

de un delito; y, con ello tanto la atribución y determinación —o no— de la responsabilidad penal, así como la aplicación de la pena.

El mismo que, a su vez, requiere de la existencia de dos instancias claramente diferenciadas; pero, ambas como parte de un todo: el proceso. Esto es así, en tanto se busca cubrir a los diferentes sujetos que actúan en el mismo, de los «errores» o «arbitrariedades» en los que pudiesen incurrir los órganos jurisdiccionales (y los jueces concretamente) (Couture, 2016, pág. 141) Sea como consecuencia del accionar de los propios sujetos del proceso; o, de cuestiones externas a ellos mismos.

Y, ii) el de «ejecución de la pena», que va a iniciar con la ejecución de la sentencia —condenatoria— que puso fin al proceso de forma definitiva; y se va a extender a su control general (y específico) en atención a la sanción penal impuesta. Es precisamente de este segundo gran momento que nos vamos a ocupar en lo que viene.

#### *2.5.2.1.2. Definición y procedimiento de ejecución —penal—.*

A nivel procesal, indicó Couture (2016), el término «ejecución» designa el procedimiento a seguir para asegurar la eficacia práctica de la sentencia. (pág. 358) Es decir, la ejecución viene a ser esta parte del proceso en el que, por medio de una serie de actos, se busca dar realidad a la decisión judicial contenida en la sentencia que puso fin al proceso.

En tal sentido, se podría llegar a afirmar que la ejecución en el proceso penal irá a responder a la misma idea —general— que se tiene en el proceso civil. (San Martín Castro, 2012, pág. 1336) Esto, debido a que, en uno y otro, se pretende dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia con la que culminó la fase de cognición procesal.

Sin embargo, tal y como señaló Gómez Colomer (1994), la diferencia entrambos, ejecución en el proceso civil y ejecución en el proceso penal, radica en que éste último solamente se irá



a dar cuando el acusado es condenado a cumplir una pena. (pág. 505) Es decir, la ejecución en el proceso penal va operar única y exclusivamente cuando se trate de sentencias de condena; o, mejor, de «sentencias condenatorias»<sup>51</sup>.

De esta forma, en el ámbito del proceso penal, la ejecución viene a ser el momento procesal (el segundo) en el que, por medio de una serie de actos, se pretende llevar a la realidad el contenido de una sentencia condenatoria que puso fin a un proceso penal en forma definitiva, compeliendo al condenado a cumplir tanto la pena, como las demás consecuencias jurídicas que se deriven de ella.

Ahora bien, este segundo momento (o, parte) del proceso penal, al que podríamos llamar de ejecución de la pena, va a comprender: de un lado, la «ejecución de la pena —en sentido estricto—», que abarca el inicio y la supervisión general de la realización de la sentencia —condenatoria—; y, del otro, la «ejecución penal», la cual se refiere concretamente al cumplimiento de la sentencia —condenatoria— a pena privativa de libertad. (Roxin, 2000, pág. 501)

Esto es así porque el cumplimiento de las sentencias condenatorias a pena privativa de libertad, revisten ciertas particularidades que ninguna de las otras penas consignadas al interior del proceso penal, tienen. De manera que el cumplimiento de la pena privativa de libertad, —si se quiere— en su «fase procesal», inicia con la sentencia condenatoria que puso fin al proceso penal; en tanto que, en su fase —si se quiere— «material», comienza —realmente— una vez que el sujeto condenado ingresa a un establecimiento penitenciario.

---

<sup>51</sup> Sobre este punto, existe un cierto debate con relación a si las sentencias absolutorias en el proceso penal, son susceptibles o no de ejecución. Aquí, somos de la posición que no. No obstante, debido a que el exponer uno y otro punto exceden los límites de este trabajo; para conocer más sobre esta polémica respecto de las sentencias absolutorias y la posibilidad de su ejecución, remito a Montero Aroca, J.; Ortells Ramos, M.; Gómez Colomer J-L.; y Montón Redondo, A. *DERECHO JURISDICCIONAL III. Proceso Penal*. Boch, Barcelona: 2004.

Ciertamente, aquí nos centraremos en la ejecución en el proceso penal, en tanto «ejecución penal» en su «fase procesal». Es decir, desde el momento de la disposición de cumplimiento de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad que puso fin al proceso penal, hasta el momento en el que el sujeto condenado es puesto a disposición de la Administración Penitenciaria, por un lado; y, a la supervisión general de su cumplimiento (el cual dista de su «especial» cumplimiento y supervisión al interior del establecimiento penitenciario), del otro. (Roxin, 2000, pág. 501)

De esta forma, en atención a lo señalado líneas arriba, encontramos que, al interior del proceso penal, la ejecución de la pena privativa de libertad —de carácter efectivo— (o, ejecución penal) tiene como punto de partida la existencia de una sentencia condenatoria firme. Único momento, por cierto, en el que la presunción de inocencia queda desvirtuada.

Esto significa, siguiendo lo señalado por Gómez Colomer (1994), que dicha sentencia se constituye en el único «título ejecutivo» capaz dar inicio a la ejecución penal. (págs. 517-518) Pues, —continúa el autor— la existencia de una sentencia condenatoria firme presupone la «declaración irrevocable», hecha por un órgano jurisdiccional, de que el acusado sea sometido a una pena —privativa de libertad—. (pág. 518)

En tal sentido, este estado de «firmeza» (o, mejor, de «cosa juzgada formal») de la sentencia condenatoria en el proceso penal, irá a alcanzarse toda vez que el órgano jurisdiccional se haya pronunciado de manera definitiva respecto del (o de los) hecho(s) punible(s) que diera(n) origen al mismo<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Aquí debemos resaltar, siguiendo a Roxin (y a la posición mayoritaria de la doctrina en general), que: “con los conceptos de «cosa juzgada formal» y «cosa juzgada material» son descritos los diferentes efectos de la sentencia”. Siendo que, la primera produce efectos únicamente para el mismo proceso que le dio origen; y que, la segunda produce efectos más allá del proceso en el que se originó. Así, en Roxin, C. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires: 2000; p. 434 y ss. En igual sentido, en Montero Aroca, J.; Ortells Ramos, M.; Gómez Colomer J-L.; y Montón Redondo, A. *DERECHO JURISDICCIONAL III. Proceso Penal*. Boch, Barcelona: 2004; p. 475 y ss. Así

Cuyos efectos, indicó Roxin (2000), a partir de ese instante, serán que: i) al interior del proceso penal, contra la sentencia condenatoria que impuso la pena privativa de libertad, ya no existen más recursos capaces de revertir la decisión de condenar («efecto conclusivo»); y, a su vez, que ii) el órgano jurisdiccional —competente— estará en la posibilidad de dar inicio, en forma automática, a la ejecución penal («efecto ejecutivo»). (pág. 434)

Por tanto, una sentencia condenatoria alcanzará la calidad de firme y, junto a ella, su idoneidad para dar inicio a la ejecución penal; toda vez que, contra la sentencia, fueron agotados todos los recursos impugnatorios destinados a atacar la decisión judicial de condena, que cuenten con la posibilidad de poder revertirla dentro del proceso penal en el que se originó.

Superado este punto, siempre para el caso de una pena privativa de libertad —de carácter efectivo—, de forma inmediata, le corresponderá al órgano jurisdiccional competente realizar todas y cada una de las acciones que permitan un cumplimiento efectivo de la pena. Circunstancia que, en nuestro ordenamiento jurídico penal, es de competencia de los «Juzgados de Investigación Preparatoria», conjuntamente con el apoyo de la autoridad administrativa competente<sup>53</sup>.

Será este órgano jurisdiccional el que dispondrá desde un inicio, y previo traslado de los actuados por parte del Juzgado Penal que dictó la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad —de carácter efectivo—; la realización de todas las diligencias necesarias para asegurar y garantizar un cumplimiento adecuado de la pena.

---

también, para un conocimiento más amplio y detallado con relación a los distintos efectos que produce la sentencia en el proceso judicial; y, en particular, sobre la distinción entre «cosa juzgada formal» y «cosa juzgada sustancial»; véase: Couture, E. J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. (4ª edición) IB de f, Montevideo-Buenos Aires: 2016; p. 325 y ss.

<sup>53</sup> Así, en el NCPP (2004), artículo 489°.



En concreto, todo ello implica que, por ejemplo, para el caso de un acusado que haya sido condenado a cumplir una pena privativa de libertad —de carácter efectivo— con sentencia condenatoria firme: primero, el Juzgado de Investigación Preparatoria competente debe disponer la inmediata captura del sujeto condenado (siempre y cuando éste no se haya presentado al momento en que se dio la lectura de su condena)<sup>54</sup>. Segundo, producida la captura, a este mismo Juzgado le corresponde identificar y acreditar plenamente la coincidencia que debe existir entre el sujeto condenado y el capturado<sup>55</sup>. Tercero, (y una vez que el sujeto condenado fue plenamente identificado), el Juzgado deberá proceder a realizar el cómputo de la pena; descontando, si fuera el caso, el tiempo de detención, prisión preventiva o domiciliaria que hubiera sufrido el mismo, hasta momentos antes de la sentencia condenatoria firme<sup>56</sup>. Y, cuarto —y último punto—, una vez realizado el cómputo se deberá de poner en conocimiento tanto del Juzgado Penal que impuso la condena, como del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), las copias de la sentencia con la correspondiente liquidación de la pena<sup>57</sup>. Será este último el encargado de proceder con el internamiento del sujeto condenado en el establecimiento penitenciario designado por su administración, conforme lo previsto en el Código de Ejecución Penal —vigente—<sup>58</sup>.

Finalmente, siguiendo a San Martín Castro (2012), tenemos que la ejecución de la pena —en general—, a nivel del proceso penal, integra propiamente la «potestad jurisdiccional» conferida al Estado para la realización del derecho penal (material) —en los casos concretos—. (pág. 1335) El cual, (continuando en la línea del autor) es de carácter

---

<sup>54</sup> *Ibidem.*, artículo 490°, inciso 1.

<sup>55</sup> *Ibid.*, inciso 2.

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> Así, en el NCPP (2004), artículo 490°, inciso 4.

<sup>58</sup> Así, en el Código de Ejecución Penal peruano, artículo 2°.

eminentemente «público»; y, por tanto, se desenvuelve en un plano «coactivo» en el que la voluntad del sujeto condenado a cumplir con una pena, es irrelevante; y en la medida que se traduce en la «realización del *ius puniendi* estatal», una vez que se alcanzó la certeza respecto de la comisión de un delito, así como de la aplicación de la sanción penal que corresponde. (pág. 1336)

#### 2.5.2.1.3. *Derechos y garantías vinculados a la ejecución —penal—.*

Entre los principales derechos y garantías que podemos encontrar durante el momento de la «ejecución penal», tenemos a los siguientes:

##### *a) Presunción de inocencia.*

De conformidad con lo previsto en nuestra Constitución Política<sup>59</sup> y en nuestro ordenamiento jurídico penal<sup>60</sup>, este derecho fundamental, eje de todo el proceso, presupone que toda persona imputada —y acusada— de la comisión de un delito debe ser considerada inocente y tratada como tal, en tanto no se haya declarado —y demostrado— judicialmente su responsabilidad penal con sentencia —condenatoria— firme.

De esta forma, la doble dimensión de este derecho se expresa, de un lado, en la prohibición dirigida a los órganos jurisdiccionales de realizar acciones que impliquen un tratamiento distinto al que acompaña a la inocencia de una persona; sea que se trate de un imputado o, de un acusado. Y, del otro, en la obligación —igualmente— dirigida a los órganos jurisdiccionales de hacer que se respete dicha condición hasta el instante en el que sea declarada —y demostrada— la responsabilidad penal con sentencia condenatoria firme en el proceso. Único momento en el que la presunción de inocencia queda desvirtuada.

---

<sup>59</sup> Así, en la Constitución Política del Perú, artículo 2º, inciso 24, literal e.

<sup>60</sup> Así, en el NCPP (2004), artículo II.

Por tanto, en la medida que la «ejecución penal» permite realizar acciones contrarias a las que acompañan a la inocencia de toda persona, tales como: la «privación de la libertad» o, su «exposición como culpable» de la comisión de un delito ante la sociedad; el momento de su inicio se verá limitado única y exclusivamente al instante en el que la sentencia condenatoria logró alcanzar la calidad de firme en el proceso penal.

*b) Defensa.*

En atención a lo señalado en nuestra Constitución Política<sup>61</sup> y en nuestro ordenamiento jurídico penal<sup>62</sup>, este derecho fundamental se configura en el hecho de que ninguna persona puede ver restringida la posibilidad de ejercer su defensa en los modos y oportunidad previstos por ley, en ningún estado del proceso —judicial—.

De esta forma, la doble dimensión de este derecho se expresa, de un lado, en la prohibición dirigida a los órganos jurisdiccionales (y a los demás órganos estatales en general) de realizar acciones que signifiquen una privación de todos aquellos actos que contribuyen a su —efectivo— ejercicio; y, del otro, en la obligación —igualmente— dirigida a los órganos jurisdiccionales de hacer que toda persona pueda continuar ejerciéndolo a lo largo de todo el proceso.

En consecuencia, una vez iniciado la «ejecución penal» con sentencia condenatoria firme en el proceso penal, el condenado podrá: i) seguir en comunicación con su abogado defensor o, con las personas que hayan asumido su defensa legal (de ser el caso); ii) conocer del estado en el que se encuentre el proceso iniciado en su contra; iii) participar de las audiencias y ejercer su autodefensa material en ellas (si el caso así lo amerita). Y, en

---

<sup>61</sup> Así, en la Constitución Política del Perú, artículo 139°, inciso 14.

<sup>62</sup> Así, en el NCPP (2004), artículo IX.

general, podrá seguir realizando todas las demás actuaciones que contribuyan constitucional y legalmente al ejercicio de su defensa en el proceso penal.

*c) Fin de la pena.*

De conformidad con lo previsto tanto en la Constitución Política<sup>63</sup>, como en nuestro ordenamiento jurídico penal<sup>64</sup>, esta garantía presupone que las penas están orientadas hacia un fin preventivo, protector y resocializador de la persona. Y, en mérito a ello que el régimen penitenciario en el Perú, tenga como fines: i) la reeducación, ii) la rehabilitación y iii) la reincorporación del penado a la sociedad.

En esta línea, afirmó Roxin, citado por Bacigalupo (1999): será «preventiva», al momento de su «regulación» en la ley penal; «protectora», al momento de su «aplicación» sobre el condenado; y «resocializadora», al momento de su «ejecución» en el establecimiento penitenciario. (pág. 38)

Es decir, va a ser «preventiva» en la medida que, con su regulación, se busca que las personas se abstengan de realizar acciones que vayan en contra de este orden social y jurídico construido sobre la base de la suma de un porcentaje (la mínima y suficiente) de las libertades (hoy derechos) que aquellas depositaron en el Estado<sup>65</sup>.

Por otro lado, va a ser «protectora» en la medida que la pena únicamente debe ser impuesta sobre la persona que infringió la norma jurídico-penal en el caso concreto; pero solo de quien verdaderamente la infringió. Y, por último, «resocializadora», no en la medida que, con ella, se obligue al sujeto condenado a someterse a actividades que

---

<sup>63</sup> Así, en la Constitución Política del Perú, artículo 139°, inciso 22.

<sup>64</sup> Así, en el Código Penal, artículo IX.

<sup>65</sup> Aquí se utiliza el término «preventiva» en el sentido de indicar más una «función motivadora» de las personas a que no infrinjan la norma jurídico-penal (y, por tanto, válido únicamente para el momento de su configuración legal); antes que una función estrictamente «preventiva-disuasoria» de los delitos en general. Pues, en esta última, al momento de su individualización, se daría paso a «penas indeterminadas»; y, al momento de su aplicación, a «penas ejemplares».



permitan resocializarlo sí o sí; sino, en la medida que, en el momento de su cumplimiento, todas las condiciones que permitan al condenado, de forma voluntaria, reintegrarse a la sociedad, tales como: el acceso a la educación, al trabajo, a la salud, entre otros tantos más que sirvan al fin; deberán de estar dadas<sup>66</sup>.

En consecuencia, la «ejecución penal», desde el momento de su inicio, deberá realizarse en función a estos fines, garantizando que la persona condenada a cumplir una pena privativa de libertad —efectiva—, por un lado, lo sea únicamente sobre la base de una sentencia condenatoria firme; y, del otro, pueda conocer y tener un acceso efectivo a todas las medidas que sirvan para que el condenado, una vez que haya cumplido con su pena, pueda reintegrarse a la sociedad. Esto último, lógicamente excluye cualquier posibilidad de tortura o, trato humillante o inhumano que signifique un menoscabo en la integridad física y mental de la persona.

*d) Ejecución —en sentido estricto—.*

En atención a lo expresamente señalado en la jurisprudencia constitucional<sup>67</sup>, y en nuestro ordenamiento jurídico penal<sup>68</sup>, esta garantía refiere al hecho de que toda ejecución de la pena, a nivel del proceso penal, se da únicamente en la forma y modos previstos por la ley —penal— (y los reglamentos que la desarrollan). En caso contrario, la ejecución puede —y de hecho debe— ser intervenida judicialmente.

En tal sentido, indicó San Martín Castro (2012), que el cumplimiento de la pena debe de ejecutarse, por un lado, dentro del «marco legal» establecido por la ley, y los

---

<sup>66</sup> Acerca de las «teorías» de la pena y los «fines» hacia los cuales están orientados en el derecho penal moderno; véase: Bacigalupo Enrique. *Derecho penal. Parte general*. (2ª edición) Hammurabi, Buenos Aires: 1999; Capítulo I. p. 29 y ss.

<sup>67</sup> Así, en la STC N° 0807-2003-HC; f.j. 9. Y, en la STC N° 2048-2005-PHC; f.j. 6

<sup>68</sup> Así, en el Código Penal, artículo VI.

reglamentos —que la desarrollen—; y, del otro, cuidando de «no vulnerar» los derechos que no fueron afectados con la sentencia condenatoria. (pág. 1338)

Así, para el caso de la «ejecución penal», esta se realiza: primero, sobre la base de una sentencia condenatoria firme; segundo, bajo la dirección del órgano jurisdiccional competente (conjuntamente con el apoyo de la administración penitenciaria); tercero, incidiendo, de forma exclusiva, en los derechos expresamente señalados en la sentencia; cuarto, en atención a los fines constitucional y legalmente previstos para ella; y, finalmente, bajo un riguroso cómputo en los plazos de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

De no existir tal escenario, el órgano jurisdiccional estará facultado para intervenir judicialmente la ejecución penal, garantizando que la ejecución solamente se realice dentro del marco legal (y, sobre todo, del constitucionalmente) establecido.

*e) Tutela jurisdiccional —efectiva—.*

De conformidad con lo previsto en nuestra Constitución<sup>69</sup>, señaló Landa Arroyo (2017), por esta garantía deberá de entenderse, por un lado, aquella facultad con la que cuenta toda persona para poner en «funcionamiento» la actividad jurisdiccional del Estado; y, del otro, que los destinatarios (sean personas o, entidades públicas o privadas) «cumplan» o «ejecuten» el contenido de la decisión jurisdiccional —que le puso fin al proceso en forma definitiva—<sup>70</sup>. (págs. 185-186)

Ello quiere decir que esta garantía presupone, primero, el libre acceso al sistema de tutela de los derechos (conocido generalmente como sistema de administración de justicia);

---

<sup>69</sup> Así, en la Constitución Política del Perú, artículo 139°, inciso 3.

<sup>70</sup> En igual sentido, el Tribunal Constitucional peruano en las Sentencias N° 015-2001-AI/TC; N° 016-2001-AI/TC; y N° 004-2002-AI/TC (Acumulados); f. j. 9 y ss. Sin embargo, aquí cabe resaltar que, en estos expedientes, el Tribunal trata a la «tutela jurisdiccional —efectiva—» como un derecho; y no como lo que es: una garantía. Sobre una distinción entre derechos y garantías, remito a los apartados 2.5.1.2. y 2.5.1.3. de este trabajo.

y, segundo, la conclusión definitiva de sus controversias<sup>71</sup>. Lo cual, a su vez, presupone que todos los casos que se encuentren en sede jurisdiccional, pueden —y de hecho tienen que— ser resueltos; y que las sentencias que se dicten en ellas han de tener efectos en la realidad, y no quedarse en meras declaraciones al viento, sin valor ni efectividad alguno<sup>72</sup>.

Es justamente en mérito a este segundo supuesto que el órgano jurisdiccional debe garantizar que la «ejecución penal» llegue a cumplirse de forma efectiva. Es decir, la autoridad judicial competente, conjuntamente con la administración penitenciaria, desde el momento en el que la sentencia condenatoria se hizo firme y, por lo tanto, ejecutable en el proceso penal; deberá de recurrir: en primer lugar, a todas las medidas necesarias establecidas dentro del marco constitucional y legal que sirvan para un adecuado —y real— cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Por tal motivo, indicó San Martín Castro (2012), la ejecución penal procede de «oficio» y en forma «forzosa». (pág. 1338) Pues, desde el instante en el que la sentencia condenatoria se hace firme en el proceso penal, el Juzgado penal competente deberá de dar inicio a la «ejecución penal» sin esperar solicitud de parte (sea del lado del representante del Ministerio Público o, de la parte directamente afectada con el delito); y, con ello, hacer que el condenado la cumpla en la forma prevista en la sentencia condenatoria.

De igual modo, en segundo lugar, tenemos que la ejecución deberá de darse dentro de «plazos razonables». (Landa Arroyo, 2017, pág. 186) Con lo cual, la «ejecución penal», iniciada sobre la base de una sentencia condenatoria firme en el proceso penal, va a limitar

---

<sup>71</sup> Esto es así, en tanto se entienda al proceso —penal— como una auténtica garantía; esto es, como el contexto que debe permitir la realización efectiva de los derechos fundamentales de las personas, por un lado; y la averiguación, juzgamiento y aplicación de la pena por medio de una decisión definitiva, del otro. Respecto del proceso penal como garantía del individuo frente al poder del Estado; remito al apartado 2.5.2.1.1. de este trabajo.

<sup>72</sup> Esto último, conforme lo establecido en la STC N° 1042-2002-AA/TC; f. j. 2.3.1.

el ejercicio de los medios impugnatorios y los efectos que ellos puedan producir, a la etapa procesal penal correspondiente. Todo ello, en aras de evitar aplazamientos —generalmente— innecesarios que, por un lado, ponen en riesgo el orden social y jurídico inicialmente establecido; y, del otro, —ponen— en duda la potestad jurisdiccional que le ha sido encargado al Estado.

### ***2.5.2.2. La ejecución provisional de la sentencia condenatoria en el NCPP (2004): un caso especial.***

#### *2.5.2.2.1. Apuntes previos.*

Señaló Roxin (2000), que, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, en el proceso penal «no existe ejecución provisional» alguna. (pág. 435) Esto, debido a que la ejecución en el proceso penal (y con mayor razón la «ejecución penal») únicamente procede sobre la base de una sentencia condenatoria firme. O, lo que es lo mismo, cuando una sentencia condenatoria finalmente alcanza los efectos de cosa juzgada —formal— en el proceso.

Del mismo modo, Ortells Ramos (1994), indicó que el derecho —fundamental— a la «presunción de inocencia» debe excluir (y de hecho lo hace) cualquier posibilidad de ejecución provisional de los pronunciamientos propiamente penales de la sentencia. (pág. 430) Esto es así, porque este derecho limita el inicio de la ejecución —penal—, en tanto importa una actuación contraria de su contenido, al instante en el que la sentencia condenatoria se hace firme en el proceso penal.

Así también, Gómez Colomer (1994), fue un poco más allá y resaltó el hecho de que la inexistencia de cualquier tipo de ejecución provisional, al interior del proceso penal, se debe a que la mayoría de los recursos interpuestos contra las sentencias definitivas, son de «efectos suspensivos». (pág. 518) Por tanto, —y con mayor razón— para el caso de la interposición

del recurso impugnatorio correspondiente (llámese «apelación») contra las sentencias condenatorias que aún no alcanzaron la firmeza que se exige, como presupuesto para el inicio de su ejecución; tiene que regir plenamente el efecto suspensivo.

De esta forma, se tiene que, dentro del proceso penal, *a priori* no se admite la posibilidad de «ejecución provisional» alguna. Y esto, básicamente porque iría en contra del contenido fundamental que tutela el derecho a la «presunción de inocencia» y del contenido —igualmente fundamental— de la garantía de la «doble instancia procesal».

Finalmente, lejos de todo esto que se acaba de mencionar, nuestro ordenamiento jurídico penal ha optado por reconocer el «sistema de ejecución provisional», sobre todo de las sentencias condenatorias a pena privativa de libertad efectivas, aun cuando estas fueron materia de impugnación; dentro de los términos que veremos en seguida.

#### 2.5.2.2.2. *Regulación jurídico procesal.*

El «sistema de ejecución provisional», al interior del proceso penal peruano, encuentra su punto de origen más inmediato en lo previsto por el artículo 330° del Código de Procedimientos Penales del año de 1940, por el que la sentencia condenatoria debía de ser cumplida pese a la interposición del recurso de nulidad. Es decir, en él ya estaba previsto un sistema de ejecución provisional para la totalidad de las penas, con la sola excepción de la pena de expatriación<sup>73</sup>.

Ahora bien, dentro de los alcances del NCPP (2004), su regulación actual no dista mucho de ello, por cuanto ha sido previsto de la forma siguiente<sup>74</sup>:

#### ***Artículo 402° .-***

---

<sup>73</sup> Sanción penal que, por cierto, no fue ratificada como una de las penas aplicables en el Código Penal vigente.

<sup>74</sup> La cursiva es nuestra.



*1. La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente, aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos.*

*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 alguna de las restricciones previstas en el artículo 288° mientras se resuelve el recurso.*

**Artículo 412° .-**

*1. Salvo disposición contraria de la ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere.*

*(...)*

**Artículo 418° .-**

*(...)*

*2. Si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo penal se ejecutará provisionalmente. En todo caso, el Tribunal superior en cualquier estado del procedimiento recursal decidirá mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse.*

De este modo, al interior del proceso penal peruano, en un primer momento, se puede llegar a entender a dicho sistema como aquel que consiste en la ejecución provisional no solo de las sentencias condenatorias en cuyo contenido no se consignent penas de multa o limitativas de

derechos, contra las que hayan sido interpuestas los recursos impugnativos correspondientes<sup>75</sup>; sino también, en general, de todas las resoluciones contra las que se interpusieron algún tipo de recurso impugnativo y sobre las que no exista una disposición expresa de la ley penal en sentido contrario<sup>76</sup>.

O, en un segundo momento, de manera específica, para el caso de una sentencia condenatoria a «pena» o medida de seguridad «privativa de libertad de carácter efectivo», y siempre que el «condenado se encuentre en libertad», como aquel que consiste: o, en i) la «inmediata ejecución» del extremo penal de la indicada sentencia condenatoria; o, en ii) la «imposición de alguna de las restricciones» expresamente consignadas en el artículo 288° del NCPP (2004)<sup>77</sup>. Ambas, en atención a la «naturaleza o gravedad» —del delito— y el «peligro

---

<sup>75</sup> Pues, tal y como se desprende de lo previsto en el artículo 402°, inciso 1, del NCPP (2004); cuando se trate de este tipo de penas, rige el «sistema suspensivo».

<sup>76</sup> Esto, tal y como se desprende de lo previsto en el artículo 412°, inciso 1, del NCPP (2004).

<sup>77</sup> Las restricciones consignadas en el artículo 288° del NCPP (2004), son las siguientes:

**Artículo 288° .-**

Las restricciones que el Juez puede imponer son las siguientes:

1. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados.
2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.
3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa.
4. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. La caución podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente.
5. La vigilancia electrónica personal, de conformidad a la ley de la materia y su reglamento, la que se cumplirá de la siguiente forma:
  - a) La ejecución se realizará en el domicilio o lugar que señale el imputado, a partir del cual se determinará su radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito.
  - b) El imputado estará sujeto a vigilancia electrónica personal para cuyo cumplimiento el juez fijará las reglas de conducta que prevé la ley, así como todas aquellas reglas que consideren necesarias a fin de asegurar la idoneidad del mecanismo de control.
  - c) El imputado que no haya sido anteriormente sujeto de sentencia condenatoria por delito doloso podrá acceder a la vigilancia electrónica personal. Se dará prioridad a:
    - i. Los mayores de 65 años.
    - ii. Los que sufran de enfermedad grave, acreditada con pericia médico legal.
    - iii. Los que adolezcan de incapacidad física o permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento.
    - iv. Las mujeres gestantes dentro del tercer trimestre del proceso de gestación. Igual tratamiento tendrán durante los doce meses siguientes a las fechas de nacimiento.
    - v. La madre que sea cabeza de familia con hijo menor o con hijo o cónyuge que sufra de discapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que se encuentre en las mismas circunstancias tendrá el mismo tratamiento.



de fuga» —del condenado—; y con la posibilidad de poder ser suspendidas en lo que el recurso impugnativo es resuelto.

Sin embargo, cabe resaltar aquí que el NCPP (2004) nada dice respecto de la ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena o medida privativa de libertad de carácter efectivo, para aquellos casos en los que el condenado ya se encuentra privado de su libertad; sea por un mandato de prisión preventiva o, por cualesquiera de las medidas de coerción procesal expresamente previstas en la SECCIÓN III, LIBRO SEGUNDO, del NCPP (2004). O, peor aún, nada dice respecto de la forma y/o el modo en que la ejecución provisional debe ser cumplida en dichos casos.

Esto es así, porque de optarse por la ejecución provisional de la sentencia condenatoria para el indicado caso, la misma, puede perfectamente interpretarse en idéntica línea de lo previsto en el artículo 402°, inciso 2, del NCPP (2004); el cual prevé una ejecución inmediata de la indicada sentencia y/o la imposición de alguna restricción. O, asimismo, de encontrarse el sujeto —condenado— ya privado de su libertad por mandato de prisión preventiva; de conformidad con lo previsto en el artículo 274°, inciso 5, del mismo Código; el cual prevé la «prolongación automática» de la prisión preventiva como consecuencia de la condena del acusado, pese a la interposición del recurso impugnatorio correspondiente.

Por otro lado, a través del Acuerdo Plenario N° 010-2009/CJ-116 se pudo desarrollar y ampliar de mejor manera este sistema y se resaltó: en primer lugar, que la ejecución provisional «está directamente vinculada con la interposición de los recursos impugnativos» en el proceso penal<sup>78</sup>. De los efectos que estos producen dentro del proceso concretamente.

---

d) El imputado deberá previamente acreditar las condiciones de vida personal laboral, familiar y social con informe social y pericia psicológica.

<sup>78</sup> Así, en el f.j. 8°, del indicado Acuerdo Plenario.



Ello, debido a que, al interior del proceso penal —peruano—, se reconoce la existencia de dos modelos o sistemas; a saber: i) el «sistema suspensivo» y ii) el «sistema de ejecución provisional»<sup>79</sup>.

Por el primero, señaló Roxin (2000): “La eficacia de la decisión impugnada (en la sentencia, la cosa juzgada o ejecutoriedad) es impedida por la interposición tempestiva del recurso, o sea, es postergada”. (pág. 446) Esto, sin más, significa que todos los efectos que pueda llegar a producir una sentencia condenatoria en el proceso penal, se verán paralizados hasta que el recurso impugnativo sea resuelto.

En tanto que, por el segundo, indicó San Martín Castro (2012), se resguarda el «derecho del Estado» de asegurarse una posible ejecución, una vez que el recurso es resuelto. (pág. 840) Es decir, con la ejecución provisional básicamente se busca garantizar una futura aplicación —efectiva— de la ley penal. Pues, tras ella entran en juego, por un lado, la seguridad jurídica; y, del otro, el *ius puniendi* estatal. Ni más, ni menos.

Y, en segundo lugar, que la ejecución provisional, bajo el régimen del NCPP (2004), se cumplirá cuando se trate de sentencias condenatorias que impongan «penas privativas» y «restrictivas» de libertad, pese a la interposición del recurso impugnatorio correspondiente<sup>80</sup>. La misma que, cuando se trate de penas o medidas de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, siempre que el condenado se encuentre en libertad; consistirá: o, en su «inmediata ejecución», aunque «a título provisional», de la indicada sentencia; o, en la «imposición de alguna de las restricciones» previstas en el artículo 288° del NCPP (2004)<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> Así, en el Acuerdo Plenario N° 010-2009/CJ-116, f.j. 8°. A.

<sup>81</sup> *Idem.*



De manera que, cuando se trate de penas de multa o limitativas de derechos, estas quedarán fuera del ámbito de aplicación de la ejecución provisional; o, lo que es lo mismo, su ejecución quedará suspendida hasta el momento en el que la sentencia condenatoria se hace firme en el proceso<sup>82</sup>.

De esta forma, podemos ver como el sistema de ejecución provisional, tal y como estaba previsto en el Código de Procedimientos Penales de 1940, todavía se mantiene como regla general frente al efecto suspensivo de los recursos. Asimismo, que, aun cuando la ejecución provisional fuera inicialmente prevista para las sentencias condenatorias en cuyo extremo penal se consignan penas o medidas privativas de libertad efectivas; ella también alcanza a las sentencias condenatorias que imponen penas restrictivas de libertad.

Y, así también, de manera específica, para el caso de las sentencias condenatorias cuyo extremo penal consigne penas privativas de libertad de carácter efectivo, siempre que el sujeto condenado se encuentre en libertad; la ejecución provisional se afirma como aquella que consiste: o, en la «inmediata ejecución», aunque a título provisional, de la indicada sentencia; o, en la «imposición de alguna de las restricciones» que se consignan en el artículo 288° del NCPP (2004).

En nuestro caso, debemos resaltar que nos centraremos en esta última; esto es, en la ejecución provisional de la sentencia condenatoria en cuyo extremo penal se impuso una pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad.

---

<sup>82</sup> *Idem.*

### 2.5.2.2.3. Procedimiento.

Precisamente, en atención a lo señalado líneas arriba y de conformidad con lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico penal, se tiene que, para el caso de la sentencia condenatoria que impuso una pena privativa de libertad efectiva, siempre que el sujeto condenado se encuentre en libertad; primero, el «sistema de ejecución provisional» puede operar en dos sentidos distintos.

Así, de un lado, se tiene que el sistema de ejecución provisional puede consistir en la «ejecución inmediata», aunque a título provisional, de la sentencia condenatoria que impuso una pena privativa de libertad de carácter efectivo; dispuesta sobre la base de la «naturaleza o gravedad» —del delito— y del «peligro de fuga» —del sujeto condenado—<sup>83</sup>.

Esto es, en un sentido literal, como si de una «ejecución iniciada sobre la base de una sentencia condenatoria firme» se tratase. Y, por tanto, le tocaría seguir idéntico trámite procedimental al de esta última. O, mejor, al que le toca seguir a la ejecución penal concretamente.

Siendo éste el criterio mayormente aceptado —por todos— en nuestro ordenamiento jurídico penal, ello supone, en líneas generales, que: de forma inmediata y siempre que se trate de una persona que se encuentre en libertad, al Juez penal que dictó la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, le corresponderá realizar y disponer todas las actuaciones que conlleven a un efectivo cumplimiento de la pena. Y, asimismo, que será el Juzgado de Investigación Preparatoria, previo traslado de los actuados por parte del Juzgado

---

<sup>83</sup> Esto, recordemos, conforme se desprende de lo previsto en el artículo 402°, inciso 2, del NCPP (2004).



Penal que dictó la sentencia condenatoria, el que dispondrá la realización de las demás diligencias necesarias para asegurar y garantizar un cumplimiento adecuado de la pena<sup>84</sup>.

Por otro lado, se tiene que el sistema de ejecución provisional también puede consistir en la «imposición de algunas de las restricciones» consignadas en el artículo 288° del NCPP (2004); dispuesta, de igual modo, sobre la base de la «naturaleza o gravedad» —del delito— y del «peligro de fuga» —del sujeto condenado—.

Es decir, en la restricción dispuesta para el condenado de someterse al «cuidado» y «vigilancia» de una persona o institución determinada; o, de «no ausentarse» del lugar en el que reside al momento en el que la sentencia fue dictada; o, asimismo, de «no comunicarse» con determinadas personas; o, igualmente, de prestar una «caución económica»; o, finalmente, de someterse a la «vigilancia electrónica personal».

Posteriormente, para ambos casos (ejecución inmediata e, imposición de restricciones), se prevé que, en lo que dure el procedimiento recursal, el Tribunal Superior (o, mejor, Sala Penal Superior<sup>85</sup>) que conoce del recurso impugnativo interpuesto contra la indicada sentencia condenatoria, podrá decidir, independientemente de la modalidad de ejecución provisional por la que haya optado el Juez Penal; entre mantenerla y así continuar con el cauce normal del procedimiento hasta el momento de su resolución; o, suspenderla y disponer la inmediata libertad del condenado; o, de ser el caso, disponer el cese de las restricciones que hayan sido impuestas<sup>86</sup>.

Con todo, se puede apreciar que el sistema de ejecución provisional, previsto para el caso de una sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, siempre que el

---

<sup>84</sup> Sobre el procedimiento de «ejecución penal», remito al apartado 2.5.2.1.2., de este trabajo.

<sup>85</sup> Esto, de conformidad con lo previsto en el artículo 417°, inciso 1, del NCPP (2004).

<sup>86</sup> Esto, de conformidad con lo previsto en el artículo 418°, inciso 2, del NCPP (2004).

sujeto condenado se encuentre en libertad; va a ser realizado: i) no en función de un acto distinto al de la «sentencia condenatoria»<sup>87</sup>; ii) en «forma automática», esto es, sin otorgar a la parte afectada con la sentencia condenatoria, la posibilidad real y concreta de poder rebatirla en el proceso; y, además, iii) dejando a «discrecionalidad-arbitrariedad» del Tribunal revisor de la sentencia, la posible suspensión de sus efectos.

### **2.5.3. Ejecución provisional y derechos fundamentales.**

#### ***2.5.3.1. Ejecución provisional, derechos y garantías fundamentales.***

A la luz del constitucionalismo que se acaba de exponer —líneas arriba— (con todo lo que esto implica) y, como consecuencia de ello, de llegar a entender al proceso penal como una garantía —concretamente—; es que surgen algunos problemas con relación al sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria que impone una pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentra en libertad, bajo el régimen del NCPP (2004). Es decir:

- ¿Es una facultad o, una obligación que el juez penal opte por el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad?
- ¿Se justifica que el juez penal de oficio y no en un acto distinto al de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, opte por el sistema de ejecución provisional de la misma, en aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad?

---

<sup>87</sup> Tal y como vendría a ser el caso de un «auto de ejecución provisional» que consigne los motivos por los cuales se está optando por una u otra modalidad de ejecución provisional, por poner un ejemplo.

- ¿El sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad, afecta únicamente el contenido fundamental tanto del derecho a la presunción de inocencia, como de la garantía de la doble instancia? o, también ¿afecta el contenido fundamental de otros derechos y garantías?
- ¿Es realmente impugnabile la decisión del juez penal de optar por el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad?
- ¿Es una facultad o, una obligación para el Tribunal revisor el decidir por la suspensión —o no— de la disposición de la ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad?

A nuestro entender, todas estas interrogantes pueden ser respondidas (o, al menos, intentar ser respondidas), en un primer momento, «identificando» todos y cada uno de los derechos y garantías que entran en juego en el momento que un juez penal decide optar por el sistema de ejecución provisional; antes que, por el sistema suspensivo.

En esa línea, estos derechos y garantías vendrían a ser los siguientes:

*a) Libertad personal.*

De conformidad con lo previsto en nuestra Constitución Política<sup>88</sup> y de lo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —peruano—, este derecho fundamental presupone que «ninguna persona podrá ser privada de su libertad, sino por mandato escrito

---

<sup>88</sup> Así, en la Constitución Política del Perú, artículo 2º, inciso 24.

y motivado del Juez —penal—; o, por el personal de la Policía de Nacional del Perú en casos de flagrante delito<sup>89</sup>».

De esta forma, la doble dimensión de este derecho se expresa: por un lado, en la prohibición dirigida a los órganos jurisdiccionales de privar de la libertad «física» o «locomotora» de una persona, por medio de «detenciones», «internamientos» o, «condenas» «arbitrarias»<sup>90</sup>; es decir, por medidas que no se encuentren dentro de los parámetros legales y, sobre todo, constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico. Y, del otro, en la obligación —igualmente— dirigida a los órganos jurisdiccionales de velar por su total y completo ejercicio, como presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos —también— fundamentales<sup>91</sup>.

Por tanto, cuando es dispuesto «de oficio» y en «un solo acto» el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad, en su forma de «ejecución inmediata», aunque a título provisional, de la indicada sentencia; queda claro que: primero, no se ajusta a las exigencias que se desprenden del contenido del derecho fundamental a la libertad personal; y, segundo, termina por afectar el contenido de otros derechos y garantías —igualmente— fundamentales.

Pues, desde el momento en que el juez penal opta por su disposición, sin antes haber justificado el por qué se decidió por una y no por la otra forma de realización del sistema de ejecución provisional; se constituye en una «privación arbitraria» de la libertad personal

---

<sup>89</sup> Así, en la STC N° 3681-2012-PHC; f.j. 3.3. —párrafo segundo—.

<sup>90</sup> Esto, conforme lo establecido por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 4780-2017-PHC; f.j. 27.

<sup>91</sup> *Idem*.

del sujeto condenado<sup>92</sup>. Además de, claro está, terminar por afectar —también— el contenido que se desprende de otros derechos y garantías directamente vinculados al proceso penal, tales como: presunción de inocencia, defensa, doble instancia y la motivación de las resoluciones judiciales.

Esto último, también pasa cuando el sistema de ejecución provisional consiste en la «imposición —de alguna— de las restricciones» previstas en el artículo 288° del NCPP (2004); aunque, con la aclaración que la misma no importa una afectación —concreta— ni de la libertad física y/o locomotora de una persona, ni de la presunción de inocencia.

*b) Presunción de inocencia.*

Como se pudo ver en el capítulo referido a la ejecución de la sentencia penal<sup>93</sup>, el contenido de este derecho fundamental, en su doble dimensión, expresa: por un lado, la prohibición dirigida a los órganos jurisdiccionales de realizar acciones que conlleven a un tratamiento distinto al que acompaña a la inocencia de una persona; y, del otro, la obligación —igualmente— dirigida a los órganos jurisdiccionales de hacer que se respete dicha condición hasta el instante en el que sea declarada —y demostrada— la responsabilidad penal con sentencia condenatoria firme.

De esta forma, cuando el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad, consiste en la «imposición —de alguna— de las

---

<sup>92</sup> En este punto, es importante resaltar que no se debe confundir «arbitrariedad» con «discrecionalidad». La primera, implica el «uso no motivado» de las facultades —inevitablemente— discrecionales con las que cuenta todo juez; en tanto que, la segunda, importa el «uso motivado» de tales facultades. Respecto de las definiciones de «arbitrariedad» y «discrecionalidad»; véase: Iguartua Salaverría, J. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra-Temis, Lima-Bogotá: 2018. p. 17 y ss.

<sup>93</sup> Sobre la ejecución penal y los derechos y garantías vinculados a este momento; véase el apartado 2.5.2.1.3. de este trabajo.



restricciones» previstas en el artículo 288° del NCPP (2004); no genera mayor problema. Esto, en tanto su imposición, —concretamente— no importa un tratamiento distinto al que acompaña a la presunción de inocencia.

No obstante, ello no pasa cuando dicho sistema consiste en la «ejecución inmediata», aunque a título provisional, de la indicada sentencia. Es decir, su actuación consistente en esta segunda forma, si contraviene claramente el contenido que se desprende del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Pues, desde el momento en que es dispuesta «de oficio» y en «un solo acto» (es decir, conjuntamente con la sentencia condenatoria de primera instancia), la misma se va a dar —casi— en los mismos términos que importa la ejecución penal dispuesta sobre la base de una sentencia condenatoria firme. O, mejor, se da en los mismos términos de la ejecución penal, pero sin que existan las condiciones necesarias para ello.

*c) Defensa.*

Tal y como se pudo ver también en el capítulo referido a la ejecución de la sentencia penal, el contenido de este derecho fundamental, en su doble dimensión, expresa: por un lado, la prohibición dirigida a los órganos jurisdiccionales de realizar acciones que signifiquen una privación de todos aquellos actos que contribuyan constitucional y legalmente a su efectivo ejercicio; y, del otro, la obligación —igualmente— dirigida a los órganos jurisdiccionales de velar por que toda persona pueda continuar ejerciéndolo en todas y cada una de las etapas del proceso.

De esta forma, cuando es dispuesto «de oficio» y en «un solo acto» el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en

libertad, tanto en su forma de «imposición de restricciones», como en la de «ejecución inmediata», aunque a título provisional, de la indicada sentencia; genera ciertos problemas vinculados al contenido que se desprende de este derecho.

Esto es así, porque al ser dispuesta de forma automática, conjuntamente con la sentencia condenatoria dictada en la primera instancia del proceso penal, y no en un acto distinto al de la misma (como lo sería un «auto de ejecución provisional», por poner un ejemplo); no le va a permitir a la parte afectada con tal disposición, el poder defenderse efectivamente de ella. Es decir, esta disposición como tal, de un lado, limita la posibilidad de poder cuestionarla de forma íntegra (al negar la posibilidad de poder ser rebatida en audiencia distinta al de la apelación y/o nulidad) y especializada (al no existir un «auto de ejecución provisional» que consigne los motivos por los cuales se optó por su disposición); y, del otro, deja a «discrecionalidad-arbitrariedad» del Tribunal revisor la posibilidad de su suspensión.

*d) Doble instancia.*

De conformidad con lo previsto en nuestra Constitución Política<sup>94</sup>, y de lo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —peruano—, esta garantía está destinada a asegurar que todas las personas que sean parte de un proceso judicial, tengan la posibilidad de que las resoluciones judiciales (dictadas en la primera instancia del proceso) puedan ser revisadas por un órgano jurisdiccional distinto del que las dictó inicialmente<sup>95</sup>. Con lo cual, el aspecto importante de esta garantía, desde la óptica constitucional, es que permita un «control eficaz» de tales resoluciones<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Así, en la Constitución Política del Perú, artículo 139°, inciso 6.

<sup>95</sup> Así, en la STC N° 1901-2010-PA; f.j. 3.

<sup>96</sup> Así, en el STC N° 7683-2013-PHC; f.j. 16.



Esto es así, siguiendo a Couture (2016), porque la «pluralidad de instancias» surge de la necesidad de proteger a las partes que participan del proceso, de los «errores» o «arbitrariedades» en las que pudiese caer el juez. (pág. 141) Errores o arbitrariedades que, tal y como se indicó anteriormente, pueden surgir: o, como consecuencia del accionar de los sujetos procesales; o, como consecuencia de cuestiones externas y totalmente ajenas al accionar de los mismos (este sería el caso del error o arbitrariedad en la que cae un juez como consecuencia de su propio accionar, por poner un ejemplo).

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha venido resaltando que la «instancia plural» carecería de todo sentido si es que la principal persona involucrada en el proceso penal, primero, no cuenta con la posibilidad, real y efectiva, de poder cuestionar las razones de su condena<sup>97</sup>; y, segundo, de hacerlo en forma íntegra<sup>98</sup>.

Cabe resaltar aquí, que estos aspectos no solo valen para las sentencias de condena o, de absolucón; sino también para todas y cada una de aquellas decisiones jurisdiccionales que tengan como finalidad el privar de la libertad a una persona (tal y como sucede en el caso de la imposición de una prisión preventiva, por ejemplo).

De esta forma, cuando es dispuesto «de oficio» y en «un solo acto» el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad, tanto en su forma de «imposición de restricciones», como en la de «ejecución inmediata», aunque a título provisional, de la indicada sentencia; ésta termina yendo en contra del contenido que se desprende de esta garantía.

---

<sup>97</sup> Así, en la STC N° 0861-2013-PHC; f.j. 12.

<sup>98</sup> *Ibidem.*, f.j. 13.

Y esto, porque al ser dispuesta de forma automática, conjuntamente con la sentencia condenatoria dictada en la primera instancia del proceso penal, y no en un acto distinto al de la misma (como lo sería un «auto de ejecución provisional»); niega la posibilidad de que tal disposición pueda ser cuestionada y controlada de forma efectiva. Esto quiere decir que, al no permitir que la parte afectada con la privación de su libertad pueda impugnar este extremo de la decisión de forma especializada (por medio de un recurso impugnatorio de apelación contra un «auto de ejecución provisional» que consigna los motivos por los cuales se dispone la ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, prevista para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentra en libertad); se cierra el paso a una «instancia de control efectivo» de la indicada disposición (esto es, que la disposición de ejecución provisional de la indicada sentencia condenatoria, una vez interpuesto el recurso, pueda ser vista y resuelta, de manera obligatoria, por el Tribunal revisor competente).

*e) Motivación de las resoluciones judiciales<sup>99</sup>.*

De conformidad con lo señalado por nuestra Constitución<sup>100</sup> y de lo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —peruano—, esta garantía exige que las resoluciones judiciales dictadas por los jueces, en todas las instancias, expresen la «argumentación jurídica» que los ha llevado a decidir en el caso concreto<sup>101</sup>. Asegurando con ello, primero, que la potestad de administrar justicia sea realizada de conformidad con

---

<sup>99</sup> Al respecto, se debe resaltar aquí que esta definición alude al término «motivación» en su «concepción lógica»; esto es, como «justificación» de una decisión por medio de argumentos jurídica y racionalmente válidos. En sentido contrario, está la «concepción psicologista» que alude a una mera «exteriorización del *iter* mental» por medio del cual, el juez, en el proceso, llega a su decisión. Acerca de las distintas posiciones respecto del término motivación; véase: Igartua Salaverría, J. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Palestra – Temis, Lima-Bogotá: 2018. p. 19 y ss.

<sup>100</sup> Así, en la Constitución Política del Perú, artículo 139°, inciso 5.

<sup>101</sup> Así, en la STC N° 3433-2013-PA; f.j. 4.4.1.

lo establecido en la Constitución y las leyes; y, segundo, a estos efectos, que los sujetos procesales puedan ejercer, de manera efectiva, un control sobre las mismas<sup>102</sup>.

Esto es así, siguiendo a Iguartua Salaverría (2018), porque la obligación de motivar las decisiones jurisdiccionales, en tanto precepto reconocido a nivel constitucional, —concretamente— viene a cumplir dos funciones: por un lado, presentar al fallo (o, decisión jurisdiccional) como un «acto de racionalidad» en el ejercicio del poder; y, del otro, facilitar su «control» a través de los recursos —impugnatorios— que procedan —en el caso concreto—. (pág. 18)

En tal sentido, tenemos que el Tribunal Constitucional resaltó los «requisitos mínimos» con los que debe contar toda resolución jurisdiccional, para que pueda ser considerada como motivada; esto es: que la motivación debe constar «por escrito» y contener la mención expresa tanto de la «ley aplicable», como de los «fundamentos de hecho» en los que se sustentan<sup>103</sup>. Ello, sin perjuicio de consignar también los supuestos en los cuales se vería inmersa una decisión jurisdiccional que no se ajuste a estas exigencias, tales como: la «inexistencia de motivación» o, «motivación aparente»; las «motivaciones insuficientes», las «motivaciones cualificadas», entre otras<sup>104</sup>.

De esta forma, cuando es dispuesto «de oficio» y en «un solo acto» el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentra en libertad, sea en su forma de «imposición de restricciones» o, en su forma de «ejecución

---

<sup>102</sup> Así, en la STC N° 0896-2009-PHC; f.j. 4.

<sup>103</sup> *Ibidem.*, f.j. 5.

<sup>104</sup> Para un desarrollo completo de todos los supuestos en los que no cabría hablar de «motivación»; véase la STC N° 0896-2009-PHC; f.j. 7, párrafo segundo. O, asimismo, la STC N° 4298-2012-PA; f.j. 13.

inmediata», aunque a título provisional, de la indicada sentencia; queda claro que ésta no se ajusta a las exigencias que se desprenden del contenido de esta garantía.

Y esto, porque al ser dispuesta de forma automática, conjuntamente con la sentencia condenatoria dictada en la primera instancia del proceso penal, y no en un acto distinto al de la misma (como lo sería un «auto de ejecución provisional»); no cumple con los requisitos mínimos con los que debe contar toda resolución jurisdiccional para que sea considerada como motivada; y, en concreto, con la «justificación especial» que exige toda decisión jurisdiccional distinta de la sentencia condenatoria firme en el proceso penal, destinada a privar de la libertad a una persona<sup>105</sup>.

*f) Tutela jurisdiccional —efectiva—.*

Al igual que los contenidos de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y de defensa, el contenido de esta garantía se desarrolló en el capítulo referido a la ejecución de la sentencia penal. Por tanto, su contenido presupone, por un lado, el libre acceso al sistema de tutela de los derechos; y, del otro, la conclusión definitiva de sus controversias.

A su vez, esto último básicamente quiere decir que todos los casos que se encuentren en sede jurisdiccional, pueden —y de hecho deben— ser resueltos; y, que las sentencias que se dicten en ellas, han de tener efectos en la realidad. De otra forma, siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Constitucional, estas últimas se convertirían en meras declaraciones sin valor ni efectividad algunos<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> A esto último, el Tribunal Constitucional ha denominado como «motivaciones cualificadas», las cuales resultan «indispensables» tanto para el caso de «rechazos de demandas», como para los que «priven de la libertad» a las personas. Así, en la STC N° 0896-2009-PHC; f.j. 7, párrafo segundo. En igual sentido, en la STC N° 4298-2012-PA; f.j. 13.

<sup>106</sup> Así, en la STC N° 1042-2002-AA/TC; f.j. 2.3.1.



De manera que, cuando el juez penal opta por el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad, tanto en su forma de «imposición de restricciones», como en su forma de «ejecución inmediata», aunque a título provisional, de la indicada sentencia; lo hace en aras de garantizar que el proceso pueda llegar a cumplir con sus fines. Esto es: la realización efectiva de los derechos fundamentales, de un lado; y la averiguación, juzgamiento y aplicación de la pena por medio de una decisión definitiva, del otro<sup>107</sup>.

De esta forma, encontraría sustento el hecho de que el sistema de ejecución provisional de la indicada sentencia condenatoria, por un lado, tenga que ser dispuesta «de oficio» y de manera «forzosa» en contra del sujeto condenado en la primera instancia del proceso penal. Pero también, por otro lado, que tal disposición conste «por escrito», con la debida «motivación» y en «acto distinto» al de la indicada sentencia condenatoria. Permitiendo con ello, no solo al sujeto a quien va a afectar la disposición, el poder cuestionarla concretamente; sino también, al Tribunal revisor, el poder controlarla adecuadamente.

#### ***2.5.3.2. Ejecución provisional y ponderación.***

Ahora bien, una vez visto esto, en un segundo momento, se podrá —intentar— responder a las interrogantes formuladas —párrafos arriba— analizando el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad; en función a todos estos derechos y garantías que se acaban de indicar.

---

<sup>107</sup> Sobre los fines del proceso penal y sus implicancias; véase el apartado 2.5.2.1.1. de este trabajo.



Esto, a su vez, presupone, como mínimo, tener que «ponderar», de un lado, el contenido que se desprende de la garantía de la «tutela jurisdiccional —efectiva—», en virtud de la cual encuentra sustento el sistema de ejecución provisional de la indicada sentencia condenatoria; y, del otro, el contenido que se desprende del derecho fundamental a la «libertad personal», y de los demás derechos y garantías fundamentales directamente vinculados al proceso penal en el caso concreto, como son: «presunción de inocencia», «defensa», «doble instancia» y «motivación» de las resoluciones judiciales<sup>108</sup>.

En tal sentido, primero, hemos de identificar si el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentra en libertad; por un lado, persigue un «fin constitucionalmente válido»; y, del otro, que tanto su forma de imposición de restricciones, como su forma de ejecución inmediata, aunque a título provisional, de la indicada sentencia, efectivamente sirva(n) para alcanzar este fin.

Segundo, y solo luego de haber superado esta primera fase, hemos de identificar si el medio que el juez penal haya adoptado de entre las dos formas que prevé el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad; es el que más se ajusta al fin identificado como constitucionalmente válido para el ordenamiento jurídico. Es decir, si éste resulta ser el único y el estrictamente «necesario» para alcanzar dicho fin en el caso concreto.

---

<sup>108</sup> Acerca de la ponderación como delimitación del contenido de derechos —y garantías— fundamentales; véase el apartado 2.5.1.2.3. de este trabajo.





Finalmente, y solo luego de haber superado con éxito las dos fases anteriores, se tendrán que «evaluar» tanto la «idoneidad», como la «necesidad» del medio, a la luz de la «ley de ponderación». La misma que, bajo la fórmula del «más-más», en primer lugar, seguiría el camino siguiente: dado que, en nuestro caso concreto, estamos en presencia del derecho a la libertad personal, por un lado, y del contenido que se desprende de la garantía de la tutela jurisdiccional —efectiva—, del otro; habrá de observarse como «propiedades empíricas potencialmente relevantes» de este último: la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, la condición de libertad en la que se encuentra el sujeto condenado y los motivos a), b), c) y demás que sean materia de consideración por parte del juez penal, para sustentar la forma de realización del sistema de ejecución provisional, sobre la base de la naturaleza o gravedad —del delito— y el peligro de fuga —del sujeto condenado—. Los que, a su vez, «habilitarían» las «propiedades normativas potencialmente relevantes», consistentes en el restablecimiento del orden social y jurídico alterado (con la comisión de un delito), y la realización efectiva del derecho penal (en los casos concretos).

Por otro lado, del derecho a la libertad personal se ha de observar como «propiedades empíricas potencialmente relevantes»: el hecho de no ser privado de la libertad física o locomotora sino por «mandato judicial escrito», debidamente «motivado» y en «acto distinto» al de una sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, dictada en la primera instancia del proceso penal. Lo cual, a su vez, «habilitaría» las «propiedades normativas potencialmente relevantes», consistentes en los derechos fundamentales a la «presunción de inocencia» y «defensa»; y las garantías de la «doble instancia» y la «motivación de las resoluciones judiciales».



Ahora bien, en segundo lugar, se procederá a «equilibrar» tanto las propiedades fácticas potencialmente relevantes *in casu*, como las propiedades normativas potencialmente relevantes —también— *in casu*. Esto, con el fin de llegar a mantenerlos «proporcionalmente» iguales frente a las exigencias constitucionales del caso concreto.

De esta forma, tendríamos lo siguiente: si la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, la condición de libertad en la que se encuentra el sujeto condenado y los motivos a), b), c) y demás considerados por el juez penal, para justificar la forma de realización del sistema de ejecución provisional, sobre la base de la naturaleza o gravedad —del delito— y el peligro de fuga —del condenado—; no exceden el ámbito de desarrollo del contenido que se desprende de la garantía de la tutela jurisdiccional —efectiva—; y, por tanto, permiten alcanzar de forma idónea y estrictamente necesaria los beneficios correspondientes a las exigencias constitucionales del caso concreto, constituido tanto por el restablecimiento del orden social y jurídico alterado con la comisión de un delito, como por el aseguramiento de la realización efectiva del derecho penal en los casos concretos; entonces, serán «declarados» como parte del contenido de esta garantía.

Del mismo modo: si dentro de los supuestos que no importan una privación arbitraria de la libertad individual o locomotora de una persona, se incluye al hecho de no ser privado de la misma sino por mandato judicial escrito, debidamente motivado y en acto distinto al de una sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo dictada en la primera instancia del proceso penal; sin llegar a exceder el ámbito de ejercicio, tutela y garantía de desarrollo y concretización del derecho fundamental a la libertad personal, directamente vinculado con los derechos fundamentales de presunción de inocencia y defensa, y con las

garantías de la doble instancia y la motivación de las resoluciones judiciales; entonces, será «declarado» como parte del contenido de este derecho.

En definitiva, una vez equilibradas las propiedades empíricas potencialmente relevantes con las propiedades normativas potencialmente relevantes según las exigencias del caso concreto; en tercer lugar, corresponde dar a conocer el «resultado» de este equilibrio habilitador. De manera que, en el caso concreto, se abra paso el «contenido delimitado» de la garantía de la tutela jurisdiccional —efectiva—, por un lado; y del derecho fundamental a la libertad personal, directamente vinculado con los derechos fundamentales de presunción de inocencia y defensa, y las garantías de la doble instancia y la motivación de las resoluciones judiciales, del otro.

### ***2.5.3.3. El rol del juez penal: una propuesta de solución.***

Con todo, visto el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad; desde una óptica «constitucional-garantista<sup>109</sup>», la propuesta que desde aquí se maneja quedaría configurada de la forma siguiente:

a) En primer lugar, y antes de optar por la disposición del «sistema de ejecución provisional» de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, previsto para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad; al «juez penal» le corresponde, de un lado, «diferenciar» las dos formas de realización de este sistema, esto es: i) como «imposición de restricciones» y ii) como «ejecución inmediata», aunque a título provisional, de la indicada sentencia; teniendo en cuenta la «naturaleza» o «gravedad» del delito y el «peligro de fuga» del sujeto condenado. Y, del otro, «identificar»

---

<sup>109</sup> Denominación que responde estrictamente a la forma en como se ha venido desarrollando el presente trabajo.



todos los derechos y garantías fundamentales que se puedan ver afectados con la modalidad de ejecución provisional elegida. Esto último, según las exigencias legales y constitucionales que se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico para el caso concreto;

b) En segundo lugar, y luego de haber identificado los mismos, el juez penal, como mínimo, deberá «ponderar» los contenidos que se desprenden de estos derechos y garantías *in casu*. Y esto, independientemente del tipo de ponderación por el que se opte; es decir, de una ponderación realizada bajo la fórmula «cuanto mayor-tanto mayor» (como la que se maneja en gran parte de los ordenamientos jurídicos en función a la teoría del profesor Alexy); o, de una ponderación realizada en función a los criterios de «razonabilidad» y «proporcionalidad» —de forma conjunta— (como el que maneja nuestro Tribunal Constitucional); o, asimismo, de una ponderación realizada bajo la fórmula «más-más» (como la que aquí se viene desarrollando);

c) En tercer lugar, esta ponderación —siempre— deberá de dar como resultado que la modalidad de ejecución provisional elegida por el juez penal, para la indicada sentencia: i) conste por «escrito», ii) con la debida «justificación» de sus presupuestos y iii) en «acto distinto» al de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo dictada en la primera instancia del proceso penal. Esto es, en un «auto de ejecución provisional»; y

d) En cuarto —y último— lugar, una vez interpuesto el recurso impugnatorio respectivo, le corresponde a los jueces penales que integran el Tribunal revisor competente, examinar y resolver, de forma obligatoria, la disposición de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, dictada en la primera instancia del proceso penal.



## CAPÍTULO III: DISEÑO METODOLÓGICO

### 3.1. Diseño

#### 3.1.1. Tipo.

En el sentido indicado por Álvarez Undurraga (2002), decimos que esta investigación es de “tipo documental” (pág. 32); por cuanto, el contenido y desarrollo del presente trabajo, depende fundamentalmente de la información acopiada de documentos y/o cualquier otro material impreso, susceptible de análisis e interpretación.

#### 3.1.2. Nivel.

Continuando con la línea de investigación plasmado por Álvarez Undurraga (2002), indicamos que esta investigación se corresponde con el “nivel exploratorio” (págs. 32-33); debido a que pretendemos desarrollar una investigación más precisa con respecto a la ejecución provisional de la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, en el marco del nuevo proceso penal instaurado en el año 2004.

#### 3.1.3. Enfoque.

Siguiendo lo afirmado por Hernández Sampieri (2014), señalamos que esta investigación tiene un “enfoque cualitativo” (pág. 358); esto, porque el presente trabajo se centra básicamente en examinar, comprender y profundizar el estudio de la ejecución provisional de la sentencia condenatoria, en su extremo penal que impone pena privativa de libertad de carácter efectivo, en el marco del nuevo proceso penal instaurado en el año 2004.



### **3.2. Técnicas de recolección de datos**

#### **3.2.1. Técnica.**

La técnica empleada en el presente trabajo de investigación será la del análisis e interpretación documental.

#### **3.2.2. Instrumento.**

El instrumento a utilizar en el presente trabajo de investigación será la ficha de registro de datos.

## CAPÍTULO IV: RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 4.1. Resultados

**Resultado 1.** El sistema de ejecución provisional de las sentencias condenatorias a penas privativas de libertad de carácter efectivo; no se constituye en una medida cautelar de carácter extraordinario.

**Resultado 2.** El sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria, tal y como viene funcionando en nuestro ordenamiento jurídico-penal, si afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

**Resultado 3.** El sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria, no encuentra sustento en ningún derecho del Estado de asegurarse una futura condena.

**Resultado 4.** La ejecución provisional, entendido como un sistema que está directamente vinculado a la interposición y los efectos de los recursos impugnatorios en el proceso penal, si puede existir al interior de nuestro ordenamiento jurídico-penal.

### 4.2. Discusión de resultados

**Discusión del resultado 1.** Tal y como se desarrolló en el Marco Conceptual de este trabajo, el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, es uno que se encuentra directamente vinculado a la interposición y los efectos de los recursos impugnatorios en el proceso penal. Por tanto, la misma debe funcionar de oficio; en acto distinto al de la sentencia condenatoria; y ponderando los contenidos de los derechos y garantías que pudieran verse afectados en los casos concretos.

Con lo cual, en sentido contrario a lo que en un primer momento era afirmado en nuestra doctrina nacional, esto último no significa que nos encontremos frente a una medida cautelar de carácter extraordinario; pues, las características del sistema de ejecución provisional son



total y completamente distintas de las que revisten las medidas cautelares reguladas al interior del proceso penal (y de cualquier otro proceso judicial —en general—).

**Discusión del resultado 2.** De lo observado —igualmente en el Marco Conceptual de este trabajo—, se tiene que el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, tal y como viene funcionando a nivel de nuestro ordenamiento jurídico-penal; va a afectar el derecho fundamental a la presunción de inocencia en la medida que, cuando su actuación consista en la inmediata ejecución, aunque a título provisional, de la indicada sentencia; se va a dar en términos muy similares a los que sigue una ejecución penal dispuesta sobre la base de una sentencia condenatoria firme. Es decir, se va a dar un tratamiento como culpable a quien aún se encuentra a la espera de que su situación jurídico-procesal sea resuelta del todo; y, al mismo tiempo, sin que las condiciones para ello estén dadas.

Asimismo, y a diferencia de lo señalado por la doctrina nacional, dicho sistema no solo se va a mostrar en contra del contenido que se desprende del derecho fundamental a la presunción de inocencia; sino también va ir en contra del contenido que se desprende de los derechos fundamentales a la libertad personal y defensa. Y, de igual modo, en contra del contenido que se desprende de las garantías de la doble instancia y la motivación de las resoluciones judiciales.

Así, en lo que respecta al derecho fundamental a la libertad personal, se ve afectado su contenido desde el momento en el que el juez penal opta por la decisión de ejecutar provisionalmente la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, en todos aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad, sin antes haber justificado el por qué se decidió por una y no por otra modalidad de ejecución provisional.





Constituyéndose de esta forma en una privación arbitraria de la libertad personal del sujeto condenado en primera instancia.

En lo que respecta al derecho fundamental de defensa, se ve afectado su contenido desde el momento en el que el juez penal dispone, conjuntamente con la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo —dictada en primera instancia—, la ejecución provisional. Pues, este acto termina por limitar la posibilidad de ejercer un control íntegro (al negar la posibilidad de poder ser rebatida en una audiencia distinta al de la apelación y/o nulidad) y especializado (al no existir un auto de ejecución provisional que consigne los motivos por los cuales se optó por su disposición y modalidad de ejecución) de tal disposición.

En lo que respecta a la garantía de la doble instancia, se ve afectado su contenido en tanto la decisión automática y en acto conjunto con la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, de disponer la ejecución provisional, no permite ejercer un control efectivo de la misma. Lo cual, trae como consecuencia que la instancia de control respectivo tampoco lo sea. Esto es, que una vez interpuesto el recurso impugnatorio contra tal disposición, dicho extremo tenga que ser revisado y resuelto, de forma obligatoria, por el Tribunal revisor competente.

Por último, en lo que respecta a la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales, se ve afectado su contenido en la medida que toda decisión distinta de la sentencia condenatoria firme en el proceso, destinada a privar de la libertad a una persona, exige una justificación especial que esté conforme a las circunstancias de hecho y derecho de cada caso en concreto.

**Discusión del resultado 3.** Así también, —conforme a lo desarrollado en el Marco Conceptual de este trabajo— (y a diferencia de lo señalado por San Martín Castro al interior



de nuestra doctrina nacional) tenemos que el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, no responde a ningún derecho del Estado de asegurarse futuras condenas; pues, dicho sistema va a encontrar su sustento única y principalmente en el hecho de garantizar que el proceso penal pueda llegar a cumplir con sus fines. Esto es: la realización efectiva de los derechos fundamentales, por un lado; y la averiguación, juzgamiento y —posterior— aplicación de la pena por medio de una decisión definitiva, del otro.

De esta forma, la disposición de ejecución provisional de la sentencia condenatoria que impone una pena privativa de libertad de carácter efectivo, será dispuesta tomando —siempre— en consideración todos y cada uno de los derechos y garantías que pudieran verse afectados en el caso concreto.

**Discusión del resultado 4.** De igual modo, —tal y como se pudo apreciar en el Marco Conceptual de este trabajo— el derecho fundamental a la presunción de inocencia, así como los derechos a la libertad personal y defensa, de un lado; y las garantías de la doble instancia y motivación de las resoluciones judiciales, del otro; no excluyen la posibilidad de que siga vigente el sistema de ejecución provisional de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo, al interior de nuestro ordenamiento jurídico-penal (o, en general, la posibilidad de que dicho sistema pueda existir en cualquier otro ordenamiento jurídico-penal; esto último, en sentido contrario a lo que sostienen algunos juristas internacionales como Roxin, Ortells Ramos y Gómez Colomer).

Y esto, siempre que: primero, se la entienda como un sistema que está directamente vinculado a la interposición y los efectos de los recursos impugnatorios en el proceso penal. Segundo, para los casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad, se identifique

las dos modalidades de ejecución provisional; esto es, como imposición de alguna de las restricciones previstas en el artículo 288° del NCPP, y como ejecución inmediata, aunque a título provisional, de la indicada sentencia. Tercero, al momento de su disposición, por medio de un auto de ejecución provisional, de un lado, se equilibren, vía ponderación, los contenidos de los derechos y garantías que puedan verse afectados en los casos concretos; y, del otro, que la decisión de optar por una u otra modalidad de ejecución provisional, sea el resultado de este equilibrio —habilitador—. Y, cuarto, al momento de la interposición del recurso impugnatorio respectivo, éste sea revisado y resuelto, de forma obligatoria, por el Tribunal superior competente.

#### 4.3. Conclusiones

**Primera:** A nivel del ordenamiento jurídico peruano, las bases del constitucionalismo —actual— están dadas; por tanto, esto exige mirar a todas las leyes (y los reglamentos que de ella nazcan) —siempre— desde la Constitución. Y, sobre todo, desde el respeto por la plena vigencia de los derechos —y garantías— fundamentales que en ella se consignan.

**Segunda:** La fundamentalidad de estos derechos deriva de su doble dimensión, esto es: por un lado, en tanto límites al poder del Estado (dimensión negativa); y, del otro, en tanto derechos (o, libertades individuales) y principios (o, valores objetivos) que obligan al Estado a protegerlos, desarrollarlos y concretizarlos —en los casos concretos— (dimensión positiva).

**Tercera:** La ponderación, como mecanismo de delimitación (equilibrio) del contenido de derechos —y garantías— fundamentales, opera por medio del principio de proporcionalidad; es decir, se realiza a través de sus tres sub-principios: i) idoneidad, ii) necesidad y iii) proporcionalidad —en sentido estricto—. Y, este último, a su vez, por medio de la fórmula del «más-más».



**Cuarta:** Las garantías vienen a ser todas aquellas expresiones materiales, dadas desde la Constitución, dirigidas a la realización —efectiva— de los derechos fundamentales; esto, sea desde un obrar negativo o, desde uno positivo.

**Quinta:** La ejecución es una parte del proceso judicial; la otra viene a ser la del conocimiento. Ambas vienen a conformar la primera etapa de aquél, comúnmente denominada como «primera instancia». La otra etapa viene a ser la «segunda instancia» del proceso judicial (momento en el que se procede a revisar la sentencia dictada en primera instancia; y se actúan y valoran nuevos medios de prueba —de ser el caso—).

**Sexta:** La ejecución, vista como la otra parte del proceso, importa el acto de llevar a la realidad lo decidido en la sentencia. La misma que, cuando es condenatoria, consiste: o, en la ejecución de la pena; o, en la ejecución penal —concretamente—.

**Séptima:** El sistema de ejecución provisional, a nivel del ordenamiento jurídico penal —peruano—, está previsto para aquellos casos en los que la sentencia condenatoria imponga una pena privativa de libertad de carácter efectivo. El cual, cuando el sujeto condenado se encuentra en libertad, consiste: o, en la «imposición —de alguna— de las restricciones» previstas en el artículo 288° del NCPP (2004); o, en la «inmediata ejecución», aunque a título provisional, de la indicada sentencia condenatoria. Y, esta última, como si de una ejecución iniciada sobre la base de una sentencia condenatoria firme se tratase.

**Octava:** El sistema de ejecución provisional, tal y como viene operando a nivel de nuestro ordenamiento jurídico penal, no solo se muestra en contra del contenido que se desprende del derecho fundamental a la presunción de inocencia; sino también —y principalmente— en contra del contenido que se desprende del derecho fundamental a la libertad personal, conjuntamente con el derecho fundamental de defensa. Y, de igual forma, en contra de los

contenidos que se desprenden de las garantías fundamentales de la doble instancia y la motivación de las resoluciones judiciales.

#### 4.4. Recomendaciones

**Primera:** En principio, llamar a todos los jueces, de las diferentes materias (civil, penal, laboral, administrativa y demás), a poner mayor atención en todo lo que significa el «proceso de constitucionalización» y su influencia en los distintos ordenamientos jurídicos de Europa y Latinoamérica; y, en concreto, en el ordenamiento jurídico peruano.

**Segunda:** Invocar a que se revise —nuevamente— el «sistema de ejecución provisional» de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de carácter efectivo; y a que, por medio de un Acuerdo Plenario, se establezca y diferencie, de forma clara: de un lado, las dos modalidades de ejecución provisional previstas para aquellos casos en los que el sujeto condenado se encuentre en libertad; y, del otro, la modalidad de ejecución provisional prevista para los casos en los que el sujeto condenado se encuentre en un establecimiento penal (o, mejor, establecer si es que procede —o no— el sistema de ejecución provisional en este segundo supuesto).

Y, asimismo, a que se establezca: i) la forma en la que debe de ser dispuesto este sistema (esto es, en un «auto de ejecución provisional»); ii) los supuestos en los que se sustenta su disposición (estos son: «naturaleza o gravedad» —del delito— y el «peligro de fuga» —del sujeto condenado—; ambos —debidamente— motivados); y, por último, la —imperiosa— necesidad de que los jueces penales deberán de ponderar los contenidos de los derechos —y garantías— fundamentales que se vean involucrados en los casos concretos.

**Tercera:** Encomendar a los Tribunales revisores competentes a que, una vez interpuesto el recurso impugnativo correspondiente contra la sentencia condenatoria que impone una pena



privativa de libertad de carácter efectivo; revise y resuelva, de forma obligatoria, el extremo penal en el que se dispone la ejecución provisional de la indicada sentencia.



## CAPÍTULO V: FUENTES DE INFORMACIÓN

### 5.1. Referencias bibliográficas

Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*.

(U. E. Colombia, Ed., & C. Bernal Pulido, Trad.) Bogotá, Colombia: Digiprint Editores  
EU.

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General* (Segunda ed.). (J. L. DEPALMA, Ed.)

Buenos Aires: hammurabi.

Beccaria, C. (2016). *De los delitos y de las penas* (Quinta ed.). Bogotá, Colombia: Temis.

Couture, E. J. (2016). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Cuarta ed.). Motevideo-Buenos

Aires, Uruguay-Argentina: IB de f.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. (A. de Cabo, & G.

Pisarello, Edits.) Madrid, España: Trotta.

Ferrajoli, L. (2018). *EL PARADIGMA GARANTISTA. Filosofía crítica del derecho penal*. (D.

Ippolito, & S. Simone, Edits.) Madrid: Trotta.

García Caveró, P. (2009). CONSECUENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA

IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL. En K. Ambos, P.

García Caveró, L. M. Reyna Alfaro, A. Zambrano Pasquel, R. E. Zavaleta Rodríguez, J.

Ávila Herrera, ... M. Pizarro Guerrero, *EL DERECHO PROCESAL PENAL FRENTE A*

*LOS RETOS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL* (págs. 17-31). Lima, Perú:

ARA.

González Álvarez, R. (2013). *NEOPROCESALISMO. TEORÍA DEL PROCESO CIVIL EFICAZ*.

Lima: ARA EDITORES.



Guastini, R. (2016). *LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. (C. E. Moreno More, Trad.) Lima, Perú: LEGALES EDICIONES.

Igartua Salaverría, J. (2018). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Montero Aroca, J., Ortells Ramos, M., Gómez Colomer, J.-L., & Montón Redondo, A. (1994). *DERECHO JURISDICCIONAL III Proceso penal*. Barcelona: JOSE MARIA BOSCH EDITOR.

Pozzollo, S. (2018). *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima, Perú: Palestra.

Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal* (25 ed.). (G. E. Córdoba, & D. R. Pastor, Trans.) Buenos Aires: Editores del Puerto.

San Martín Castro, C. (2012). *DERECHO PROCESAL PENAL*. Lima, Perú: Grijley.

Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (M. Gascón, Trad.) Madrid, España: TROTТА.

## 5.2. Referencias hemerográficas

Alexy, R. (enero-abril de 2011). LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. *Revista Española de Derecho Constitucional*(91), 11-29.

Carbonell, M., & Sánchez Gil, R. (2011). ¿QUÉ ES LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO? *QUID IURIS*, 15, 33-55.

Castillo-Córdova, L. (2002). ACERCA DE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL Y DE LA DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Revista de Derecho*, 3(3), 25-53.





Comanducci, P. (Abril de 2002). FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UN ANÁLISIS METATEÓRICO. *ISONOMÍA*(16), 89-112.

Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *DERECHO PUCP. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO*(71), 13-36.

### 5.3. Referencias electrónicas

Álvarez Undurraga, G. (2002). *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA: HACIA UNA NUEVA PERSPECTIVA*. Obtenido de

<https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/05/doc.pdf>

Castillo-Córdova, L. (2013). *PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD*. (U. d. Piura, Ed.)

Obtenido de REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA:

<https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2136>

Hernández Sampieri, R. (2014). *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN* (Sexta ed.).

Obtenido de [http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-](http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf)

[content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf](http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf)

PODER JUDICIAL DEL PERÚ. (2012). *Diccionario Jurídico*. Obtenido de

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s\\_cortes\\_suprema\\_home/as\\_servicios/as\\_enlaces\\_de\\_interes/as\\_orientacion\\_juridica\\_usuario/as\\_diccionario\\_juridico](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_enlaces_de_interes/as_orientacion_juridica_usuario/as_diccionario_juridico)



**ANEXOS**

**ANEXO 1 – LEGAJO DE SENTENCIAS (03) CORRESPONDIENTES A LAS FECHAS  
DE ENERO A DICIEMBRE DEL AÑO 2017.**

- SENTENCIA CONDENATORIA A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA POR EL DELITO CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD, EN LA MODALIDAD DE HOMICIDIO, SUB TIPO HOMICIDIO CALIFICADO; CONTENIDA EN EL EXPEDIENTE JUDICIAL N° 01648-2012-13-1001-JR-PE-05.
- SENTENCIA CONDENATORIA A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA POR EL DELITO CONTRA LA LIBERTAD, EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL, SUB TIPO VIOLACIÓN SEXUAL; CONTENIDA EN EL EXPEDIENTE JUDICIAL N° 00043-2016-81-1001-JR-PE-03.
- SENTENCIA CONDENATORIA A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA POR EL DELITO CONTRA EL PATRIMONIO, EN LA MODALIDAD DE ROBO, SUB TIPO ROBO AGRAVADO; CONTENIDA EN EL EXPEDIENTE JUDICIAL N° 02984-2015-73-1001-JR-PE-01.