entre la revocación de la conversión y el quebrantamiento de condena 135
V. Bibliografía 136

§ 54
Revocación de la conversión por la comisión de delito doloso

Noelia Corral Maraver
Universidad de Málaga
(España)

I. Requisitos de la revocación por comisión de nuevo delito..... 137
II. Consecuencias de la revocación 138
III. Bibliografía 138

Sección II
Conversión de la pena de prestación de servicios a la comunidad y limitativa de días libres

§ 55
Conversión de las penas de "Prestación de servicios a la comunidad" o de "Limitación de días-libres" en pena "Privativa de libertad"

Karl Borjas Calderón
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Consideraciones generales 139
II. Clases de conversión de pena reguladas en el artículo 55 del Código Penal 142
III. Causas de la conversión de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitativas de días libres en pena privativa de libertad 144
IV. El apercibimiento judicial de conversión 147
V. El procedimiento de conversión de penas *in malam partem* 149
VI. Ecuación de la conversión de la pena limitativa de derechos a pena privativa de libertad 152
VII. Análisis constitucional 153
VIII. Bibliografía 154

Sección III
Conversión de la pena de multa

§ 56
Conversión de la pena de multa en pena privativa de libertad

Karl Borjas Calderón
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 156

II. La pena de multa en el Perú 158
III. ¿Cuál es el plazo para pagar la pena de multa? 159
IV. La ejecución de los bienes del condenado en caso no pague la multa penal a tiempo 161
V. Primer supuesto de conversión de la multa penal: sustitución por la pena privativa de libertad 162
VI. Segundo supuesto de conversión de la multa penal: sustitución por la pena limitativa de derechos o prestación de servicios a la comunidad 166
VII. Posibilidad de la sustitución de la conversión de la multa penal . 168
VIII. Conversión de la pena de multa cuando la pena ha sido impuesta conjuntamente con la privativa de libertad 169
IX. Reflexión final 169
X. Bibliografía 170

CAPÍTULO IV
SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

§ 57
Requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena

Merly Edquén Olivera
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 174
II. Fundamentos 175
1. Fundamento político 175
2. Fundamento jurídico-penal 176
III. La suspensión de la ejecución de la pena 178
1. Requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena 179

1.1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de 4 años 180
1.2. Naturaleza del hecho punible, comportamiento procesal, personalidad del agente y pronóstico favorable 181
1.2.1. Naturaleza del hecho punible 181
1.2.2. Comportamiento procesal 182
1.2.3. Personalidad del agente 182
1.2.4. Prognosis de comportamiento favorable del agente 182
1.3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual 183
2. Plazo de la suspensión de la ejecución de la pena 183
3. Presupuestos de inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena 184
IV. Bibliografía 185

§ 58
Reglas de conducta

Ernie Groisberg Huamaní Rivera
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 188
II. Fundamento jurídico-penal 190
1. La suspensión de la ejecución de la pena 190
2. Las reglas de conducta 192
2.1. Definición y razones 192
2.2. Reglas de conducta previstas en la norma penal 193
2.2.1. Referencia legislativa 193
2.2.2. Consideraciones generales sobre las reglas de conducta 194
2.2.3. Reglas de conducta: cláusula abierta 196
i. Prohibición de frecuentar determinados lugares 196
ii. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez 196
iii. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades. 197

iv. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo 197
v. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito 197
vi. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol 197
vii. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente 198
viii. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado 198
ix. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico 198
III. Bibliografía 198

§ 59
Efectos del incumplimiento de las reglas de conducta

Pamela Cecilia Malaver Ayala
Asistente fiscal
(Perú)

I. Introducción 201
II. Fundamento 203
III. Contexto constitucional 204
1. Periodo de suspensión 205
2. Reglas de conducta 206
3. Efectos del incumplimiento 207
IV. Revocación facultativa 208
1. Amonestación del infractor 209
2. Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado 210

3. Revocación de la suspensión de la pena 211
4. Si durante el periodo de suspensión fuera condenado por otro delito 212
V. Bibliografía 213

§ 60
Revocación de la suspensión de la pena

Ysabel Lucía Abad Cancho
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 215
II. Marco teórico 217
1. La suspensión de la ejecución de la pena 217
2. Revocación de la suspensión de la ejecución de la pena 218
III. Aplicación del artículo 60 del Código Penal 219
1. Factor circunstancial: pena suspendida 219
2. Factor temporal: dentro del plazo de prueba 219
3. Acción causante: condena por comisión de nuevo delito 220
4. Requisitos de procedibilidad 220
IV. Efectos de aplicación 221
V. Bibliografía 222

§ 61
Condena no pronunciada

Aldo Calcina Hancco
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Generalidades 223
II. Requisitos para considerar a la sentencia como no pronunciada .. 224
1. Periodo (plazo) de prueba 224

2. No volver a cometer un nuevo delito doloso ni infringir de manera *persistente* y *obstinada* las reglas de conducta 224
III. La autonomía de la condena no pronunciada 225
IV. Condena no pronunciada 226
V. Conclusión 228
VI. Bibliografía 228

§ 62
Presupuestos y ámbito de aplicación de la reserva del fallo condenatorio

James Reátegui Sánchez
Academia de la Magistratura
(Perú)

I. Consideraciones generales 231
II. Presupuestos para su aplicación 237
1. Carácter potestativo del juez 237
2. Pronóstico favorable del condenado a no cometer futuros hechos punibles 238
3. Ámbito de aplicación 239
III. Plazo del régimen de prueba 242
IV. Bibliografía 242

§ 62
Reserva del fallo condenatorio. Circunstancias y requisitos

Luis Miguel Reyna Alfaro
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Origen, naturaleza jurídica y fundamentación de la reserva del fallo condenatorio 245
II. Condiciones para su aplicación 248
III. La prognosis de no delictuosidad futura 248

IV. Plazo de la reserva del fallo condenatorio 249
V. Bibliografía 250

§ 63
Efectos de la reserva de fallo condenatorio

James Reátegui Sánchez
Academia de la Magistratura
(Perú)

I. Comentario 251

§ 63
Efectos de la reserva de fallo condenatorio

Luis Miguel Reyna Alfaro
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Efectos de la reserva del fallo condenatorio. Distinciones con la suspensión de la ejecución de la pena 253
II. Bibliografía 255

§ 64
Reglas de conducta

James Reátegui Sánchez
Academia de la Magistratura
(Perú)

I. Prohibición de frecuentar determinados lugares 258
II. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez 259
III. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades 259

IV. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo que demuestre que está en imposibilidad de hacerlo 260
V. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito 261
VI. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol 261
VII. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente 262
VIII. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado 262
IX. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico 262

§ 64
Reglas de conducta

Luis Miguel Reyna Alfaro
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. La necesidad de vincular las reglas de conducta con la función preventiva de la reserva del fallo condenatorio 266
II. Las reglas de conducta 267
1. Reglas de conducta destinadas a evitar la vinculación con espacios o elementos que faciliten la reiteración delictiva 267
2. Reglas de conducta destinadas al aseguramiento de la vinculación del sentenciado al control jurisdiccional 267
3. Reglas de conductas de orientación reparatoria 268
4. Reglas de conducta de orientación rehabilitadora 268
III. La obligación de delimitar el alcance de las reglas de conducta .. 269

IV. El significado de la (innecesaria) exigencia de "no atentar contra la dignidad humana" en la imposición de reglas de conducta 269
V. El pago de la reparación civil como "regla de conducta" 269
VI. El control del cumplimiento de las reglas de conducta 270
VII. Bibliografía 270

§ 65
Efectos del incumplimiento de las reglas de conducta

James Reátegui Sánchez
Academia de la Magistratura
(Perú)

I. Apuntes previos 271
II. Severa advertencia 272
III. Prórroga del régimen de prueba sin exceder la mitad del plazo inicialmente fijado 272
IV. Revocar el régimen de prueba 273
V. Bibliografía 274

§ 65
Efectos del incumplimiento de las reglas de conducta

Luis Miguel Reyna Alfaro
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Principios de responsabilidad personal y proporcionalidad en el ámbito de la revocatoria de la reserva del fallo condenatorio 275

II. Alcances de las respuestas frente al incumplimiento de reglas de conducta 276
III. Bibliografía 277

§ 66
Revocatoria del régimen de prueba

James Reátegui Sánchez
Academia de la Magistratura
(Perú)

I. Comentario 279

§ 66
Revocación del régimen de prueba

Luis Miguel Reyna Alfaro
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Supuesto de revocación potestativa 281
II. Bibliografía 282

§ 67
Extinción del régimen de prueba

Luis Miguel Reyna Alfaro
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Comentario 283

CAPÍTULO VI
EXENCIÓN DE PENA

§ 68
Exención de la pena

Luis Miguel Mayhua Quispe
Universidad Peruana los Andes
(Perú)

I. Cuestiones previas 287
II. Naturaleza jurídica de la exención de la pena 289
III. Requisitos de la exención de la pena 292
IV. Reparación civil en exención de pena 303
V. Lista de delitos en los que se puede aplicar exención de pena en el Código Penal peruano 303
VI. Bibliografía 307

CAPÍTULO VII
REHABILITACIÓN

§ 69
Rehabilitación

Julio César Morales Cauti
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 312
II. La rehabilitación y los fines de la pena 313
1. Una mirada hacia los fines de la pena 313
2. ¿La rehabilitación es un fin de la pena? 320
III. Evolución legislativa 320
IV. Análisis propiamente dicho de la rehabilitación (Art. 69) 326
1. Los presupuestos para la rehabilitación 326

1.1. El cumplimiento de la pena o medida de seguridad o, de cualquier otro modo, la extinción de responsabilidad 326
1.2. El pago del íntegro de la reparación civil 327
2. Efectos de la rehabilitación 328
2.1. La restitución de 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..... 328
2.2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales 329
2.2.1. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación 330
2.2.2. La provisionalidad de la cancelación de antecedentes por la comisión de delito doloso cuando no medie reincidencia o habitualidad 330
2.2.3. La necesidad de declaratoria judicial de rehabilitación en los supuestos de inhabilitación perpetua por la comisión de delitos graves 331
V. Conclusiones 332
VI. Bibliografía 333

§ 70
Prohibición de comunicación de antecedentes

Luis Miguel Mayhua Quispe
Universidad Peruana los Andes
(Perú)

I. Cuestiones previas 335
II. Naturaleza jurídica 336
III. La rehabilitación del condenado como presupuesto del derecho a la prohibición de la comunicación de antecedentes 340
IV. Jurisprudencia relevante 343
V. El derecho de la prohibición de comunicación de antecedentes y la discriminación 344
VI. Bibliografía 345

TÍTULO IV
DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

§ 71
Medidas de la seguridad. Clases

Victor Gabriel de Oliveira Rodriguez
Universidade de São Paulo
(Brasil)

I. Consideraciones iniciales 349
II. La idea de defensa y del individuo curable 351
III. El origen de la seguridad: el pensamiento positivista 352
IV. El correccionalismo: toda pena como intento de cura 355
V. La cura del delincuente a partir de la teoría de la evolución 356
VI. La intervención curativa bajo la influencia psicoanalítica 360
VII. La inimputabilidad y las neurociencias 363
1. Las neurociencias y el individuo delincuente 363
2. La meta: el *enhancement* 367
VIII. El derecho individual a rechazar la cura ante la medida de seguridad 369
IX. Bibliografía 372

§ 72
Requisitos de la aplicación de la medida de seguridad

Victor Gabriel de Oliveira Rodriguez
Universidade de São Paulo
(Brasil)

I. Consideraciones iniciales 375
II. La tipicidad penal: hasta dónde alcanza al inimputable 376
III. La complejidad de la descripción típica frente al inimputable ... 377

IV. El tipo como narrativa y su consecuencia en la medida de seguridad 378
V. Sigue: el conflicto del tipo y su solución 380
VI. Consecuencias para la medida de seguridad 384
VII. Peligrosidad, personalidad y libertad 385
VIII. Las cuestiones a plantearse: imputabilidad y carácter 386
IX. El origen de la decisión en el finalismo: Hartmann 387
1. Los estratos en Hartmann 390
X. Welzel, el finalismo y conducción de vida 394
XI. La respuesta de Engisch: una responsabilidad por el carácter ... 396
XII. Inclinación al mal y seguridad 398
XIII. Bibliografía 399

§ 73
Proporcionalidad de las medidas de seguridad

Victor Gabriel de Oliveira Rodriguez
Universidade de São Paulo
(Brasil)

I. Consideraciones iniciales 401
II. La gravedad del delito 401
III. El sentido más amplio: proporcionalidad entre principios 403
IV. Bibliografía 406

§ 74
Internación

Victor Gabriel de Oliveira Rodriguez
Universidade de São Paulo
(Brasil)

I. La internación 409
II. Medidas de seguridad, medicina e internación 411

1. Hacia el fin de los manicomios 412
2. Entre la cura y los derechos humanos 414
III. Bibliografía 414

§ 75
Duración de la internación

Víctor Gabriel de Oliveira Rodriguez
Universidade de São Paulo
(Brasil)

I. Límites de la medida de seguridad 415
II. Sobre el agente: culpabilidad e imputabilidad 418
III. Culpabilidad normativa 419
IV. El funcionalismo de Roxin: la libertad 420
V. Bibliografía 428

§ 76
Tratamiento ambulatorio

Víctor Gabriel de Oliveira Rodriguez
Universidade de São Paulo
(Brasil)

I. El tratamiento ambulatorio 429
II. La materia de fondo: los límites de la intervención médica 430
1. Derecho penal y los estudios del cerebro: la compatibilidad.. 432
III. Bibliografía 446

§ 77
Cómputo de la medida de internación impuesta antes de la pena

Víctor Gabriel de Oliveira Rodriguez
Universidade de São Paulo
(Brasil)

I. Consideraciones iniciales: medida de seguridad seguida de pena 447
II. El derecho individual a rechazar la cura ante la medida de seguridad 448
III. Bibliografía 450

TÍTULO IV
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

§ 78
Causas de extinción de la acción penal

Carlos Parma / Alejo Amuchástegui
Universidad de Mendoza
(Argentina)

I. Cuestiones generales sobre la acción penal 454
1. La relación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal como trasfondo de las causales de extinción de la acción penal.. 456
II. Inciso 1 457
1. Muerte del imputado 457
1.1. La declaración de muerte presunta como causal de extinción de la acción penal 459
2. Prescripción de la acción penal 460

2.1. Clases de prescripción en el régimen legal peruano: prescripción ordinaria, extraordinaria y disminuida 461
2.2. Fundamento y naturaleza de la prescripción de la acción penal 462
2.3. Diferencia con la prescripción de la ejecución de la pena 465
2.4. Algunos casos específicos: prescripción de la acción penal en los delitos de corrupción de los funcionarios públicos y en los crímenes de lesa humanidad y genocidio. 466
3. Amnistía 468
3.1. Los estándares de la Corte IDH en materia de amnistía y prescripción de la acción penal en casos de crímenes de lesa humanidad 471
3.2. Diferencias entre el instituto de la amnistía y el del indulto 472
4. Derecho de gracia 473
III. Inciso 2 476
1. Cosa juzgada 476
IV. Inciso 3 478
1. Desistimiento o transacción en los delitos de instancia privada 478
V. Bibliografía 480

§ 79
Extinción de la acción penal por sentencia civil

Carlos Parma / Alejo Amuchástegui
Universidad de Mendoza
(Argentina)

I. Análisis 483
II. Bibliografía 486

§ 80
Plazo de prescripción de la acción penal

Raúl Pariona Arana
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

I. Preliminares 488
II. Reglas de la prescripción 489
1. La regla general del plazo ordinario de prescripción de la acción penal 489
2. El plazo ordinario de prescripción de la acción penal en caso de concurso real de delitos 491
3. El plazo ordinario de prescripción de la acción penal en caso de concurso ideal de delitos 492
4. El plazo máximo de prescripción de la acción penal en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad y cadena perpetua 492
5. El plazo ordinario de prescripción de la acción penal en los delitos sancionados con penas distintas a la privativa de la libertad 493
6. Reglas especiales de prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra del patrimonio del Estado o como integrante de organizaciones criminales 494
6.1. La regla especial 494
6.2. Ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción 495
III. Bibliografía 500

§ 80
Prescripción de la acción penal (Análisis introductorio)

Daniel Huamán Castellares
Academia Nacional de la Magistratura
(Perú)

Susan Adela Segura Valenzuela
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Preliminares 501
II. Fundamentos de la prescripción de la acción penal 502
III. Bibliografía 505

§ 80
Plazos de prescripción de la acción penal (Análisis jurídico-penal propiamente dicho)

Daniel Huamán Castellares
Academia Nacional de la Magistratura
(Perú)

Susan Adela Segura Valenzuela
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 508
II. Regla general 508
1. El plazo de prescripción de la acción penal para los delitos que no establecen una pena máxima 508
2. El plazo de prescripción de la acción penal para el cómplice secundario 509
III. Reglas especiales 512
1. En el concurso real de delitos 512

2. En el concurso ideal de delitos 513
3. En los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, de organismos sostenidos por este o como integrante de organizaciones criminales 514
4. La prescripción penal en contra de la persona jurídica 516
IV. Bibliografía 517

§ 81
Reducción de los plazos de prescripción

Raúl Pariona Arana
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

I. Preliminares 519
II. La reducción de los plazos de prescripción 520
III. Bibliografía 521

§ 81
Reducción de los plazos de prescripción

Daniel Huamán Castellares
Academia Nacional de la Magistratura
(Perú)

Susan Adela Segura Valenzuela
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Comentario 523
II. Bibliografía 524

§ 82
Inicio del cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal

Daniel Huamán Castellares
Academia Nacional de la Magistratura
(Perú)
Susan Adela Segura Valenzuela
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 525
II. Lineamientos generales 525
1. Tentativa 528
2. Delito instantáneo 528
3. Delito continuado 529
4. Delito permanente 529
III. Bibliografía 530

§ 83
Interrupción de los plazos de prescripción de la acción penal

Daniel Huamán Castellares
Academia Nacional de la Magistratura
(Perú)
Susan Adela Segura Valenzuela
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Preliminares 531
II. ¿Existe normativamente el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal? 532
III. Las causales de interrupción 533

1. Las actuaciones del Ministerio Público y del Poder Judicial.. 534
2. La comisión de un nuevo delito doloso 537
IV. Bibliografía 539

§ 84
Suspensión de la prescripción

Carlos Parma / Alejo Amuchástegui
Universidad de Mendoza
(Argentina)

I. Cuestiones preliminares 541
II. Causales en que procede la suspensión 545
1. Cuestiones previas 545
2. Cuestiones prejudiciales 546
III. Diferencia entre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal 546
IV. Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal... 547
V. La polémica suscitada con el artículo 339.1 del nuevo Código Procesal Penal 551
1. Tesis de la interrupción 551
2. Tesis de la suspensión 552
3. La solución de la cuestión en la jurisprudencia 553
VI. Bibliografía 555

§ 85
Extinción de la ejecución de la pena

Miguel Pizarro Guerrero
Universidad Inca Garcilaso de la Vega
(Perú)

I. Introducción 557

II. La muerte del condenado 558
III. La extinción de la pena por amnistía 560
IV. La extinción de la pena por indulto 561
V. La extinción de la pena por la prescripción 564
VI. La extinción de la pena por cumplimiento de la pena 567
VII. La extinción de la pena por exención de pena 568
VIII. La extinción de la pena por perdón del ofendido en los delitos de acción privada 569
IX. Bibliografía 571

§ 86
Plazo de prescripción de la pena

Miguel Pizarro Guerrero
Universidad Inca Garcilaso de la Vega
(Perú)

I. Comentario 573
II. Bibliografía 577

§ 87
Interrupción del plazo de prescripción de la pena

Miguel Pizarro Guerrero
Universidad Inca Garcilaso de la Vega
(Perú)

I. Comentario 579
II. Bibliografía 580

§ 88
Individualización de la prescripción

Miguel Pizarro Guerrero
Universidad Inca Garcilaso de la Vega
(Perú)

I. Comentario 581

§ 88-A
Imprescriptibilidad de la pena y la acción penal

Roxanna Relles Tello
Notaria pública
(Perú)

I. Generalidades 583
II. Carácter general de la prescripción de la pena y la acción penal . 584
III. Carácter excepcional de la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal 585
IV. Perspectiva crítica 585

§ 89
Indulto y amnistía

Carlos Ernesto Rodas Vera
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. El indulto. Orígenes, fundamentos político-criminales y naturaleza jurídica 590
1. Sus orígenes vinculados al poder absoluto y discrecional 590
2. Fundamentos político-criminales del indulto 591
2.1. El indulto como mecanismo para evitar actos injustos ... 591
2.2. El indulto como instrumento favorecedor de la prevención especial positiva 592

2.3. El indulto y el principio de humanidad 593
3. Naturaleza jurídica 593
4. Antecedentes legales y su compatibilidad con otros valores constitucionales 594
II. La amnistía. Antecedentes y naturaleza jurídica 595
III. Regulación jurídica del indulto y la amnistía. Sus consecuencias jurídicas 595
IV. Diferencias entre indulto y amnistía, conmutación de pena y gracia presidencial 597
V. Clases de indulto. El indulto común y el humanitario 598
VI. Limitaciones a las facultades de conceder indultos y amnistías ... 599
1. Limitaciones formales al indulto. El carácter excepcional del indulto, su interpretación restrictiva y la exigencia de suficiente motivación 599
2. Limitaciones materiales al indulto. La prohibición de otorgar indultos en casos de crímenes de lesa humanidad, delitos de secuestro, extorsión, violación sexual de menor de edad, sicariato y conspiración para el delito de sicariato 600
3. Límites materiales y formales referidos a la amnistía 602
VII. Voces críticas contra el indulto 603
1. Críticas por afectar la división de poderes, la proscripción de la arbitrariedad y la seguridad jurídica 604
2. Críticas por afectar el principio de igualdad, limitar el principio de proporcionalidad de las penas y los fines preventivos de la pena 605
3. Críticas por limitar el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y generar el efecto "desmoralizador de los operadores jurídicos" 605
VIII. Recapitulación 606
IX. Bibliografía 607

§ 90
Cosa juzgada

Carlos Parma / Alejo Amuchástegui
Universidad de Mendoza
(Argentina)

I. Consideraciones previas 609
II. Normativa nacional e internacional sobre la garantía de cosa juzgada 612
III. La garantía de cosa juzgada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 613
IV. La seguridad jurídica como fundamento central de la garantía de cosa juzgada 614
V. Requisitos de operatividad de la cosa juzgada 616
1. Identidad personal 617
2. Identidad objetiva 617
3. Firmeza de la resolución 619
VI. Algunas cuestiones de la garantía de la cosa juzgada en el plano procesal 620
VII. Posibilidad de existencia de cosa juzgada en ámbitos jurídicos diferentes 621
VIII. Bibliografía 622

§ 91
Renuncia a la prescripción de la acción penal

Carlos Parma / Alejo Amuchástegui
Universidad de Mendoza
(Argentina)

I. Consideraciones generales y origen de la posibilidad de renuncia a la prescripción de la acción penal en el Código Penal peruano 625
II. Naturaleza jurídica de la renuncia 627

III. La renuncia de la prescripción de la acción penal como excepción al principio general de la declaración de oficio de los tribunales . 629
IV. El derecho a la presunción de inocencia como fundamento de la posibilidad de renunciar a la prescripción de la acción penal 630
V. El resguardo del buen nombre y honor como trasfondo de la renuncia a la extinción de la acción penal por prescripción..... 632
VI. Algunas cuestiones problemáticas en la renuncia a la prescripción de la acción penal..... 635
VII. Bibliografía 636

TÍTULO VI
DE LA REPARACIÓN CIVIL Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

CAPÍTULO I
REPARACIÓN CIVIL

§ 92
Naturaleza jurídica y momento de terminación de la reparación civil

Juan Carlos Tello Villanueva / Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Generalidades 639
II. Naturaleza jurídica de la reparación civil en el proceso penal..... 643
1. Naturaleza jurídica de la reparación civil en la doctrina 643
2. Perspectiva crítica..... 646
3. Toma de postura 649
III. Función de la reparación civil en el proceso penal..... 652
IV. Determinación de la reparación civil conjuntamente con la pena 654
1. Fundamento según la doctrina..... 654
2. Toma de postura 656

V. La reparación civil como derecho de la víctima 658
VI. Derecho y principio de reparación integral del daño 660
VII. La reparación civil en el Derecho comparado 662
VIII. Bibliografía 664

§ 93
Contenido de la reparación civil

Juan Carlos Tello Villanueva / Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Generalidades 667
II. Reparación civil 675
III. Restitución e indemnización en la legislación peruana 678
IV. Elementos de la responsabilidad civil 681
1. El daño 681
2. La imputabilidad 684
3. La antijuridicidad o ilicitud 685
4. El factor de atribución 687
5. El nexo causal 688
V. Los conceptos reparatorios en la legislación comparada 689
VI. Bibliografía 690

§ 94
Pretensión restitutoria

Juan Carlos Tello Villanueva / Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Acción y pretensión resarcitoria 693
1. Pretensión restitutoria 695
2. Pretensión anulatoria 701
II. La restitución del bien en la jurisprudencia penal peruana 703
III. Bibliografía 705

§ 95
Solidaridad de la responsabilidad civil

Juan Carlos Tello Villanueva / Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Introducción 707
II. Obligaciones solidarias 710
III. Tercero civilmente obligado 715
1. Derecho de repetición 721
IV. Bibliografía 722

§ 96
Transmisión de la reparación civil

Juan Carlos Tello Villanueva / Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Transmisión de la obligación de reparar 723
1. Transmisión de la reparación civil a los herederos del sentenciado 723
2. Límite de la transmisión de la reparación civil 725
3. Transmisión de la reparación civil a los herederos del agraviado 726
II. Transmisión de la reparación civil del daño moral 728
III. Bibliografía 730

§ 97
Protección de la reparación civil

Juan Carlos Tello Villanueva / Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Pretensión anulatoria 731
II. ¿Nulidad o declaración de ineficacia del acto? 733
III. Insolvencia provocada 738
IV. Bibliografía 739

§ 98
Aseguramiento de la reparación civil con la remuneración del sentenciado

Juan Carlos Tello Villanueva / Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Insolvencia del sentenciado 741
II. Afectación a la remuneración del sentenciado para asegurar el pago de la reparación civil 744
III. Algunos problemas en torno a la insolvencia del sentenciado 748
IV. Bibliografía 751

§ 99
Procedencia de la acción civil contra terceros

Juan Carlos Tello Villanueva / Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Incorporación del tercero civil 753

II. Acción civil contra terceros en la vía extrapenal 754
III. Bibliografía 756

§ 100
Inextinguibilidad de la acción civil

Juan Carlos Tello Villanueva / Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Generalidades 757
II. Extinción de la acción civil en los supuestos del artículo 78 del Código Penal 759
1. Muerte del agente 759
2. Prescripción 760
3. Amnistía y derecho de gracia 762
4. Autoridad de cosa juzgada 763
5. Sentencia de la jurisdicción civil 764
III. Extinción de la acción civil en delitos de acción privada 764
1. Desistimiento 764
2. Transacción 765
IV. La funcionalidad de otras formas de extinción de la acción civil en el proceso penal 765
V. Otras consideraciones 766
VI. Bibliografía 767

§ 101
Aplicación supletoria

Juan Carlos Tello Villanueva / Melissa Lizeth Terán Becerra
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Aspectos generales 769
II. Aplicación supletoria 770

1. Lagunas del Derecho y supletoriedad 770
2. Interpretación jurídica y supletoriedad 771
3. Seguridad jurídica y supletoriedad 772
4. Conclusión 773
III. Bibliografía 774

CAPÍTULO II
CONSECUENCIAS ACCESORIAS

§ 102
Decomiso de bienes provenientes del delito

Constante Carlos Ávalos Rodríguez
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 780
II. Evolución de la regulación legal 781
III. Objeto del decomiso 784
IV. Tipos de decomiso 785
1. De los instrumentos del delito 785
2. De los objetos del delito 788
3. De los efectos o las ganancias del delito 788
4. De los bienes intrínsecamente delictivos 791
V. Improcedencia del decomiso por conflicto con el proceso autónomo de extinción de dominio 794
VI. Decomiso y proceso penal 794
VII. Bibliografía 798

§ 103
Proporcionalidad

Constante Carlos Ávalos Rodríguez
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 799

II. Proporcionalidad del decomiso 802
1. Principio de idoneidad 804
2. Principio de necesidad 805
3. Principio de proporcionalidad en sentido estricto 806
III. Bibliografía 808

§ 104
Privación de beneficios obtenidos por infracción penal a personas jurídicas

Madelaine Reyes Gastelú
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 809
II. La reparación civil como objeto de la privación de beneficios 810
III. Realización de un injusto penal 811
IV. Que haya sido cometido por un funcionario de la empresa 811
V. La infracción penal debe realizarse durante el ejercicio de la actividad empresarial 812
VI. Deben existir beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción penal 813
VII. Bibliografía 814

§ 105
Medidas aplicables a las personas jurídicas

Roxanna Reyes Tello
Notaria pública
(Perú)

I. Introducción 816
II. Naturaleza jurídica de las medidas aplicables a las personas jurídicas 817

1. Naturaleza penal de las medidas aplicables a la personas jurídicas 817
2. Naturaleza extrapenal de las medidas aplicables a las personas jurídicas 817
2.1. Medidas de carácter administrativo 818
2.2. Medidas de seguridad orientadas a la protección de la sociedad frente al peligro de las personas jurídicas 818
2.3. Las medidas aplicables a las personas jurídicas como consecuencias accesorias de carácter civil 819
III. Las consecuencias accesorias en la legislación penal peruana 820
1. Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias 820
1.1. Las consecuencias accesorias como penas 820
1.2. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas 821
1.3. Toma de posición 821
2. Presupuestos de imposición de las consecuencias accesorias .. 822
2.1. Presupuestos materiales 822
a. Hecho principal 822
b. Realización del hecho punible en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o que se ha realizado para favorecerla o encubrirla 823
c. Prognosis de realización de hechos futuros 824
d. Proporcionalidad de la medida 824
2.2. Presupuestos procesales 824
3. Clases de medidas aplicables 825
3.1. Decomiso de las ganancias obtenidas ilícitamente 825
3.2. Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo (§ 105 inc. 1) 825
3.3. La disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité (§ 105 inc. 2) 825
4. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años (§ 105 inc. 3) 826
5. 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 (§ 105 inc. 4) 826

6. Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias (§ 105 inc. 5) 827
7. La intervención de la persona jurídica (§ 105 último párrafo) 827

§ 105-A
Criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas

Roxanna Reyes Tello
Notaria pública
(Perú)

I. Preliminares 830
II. Criterios propiamente dichos para determinar las medidas aplicables a las personas jurídicas 830
1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas (§ 105-A inc. 1) 830
2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible (§ 105-A inc. 2) 831
3. La gravedad del hecho punible realizado (§ 105-A inc. 3) 831
4. La extensión del daño o peligro causado (§ 105-A inc. 4) 832
5. El beneficio económico obtenido con el delito (§ 105-A inc. 5) .. 832
6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible (§ 105-A inc. 6) 832
7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica (§ 105-A inc. 7) 833
8. La disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas .. 833

Índice general 837

Este libro se terminó de imprimir
en octubre de 2019, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú

COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL PERUANO
Parte General

TOMO III
§§ 47 - 105-A