



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**“LA UNIFORMIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA CADENA PERPETÚA
EN LOS SUPUESTOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA Y
CONCLUSIÓN ANTICIPADA DE JUICIO EN PROCESOS TRAMITADOS
EN SEDE CENTRAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CUSCO (2013-2015)”**

PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

PRESENTADO POR: Yaquelin

Chipana Catalán

ASESOR: Aníbal Abel Paredes Malthus

CUSCO – PERU

2016



DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mis padres que siempre me apoyaron incondicionalmente en la parte moral y económica Para poder llegar a ser todo aquello que ellos anhelan y desean para mí, por el apoyo que me brindaron día a día en el Trascurso de cada año de mi carrera universitaria.

Vaquelin Chipana Catalan



Agradecimiento

***Agradezco a dios ser maravilloso que me dio fuerza
y fe para creer lo que me parecía imposible terminar,
a, mi familia por ayudarme y por estar a mi lado en
cada momento de mi vida.***



RESUMEN

La cadena perpetua en el Perú, se acentuó el interés por mantener esta pena en nuestra legislación penal, por razones de injerencia del poder político en la elaboración de normas y para crear un clima de aparente seguridad ciudadana , no sólo se aplicó para casos de delitos de terrorismo sino que se extendió además, para otros delitos graves, llegando a sobrecriminalizar diversas figuras delictivas generando contradicciones intrasistémicas dentro del propio Código Penal que rebasaron principios rectores de nuestro Derecho Penal , contenidos en el Título Preliminar del Código Penal de 1991, tales como el principio de proporcionalidad, culpabilidad, entre otros.

Las tendencias modernas del Derecho Penal se orientan hacia la eliminación de penas de larga duración y se proponen alternativas para aquellas de corta duración por considerarlas ineficaces a los fines del Derecho Penal, por ello considero que no se respeta la uniformidad de esta ya que se da un desequilibrio procesal en la determinación de pena, dada la gravedad de los delitos y reduciendo las penas por evitar diferentes circunstancias como por ejemplo la carga procesal, economía procesal y celeridad procesal, por lo tanto no existe un mecanismo que haga que se imponga la pena en la misma secuencia para todos, y estos a su vez terminan por acogerse a la terminación anticipada o conclusión anticipada, es aquí donde nace la variación en cuestión a la pena que se le da al imputado.



ABSTRACT

Life imprisonment in Peru, the interest in maintaining the death penalty in our criminal law, for reasons of political interference in the development of standards and to create a climate of apparent citizen security was heightened not only it applied in cases of crimes terrorism but was also extended to other serious crimes, reaching sobrecriminalizar various offenses generating intrasystemic contradictions within itself Penal Code that exceeded guiding principles of our criminal law, contained in the Preliminary Title of the Criminal Code of 1991, such as the principle of proportionality, guilt, among others.

Modern trends of criminal law are directed towards eliminating long sentences and propose alternatives for those short lived ineffective for the purposes of criminal law to consider them, so I think that uniformity of this is not respected as it is given a procedural imbalance in determining sentence, given the seriousness of the offenses and reducing sentences to avoid different circumstances such as procedural burden, procedural economy and celerity, therefore there is no mechanism that makes the sentence imposed in the same sequence for all, and these in turn end up taking early termination or early termination, this is where the change comes in question to the punishment given to the accused.



ÍNDICE

PORTADA

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN 1

CAPITULO

EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACION

1.1. EL PROBLEMA 3

 1.1.1. Planteamiento del problema 3

 1.1.2. Formulación del Problema 4

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN 4

 1.2.1. Objetivo General 4

 1.2.2. Objetivos específicos..... 5

1.3. JUSTIFICACIÓN..... 5

1.4. METODOLOGÍA 7

 1.4.1. Diseño metodológico..... 7

 1.4.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos procesamiento y análisis de datos.. 8

 1.4.3. Técnicas e instrumentos de recolección de Datos 8

1.5. HIPÓTESIS DEL TRABAJO 9

 1.5.2. Hipótesis Específicos 9

1.6. CATEGORÍA DE ESTUDIO 10

CAPÍTULO II

DESARROLLO TEMÁTICO

2.1 ANTECEDENTES DE ESTUDIO 11

 2.1.1 ANTECEDENTES INTERNACIONALES..... 11

 2.1.2 ANTECEDENTES NACIONALES 14

2.2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PENA 15

 2.2.1 CONCEPTO DE LA PENA..... 15



2.3. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....	16
2.3.1. CONCEPTO.....	16
2.3.2. DETERMINACION DE LA PENA.....	17
2.3.3. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA.	53
2.4. LA CADENA PERPETUA.....	60
2.4.1. DEFINICION DE LA CADENA PERPETUA.....	60
2.4.2. CARACTERISTICAS	60
2.4.3. NATURALEZA JURIDICA DE LA CADENA PERPETUA	61
2.4.4 LA CADENA PERPETUA EN LA HISTORIA.....	62
2.4.5. FIGURAS DELICTIVAS CON CADENA PERPETUA EN EL PERU.....	69
2.4. TERMINACION ANTICIPADA	80
2.5.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA.	80
2.5.2. CONCEPTO.....	81
2.5.3. EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA EN EL PERÚ	82
2.5.4. PRINCIPIOS PERTINENTES AL OBJETO DEL PROCESO.....	83
2.5.5. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES.....	87
2.5.6. PRINCIPIOS QUE REGULAN EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO.	89
2.5.7. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL	91
2.5. CONCLUSIÓN ANTICIPADA.....	94
CONCLUSIONES	98
REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍACAS	100



INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos principales es uniformizar la aplicación de la cadena perpetua en los supuestos de terminación anticipada y conclusión anticipada ya que El Perú mantiene la pena de Cadena Perpetua en su sistemática penal, como máxima pena privativa de libertad para delitos graves, soslayando todas las exigencias garantistas del Título Preliminar del Código Penal en el Perú se ha instaurado la pena de prisión perpetua a través, del D. L. 25475. En efecto el Art. 29° del código Penal Peruano de 1991, se modificó incorporando la pena privativa de libertad de cadena perpetua con posterioridad a su entrada en vigencia.

Sin embargo, pese al carácter de emergencia que motivó la adopción de la cadena perpetua en el Perú, se acentuó el interés por mantener esta pena en nuestra legislación penal, por razones de injerencia del poder político en la elaboración de normas antiterroristas y para crear un clima de aparente seguridad ciudadana, no sólo se aplicó para casos de delitos de terrorismo sino que se extendió además, para otros delitos graves, llegando a sobrecriminalizar diversas figuras delictivas generando contradicciones intrasistémicas dentro del propio Código Penal que rebasaron principios rectores de nuestro Derecho Penal, contenidos en el Título Preliminar del Código Penal de 1991, tales como el principio de proporcionalidad, culpabilidad, entre otros.

Ahora bien con respecto a la terminación anticipada y conclusión anticipada Se trata pues, de procesos especiales que se ubican dentro de los mecanismos de simplificación del proceso, que modernamente se introducen en los Códigos Procesales. No podemos paramentarnos sobre la base de un Sistema Procesal rígido, tanto por motivos políticos-criminales como de utilidad social, como una forma de humanizar el Proceso Penal, el cual tiene un trasfondo social y exige una solución rápida y justa. No podemos ser ciegos ante una realidad concreta que exige vías concretas de solución en armonía con los fines que demanda el Estado de Derecho. Así entonces, la finalidad de este proceso especial, es evitar la continuación de la investigación judicial y el Juzgamiento, si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el Fiscal, aceptando los cargos el primero, es decir una declaración de voluntad unilateral por parte del imputado, de conformidad con la parte acusadora, que responde a criterios de economía procesal y a la optimización de la justicia criminal y obteniendo por ello el beneficio de



la reducción de la pena en una sexta parte. Se trata entonces de una transacción penal para evitar un proceso que se hace ya innecesario. Por lo tanto lo que pretendo resolver es uniformizar los delitos de cadena perpetua, para que puedan ser de manera estable y se eviten acoger a ambas posiciones terminación anticipada o conclusión anticipada de juicio.

Para lograr el mencionado objetivo, en el primer capítulo estudiaremos todos los delitos que se acogen a la cadena perpetua, en el segundo capítulo veremos todas las posibles situaciones por las que se acogen a la terminación anticipada o conclusión anticipada, en el tercer capítulo se verán la fusión de ambas posiciones, para finalizar dicho trabajo hare una propuesta de solución para uniformizar dicho problema.



CAPITULO I.

EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACION

1.1. EL PROBLEMA

1.1.1. Planteamiento del problema

En la actualidad es muy común observar que la mayoría de trasgresores de la ley tienen el beneficio de acogerse a la terminación anticipada, por lo cual hay situaciones que la ley, penal indirectamente favorece, por lo tanto aumente las posibilidades de que la inseguridad ciudadana se incremente, así como la pérdida de fe del ser humano en el sistema legal, por considerarlo flexible.

El código penal actual prevé en su artículo 29 que el aspecto cronológico de una pena es de un tiempo mínimo de 2 años y luego la cadena perpetua, claro que en el artículo 30 prevé situaciones, en las cuales la pena es sujeta de una modificación, en relación a la naturaleza del tiempo cronológico de la sanción es decir, se deja de un lado el criterio de la pena y se le aplica el exilio de la comunidad.

Por lo tanto se observa un sinnúmero de criterios que rigen el código penal, para la aplicación de la pena tal es la apariencia de este fenómeno que, es necesario establecer cuando y como debe ser aplicada la cadena perpetua puesto que si bien el código tiene muchos delitos carece de un criterio único, para ejecutar dicha sanción legal., en virtud también me atrevo a decir por cuestiones de presupuesto de las cárceles.

La pena en esencia tiene el objetivo de sancionar de forma ejemplar un crimen, por ello es que los alemanes consideraban al Derecho Penal como el Derecho del castigo, por la necesidad de dar seguridad social a la comunidad.

Por todo esto es necesario saber si es posible que imaginar que pueda transarse ante un criminal que ha cometido un crimen que es considerado ten inconcebible que , el individuo actor de este hecho deba ser separado de la sociedad , pero no con el exilio , si no con un cautiverio perpetuo , alejado de todo beneficio , legal como el de una

terminación anticipada, porque es factible transar en un delito meritorio a cadena perpetua, la respuesta legal existe , pero la respuesta filosófica, o epistemológica aún perdura. Por lo cual proponemos esta investigación para determinar el sentido epistemológico Penal de la cadena perpetua en relación a la terminación anticipada como opción legal por un fenómeno social , es necesario preguntarse ¿ Sera posible uniformizar la cadena perpetua en el Perú? (Perú, 2016)

1.1.2 Formulación del Problema

Problema Principal

¿Existe uniformidad en la aplicación de la cadena perpetua en los supuestos de terminación anticipada y conclusión anticipada de juicio en procesos tramitados en sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco?

Problemas Específicos

- 1.- ¿Existe dificultad material que impida determinar la pena base en los supuestos de aplicación de la terminación anticipada o conclusión anticipada de juicio, en los delitos que merezcan cadena perpetua en procesos tramitados en sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco?
- 2.- ¿En qué medida se da la aplicación de la terminación anticipada o conclusión anticipada de juicio, en los delitos que merezcan cadena perpetua en procesos tramitados en sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco?
- 3.- ¿qué circunstancias permiten al juzgador aplicar una pena distinta a la cadena perpetua en el ámbito de un proceso de terminación anticipada o conclusión anticipada de juicio en sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco?

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. Objetivo General

Uniformizar la aplicación de la cadena perpetua en los supuestos de terminación anticipada y conclusión anticipada de juicio en procesos tramitados en sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

1.2.2. Objetivos específicos

1° Determinar si Existe dificultad material que impida determinar la pena base en los supuestos de aplicación de la terminación anticipada o conclusión anticipada, en los delitos que merezcan cadena perpetua en procesos tramitados en sede central de la Corte Superior de Justicia Cusco.

2° Justificar en qué medida se da la aplicación de la terminación anticipada o conclusión anticipada de juicio, en los delitos que merezcan cadena perpetua en procesos tramitados en sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

3° Definir qué otras circunstancias permiten al juzgador aplicar una pena distinta a la cadena perpetua en el ámbito de un proceso de terminación anticipada o conclusión anticipada de juicio en sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

1.3. JUSTIFICACIÓN

El tema elegido constituye un problema para el Derecho, ya que la incorporación de la pena de cadena perpetua, como máxima pena privativa de libertad responde a un sistema de penas tradicional, que no se debe mantener en una época en que se debate sobre la existencia misma del Derecho Penal, como medio de control social.

En momentos en que el Derecho Penal peruano se orientaba hacia la consolidación como un Derecho Penal Mínimo, siguiendo la doctrina mayoritaria, nuestra legislación penal desde 1992 ha retrocedido en esta perspectiva, caracterizándose por una tendencia, cada vez más preocupante, no sólo para los juristas sino para los fines del Estado social y democrático de Derecho al propiciar un aumento indiscriminado, ilógico, asistémico de las penas; modificando además de modo inorgánico diversos tipos penales, que provoca desconcierto y confusión a la hora de calificar determinados comportamientos, sobrecriminalizando algunas conductas delictivas a las que se les castiga con penas , tan severas, como la cadena perpetua.



En la doctrina penal se habla insistentemente de la observancia del principio de proporcionalidad de las penas, que exige idoneidad de la sanción, para alcanzar el fin perseguido y se mide en función de su necesidad.

Asimismo debe tenerse en cuenta que una concepción de política criminal que responde a una visión integral de la criminalidad debe materializarse, en el ámbito de las penas, mediante un sistema coherente en sus fines, instrumentos y puesta en práctica.

La presente investigación se justifica desde el punto jurídico propositivo, por lo que se busca reafirmar las tendencias de modernización del Derecho Penal y la uniformidad en la aplicación de la cadena perpetua en los casos de terminación anticipada y conclusión anticipada de juicio y su aplicación práctica en la Legislación Penal Peruana, enfatizando aspectos del Derecho penal mínimo y de despenalización con miras a renovar la política criminal peruana basada en un fortalecimiento del sistema socio-político, ver en la máxima pena privativa de libertad el único y eficaz medio de control social para evitar la comisión de delitos graves como el delito de violación de menores en el Perú, delito de terrorismo, entre otros.

Se trata de una investigación actual, interesante y propositivo para el ámbito de las ciencias penales de la legislación de un estado de Derecho como el Perú, máxime que se trata de un tema multidisciplinario, en tanto toca aspectos del Derecho Constitucional del Derecho Penal parte general, el Derecho Penitenciario, la Criminología y la teoría de Derechos Humanos. Por tanto, la presente investigación jurídico propositivo, sobre la Cadena Perpetua en el Perú busca demostrar que la Cadena Perpetua es incompatible con los fines de la pena y no constituye un instrumento eficaz de control social dentro del Estado de Derecho.

Consideramos de relevante importancia el tratamiento del tema en diferentes ámbitos, no sólo jurídico propositivo, sino en el plano legislativo; pero al respecto existen solamente opiniones aisladas; el tema tímidamente se ha tocado en el Congreso de la República, que ha preferido delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo para dictar las normas que exigía el Tribunal Constitucional al respecto. Tampoco existe voluntad política para que el país pueda adoptar otra postura para la abolición de la cadena perpetua.



Por ello en mérito al derecho de un debido proceso, además que es un ideal del buscar un sistema legal más equilibrado, por ende lo más adecuado, ya que la persona humana es el fin supremo del estado.

Al realizar dicha investigación generaremos un aporte esencial al campo de la doctrina penal en el Perú, un antecedente en el campo de la investigación jurídica a nivel mundial.

1.4. METODOLOGÍA

1.4.1. Diseño metodológico

<p>Enfoque de investigación</p>	<p>Cualitativo: La metodología cualitativa, como indica su propia denominación, tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno. Busca un concepto que pueda abarcar una parte de la realidad. No se trata de probar o de medir en qué grado una cierta cualidad se encuentra en un cierto acontecimiento dado, sino de descubrir tantas cualidades como sea posible. En investigaciones cualitativas se debe hablar de entendimiento en profundidad en lugar de exactitud: se trata de obtener un entendimiento lo más profundo posible. . (Angel Nieves, Febrero, 2008)</p>
<p>Diseño de investigación</p>	<p>Estudio de caso: Básicamente, un estudio de caso es un estudio en profundidad de una situación particular en lugar de una encuesta estadística de gran alcance. Se trata de un método utilizado para reducir un campo muy amplio de investigación hasta lograr un tema fácilmente investigable. (Angel Nieves, Febrero, 2008)</p>

**Tipo de Investigación Jurídica**

Jurídico Propositivo: Porque se caracteriza porque evalúa fallas de los sistemas o normas, a fin de proponer o aportar posibles soluciones (Angel Nieves, Febrero, 2008)

1.4.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos procesamiento y análisis de datos**Población**

Atendiendo a la naturaleza del presente estudio, la población o universo de la investigación resulta existente. Ella está representada por el **100%** de los procesos judiciales tramitados entre los años 2013 a 2015 en la sede central de la corte superior de justicia de Cusco, por delitos sancionados con pena de cadena perpetua en los cuales se haya aplicado el proceso especial de terminación anticipada o en todo caso el trámite de conclusión anticipada de juicio, cuyo total está en pleno proceso de determinación por la autora de este trabajo.

Muestra no Probabilística

Teniendo en cuenta que el diseño aplicado es estudio de caso, se han considerado los siguientes casos:

Se consideraron tres expedientes:

Uno con sentencia de cadena perpetua

Otro con terminación anticipada;

Y el último con conclusión anticipada de juicio.

1.4.3. Técnicas e instrumentos de recolección de Datos**Técnicas**

Para el presente estudio se utilizará las siguientes técnicas:

El análisis documental – normativo. De expedientes sobre la Materia



La Observación y la Comparación, en referencia a los casos

Instrumentos

Se utilizarán:

- a. Ficha de análisis de expedientes
- b. Análisis de sentencias
- c. Ficha de observación

1.5. HIPÓTESIS DEL TRABAJO

1.5.1 Hipótesis Principal

No existe uniformidad en la aplicación de la cadena perpetua en los supuestos de terminación anticipada y conclusión anticipada de juicio en procesos tramitados en sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

1.5.2. Hipótesis Específicos

1° Si Existe dificultad material que impide determinar la pena base en los supuestos de aplicación de la terminación anticipada o conclusión anticipada de juicio, en los delitos que merecen cadena perpetua en procesos tramitados en sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

2° La aplicación de la terminación anticipada o conclusión anticipada de juicio, en los delitos que merezcan cadena perpetua en procesos tramitados en sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco es mínima.

3° Son varias las instituciones penales y procesales que permiten al juzgador aplicar una pena distinta a la cadena perpetua en el ámbito de un proceso de terminación anticipada o conclusión anticipada de juicio en sede central de la Corte Superior de Justicia de Cusco



1.6. CATEGORÍA DE ESTUDIO

CATEGORÍAS	SUB CATEGORÍAS
TERMINACION ANTICIPADA	<ul style="list-style-type: none">• Proceso especial – distinto del principal.• Aplicable a cualquier delito• Premial (reducción de pena hasta en una sexta parte)• Renuncia de derechos• Facultativo• Postulación de penas irrazonables (fiscales – investigados).
CONCLUSIÓN ANTICIPADA	<ul style="list-style-type: none">• Estadio obligatorio del juzgamiento del proceso común.• Aplicable a cualquier delito.• Premial (reducción de la pena en una séptima parte)• Mínimo tiempo para tomar la decisión por el acusado).
FALTA DE APLICACIÓN UNIFORME DE LA CADENA PERPETUA	<ol style="list-style-type: none">1- Pena de duración indeterminada2- Pena excesivamente drástica3- Aplicación exclusiva para delitos muy graves.4- Diferente aplicación de la pena5- Mínimo interés en la determinación de la aplicación civil.



CAPÍTULO II

DESARROLLO TEMÁTICO

2.1 ANTECEDENTES DE ESTUDIO

2.1.1 ANTECEDENTES INTERNACIONALES

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA ASUNCIÓN PARAGUAY XXXIII CURSOS DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO “PRINCIPIOS Y DESAFIOS DEL DERECHO PENAL DE HOY” TEMA: TEORÍA DE LA PENA. ABOGADA INOCENCIA ALFONSO DE BARRETO ENSAYO DE MAESTRIA

En el marco de las convenciones sociales y sus consecuencias, cobra especial énfasis en materia jurídico penal la Teoría de la Pena, ya que a partir de la determinación de una sanción, el común de las personas parecen confundirla con los fines de lo justo o de lo injusto, por ello es que decimos que la labor de individualización de una pena particular y específica adecuada al índice de irreprochabilidad, constituye también la redacción de un discurso que debe resultar igualmente legitimado por la sociedad. La antigua proposición de que una pena es el mal que se impone al causante de otro mal, de claro corte retribucionista ha quedado superada a partir de los conceptos preventivos especiales y preventivos generales que enmarcan La labor específica de un Poder Judicial independiente, que actúa a través de su órgano específico, cual es el Tribunal de Mérito o de Juicio, entidad en quien converge la delicada tarea de administrar justicia. El actual énfasis que cobra el estudio de La Teoría de la Pena se subsume en la necesidad de combatir los errores que hemos acumulado en los siglos anteriores, respecto al tratamiento del penado y la finalidad misma de la Sanción, que tantos ejemplos de fría atrocidad nos ha presentado, como fueron en su tiempo los sacrificios y bárbaros tormentos practicados con insensible indolencia por los verdugos de turno.



Así decimos que para decretar las penas correspondientes a los delitos, en puridad, dicha labro corresponde únicamente al legislador, pues representa a toda la sociedad unidad por virtud del contrato social, no obstante resultará siempre tarea del magistrado judicial establecer la Teoría de la Pena, así como la proporción de ésta que se corresponde a cada justiciado.

Al cierre de esta entra da ya solo quisiera transcribir muy brevemente la idea propugnada por Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, en su difundida obra Tratado de los delitos y las penas: “¿Queréis evitar los delitos?... Haced que las leyes sean claras (BARRETO, 2013)

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIA FACULTAD DE DERECHO
SANTA FE DE BOGOTÁ COLOMBIA, 2000, TESIS PARA OPTAR EL
GRADO DE ABOGADO, SITUACIÓN PENITENCIARIA Y PENA
PRIVATIVA DE LA LIBERTAD LUIS JORGE GONZÁLEZ HARKER**

Sea por el excesivo uso que de ella se haya hecho o sea por la ineffectividad estatal que se ha podido observar en el campo de la práctica penitenciaria, la pena privativa de la libertad es una institución que no ha funcionado correctamente. Así lo demuestra la clara e indiscutible incongruencia que existe entre el fin propuesto y anhelado con el desarrollo y mantenimiento de esta institución que es la resocialización- y los resultados efectivos que con ella podemos observar en los terrenos de la práctica penitenciaria.

El primer y directo perjudicado de esta situación ha sido el recluso, quien, como lo hemos visto, mediante la pena privativa de la libertad no solo se encuentra Algunas voces se han alzado contra este fenómeno para la solución y el alivio de esta paulatina y cada vez más notoria decadencia carcelaria. Sin embargo, los Estados las han ignorado, descartado sus propuestas y ridiculizado sus pensamientos con pronunciamientos legales que en la práctica no logran ni la más ínfima modificación de la situación contra la que estas mismas voces han tomado forma a través de serios e incuestionables informes que revelan la realidad carcelaria.



A estos desoídos esfuerzos intelectuales nos unimos reconociendo sus méritos y sus intenciones por construir una sociedad mejor. Sin importar si en ellos tiene o no cabida la pena privativa de la libertad, pues, como lo demostramos, se plantea su desaparición o su mantenimiento a través de su uso racional, reconocemos la bondad y la dedicación de estos estudios que lo menos que han conseguido es demostrar y desnudar la verdad de nuestros centros carcelarios.

Queremos, igualmente, unirnos a sus voces de protesta en torno a esta situación, del todo incompatible con cualquier supuesto Estado que pretenda funcionar con rectitud y con justicia incompatible con cualquier supuesto Estado que pretenda funcionar con rectitud y con justicia. Lo cierto es que este caos, representado en la flagrante y descarada violación de la dignidad humana de personas cuyos derechos han sido amplia e indiscutiblemente reconocidos, no puede ni debe continuar, pues de su existencia se derivan gran parte de las tragedias humanas y de la falta de confianza en la misma labor estatal, así como también una serie de argumentos que se han distinguido por saber aprovechar la actual situación penitenciaria para atacar la existencia misma del Estado y de la penalidad en el interior de la sociedad. Por lo tanto, nada mejor que una rápida conciencia sobre este fenómeno, que es lo sumo que pedir una pronta y eficaz solución de tipo pragmático, cuyos efectos, sin duda alguna, se extenderían no solamente hacia los reclusos, sino, incluso, hacia la definitiva y perpetua consolidación de esta institución (la pena privativa de la libertad) que padece los rigores de una crisis que injustamente se le ha atribuido. Sí, a nuestro juicio es injusta esta atribución de esta crisis penitenciaria a la pena privativa de la libertad, pues nosotros, a diferencia de otros pensamientos, ofendemos y creemos en la necesidad que la sociedad tiene de esta institución, porque la vemos como un mecanismo apropiado en la lucha mundial contra el crimen. No es una contradicción, porque si bien es cierto que la hemos atacado y que hemos demostrado sus nefastas consecuencias para la sociedad, lo hemos hecho con el propósito de que se le entienda como la institución que debe ser y que no ha sido lo que por su naturaleza y capacidades está llamada a ser: última y excepcional sanción penal en la sociedad (HARKER, 2000)



2.1.2 ANTECEDENTES NACIONALES

LA CADENA PERPETUA EN EL PERÚ, AGUIRRE ABARCA SILVIA ELENA, UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS, PROGRAMA CYBERTESIS PERÚ, 2011.

El tema que motiva la tesis que nos hemos propuesto desarrollar versa sobre: “LA CADENA PERPETUA EN EL PERU”; contiene un estudio y análisis multidisciplinario y por su naturaleza responde a las características de una investigación teórico-dogmático, que presentamos bajo una estructura debidamente sistematizada. El Perú mantiene la pena de Cadena Perpetua en su sistemática penal, como máxima pena privativa de libertad para delitos graves, soslayando todas las exigencias garantistas del Título Preliminar del Código Penal en el Perú se ha instaurado la pena de prisión perpetua a través, del D. L. 25475. En efecto el Art. 29° del código Penal Peruano de 1991, se modificó incorporando la pena privativa de libertad de cadena perpetua con posterioridad a su entrada en vigencia, como consecuencia de la implementación de la legislación antiterrorista a partir del D.L. 25475, la cadena perpetua se convierte así en una respuesta irracional a la violencia, como ha ocurrido con las leyes penales de emergencia, dictadas como reacción frente a una situación coyuntural provocada por el fenómeno terrorista. Sin embargo, pese al carácter de emergencia que motivó la adopción de la cadena perpetua en el Perú, se acentuó el interés por mantener esta pena en nuestra legislación penal, por razones de injerencia del poder político en la elaboración de normas antiterroristas y para crear un clima de aparente seguridad ciudadana , no sólo se aplicó para casos de delitos de terrorismo sino que se extendió además, para otros delitos graves, llegando a sobrecriminalizar diversas figuras delictivas generando contradicciones intrasistémicas dentro del propio Código Penal que rebasaron principios rectores de nuestro Derecho Penal, contenidos en el Título Preliminar del Código Penal de 1991, tales como el principio de proporcionalidad, culpabilidad, entre otros (ABRCA, 2011).

2.2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PENA

2.2.1 CONCEPTO DE LA PENA

En la doctrina nacional como extranjera se encuentran diversos conceptos sobre la pena; pero en esencia confluyen en determinar que la pena es una sanción penal, es una consecuencia jurídica del delito.

Conceptos de autores nacionales.-

La pena es una consecuencia jurídica del delito que se materializa en la privación o restricción de bienes jurídicos del delincuente, y que se aplica en las formas y dimensiones que establece la ley y que decide en una sentencia condenatoria la Autoridad Judicial.

“La sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o privación de derechos fundamentales”.

Conceptos de autores extranjeros.-

“pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo”

“Pena es la compensación de una violación del Derecho conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, que expresa la reprobación pública del hecho y consigue, de este modo, la afirmación del derecho”.

“es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada”.

“la pena debe ser entendida como la consecuencia y la consecuencia jurídica más precisamente del delito, y son infinitas las definiciones que, en su dimensión material, se han formulado acogiendo el concepto de pena, no sólo por el Derecho Penal, sino incluso en un ámbito mucho más generalizado” y agregan “podemos definir la pena como el castigo consistente en privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinado quién, tras el debido proceso, aparece como



responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción”.
(LANDROVE, 1983)

2.3. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

2.3.1. CONCEPTO.

“las penas privativas de libertad, son aquellas que consisten en la reclusión del condenado en establecimiento especial y bajo un régimen determinado”

Denomina genéricamente como detención a la pena privativa de libertad: “Detención expresa puesto a las formas congéneres del castigo, consistentes en encerrar al reo en un lugar de pena, a las cuales se les da el nombre especial, conforme al nombre dado al local, que según sus diferencias se llaman: prisión, cárcel, casa de fuerza, casa de disciplina, casa de corrección, galera, ergástula, etcétera...”

“las llamadas penas privativas de libertad, consisten en la reclusión del condenado en un establecimiento penal (prisión, penitenciaría, reformatorio, etc.), en el que permanece en mayor o menor grado, privado de su libertad, y sometido a un determinado régimen de vida y por lo común sujeto a la obligación de trabajar.”

Para mí, la pena privativa de libertad significa una pena que afecta directamente a un derecho fundamental y un bien muy preciado del ser humano: su libertad, con la determinación de reclusión en un establecimiento penitenciario, bajo un régimen legal pre establecido, con repercusiones en su vida y sus relaciones interpersonales y familiares.

En la doctrina penal, nítidamente se han identificado sus características como: “la obligación del condenado de permanecer durante el tiempo de la condena en el interior de un establecimiento, sometiéndose al régimen interno establecido”⁴⁴, las penas privativas de libertad, “... afectan a la libertad ambulatoria del condenado, que deben permanecer durante el término de ellas recluso en un establecimiento carcelario.” (HARKER, 2000)

2.3.2. DETERMINACION DE LA PENA

Una vez establecida la existencia de un hecho delictivo y estando vigente el interés del Estado por castigar este hecho, resulta necesario determinar la consecuencia jurídico- penal que le corresponde al delito cometido. Existen, en principio, tres sistemas de determinación de la pena. Por un lado, se encuentra el sistema de penas utilizado por el código penal francés de 1791 que establecía penas fijas absolutamente determinadas por el legislador. A este sistema se le opone completamente el sistema de penas determinadas utilizado en el Derecho anglosajón en el que se deja amplio arbitrio al juez para fijar la pena. El tercer sistema consiste en una ponderación de ambos extremos, es decir, se asume un sistema de penas parcialmente determinadas en la ley que deja ciertos márgenes de discrecionalidad judicial. Dentro de este tercer sistema caben dos vertientes: o el legislador fija simplemente un límite mínimo y máximo de la clase de pena prevista, dejando en manos del juez la determinación de la pena concreta entre estos límites; o establece además ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan el marco penal abstracto, así como criterios específicos que el juez debe considerar en su labor de individualización de la pena.

Nuestro código penal ha seguido, con propias particularidades, este último sistema de determinación de la pena.

El proceso de la determinación de la pena asumido por nuestro código penal constituye un proceso complejo que se lleva a cabo tanto en el plano legislativo como judicial. En primer lugar, el legislador precisa la clase de pena que el juez puede imponer por el hecho cometido, así como el parámetro máximo o mínimo (marco penal abstracto), dentro del que se moverá el juez penal para determinar la pena concreta. Hay que precisar, sin embargo, que el juez no realiza de forma autónoma la individualización de la pena a partir del marco penal abstracto. El legislador penal ofrece adicionalmente ciertos criterios generales que concretan parcialmente el marco legal abstracto (marco abstracto – concreto). Por un lado, el legislador prevé un conjunto de circunstancias que modifican la responsabilidad penal, aumentando o reduciendo el marco penal inicialmente previsto y, por el otro, establece las reglas que deben seguirse para determinar el marco penal abstracto en ciertos supuestos de concurso de delitos. Con el marco penal resultante de aplicar eventualmente las reglas



anteriores, el juez se encarga de fijar la pena concreta a imponer al autor, en función de ciertas circunstancias específicas previstas en la ley.

Veamos con mayor detalle en qué consisten cada uno de estos pasos del proceso de determinación de la pena. (EDITORES, 2010)

EL MARCO PENAL ABSTRACTO.

A) La clase de pena.

El legislador penal establece, en primer lugar, la clase de pena aplicable a cada delito previsto en la normativa penal. En el artículo 28 del CP se precisan las diversas clases de pena que pueden preverse para los delitos de la parte especial del código penal y, por aplicación supletoria (artículo X del Título Preliminar del Código Penal), para los delitos tipificados en las leyes penales especiales. En cuanto a su imposición, estas clases de penas pueden presentarse de diversas formas en cada tipo penal. En primer lugar, pueden presentarse como una pena única, es decir, como la única pena bien el tipo penal puede contemplar varias penas para el delito. Pero también el tipo penal puede contemplar varias penas para el delito, pudiendo imponerse estas de forma cumulativa (pena compuesta) o alternativa.

Por otra parte, el delito puede admitir la imposición de dos penas, pero no como penas cumulativas, sino una como principal y la otra como accesoria. En nuestro código penal se contempla la pena de inhabilitación como pena accesoria si el delito cometido constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por la ley (artículo 39). Hay que precisar que la pena accesoria requiere que el juez la imponga expresamente en la sentencia condenatoria.

Las clases de penas previstas en el artículo 28 del CP son las siguientes: pena privativa de libertad, penas restrictivas de libertad, penas limitativas de derechos y pena de multa. Con este artículo, se hace una primera delimitación legal de la consecuencia jurídica – penal del delito, en la medida que se establecen las diversas clases de penas que el legislador puede prever para castigar los delitos de la parte

especial. Se trata, por tanto de una norma que asume un sistema de *numerus clausus* de las clases de pena. De manera que no podrá castigarse con una clase de pena distinta y constituye una norma superficial de carácter puramente declarativo, sino, más bien, una expresión del mandato de certeza derivado del principio de legalidad.

a. La pena privativa de libertad.

La pena privativa de libertad consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario. Como lo reconoce expresamente la exposición de motivos del actual código penal, la pena privativa de libertad se ha unificado, no diferenciándose diversas formas de privación de la libertad, como si lo hizo, por ejemplo, el código Penal de 1924, en el que se distinguían el internamiento, la penitenciaria, la relajación y la prisión. La diferencia se encuentra solamente en la ejecución de la pena privativa de libertad, en donde se prevén tres regímenes distintos: el régimen cerrado. El régimen semiabierto y el régimen abierto (artículo 97 del código de ejecución penal). En el actual código penal se diferencian solamente entre penas temporales y cadena perpetua.

Pese a las críticas que ha sufrido la pena privativa de libertad, sobre todo los defensores de la criminología crítica, en la sociedad moderna, construida sobre la base de la libertad individual, esta pena sigue siendo la sanción penal más adecuada para reprimir la criminalidad especialmente grave. Por esta razón, a la pena privativa de libertad no cabe recurrir para reprimir cualquier delito, sino que debe reservarse para los hechos más intolerables. En este sentido, parece inconveniente que el legislador prevea penas privativas de libertad cortas para delitos no tan graves, pues el tiempo de la privación de libertad no aconsejaría hacerla efectiva, siendo más recomendable, desde el punto de vista de la resocialización, recurrir quizá a otras penas menos gravosas y posiblemente más eficaces (las penas restrictivas de derechos, por ejemplo).

b. Las penas restrictivas de libertad.

Las penas restrictivas de libertad constituyen una limitación a la libertad del tránsito. En la redacción original del Código Penal estas penas eran de dos tipos: la pena de expatriación para el caso de nacionales y la pena de expulsión del país para el caso de extranjeros. La legitimidad de la pena de extradición comenzó, sin embargo, a ser cuestionada, pues se consideraba contraria a la normativa



internacional referida a derechos humanos, la cual niega la posibilidad de expulsar del país a los nacionales. Por esta razón mediante ley 29460 del 27 de noviembre de 2009 se suprimió del código penal la pena de expatriación, alegándose precisamente su incompatibilidad con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con rango constitucional.

Es pertinente precisar que la pena restrictiva de libertad de expulsión del extranjero no se contempla como una pena autónoma, sino, más bien, como una pena complementaria a la pena privativa de libertad. En este sentido, esta pena se aplicara después de cumplida la pena privativa de libertad suspendida, a no ser que la expulsión tenga lugar luego del periodo de prueba. Admitir el control de la observancia de reglas de conducta en el extranjero podría implicar cierta injerencia en los ámbitos de aplicación del derecho interno de cada país. La pena de expulsión se prevé expresamente para delitos especialmente graves (narcotráfico, por ejemplo) o para delitos contra el Estado y la Defensa Nacional.

c. Las penas limitativas de derechos.

Las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a estos derechos constitucionalmente reconocidos, como, por ejemplo, el derecho a la libertad de trabajo, a la libertad personal, a los derechos políticos, etc. El Código Penal reconoce, como penas limitativas de derechos, la pena de prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación. Un sector de la doctrina penal destaca la excesiva generalidad de la denominación utilizada para caracterizar a esta clase de pena. Pero es evidente que en este plano no pueden ofrecerse mayores niveles de precisión o privaciones de derechos de muy diversa índole. La precisión deseada solamente se puede conseguir si se entra en cada una de las distintas penas englobadas en la denominación general de “penas limitativas de derechos”.

Las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres tienen como rasgo común el constituir restricciones de derechos durante los fines de semana y días feriados, sea obligando al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarios, escuelas, orfanatos y otras instituciones similares, o en obras públicas (prestación de servicios a la comunidad), sea manteniéndolo en un establecimiento organizado con fines educativos (limitación de días libre). Estas penas están contempladas por lo general, para delitos de mediana



gravedad, sea de libertad o multa). Pero debe indicarse además que, aun cuando no estén expresamente contempladas en un tipo penal de la parte especial, estas penas pueden imponerse en sustitución de penas privativas de libertad de hasta cuatro años, con la finalidad de evitar el internamiento del condenado en prisión con los efectos desocializadores por todos conocidos.

El mayor reparo presentado contra las penas de prestación de servicios a la comunidad u la limitación de días libres, está en las condiciones administrativas para hacer viable su ejecución. Si bien se han aprobado disposiciones jurídicas que reglamentan su ejecución (la ley 27030 y el reglamento actualmente vigente del CEP, D.S. N 015-2003 – JUS, artículos 243 y siguientes), la necesaria participación de las instituciones sociales en el cumplimiento de estas penas no se ha llegado a concretar de manera suficiente. Por otro lado, las notables carencias en cuanto a la infraestructura requerida para asegurar su debida ejecución, así como la ausencia de un exhaustivo control de su cumplimiento, juegan en contra de su credibilidad como un mecanismo idóneo para responder satisfactoriamente frente a cierto tipo de criminalidad.

En cuanto a la pena de inhabilitación, el Acuerdo Plenario N10-2009 la caracteriza como la privación al condenado de algunos derechos (personales, profesionales o políticos) o la incapacitación para el ejercicio de diversas funciones o actividades (publicas inclusive). Precisa además que su aplicación se rige por un criterio de especialidad, el cual implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad (como pena principal o accesoria), dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate. Esta clase de pena debe corresponderse igualmente con el principio de proporcionalidad, lo que explica que el código penal actual haya suprimido el carácter perpetuo que tenía dicha pena en el código penal anterior, convirtiéndola en temporal. Sin embargo, como bien lo hace el acuerdo plenario N 2-2008, existen excepciones al carácter temporal de la pena de inhabilitación en función a la “naturaleza de las cosas”, pues algunas privaciones de derecho o de actividad tienen un carácter definitivo. Así cabe mencionar la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego, la privación definitiva de títulos honoríficos o la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular. Se trata de privaciones definitivas, pero no de una pena perpetua si no instantánea, a pesar de



que sus efectos sean de carácter permanente. Solo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquellos se recuperan tras cumplir la pena.

El Acuerdo Plenario N 2-2008 precisa, en atención a la regulación legal, que la inhabilitación puede ser una pena principal o accesoria. En el primer caso, se impone de forma independiente sin ejecución a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque cabe imponerla conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando aun a pena principal, generalmente privativa de libertad, por la que se complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho – se basa en la incompetencia y el abuso de la función – (artículo 39 y 40 del CP). En caso que la inhabilitación se entenderá por igual tiempo que la pena principal, aunque no podrá superar los cinco años establecidos como tope. No obstante, debe precisarse que en leyes penales especiales se han contemplado penas de inhabilitación principal por encima de los cinco años, como es el caso de ley contra el delito de lavado de activos (inhabilitación de hasta seis años) o la ley de delitos tributarios (inhabilitación de hasta seis años).

El usos de la pena de inhabilitación se ha hecho muy frecuente en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, pero también podría aplicarse a los particulares, como sería el caso de la inhabilitación profesional contemplando en el artículo 36 inciso 4 del CP que impone la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria. Si se aseguran las condiciones para su efectiva aplicación, la pena de inhabilitación podría desarrollar mayores efectos preventivos que penas privativas de libertad, suspendidas en su ejecución.

d. La pena de multa.

La pena de multa implica la privación de una parte del patrimonio del patrimonio del autor de un delito. Esta pena resulta aplicable a supuestos de escasa o mediana gravedad. La determinación de la cuantía de la multa, el llamado día-multa, en el que se tiene en consideración el ingreso promedio diario del condenado, determinado con base en su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y



demás signos exteriores de riqueza. Debe precisarse, sin embargo, que si el condenado vive exclusivamente de su trabajo, el importe del día multa no podrá ser menor al veinticinco ni mayor al cincuenta por ciento, dependiendo de la carga familiar que pudiese tener. En segundo lugar, el monto de la multa se obtiene en función de los días-multa previstos por cada tipo penal de la parte especial, lo cual depende de la gravedad del delito, pero que, en cualquier caso, no podrá ser menor a diez días multas ni mayor a trescientos sesenta y cinco días multa; aunque en leyes especiales como en el caso de la ley penal tributaria se contemplan penas de multas por encima del máximo establecido para los delitos previstos en el Código Penal. A través de la consideración de los dos aspectos antes indicados, la pena de multa responderá no solo a la gravedad del hecho delictivo, sino también a la capacidad económica del delincuente.

En cuanto a su imposición, la pena de multa puede aplicarse de manera exclusiva o conjunta. Ejemplo del primer caso sería el delito de calumnia previsto en el artículo 131 del CP, mientras que del segundo lo sería el delito de receptación contemplado en el artículo 194 CP. Si el condenado solvente no paga o frustra el cumplimiento de la pena de multa, esta podrá convertirse en una pena privativa de libertad. Si es que el incumplimiento de la pena de multa se debe a una insolvencia sobrevenida ajena a la voluntad del condenado, esta pena se convertirá en una pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. Los parámetros para hacer las equivalencias se encuentran establecidos en el artículo 56 del CP. Mecanismos como la reserva del fallo condenatorio y la extensión de la pena proceden igualmente en el caso de la pena de multa.

Si bien la tendencia en los últimos tiempos ha sido ampliar el espectro de los delitos en los que cabe imponer una pena de multa en detrimento de la pena privativa de libertad, la eficacia preventiva de la pena de multa se ha cuestionado seriamente en el ámbito empresarial. En efecto, diversos estudios han demostrado que las empresas contabilizan las posibles multas como un costo de producción que se traslada a los consumidores, perdiendo así todo efecto preventivo. Es más, cada vez con mayor frecuencia se recurre a la figura de los directivos de banquillo, es decir, a personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa. En este sentido, la sanción de multa perdería completamente su virtualidad

preventiva si quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitara solo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita. Para evitar esta desvirtuación del efecto preventivo de la pena, se ha desarrollado la consecuencia accesoria del decomiso de ganancias ilícitas, aunque, como se verá más adelante, la desafortunada forma como se ha regulado en nuestro Código Penal le quita toda virtualidad operativa. En el que evitara trasladar el mal de la pena a terceros (trasladar la multa a los consumidores), un registro de multas impuestas a las empresas al que puedan acceder terceros interesados en contactar con la empresa. El efecto preventivo de la pena de multa se vería así reforzado.

B. El marco penal mínimo y máximo.

Además de establecer la clase de pena, el legislador penal debe también fijar un marco mínimo y máximo de pena en cada tipo penal de la parte especial, dentro del cual el juez se encargara, en atención a las características del delito concretamente juzgado, individualizar la pena concreta a imponer. La determinación de un marco penal abstracta por parte del legislador no opera arbitrariamente, sino que debe estar orientada por el conjunto de principios informadores que limitan el ejercicio del IUS puniendi. En especial hay que mencionar al principio de legalidad y al principio de proporcionalidad.

a. El principio de legalidad.

La exigencia de que el legislador penal establezca un marco penal en cada delito en el artículo 2 inciso 24, literal d) de la constitución política. Conforme a este principio, el tipo penal de la parte especial debe precisar no solo la conducta delictiva, sino también la pena aplicable a los responsables del delito (mandato de certeza o determinación). No obstante, el nivel de certeza que exige el principio de legalidad no puede pretender ser absoluto, sino alcanzar solamente un grado que le garantice al ciudadano una determinación previa y objetiva de los criterios de decisión por parte del legislador que evite la subjetividad o emotividad de un juicio sometido al influjo del delito cometido. En este orden de ideas, no se trata de precisar en la ley penal la pena exacta aplicable al autor el hecho delictivo previsto en la ley. El valor de la previsibilidad es sacrificio por el valor de la individualización.

El marco penal abstracto está constituido por el mínimo y el máximo de pena previsto en el tipo penal de la parte especial. El punto de partida del proceso de determinación de la pena es, por tanto, el marco penal establecido en dicho tipo penal. No obstante, el legislador penal, en determinados delitos, no precisa el marco penal máximo (p.e. parricidio) o el marco penal mínimo (p.e. el delito de contabilidad paralela), originándose así una determinación legal que requiere ser corregida al artículo del código penal que establece la cuantía máxima y mínima de la pena correspondiente, para completar de esta manera el marco penal abstracto mediante una interpretación sistemática. Sin embargo, el tribunal constitucional ha declarado contrario al principio de legalidad si con esta complementación del marco penal se deja un margen amplio que prácticamente deje en manos del juez la determinación del quantum de la pena.

b. El principio de proporcionalidad.

El cumplimiento de la garantía formal de legalidad en la previsión del marco penal abstracto no agota los criterios que deben informar la labor de determinación legal de la pena encargada al legislador penal. Es necesario que este tenga en cuenta el principio de proporcionalidad al fijar el marco penal abstracto. Siguiendo a la doctrina constitucional, la observancia del principio proporcionalidad implica tener en cuenta los tres juicios que abarcan el test de razonabilidad o proporcionalidad: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad strictu sensu. Veamos a continuación como se expresa cada uno de ellos en la determinación de la proporcionalidad del marco penal abstracto.

b.1) El juicio de idoneidad

Conforme al llamado juicio de idoneidad, el marco penal previsto en la ley debe ajustarse a la función asignada al derecho penal. Como primera cuestión, debe quedar claro que la aceptación del principio de proporcionalidad en la intervención penal no significa la asunción de posturas retribucionistas de la pena. Como es sabido, la doctrina dominante, que atribuye al Derecho Penal una función preventiva, no rechaza la proporcionalidad de la pena como principio rector de la actividad punitiva del Estado, sino que la ve un necesario correctivo que impide a las concepciones de la pena que se centran en su efecto disuasorio poner la mirada exclusivamente en tal finalidad, llevando, como es lógico, a una situación de terror



penal. La gravedad de la pena no debe atender únicamente a la mayor o menor probabilidad de realización de un delito, sino que debe tener en consideración otros aspectos ajenos a la pura lógica de las necesidades punitivas de la sociedad. La proporcionalidad de la pena en función de la gravedad del hecho cometido constituye precisamente una de estos aspectos que permiten salvaguardar a la persona de los excesos del grupo social.

Por lo anterior en la literatura especializada existen intentos por mantener la proporcionalidad de la pena dentro de la lógica de la prevención, en tanto se afirma que prevención afectiva de los delitos solo puede alcanzarse si las penas impuestas son proporcionales al hecho. Estos puntos de partida, sin embargo, no están libres de cuestionamientos, pues permiten la entrada de aspectos irracionales o emocionales en la determinación de lo que resulta proporcional según las convicciones sociales. Por esta razón, no cabe sino entender que la corrección de la finalidad preventiva mediante al principio de proporcionalidad implica el reconocimiento de un orden de valores opuesto a la lógica de la prevención. La dificultad reside en la forma de determinar este orden garantístico ajeno al fin preventivo de la pena.

Puede, por un lado, que se entienda que las garantías penales se configuran históricamente, lo que lleva consigo el peligro de que su reconocimiento dependa de las mayores o menores necesidades de prevenir la realización de determinadas conductas delictivas. Por otra parte, puede que el orden limitativo de la prevención se encuentre en la propia persona humana, no que, sin renunciar a la historicidad de la realidad, implica tener límites más estables frente a las tendencias sociales del momento. Desde posturas preventivas, no hay duda que esta interpretación de las garantías penales, en general, y de la proporcionalidad de las penas, en particular, resulta la más plausible.

Las posibles de justificación de la observancia del principio de proporcionalidad en la previsión legal de las penas no se reducen, sin embargo, a puntos de partida preventivos, sino que también encuentran perfecta cabida en un comprensión restabilizadora del Derecho penal. La pena tiene, en esta última comprensión del Derecho Penal, la función de devolver la vigencia social a una expectativa normativa de conducta defraudada. Para cumplir esta función reestabilizadora, el efecto comunicativo de la pena debe ajustarse al hecho que

transmitió el mensaje de que la expectativa normativa no regia. Y precisamente en esta relación comunicativa aparece la proporcionalidad de la pena con el hecho, la calidad y cantidad de penas necesarias para reestabilizar las expectativas defraudadas se encuentran determinadas por la gravedad de la defraudación. Por lo tanto, no podrá admitirse la reestabilización de una expectativa defraudada con un mecanismo que no guarda ninguna relación comunicativa con el hecho que motivo de defraudación. La pena debe no solo ser cualitativamente una comunicación penalmente relevante, sino que cuantitativamente debe ajustarse a la intensidad del hecho defraudador.

b.2) el juicio de necesidad.

En el juicio de necesidad de la pena legalmente prevista, debe plantearse la cuestión de si la medida es “necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad”. La necesidad frente a otros mecanismos de control social. Esto es lo que la doctrina penal domina principio de mínima intervención, según el cual el Derecho Penal es la última ratio para la solución de conflictos sociales. Es este sentido, el Derecho Penal debe castigar solamente las afectaciones a los bienes jurídicos más importantes (subsidiaridad) y, dentro de ellas, aquellas que son más intolerables (fragmentariedad). Las afectaciones a bienes jurídicos no esenciales, así como las afectaciones mínimas a bienes jurídicos esenciales, deberían dejarse en manos de mecanismos de control extrapenal, lo que significa despenalizar los llamados delitos de bagatelas.

Pero el juicio de necesidad de la pena legalmente prevista debe determinarse también en un plazo propiamente penal. Este juicio debe responder a la cuestión de si el mismo efecto preventivo o restabilizador se puede conseguir con un a pena menos aflictiva dentro del propio sistema penal. Por consiguiente, si los niveles de prevención no aumentan con una pena más severa, el juicio de necesidad sobre la pena prevista deberá arrojar una infracción al principio de proporcionalidad si el efecto preventivo deseado de protección de bienes jurídicos no puede alcanzarse con una pena menos severa cuantitativa o cualitativamente.

b.3) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto

El juicio de proporcionalidad en sentido consiste en determinar “si existe un desequilibrio manifiesto esto es, excesivo o irrazonable entra la sanción y la finalidad



de la norma". La relación de equilibrio que exige la proporcionalidad en sentido estricto se expresa en una correspondencia valorativa entre la gravedad del hecho cometido y la pena prevista. Si se admite la necesidad de castigar penalmente una conducta determinada, deberá precisarse el tipo de pena y la cantidad de la misma que se correspondan proporcionalmente al hecho típico. Hay que señalar que en este nivel no se trata de establecer una relación de proporcionalidad entre un hecho concreto y una pena en concreto, sino una relación de proporcionalidad que tiene lugar en un plano de mayor abstracción.

Como se sabe, en las conminaciones penales el hecho está determinado solamente como una forma de ataque a un interés jurídico penalmente protegido, por lo que la proporcionalidad estricta de la pena con el hecho solamente se podrá establecer en función de tal interés (bien jurídico) y la modalidad de ataque. Del primer aspecto resulta la correspondencia de castigar con penas más graves las lesiones a los intereses más importantes, como la vida o la integridad física. Muchos más aspectos del juicio de gravedad se derivan de la modalidad de ataque. Por mencionar solo los más importantes. La lesión de un bien jurídico debe castigarse más gravemente que su sola puesta en peligro, la lesión cumulativa de bienes jurídicos más que la lesión de un solo de ellos, la comisión dolosa más que la culposa. Invertir esta relación de gravedad, constituiría un atentado contra el principio de proporcionalidad en el nivel de las connotaciones penales.

La abstracción de la ley penal trae como consecuencia que también la pena establecida para el hecho típico se formule de manera general con base en un límite mínimo y uno máximo. Para determinar el límite mínimo de la amenaza penal algunos autores recurren a la regla de que la ventaja obtenida por el delito no debe ser mayor a la desventaja de la pena. Esto significa que el marco penal mínimo debe reportar para el autor una desventaja mayor que lo que puede obtener por la comisión del delito. Este parecer resulta, sin embargo, cuestionable. En primer lugar, abandona el terreno de la proporcionalidad y se coloca en el nivel de la prevención general; por otra parte, juega con un dato que resulta imposible de determinar en la etapa legislativa: la ventaja que obtiene el autor con el hecho. Por esta razón, el establecimiento del marco penal mínimo por parte del legislador es el resultado de un proceso de valoración en el que se pregunta por la pena que se impondrá a la afectación más elemental del bien jurídico protegido en la forma de ataque tipificada.

El que el delito no resulte a cuenta debe impedirse por otros medios, como la reparación civil, la incautación o el retiro de las ganancias obtenidas por la actividad delictiva.

En la determinación del límite máximo de la pena, se defienden, distintos pareceres. Unos recurren al criterio del sufrimiento que hubiese producido una reacción informal por parte de la víctima en caso de no existir una sanción estatal. Otros se apoyan en la idea de que la pena no debe afectar la dignidad humana y, por tanto, no debe conducir a la desocialización del reo. Como puede verse, se trata de una postura utilitarista y otra principista. No obstante, parece ser que ambos planteamientos abandonan igualmente el terreno de la proporcionalidad de la pena con el hecho y entran en cuestiones generales del derecho penal. Se trata, en cualquier caso, de límites externos a la determinación del marco penal máximo de una pena, pues ninguna pena debería afectar la dignidad humana o desocializar al sujeto. En este sentido, el tope de cualquier pena será la pena más grave que lesione el bien jurídico protegido y que no entre aun en el ámbito de regulación de una figura agravada. Si bien puede objetarse que el legislador no está en capacidad de apreciar todas las posibles realizaciones del respectivo delito, este conocimiento no impide un juicio general. Un juicio de valor no puede convertirse en una comprobación empírica.

LA CONCRECIÓN LEGAL DEL MARCO PENAL.

En la llamada concreción legal del marco penal abstracto se tienen en consideración ciertas situaciones especiales previstas por el legislador que inciden en dicho marco. Se trata, en concreto, de circunstancias que afectan la proporcionalidad abstracta del delito, por lo que, en principio, modifican el marco penal previsto en el tipo penal correspondiente. Por un lado están las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y, por el otro los casos de concurso de delitos en sus distintas variantes.

A. Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad.

El marco penal abstracto establecido en el tipo penal de la parte especial puede sufrir alteraciones por la presencia de alguna circunstancia genérica



modificativa de la responsabilidad que traiga consigo un efecto agravatorio o atenuatorio del referido marco penal. Se trata de las llamadas agravantes o atenuantes genéricas, en la medida que no es aplicable a un tipo penal específico, sino a diversos delitos. Pero, además, estas circunstancias son modificativas de la responsabilidad por lo que repercuten en la pena abstractamente considerada en el tipo penal correspondiente. En razón de este efecto modificadorio del marco penal, el acuerdo plenario N 1-2008 prefiere llamarlas circunstancias cualificadas antes que genéricas.

En la doctrina penal se discute si las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal se limitan a circunstancias que no afectan la esencia de un delito, sino que, presuponiéndolo, únicamente inciden que aun cuando la determinación de la pena sea un tema que se aborde en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, no puede desvincularse de la gravedad de su presupuesto principal (el delito), lo que hace que el referente fundamental de la determinación de la pena sea el esquema de la teoría del delito. En este sentido, dentro de las circunstancias genéricas pueden tenerse en consideración, además de las agravantes o atenuantes que especifican ciertos elementos de la conducta típica los supuestos que producen una agravación o atenuación de la pena por afectar a alguno de los elementos del delito. Por lo tanto, deben ser tenidas también como circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal eximentes incompletas o la llamada imputabilidad restringida.

Antes de entrar analizar con mayor detalle las clases de circunstancias que modifican el marco penal abstracto, resulta conveniente hacer algunas consideraciones sobre ciertos aspectos comunes de dichas circunstancias:

- La prohibición de doble valoración: en primer lugar, debe señalarse que la circunstancia genérica solo modificara el marco penal abstracto si es que no ha sido considerada como elemento constitutivo del ilícito penal, pues de lo contrario, se estaría realizando una doble valoración y, por tanto, cometiendo una infracción al principio del non bis in ídem. En consecuencia, si la circunstancia genérica está incorporada en el tipo penal, no será procedente la modificación del marco penal abstracto. Al respecto es muy claro, por ejemplo, el artículo 46 A último párrafo del CP al señalar que la agravante genérica del prevailecimiento del cargo no es aplicable



si dicha circunstancia esta prevista al sancionar el tipo penal o si es un elemento constitutivo del hecho punible.

- La modificación simétrica del marco penal abstracto: en la medida que las circunstancias genéricas que modifican la responsabilidad penal influyen en el marco penal abstracto y no solamente en los casos más graves o menos graves, la alteración del marco penal debe darse tanto en el extremo máximo como mínimo. En consecuencia, por ejemplo, si una circunstancia genérica agravatoria incrementa el marco penal mínimo debe incrementarse en la misma proporción. De la misma manera, si con base en el porcentaje que se le asigna a una atenuante genérica, se reduce el marco penal mínimo, lo mismo deberá hacerse con el marco penal máximo, reduciéndolo en la misma proporción. No hacer este desplazamiento global en la pena abstracta, traería consigo la consecuencia de que la pena concreta sea, pese a la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, la misma que se le habría impuesto al autor sin la presencia de dicha circunstancia.
- La incomunicabilidad de las circunstancias genéricas personales debe mencionarse también que, en virtud del artículo 26 del CP. Existen determinadas circunstancias o cualidades modificativas de la responsabilidad penal que no pueden comunicarse a los otros intervinientes del mismo hecho punible. Para poder determinar en qué casos las circunstancias modificativas de la responsabilidad resulta incomunicable a los otros intervinientes resulta necesario distinguir entre las circunstancias referida al hecho no pertenecen por definición, a quien lo realiza, si no son aspectos del hecho común a todos los intervinientes en el delito. Po lo tanto, todos los intervinientes verán incrementada o atenuada su responsabilidad penal de ser el caso, pues el marco penal se amplía o reduce para todos los intervinientes en el hecho que conocen dicha circunstancia. Por ejemplo, una circunstancia genérica referida al hecho es la tentativa, la que generara una atenuación referidas al autor, por lo contrario, están vinculadas a una cualidad, relación o circunstancia personal del autor, por lo que al pertenecer el autor sobre el que recaen, no resulta posible su atribución directa a los otros intervinientes en el delito. Por ejemplo, la agravante genérica de la reincidencia producirá un incremento de la pena solamente respecto del reincidente, pero no respecto de los que no lo son.
- El carácter obligatorio o facultativo de la modificación del marco penal abstracto: otro aspecto general que debe tenerse también en consideración en las circunstancias genéricas de modificación de la responsabilidad penal es su carácter obligatorio o



facultativo. Por ejemplo, la pena en el caso de la tentativa debe disminuirse en todos los casos conforme al tenor del artículo 16 CP, mientras que la atenuante de la imputabilidad restringida le otorga la facultad al juez de decidir si procede la reducción de la penalidad o no. Como puede verse, en el primer caso el juez debe modificar el marco penal abstracto, mientras que en el segundo caso evaluara si, en el caso concreto, la circunstancia específicamente prevista afecta realmente la pena prevista para el delito cometido. En el caso de circunstancias modificativas de la responsabilidad de carácter potestativo, la doctrina y jurisprudencia alemanas discuten sobre el criterio que debe atenderse para evaluar su aplicación. Mientras que un sector se inclina por una consideración total del hecho, otro sector entiende que esta cuestión debe decidirse con base en la circunstancia específica que motiva la modificación de la responsabilidad. Pese a la posibilidad de distinguir en el tenor legal circunstancias obligatorias y potestativas, debe quedar claro que el carácter facultativo de la agravación o atenuación genérica no implica una arbitrariedad del juez para decidir su aplicación o no, sino que el legislador le asigna al juez la labor de determinar los supuestos en los que la circunstancia especial si afecta efectivamente la gravedad del hecho. Si se dan las condiciones de modificación de la responsabilidad, el juez estará obligado a aplicarla. Por el contrario, en el caso de circunstancias que obligatoriamente afectan la responsabilidad, el legislador ha tomado la decisión en todos los casos y, por lo tanto, el juez debe tenerlas en consideración al determinar la pena. Como puede verse, la diferencia entre el carácter facultativo u obligatorio de la disposición jurídica no se desprende de una razón material, sino de distintos niveles de decisión.

a. Las agravantes genéricas.

Las agravantes genéricas no son muchas en nuestro Código Penal y no se encuentran sistematizadas de manera adecuada, en la medida que se han ido incorporando progresivamente. La primera agravante genérica que se introdujo en el Código Penal fue agravante de prevailecimiento del cargo, prevista en el artículo 46 A del CP. Esta agravante tiene lugar cuando el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las fuerzas armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. A este supuesto de ejercicio abusivo del cargo o función pública,



el artículo 46^a del CP añade el aprovechamiento de los conocimientos, adquiridos en el ejercicio de dicho cargo o función, para cometer el hecho punible. En ambos casos el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo esta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

En el artículo 46 A del CP. Se ha incorporado también una circunstancia genérica de agravación que no tiene nada que ver con el prevalimiento del cargo. Se trata de la agravación que tiene lugar cuando el sujeto activo comete, en calidad de autor o partícipe, el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro desde un establecimiento penitenciario donde se encuentra privado de su libertad. En tal caso, el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Como puede verse, la agravación no radica en el prevalimiento de una función pública, sino en otro tipo de consideraciones, posiblemente más de prevención especial. En efectos, proteger a la sociedad del delincuente mientras este cumple con la condena, lo que en este caso se vería frustrado al seguir el condenado con una actividad delincencial desde la prisión.

Dentro de las agravantes genéricas cabe mencionar también a la reincidencia (artículo 46B del CP) y a la habitualidad (artículo 46 C del CP), las cuales permiten un incremento del marco penal máximo hasta en un tercio o una mitad por encima del máximo legal de pena fijado por el tipo penal respectivamente. En cuanto al fundamento de su efecto de agravación de la pena, el Acuerdo Plenario N 01-2008 indica que estas circunstancias genéricas responden a razones de prevención especial por la mayor peligrosidad del sujeto.

Una persona tiene la condición de reincidente si es que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas. Para hacer operativo el límite temporal de la reincidencia, el último párrafo del artículo 69 del CP establece que la cancelación de los antecedentes penales por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por delito doloso será provisional hasta por cinco años, luego de lo



cual será definitiva si es que no media reincidencia. Para determinar la reincidencia no podrán considerarse los antecedentes cancelados.

El Acuerdo Plenario N 01-2008 establece que la reincidencia no requiere una entidad o similitud entre los delitos cometidos en el lapso de los cinco años, por lo que se trata de una reincidencia genérica y no, por tanto, específica. Precisa además que esta circunstancia genérica de modificación de la responsabilidad está configurada como una agravación de la pena de carácter personal, por lo que no se comunicara o extenderá a los otros intervinientes en el delito que no tienen la calidad de reincidentes. Por su parte, el artículo 46^a del CP dispone que si se presenta la agravante de reincidencia, el juez penal aumentara la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado en el tipo penal, si la reincidencia se produce por las modalidades agravadas de los delitos previstos en los artículos 108,121,121-A,121-B,152,153,173,173-A,186,189,200,297,319,320,321, del 325 AL 332 Y 346 del CP, el juez aumentara la pena en no menos de dos tercios por encima del máxima legal fijado en el tipo penal hasta la cadena perpetua (entiéndase los 35 años), sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de similibertad y liberación condicional.

Los requisitos de la reincidencia se flexibilizan en ciertos supuestos especiales. Si la reincidencia está referida a las modalidades agravadas provistas en los artículos mencionados en el párrafo precedente, el lapso de los cinco años no se tendrá en consideración, tal como se concluye del tenor del último párrafo del artículo 46^a del CP. Por otro parte, se admite la reincidencia en el caso de una persona a la que se le indulto o conmuta la pena, lo que significa que en estos casos no se exige que el reincidente haya cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad. Esta interpretación se sustenta en el hecho de que si se exigiese el cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad indultada o conmutada, entonces habría simplemente que aplicar la regla general de la reincidencia sin necesidad de una regulación especial de estos supuestos. Por lo tanto, cabe afirmar la reincidencia en el caso de condenados cuya pena privativa de libertad no han cumplido ni siquiera parcialmente por un indulto o conmutación de pena (cambio de la pena por otra menos rigurosa).

La agravante genérica de la habitualidad está regulada en el artículo 46 C del CP. En el que se indica que el agente que comete un nuevo delito doloso será



considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado de un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para las modalidades agravadas de los delitos previstos en los artículos 108,121,121-A,121-B,129,152,153,173,173-A, 186,189,200,297,319,320,321, del 325 al 332 y 346 del CP, el cual se computa sin límite de tiempo. Determinada la habitualidad, el juez penal aumentara la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en la modalidades agravadas de los delitos antes mencionados, en cuyo caso se aumentara la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua (entiéndase los 35 años), sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. En esta circunstancia de agravación de la pena, no se computaran los antecedentes penales cancelados, salvo en las modalidades agravadas de los delitos antes señalados.

b. Las atenuantes genéricas.

Como cuestión general, debe decirse que las atenuantes genéricas presentan cierta situación de indeterminación en nuestro Código Penal, en la medida que se prevé simplemente una reducción de la pena sin precisiones porcentuales. La situación se torna un tanto más complicada por el distinto tenor de las atenuantes contempladas en la legislación penal. En efecto, mientras algunas atenuantes contemplan una reducción de la pena por debajo del mismo legal (p.e. las eximentes incompletas del artículo 21 del CP o la confesión sincera del artículo 136 del Código de Procedimientos Penales), otras solamente establecen una reducción prudencial de la pena sin especificar si se puede rebasar el marco penal mínimo (la pena de la tentativa en el artículo 16 del CP, o la disminución de la pena en la complicidad secundaria del artículo 25 del CP). Ante esta situación se plantea la cuestión de si las atenuantes genéricas deben tratarse, pese al tenor legal diferente, de la misma manera o si cabe un tratamiento diferenciado entre las mismas.

Una primera interpretación del diferente tenor en las atenuantes genéricas podría llevar a la conclusión de que solamente el primer grupo de las atenuantes genéricas reduce el marco penal abstracto mínimo, por lo que el segundo grupo solamente permitirá la aplicación de una pena atenuada del marco penal abstracto.

Sin embargo, pese a la coherencia literal que podría tener esta interpretación, pensamos que la pena también puede reducirse en el segundo grupo de atenuantes por debajo del mínimo legal, pues las leyes penales que favorecen al reo no pueden interpretarse restrictivamente. A ello cabría agregar que si la naturaleza de una atenuante genérica es modificar el marco penal abstracto, no tendría sentido calificar a los supuestos mencionados como atenuantes genéricas y tratarlos luego como criterio de determinación de la pena concreta. En este sentido, el tratamiento de las atenuantes genéricas debe ser el mismo, es decir, reconociéndoles la virtualidad de reducir el marco penal abstracto por debajo del mínimo legalmente previsto.

c. Concurrencia de circunstancias genéricas.

La concurrencia de circunstancias genéricas que modifican el marco penal abstracto no debe confundirse con un supuesto de concurso de leyes, en donde solamente un tipo penal resulta finalmente aplicable. En el concurso de circunstancias existe ya un tipo penal que suministra el marco penal abstracto que se concreta legalmente con las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas. El problema que se presenta en estos casos radica en la forma como se modifica el marco penal abstracto cuando concurren a la vez agravantes y/o atenuantes. A diferencia de la regulación española que contiene un conjunto de reglas que ofrecen al juez soluciones específicas para la medición de la pena, en el Código Penal Peruano no existen reglas al respecto, por lo que resulta necesario desarrollar ciertos criterios de proporcionalidad para salvar este vacío legal.

En nuestra opinión, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal debe resolverse conforme a las siguientes reglas. Cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes o concurren unas y otras, se mantiene el marco penal abstracto para la individualización judicial de la pena, teniendo en cuenta la gravedad del injusto culpable y compensando, en función de la gravedad, las circunstancias genéricas agravantes que sean compatibles, el marco penal máximo tendrá que incrementarse conforme lo disponga la mayor agravante, mientras que el marco penal mínimo deberá incrementarse a la mitad del marco penal abstracto original. En caso de concurrir dos o más atenuantes que sean compatibles el marco penal mínimo podrá reducirse prudencialmente por debajo del mínimo



legal, mientras que el marco penal máximo deberá reducirse a la mitad del marco penal abstracto original.

B. Las circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad.

Las circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad penal son las que se encuentran adscritas a determinados delitos de la parte especial del Código Penal y que establecen un marco penal abstracto tanto al previsto en el tipo básico o simple. Por ejemplo, el artículo 180 del CP establece diversas circunstancias específicas que agravan la pena legalmente prevista en el delito de hurto simple, como es el caso del hurto en casa habitada, durante la noche, mediante destreza con pluralidad de agentes entre otras circunstancias específicas modificativa de la responsabilidad, la determinación de la pena debe partir de la pena abstracta proyecta para la correspondiente circunstancia específica, desplazando el marco abstracto del delito básico o simple.

Al igual que en las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal genéricas, en las específicas es también aplicable el principio de la incomunicabilidad de las circunstancias o cualidades de carácter personal (artículo 26 CP). En consecuencia, si la agravante o atenuante específica está referida a un aspecto personal del autor, la modificación de la pena abstracta no repercutirá en los otros intervinientes a los que dicho aspecto no alcanza. Por ejemplo, la circunstancia agravatoria de tener la calidad de funcionario público en el delito de secuestro (artículo 142 inciso 3 del CP) no alcanzara a los intervinientes que no reúnen esa calidad personal especial. Por lo contrario, si la modificación de la responsabilidad penal se sustenta en un aspecto específico del hecho como por ejemplo el hurto agravado en casa habitada (artículo 186 inciso 1 del CP), esta circunstancia específica alcanzara a todos los intervinientes que la conocen como puede verse, la comunicación de una circunstancia material requiere que los intervinientes conozcan dicha circunstancia, de lo contrario habrá un error de tipo respecto de una circunstancia que agrave la pena (artículo 14 del CP).

En determinados delitos es usual la existencia de circunstancias específicas agravantes de diversos grados, tal como sucede en el hurto, el robo o el secuestro. Las menos graves son de primer grado, subiendo el grado de las siguientes

circunstancias específicas agravantes en función de su mayor gravedad. Puede ser que en el caso concreto concurren circunstancias de igual grado, por lo que debe precisarse como esta concurrencia se resuelve en la determinación de la pena. El Acuerdo Plenario N 1-2008 señala al respecto que el juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente, por lo que toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para configuración de la pena concreta. En este sentido, lo que habría que hacer es tomar una de las agravantes del mismo grado para fijar la pena abstracta y utilizar las otras para individualizar la pena concreta a imponer.

Si las circunstancias agravantes específicas que concurren son de distinto grado, el Acuerdo Plenario N 2-2010 establece que lo primero que debe hacerse es determinar si son compatibles entre si, es decir, que se traten de factores o indicadores diferentes. Por ejemplo, no son compatibles en el delito de robo agravado la agravante de tercer grado por la acusación de lesiones graves a la integridad física de la víctima (artículo 189, tercer párrafo del CP), no sabe una consideración conjunta de las agravantes son compatibles, entonces la pena se determinara recurriendo al marco penal abstracto de la agravante de mayor grado, teniéndose en consideración las otras agravantes en la determinación de la pena concreta.

C. Concurso de delitos.

El marco penal abstracto resulta afectado también en caso de concurso de delitos. En la medida que concurren dos o más delitos, concurren también dos o más marcos penales. La solución general asumida durante mucho tiempo por nuestro Código Penal, no permitía la acumulación de las penas o el aumento del marco penal abstracto, sino la absorción de las penas más leves por la pena más grave. En efecto, los artículos 48, 49 y 50 del CP establecían conjuntamente que, en caso de concurso ideal o real de delitos, así como de delito continuado, la pena aplicable sería la más grave. Solamente en el delito colectivo o masa la regla general de la absorción sufría una modificación, pues conforme a la redacción aun hoy vigente del artículo 49 del CP se dispone un aumento de la pena en un tercio respecto de la pena máxima prevista, lo que significa asumir un criterio de exasperación.



La situación descrita ha cambiado con la última modificación realizada a los artículos 48 y 50 del Código penal (ley 28726 del 09.05.2006), pues la regla general en el concurso de delitos ya no es la absorción de las penas más leves por el marco penal abstracto más grave. En el concurso ideal de delitos se asume el criterio de la asperación o exasperación (incremento de la pena más grave hasta en una cuarta parte con el límite 35 años), en el concurso real la acumulación de penas (sumatoria de las penas fijadas para cada delito hasta un máximo del doble de la pena más grave sin superar los 35 años), dejando solamente el delito continuado, el criterio de la exasperación para el delito masa y el concurso ideal de delitos, y el criterio de la acumulación para el concurso real de delitos.

Pese a que los concursos de delitos han asumido una variedad de criterios en la actual regulación, en todos los casos resulta aplicable el principio de combinación de los tipos penales, el cual se manifiesta de dos maneras, por un lado, el principio de combinación produce el llamado efecto oclusivo de la pena, según el cual el marco penal mínimo debe ser el más grave de los diversos delitos en concurso, aun cuando estos delitos hayan sido absorbidos o acumulados, por el otro, la combinación permite también que se pueda recurrir a las penas accesorias y medidas de seguridad establecidas en los tipos penales absorbidos o acumulados. La absorción o acumulación de los tipos penales no impide, además, que los delitos absorbidos o acumulados sean considerados en la individualización de la pena.

El panorama descrito hace que la concreción legal del marco de la pena en los concursos de delitos no sea uniforme. En el caso del delito continuado, el marco penal abstracto más grave es el que se tendrá en cuenta para determinar la pena, con el efecto oclusivo del marco penal mínimo más grave, en caso de haberlo, de los delitos absorbidos en la concreción legal del marco penal. Si se trata de un delito masa o de un concurso ideal de delitos, el marco penal abstracto del delito más grave aumenta en un tercio o en un cuarto respectivamente, sin que pueda superar el límite de los 35 años. Igualmente se tendrá que considerar el efecto oclusivo del marco penal mínimo más grave de los delitos desplazados en la concreción legal del marco penal. Así, por ejemplo, si hay un concurso ideal de los delitos de estafa (con un marco penal abstracto de 1 a 6 años y seis meses tomando como base el marco penal máximo más grave del delito de estafa, mientras que el marco penal mínimo quedar



en 2 años por el efecto oclusivo del marco penal mínimo más grave del delito de falsificación de documento privado.

Por el contrario, el principio de acumulación que rige el concurso real de delitos no genera una modificación legal del marco penal abstracto de cada delito. En efecto, conforme al Acuerdo Plenario N 04-2009 cada delito en situación de concurso real de delitos mantiene su pena básica (o marco penal abstracto), procediendo el juez a determinar, en un primer momento, la pena concreta de cada delito en situación de concurso. En una segunda etapa, se debe sumar las penas concretas de cada uno de los delitos, resultando así la pena concreta total del concurso real. Esta pena total tiene una doble limitación: no debe superar los 35 años o el doble de la pena concreta del delito más grave. Si uno de los delitos se sanciona con cadena perpetua, entonces solamente se aplicara esta pena. Este mismo procedimiento debe seguirse en el caso del concurso real de faltas. Pese a que el artículo 50^a del CP no contiene una regulación muy clara al respecto, el acuerdo plenario N 4-2009 ha establecido que, en el caso de concurso real de faltas, debe seguirse el mismo criterio de acumulación de penas concretas de cada falta en concurso.

La individualización judicial de la pena.

A partir del marco penal abstracto, modificado eventualmente por circunstancias genéricas que afectan la responsabilidad penal, el juez penal debe proceder a individualizar la pena por el delito o los delitos concretamente cometidos. Si bien la individualización de la pena no es un procedimiento judicial absolutamente discrecional que carezca de disposiciones legales regulativas, debe reconocerse que dicha regulación es sumamente genérica, lo que le otorga al magistrado amplios márgenes de decisión. Esta situación explicaría que en las sentencias condenatorias sea muy común la ausencia por completo de una labor de motivación de la individualización de la pena o se haga, en todo caso, simples referencias a las disposiciones legales sin mayor desarrollo en el caso concreto. Sin embargo, la existencia de escasos parámetros legales para orientar el procedimiento de individualización de la pena, de ninguna manera puede justificar el incumplimiento del deber de motivar este aspecto de la decisión judicial, pues la observancia de dicho deber es un aspecto esencial del derecho de todo justiciable a obtener una respuesta

razonada de los tribunales y, por lo demás, el que más intensamente afecta los derechos del reo.

La existencia de muy pocas disposiciones legales en la individualización de la pena, hace necesario establecer otros referentes jurídicos a los que el juez pueda acudir para orientar su decisión. Por lo general, los estudios de especialización proponen una remisión a los fines de la pena, sobre la base de la idea de que, de esta manera, se puede determinar si la pena concreta a imponer es teleológicamente legítima. Pero esta referencia a los fines de la pena tampoco resulta suficiente, ya que el nivel de abstracción de los criterios de legislación de la pena mantiene aún amplios márgenes de discrecionalidad que pueden devenir en un punto de discriminación y finalmente en una arbitrariedad judicial.

En la actualidad, las consideraciones procedentes dadas en la doctrina penal plantean un modelo de individualización de la pena que ponga la mirada en el delito concretamente cometido. Es así como ha dado lugar la llamada teoría de la pena proporcional al hecho cuyo punto de partida es que la individualización de la pena debe depender únicamente de la gravedad del hecho. Para determinar esta gravedad debe tenerse en cuenta la responsabilidad objetiva (el daño productivo), a la responsabilidad individual del autor. Pese a los cuestionamientos que pudieran hacerse a los específicos referentes utilizados para establecer la gravedad del hecho y la doctrina penal coincide en términos esenciales con esta orientación. Por nuestra parte estamos de acuerdo en la necesidad de que el sistema jurídico-penal esté completamente interrelacionado y por tanto que los criterios para la individualización de la pena correspondan con los elementos constitutivos del delito que determinan su gravedad. Pero esta relación de proporcionalidad entre hecho y pena debe determinarse con una perspectiva más general, tal como se ha hecho con el llamado test de proporcionalidad desarrollado en el ámbito constitucional.

A. La proporcionalidad como principio informador de la individualización de la pena.

La individualización judicial de la pena debe seguir los mismos criterios que informan la determinación legal de la pena. En este sentido este proceso encargado al juez debe orientarse por los principios de legalidad u de proporcionalidad. Sin embargo, debe señalarse que, por evidentes razones de operatividad, el principio de

legalidad no puede desplegar su mandato de determinación en la pena a imponer judicialmente, por lo que el principio de proporcionalidad asumirá el papel decisivo como criterio informador de la labor del juez penal al momento de determinar la pena exacta a imponer el autor de un delito. La observancia del principio de proporcionalidad se manifiesta, al igual que la determinación legal de la pena, en tres dimensiones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

a. El juicio de idoneidad: el principio de culpabilidad.

El juicio de idoneidad en la imposición judicial de la pena requiere precisar primeramente cual es la función que cumple la pena en este nivel del sistema penal. Para poder determinar esta función de la pena, debe tenerse en cuenta que el juez penal está ante un ciudadano que ha realizado responsablemente un hecho delictivo, encontrándose, por tanto, facultado para imponerle una sanción penal. Si bien la imposición de la pena debe confirmar la seriedad de la amenaza penal o la vigencia de la norma penal, el juez no actúa amparado por una función abstracta de prevención o reestabilización. En este nivel del sistema penal el principio de culpabilidad por el hecho adquiere un carácter esencial para el cumplimiento de la función asignada al sistema penal. En consecuencia, la labor judicial no puede hacerse al margen de la vigencia del principio de la culpabilidad por el hecho, tal como lo pone de manifiesto el propio Tribunal Constitucional al señalar que “donde no hay demostración de culpabilidad no puede tampoco y mucho menos, existir condena”.

De lo anterior se desprende que la imposición de una pena no puede sustentarse en elementos puramente preventivos o reestabilizadores, pues con ello se renunciaría finalmente al carácter sancionatorio del Derecho penal. El juez no puede actuar amparado simplemente en necesidades de prevención o reestabilización social. Para que la pena a imponer por el juez sea idónea, las necesidades del sistema social deben pasar necesariamente por el filtro de la culpabilidad del autor. Pero lo dicho no niega, y esto es importante resaltarlo, que la culpabilidad resulte permeable a las necesidades del sistema social (de prevención o de reestabilización). No obstante a efectos de determinar la culpabilidad no solo importa el aspecto social, sino también la individualidad de la persona, en el sentido de apreciar el delito como expresión de su libre determinación. El pretendido destierro de la base ontológica de la persona (libertad) en la culpabilidad jurídico-penal por su falta de demostración empírica,



conduciría con la misma lógica a la negación de la función preventiva o restabilizadora de la pena por la falta de demostración empírica de estos efectos. Si la culpabilidad penal se configura normativamente en atención a la función de prevención o reestabilización no vemos porque no puede también tener cabida, como elemento esencial de esta función social, la consideración de la persona como libre y el delito como expresión de su libertad de actuación.

Como corolario de las ideas expuestas en los párrafos precedentes una pena resultara desproporcionada en el plano judicial si el juez la impone sin observar la culpabilidad del autor por el hecho. Una sanción penal que se sustente únicamente en necesidades de prevención o reestabilización del sistema social, siguiendo la lógica del chivo expiatorio o de la cabeza de turco, no puede ser aceptada en un sistema penal de la culpabilidad. Para que la pena impuesta por el juez pueda cumplir su función preventiva o restabilizadora resulta necesario establecer la culpabilidad del autor en el hecho delictivo concreto. Una pena sin culpabilidad es desproporcional por su falta de idoneidad.

b. El juicio de necesidad: en especial, la alternatividad penal.

El juez penal, al imponer la sanción penal, debe tener en cuenta también la exigencia de recurrir, dentro de las sanciones penales de las que dispone legalmente, a aquella que resulte menos lesiva para el autor, siempre que se a idónea, es decir, que se corresponda con su culpabilidad. En este sentido, si el sistema penal le ofrece al juez otras posibilidades de reacción penal menos gravosas, deberá recurrir a ellas y no a las más restrictivas del derecho del condenado. De esta exigencia de necesidad de desprenden dos manifestaciones especialmente relevantes en la imposición judicial de la pena.

Por un lado, si el tipo penal contempla penas alternativas para el delito cometido, el juez deberá acudir a aquella que resulte menos restrictiva de sus derechos del reo. Por el contrario, el juez no podrá recurrir a ella, si la culpabilidad por el delito concretamente realizado sobrepasa la pena alternativa menos gravosa, pues esta última ya no será idónea. Por ejemplo, el delito de rehusamiento a dar información económica del artículo 242 del CP contempla una pena privativa de libertad no mayor de dos años o una pena de noventa a ciento ochenta días multa. Es evidente que, en términos de gravedad, es preferible la pena de multa a la pena



privativa de libertad, por lo que el juez, en atención al juicio de necesidad, deberá acudir preferentemente a la pena de multa. Una pena privativa de libertad solamente será aplicable si es que por la culpabilidad del autor por el hecho concreto, la pena de multa ya no resulte idónea.

En segundo lugar, el juicio de necesidad en la determinación de la pena permite prescindir de penas privativas de libertad cuando son cortas pues con ello se evita la desocialización del condenado que produce la ejecución de estas clases de pena. No hay duda que la pena privativa de libertad tiene un inevitable efecto desocializador por el solo hecho de importar el apartamiento del condenado de la sociedad, pero también es evidente que no puede dejar de ejecutarse, ya que cumple una necesaria función social de restabilización de lo cuestionado por el delito imputado culpablemente al condenado. Sin embargo, en los delitos de poca entidad es posible renunciar a hacer efectiva la pena privativa de libertad impuesta sin que exista un menoscabo a la función social de la pena, siempre que se recurra a un mecanismo alternativo que no erosione la identidad social garantizada por el Derecho penal, a esta tendencia se le ha venido a denominar como *alternatividad penal*.

El código penal peruano se ha alineado a la tendencia de la *alternatividad penal*, pues pone expresamente a disposición del juez penal un conjunto de medidas alternativas a la pena privativa de libertad o a la imposición de otras clases de penas. Como medidas alternativas cabe mencionar la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57 del CP), la reserva del fallo condenatorio (artículo 62 del CP) la sustitución de penas (artículo 32 del CP) y la conversión de penas (artículo 52 del CP), si el juez penal no recurre a estos mecanismos de *alternatividad penal*, pudiendo hacerlo, imponiéndole al sujeto culpable una pena privativa de libertad efectiva, esta sanción será desproporcionada por falta de necesidad. Queda claro que estos mecanismos funcionan especialmente para delitos sancionados con penas privativas de libertad no muy graves, pues la necesidad de prevención general o de reestabilización no precisa en estos casos de una pena efectiva.

b.1) La suspensión de la ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena se encuentra regulada en el artículo 57 del CP. Esta regulación sigue el modelo francés, en la medida que el proceso penal se realiza completamente y solo se suspende el proceso penal mismo. En este sentido,



los requisitos para suspensión de la ejecución de la pena se formulan en atención a una de una impuesta, cuya ejecución no se hace efectiva por decisión del propio juez penal que emite la condena. Por lo tanto, el juicio de necesidad no precede, en este caso, al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sino que la decisión de si una pena privativa debe ejecutarse o no, debe tomarse luego de haberse fijado cual es la pena proporcional en sentido estricto.

El artículo 57 del CP establece cuales son los requisitos a partir de los cuales el juez puede suspender la ejecución de la pena: a) Que la condena se refiere a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; b) Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito (prognosis social favorable); y c) que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. Durante mucho tiempo la práctica usual de los tribunales para decidir si se suspendía la ejecución de una pena privativa de libertad, se limitó a comprobar la existencia de los requisitos a) y c) presumiendo casi siempre una prognosis social favorable en el condenado. Sin embargo, la exigencia de mayor represión por razones de seguridad ciudadana ha llevado a que el propio poder judicial incorpore mecanismos para asegura una ponderación efectiva de la ausencia de peligrosidad criminal, lo que que puede apreciarse en la Resolución Administrativa N 321-2011-p-pj del 8 de septiembre de 2011.

Según la regulación pertinente el juez penal puede suspender la ejecución de la pena por un periodo de un a tres años, en el que la vigencia de la suspensión estará condicionada al cumplimiento de ciertas reglas de conducta establecidas en la sentencia condenatoria. El artículo 58 del CP establece las posibles reglas de conducta “1. Prohibición de frecuentar determinados lugares; 2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez; 3. Comparecer personal y obligatoriamente al juzgado para informar y justificar sus actividades; 4. Reparar los daños ocasionados por el delito. Salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo; 5. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; y 6). Los demás deberes que el juez estime convenientes a la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la dignidad del condenado”. Si bien la redacción del artículo acabado de citar establece el imperativo “impondrá”, queda claro que el juez no tiene que imponer todas estas reglas de conducta al condenado al momento de suspenderle la ejecución de la pena.



Se trata, más bien, de un catálogo de posibles reglas de conducta a las que el juez conforme a las particularidades de cada caso puede recurrir. En la doctrina se han distinguido dentro de las reglas de conducta las obligaciones de las instrucciones. Las primeras son cargas que se imponen para reparar el ilícito cometido, mientras que las segundas son reglas de conducta que pretenden ayudar y controlar la reinserción social del condenado.

En cuanto a las reglas no conducta, una de las cuestiones más debatida es, sin duda, es el juez puede poner como regla de conducta el pago de la reparación civil. El tenor de la ley lo permite, pues el artículo 58 inciso 4 admite la imposición de la regla de reparar los daños ocasionados por el delito, lo que evidentemente incluye el pago de la reparación civil. En esta línea de pensamiento, cabe señalar que el pleno jurisdiccional penal de 1997. En el acuerdo plenario N 1/97, acordó como primera decisión que el pago de la reparación civil es susceptible de ser impuesto como regla de conducta en un régimen de suspensión de la ejecución de la pena. Sin embargo, preciso en la segunda decisión que en el caso de procesados insolventes el juez debe omitir la inclusión de la reparación civil como regla de conducta. Adicionalmente, se estableció como cuarto acuerdo que es conveniente fijar un plazo prudencial para el cumplimiento del pago de la reparación civil impuesto como regla de conducta en el régimen de suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado comete un nuevo delito doloso e infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta, la condena se considera no pronunciada. Por el contrario el artículo 59 del CP señala que si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conductas impuestas, el juez podrá, según los casos: 1. Amonestar al infractor. 2. Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado o sin excederse en ningún caso los tres años; 3. Revocar la suspensión de la ejecución de la pena. En este punto, se discute la cuestión de si el juez puede directamente revocar la suspensión de la pena, o si debe primero amonestar y luego prorrogar. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha precisado que dicha norma no obliga al juez a aplicar tales alternativas en forma sucesiva, sino que, ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, la suspensión de la ejecución de la pena puede ser revocada sin necesidad de que previamente sean aplicadas las dos primeras alternativas. En consecuencia, no se le exige al juez que



progresivamente vaya imponiendo las distintas medidas frente al incumplimiento de las reglas de conducta, lo que evidentemente no excluye un control de proporcionalidad entre el incumplimiento y la sanción. Sin embargo, el tenor de la Resolución Administrativa N 321-2011-P-PJ parece llevar a un interpretación distinta, pues indica que el juez deberá aplicar, de manera correlativa, lo dispuesto en el artículo 59 del CP.

Como se vio el pago de la reparación civil puede ser considerado como una regla de conducta, lo que suscita aquí la cuestión de si puede revocarse una suspensión de la ejecución de la pena por el incumplimiento de la regla de conducta del pago de la reparación del daño. Para responder a este interrogante, cabe acudir nuevamente al pleno Jurisdiccional Penal de 1997, en el cual se acordó, como tercer acuerdo del Acuerdo Plenario N 1/97 que el incumplimiento del pago de la reparación civil impuesta, si ha sido incluido entre las reglas de conducta impuestas al condenado, puede provocar la revocatoria de la suspensión, salvo que el condenado sea insolvente o no este en capacidad económica de hacer frente a su obligación. Esta interpretación ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en diversas decisiones, en las que se dice textualmente que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivada en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, se constituye en una condición para la ejecución de la pena, (...). Conforme a lo expuesto, la revocatoria de la suspensión de la pena por falta de pago de regla de conducta, consistente en reparar el daño causado, no vulnera la interdicción de la prisión por deudas.

El artículo 60 del CP establece un caso de revocación que ya no es, como las anteriores, facultativa, sino obligatoria. La suspensión será revocada si dentro del plazo de prueba el agente es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea superior a tres años. En este caso, se ejecutara la pena suspendida condicionalmente y la que corresponda por el segundo hecho punible. A diferencia de los casos anteriores, la legislación penal le impone al juez el deber de revocar en el caso de la comisión de un nuevo delito, sin que sea posible una decisión judicial distinta. Si bien el artículo 60 CP no establece la posibilidad de revocación si es que el nuevo delito se castiga con una pena privativa de libertad de



hasta tres años o con otra clases de pena, esta situación no impide que el juez revoque la suspensión de la pena por haberse contravenido una regla de conducta impuesta.

Si se revoca la suspensión de la ejecución de la pena por cualquier de los motivos antes indicados, surge la interrogante de si debe tenerse en cuenta el tiempo de cumplimiento de las reglas de conducta o si debe el condenado cumplir íntegramente la pena que fue suspendida. En principio, no hay disposición legal que respalde alguna forma de computar el tiempo de cumplimiento de las reglas de conducta como parte de la pena que se hace efectiva a causa de la revocación. Sin embargo, las reglas de conducta implican, en cierta forma, una limitación a la libertad del condenado y, en este sentido, esta situación debería considerarse por razones de proporcionalidad al momento de revocar la suspensión de la pena ordenar el cumplimiento de la pena. En todo caso, parece que esta decisión que contaría con un respaldo material requiere de una disposición legal que autorice al juez a llevar a cabo el descuento, así como ofrecer criterios claros para hacerlo.

b.2) La reserva del fallo condenatorio.

El artículo 62 del CP regula la facultad otorgada al juez de disponer la reserva del fallo condenatorio al expedir una sentencia condenatoria conforme al tenor del artículo 63 del CP, el juez declara la responsabilidad penal del procesado, pero se abstiene de dictar la parte resolutive sin perjuicio de fijar la reparación civil correspondiente. La doctrina penal ha discutido si la reserva del fallo implica que no exista pronunciamiento alguno sobre la pena que le corresponde al procesado por el delito juzgado o si dicha pena debe ser necesariamente determinada, aunque su imposición se reserve por determinado periodo bajo la observancia de ciertas reglas de conducta, luego del cual el juzgamiento se tendrá como no efectuado.

La reserva del fallo condenatorio debe ajustar a ciertos estándares de gravedad a saber que este sancionado con una pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa, que la pena a imponerse no supere los noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. O los dos años de inhabilitación. La sentencia vinculante R.N. 3332 JUNIN DEL 27 DE MAYO DE 2005 precisa además que esta medida resulta también aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecuen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados.



Especial discusión ha suscitado la cuestión de si la entidad de la pena que autoriza la reserva del fallo condenatorio se corresponde a la pena abstracta o a la concerté. El punto de partida para dar una respuesta satisfactoria es entender que este mecanismo de la alternatividad penal solamente puede ser utilizado para delitos de poca gravedad pues la renuncia a la aplicación de la pena no debe erosionar de manera relevante la confianza en el sistema penal.

Por lo contrario, si la pena legalmente prevista es de otra clase, entonces el criterio a tomar en consideración podrá ser la pena concreta, pues abstractamente estos delitos son siempre de poca gravedad.

Sobre la base de las ideas expuestas en el párrafo precedente, se puede sostener válidamente que la reserva del fallo condenatorio procede, en el caso de delitos sancionados con pena privativa de libertad, cuando la pena legalmente prevista no supere los tres años (marco penal abstracto). Si se trata de delitos sancionados con pena de multa siempre será posible la reserva del fallo.

El periodo de prueba de la reserva del fallo condenatorio puede tener una duración de uno a tres años, contado desde la fecha que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada. Conforme el artículo 64 del CP, durante este periodo el juez puede imponer al sujeto penalmente responsable las siguientes reglas de conducta: 1. Prohibición de frecuentar determinados lugares; 2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización; 3. Comparecer mensualmente al juzgado personal y obligatoriamente; 4. Reparar los daños ocasionados por el delito salvo que demuestre que esta imposibilitado de hacerlo; 5. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptible de facilitar realizar el otro delito y 6. Las demás reglas de conducta que el juez estime convenientes para la rehabilitación.

b.3) La sustitución de penas

La sustitución de penas tal como lo dispone el artículo 32 del CP, la sustitución de la pena se hace a criterio del juez, lo que supone un amplio margen de discrecionalidad. Los únicos aspectos legalmente fijados son que la pena privativa de libertad no supere los cuatro años y que la sustitución se haga conforme a las equivalencias legalmente establecidas. En cuanto a que la pena a sustituir no supere los cuatro años de pena privativa de libertad, queda claro que se refiere a la pena

concreta. A diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena, en la sustitución de pena no se suspende la pena privativa de libertad y se imponen unas reglas de conducta a observar durante cierto periodo de prueba, sino que dicha pena se sustituye por otra que el condenado debe cumplir.

b.4) La conversión de penas.

La conversión de penas permite reemplazar la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por una pena de otra clase. A diferencia de la culpabilidad no queda solamente en el hecho de ser fundamento de la pena, pues desde ACHENBACH se ha distinguido con claridad de culpabilidad. En el Derecho penal alemán se acoge expresamente la culpabilidad como el criterio especial de la medición de la pena, sustentando la doctrina la incorporación de esta disposición en el hecho de que el derecho penal es un derecho penal de la culpabilidad por la realización de una conducta determinada. En consecuencia, la culpabilidad se convierte en el referente para individualizar la pena que el juez debe imponer el autor de un delito.

Aceptada la culpabilidad como criterio de medición de la pena, surge evidentemente la siguiente pregunta: ¿en qué consiste la culpabilidad que constituye criterio de individualización de la pena? La culpabilidad que constituye criterio de individualización de la pena? La culpabilidad, como criterio de medición de la pena, no debe identificarse con la categoría del delito que fundamenta la pena, si no que está referida a la responsabilidad del autor por la gravedad socialmente determinada del hecho cometido esto es por el injusto culpable. Se trata por tanto de considerar todos los aspectos del delito que inciden en su gravedad y que permiten al juez determinar la pena concreta que dentro del marco penal abstracto, le corresponde al responsable por el hecho delictivo concretamente cometido es evidente que, pese a la importancia permanente de diversos aspectos característicos del delito, la gravedad de un hecho tiene un claro condicionamiento cultural, por lo que el juicio de gravedad no tiene que ser siempre el mismo.

En la doctrina penal se han desarrollado diversas teorías para determinar como el criterio de culpabilidad debe implicarse en la individualización de la pena. En primer lugar, se encuentra la teoría de la pena exacta o puntual, según la cual el juez debe hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto.



Frente a la teoría de la pena puntual, se presenta la teoría de la prohibición del sobrepasar la culpabilidad. Conforme a esta teoría, la valoración de la culpabilidad ofrece solo un límite por debajo que restrinja el marco penal. A esta teoría se le ha reprochado, si se le sigue rigurosamente, poder llevar a una disminución tan grande del marco penal que finalmente la pena no se corresponda con la culpabilidad del autor.

Las críticas a ambos planteamientos extremos de las teorías sobre el criterio de la culpabilidad para la individualización de la pena han llevado a que se asuma posturas, más bien, atemperadas. Muy cercana a la teoría de la pena puntual, pero intentando generar un espacio de juego, aunque sea limitado, se encuentra la teoría del núcleo de la culpabilidad. Esta teoría acepta que la pena no es puntual, pero si genera un núcleo de culpabilidad por encima y por debajo del cual la pena no puede llegar. En la doctrina penal, esta teoría ha sido la que ha recibido mayor reconocimiento, aunque también ha sido objeto de críticas en el sentido de no poder determinar únicamente el marco de la culpabilidad. Nuestra legislación positiva no ha asumido expresamente ninguna de estas teorías, pero el tenor del artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal resulta altamente compatible con la teoría del marco de la culpabilidad en tanto establece el límite de la proporcionalidad solamente hacia arriba.

Por nuestra parte, no compartimos la idea de que la culpabilidad es solamente un marco dentro del cual se va determinando la pena concreta con base en finalidades de prevención general y/o especial. Esta comprensión de la individualización de la pena tira por la borda una de las funciones más importantes de la dogmática penal, esto es, dar seguridad jurídica, pues le deja al juez amplios márgenes de discrecionalidad sin establecer mayores referentes estables. Por esta razón, resulta plenamente asumible la actual orientación que está tomando la individualización de pena, en el sentido de que la pena concreta sea proporcional al hecho.

La pena proporcional al hecho debe determinarse judicialmente y teniendo en cuenta la dimensión social y las diversas perspectivas que confluyen en la realización de delito concretamente juzgado.

B. Los criterios específicos de la individualización de la pena.

Los artículos 45 y 46 del CP ofrecen al juez penal un conjunto de criterios específicos que debe considerar en su labro de individualización de la pena, se trata en consecuencia, de aspectos que se derivan de la culpabilidad como criterio de medición. No resulta fácil extraer del tenor de la ley una lógica de estructuración de los diversos criterios específicos de la individualización de la pena, por lo que resulta de suma utilidad las propuestas de sistematización ofrecidas por la doctrina penal.

Tradicionalmente, los criterios específicos de la individualización de la pena se han sistematizado en función de si están referidos al injusto culpable o a las necesidades de prevención o reestabilización. Sin embargo, antes de entrar en el análisis de cada uno de estos criterios específicos de individualización de la pena, resulta necesario remarcar tres cuestiones generales de necesaria respuesta: el sistema abierto de determinación, la dirección de la valoración y la prohibición de doble valoración.

- El sistema abierto de determinación: como se ha dicho, los artículos 45 y 46 del CP hacen mención a diversos criterios específicos que el juez debe tener en consideración al momento de individualizar la pena y que es un sistema abierto. Por lo tanto si bien los criterios específicos legalmente mencionados deben ser específicos legalmente mencionados deben ser especialmente considerados por el juez, estos no son exclusivos. En consecuencia, el juez podrá tener en cuenta otros aspectos derivados del injusto culpable.
- La dirección de la valoración: en cuanto a la dirección de la valoración debe señalarse que los criterios específicos de individualización de la pena no están definidos en la ley como agravatorios o atenuatorios de la pena, por lo que el juez penal deberá decidir si en el caso concreto le da a una circunstancia específica un peso agravatorio o atenuatorio.
- La prohibición de doble valoración: esta prohibición exige que todas aquellas circunstancias que fundamentan el injusto culpable no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para el delito concreto. La prohibición de doble valoración de las circunstancias ha sido remarcada por el acuerdo plenario N 08-2008 de manera general. Sin embargo, el juez podrá valorar excepcionalmente una circunstancia considerada al establecer la pena abstracta si es que se trata de fijar su gravedad frente a otras circunstancias igualmente recogidas en el tipo penal.

a. Los criterios referidos al injusto objetivo.

Dentro del injusto objetivo se encuentran los aspectos referidos al desvalor de la acción y al desvalor del resultado. En cuanto al primero, se destaca especialmente la naturaleza de la acción que se determina en función de la mayor o menor potencialidad lesiva de la modalidad de acción realizada. No es lo mismo lesionar a una persona con un puñete en la cara que hacerlo lanzándolo por una ventana. Mayor y menor lesividad intensiva o extensiva.

Respecto del desvalor del resultado se menciona expresamente como criterio de medición la extensión del daño o peligro causados por la conducta del autor inc. 4. Así por ejemplo no es lo mismo difamar a una persona a través de un periódico local que hacerlo con un canal de televisión de alcance nacional. En la determinación de la extensión del daño, deben evaluarse no solo los intereses de la víctima, sino también los su familia o de las personas que de ella dependen, tal como dispone el artículo 45 inciso 3 CP.

b. Los criterios referidos al injusto subjetivo.

La parte subjetiva del hecho es tenida también en consideración al contemplar como criterio específico el móvil o los fines del autor. Dentro de este criterio específico de la individualización de la pena cuentan, por ejemplo, la necesidad, el honor o el afán de lucro con el que actuó el autor. Si bien el artículo 46 del cp. Tiene en consideración específicamente elementos subjetivos especiales, también es posible aunque no lo haya señalado expresamente el legislado penal.

c. Los criterios referidos a la culpabilidad.

Desde el punto de vista de la culpabilidad deben evaluarse en la medición de la pena la mayor infidelidad al derecho que expresa el autor con su comportamiento. (Cavero, 2012)

2.3.3. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA.

El código penal regula a partir de su artículo 78 varios supuestos en los que no procede procesar penalmente a una persona o ejecutar la sanción penal impuesta. A

los primero se les conoce como causas de extinción de la acción penal, mientras que a los segundo se les conoce como causas de extinción de la pena. Hay que señalar, sin embargo, que aquellas causas de extinción de la acción penal que se sustentan en la falta de necesidad de imponer una pena, se expresan materialmente como causas de exclusión de la punibilidad, tal como sucede. Por ejemplo con la prescripción.

1.- LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

Proceso penal son la muerte del imputado, la prescripción la amnistía, el derecho de gracias, la cosa juzgada y, en el caso de los delitos de acción privado, el desistimiento y la transacción.

A. La muerte del imputado.

La muerte del imputado como causa de extinción de la acción penal implica necesariamente la existencia de un proceso penal iniciado, en la medida que solamente cabe hablar de un imputado una vez abierto un proceso penal. Por ello, hay que entender que la muerte del imputado extingue, en sentido estricto, la persecución de la acción penal instaurada a la persona cuando se encontraba viva.

B. La prescripción de delito.

a.- Fundamento y naturaleza.

La prescripción de la acción penal es una causa de extinción de la acción penal que se fundamenta en la falta de necesidad de pena por la antigüedad del delito u es que el transcurso del tiempo ofrece dificultades probatorias que aumenta el riesgo de un error judicial. Sin embargo la alegación de la prescripción de la pena en el proceso penal no admite la posibilidad de seguir estos caminos procesales sino, más bien, el de una excepción propia en el que se conjugan aspectos tanto materiales como procesales. La institución de la prescripción se muestra como un ejemplo para cuestionar la pretensión en derecho penal y procesal penal.

b.- El plazo de prescripción.

Conforme el artículo 80 del CP la prescripción de la acción penal se produce en un tiempo igual al máximo de la pena fijado por ley para el delito, si se trata de una pena privativa de libertad temporal. Este plazo tiene, sin embargo un límite de veinte años por lo que los delitos que contemplan una pena privativa de libertad



máxima superior de los veinte años mantendrán como plazo de prescripción de veinte años.

La regla general que establece que el plazo de prescripción de la acción penal es igual al marco penal máximo de la pena abstracta prevista en el tipo penal correspondiente contiene, sin embargo, ciertas excepciones como es el caso de los delitos cometido por funcionarios públicos contra el patrimonio del estado, en los que se duplica al plazo de prescripción en el artículo 80 del CP. A estas excepciones legalmente establecidas hay que agregar aquellas que ha incorporado jurisprudencialmente el tribunal constitucional, al establecer que conforme a los tratados internacionales a los que la pena se ha adherido, los llamados delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.

En cuanto a la determinación y computo del plazo de prescripción, hay que tener presente que no es común a todos los intervinientes, si bien se desprende del artículo 82 del CP que el inicio de la prescripción es común a todos los intervinientes en el delito, el artículo 88 del CP. Dispone que el plazo de prescripción corre, se suspende o se interrumpe de manera separada para cada uno de los partícipes en el delito- hay que entender el termino partícipes en sentido amplio lo que incluye a los autores en el ámbito de aplicación de esta disposición legal.

C. El plazo ordinario y extraordinario de prescripción.

Conforme al acuerdo plenario 09-2007 distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80 regulo lo concerniente al plazo ordinario y en el artículo 83 in fine hace referencia al plazo extraordinario.

Con relación al plazo extraordinario, la disposición jurídica antes mencionada precisa que este se vence cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo máximo de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal es de veinte años el acuerdo plenario 09-2007 señala que tales limites solo operan en relación con el plazo ordinario de prescripción no afectando en nada las reglas que regulan el computo del plazo extraordinario de prescripción.

D. La amnistía.

El artículo 102 inciso 6 de la constitución política establece que una de las atribuciones del congreso de la república es dictar leyes de amnistía.

La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto de este delito. El sentido de este mecanismo de extinción de la acción penal es superar determinados momentos de crisis social por ejemplo o generar las condiciones para que rijan adecuadamente una ley penal (por ejemplo, dar una amnistía para entregar o regularizar en un determinado plazo de tenencia de armas por ello no cualquier ley que disponga una amnistía resulta legítima.

El tribunal constitucional ha establecido que las leyes de amnistía deben ser sometidas a un juicio de legitimidad constitucional para determinar si han respetado los límites formales y materias de esta causa de extinción de la acción penal.

E. El derecho de gracia.

El artículo 118 inciso 21 de la constitución política vigente reconoce la potestad presidencial de ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más si ampliatoria al igual que la amnistía el tribunal constitucional ha señalado que la gracia presidencial está sujeta también a límites formales y materiales. En cuanto a los primeros, se deben seguir los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118 inciso 21 de la constitución a saber 1.- que se trate de procesados no de condenados 2.- que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más ampliatorio. 3.- aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de referido ministerial.

F. La cosa juzgada.

La llamada cosa juzgada constituye un efecto procesal de la resolución judicial firme que impide que lo que ya se ha resuelto sea nuevamente revisado en el mismo proceso o en todo proceso. Este instituto procesal se encuentra reconocido en el artículo 139 inciso 13 de la constitución política del Perú, en donde se establece la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, así como en el artículo 90 CP que dispone que nadie puede ser perseguido por segunda vez razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente. Mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

El fundamento de la cosa juzgada en materia penal se encuentra esencialmente en la seguridad jurídica que se le otorga al ciudadano de que no sufrirá una nueva inherencia estatal por el mismo hecho que fue objeto ya de una decisión judicial. De esta forma el ciudadano resulta protegido frente a la arbitrariedad o ligereza está en el ejercicio del ius puniendi.

G. El desistimiento y la transacción en los delitos de acción privada.

En el caso de delitos que se persiguen por acción privada o querrela como los delitos contra el honor, la acción penal se extingue si es que el sujeto pasivo del delito se desiste del ejercicio de la acción penal o traza con el autor del delito mediante un acuerdo conciliatorio art. 78 inc. 3 del CP. En la medida que el delito ha afectado interés de carácter estrictamente personal, se le da la posibilidad a la víctima de poder decidir sobre la prosecución del proceso penal. El art. 464 del CPP regula expresamente el desistimiento y la transacción en los procesos especiales por delito de ejercicio privado de la acción penal, precisando que si el querellante se desiste de la querrela no podrá intentarla de nuevo. (Cavero, 2012)

2.- LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENA.

Las causas de extinción de la pena se presentan en los casos en los que existe una sanción penal impuesta cuyo cumplimiento se extingue por ciertas circunstancias especiales. Estas causas se mencionan expresamente en el artículo 85 CP. De las que nos ocuparemos individualmente en el que sigue.

A.- la muerte del condenado.

Como causa de extinción de la acción penal se mencionó la muerte del imputado. Pero si la muerte del autor del delito se produce cuando este está cumpliendo la condena impuesta al condenado, la acción penal no se extingue sino la ejecución de la pena. Por esta razón el artículo 85 CP contempla la muerte del condenado como causa de extinción de la pena.

B.- La prescripción de la pena.

La pena impuesta al autor por resolución firme prescribe si no se cumple en el tiempo que fija la ley para la prescripción de la acción penal, es decir, el máximo de la pena prevista para el delito del que se trate. El fundamento de la figura de la



prescripción de la pena reside en que el retardo en el cumplimiento de la pena impuesta repercute en la función asignada a la pena por lo que la demora en su ejecución hace que se pierda la necesidad punitiva que motivo su imposición judicial. El plazo de prescripción se cuenta desde el día en el que la sentencia condenatoria quedo firme.

C.- El cumplimiento de la pena.

Se trata de la forma regular de extinguí la pena. Así como el pago extingue la obligación civil, el cumplimiento de la pena produce el mismo efecto respecto de esta. El cumplimiento de la pena no se alcanza con la obtención de la libertad condicional, pues mientras se mantenga dicho beneficio la pena no se habrá cumplido. Del mismo modo, la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio solamente alcanzaran la extinción de la pena cuando se haya cumplido el periodo de prueba sin una revocación o ampliación.

El artículo 69 del CP establece que cuando el condenado cumple la pena impuesta o esta se extingue de algún otro modo, queda rehabilitado sin más trámite. Los efectos de la rehabilitación son dos: por un lado, restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringido por la sentencia lo que no comprende la reposición de los cargos comisiones o empleo de los que fue privado con la sentencia.

D.- La amnistía y el indulto.

De la amnistía ya nos ocupamos como causa de extinción de la acción penal. La única particularidad que tiene como causa de extinción de la pena es que la ley entra en vigencia cuando el autor del delito amnistiado se encuentra ya condenado. En este sentido, no procede la extinción de la acción penal, sino de la pena.

El indulto, por el contrato, es únicamente una causa de extinción de la pena, en el medida que suprime la pena impuesta es decir que debe haber una condena. Se y trata de un prerrogativa del presidente de la republica prevista en el artículo 118 inciso 21 de la constitución política que debe ejercerse con respeto a la distribución de poderes.

El tribunal constitucional reconoce que el indulto es una facultad presidencial que esta revestida del máximo grado de discrecionalidad, aunque esto no significa que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional en la más absoluta arbitrariedad. En consecuencia el presidente de la república puede ejercer libremente la facultad de otorgar un indulto a un condenado siempre que se explicita una motivación razonable u no se afecten los valores fundamentales previstos en la constitución. En este sentido el indulto requiere observar ciertas condiciones de forma (motivación, pues discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad) y de fondo desvirtuar valores constitucionales).

E.- La exención de pena.

La exención de pena se encuentra regulado en el artículo 68 del CP. En donde se le otorga al juez la facultad de eximir de pena cuando la responsabilidad del agente fuese mínima en un delito previsto en la ley con derechos o con multa. Dado que se trata de una facultad otorgada al juez alguno califican a la exención de pena como un perdón judicial.

Algunos autores consideran que la exención de pena es un mecanismo que sirve para excluir los casos en los que no hay merecimiento de pena por el insignificante grado de injusto y culpabilidad. Esta opinión no parece conveniente, pues si una conducta no reúne la suficiente entidad para constituir un delito, entonces no habrá que dispensarla de pena, sino que desde un principio se carece la legitimidad para imponerla. Por el contrario, mayor plausibilidad tiene el parecer que sostiene que la exención de pena se corresponde con criterios de oportunidad, en la medida que resulta innecesaria la imposición de la pena en atención a la nimiedad del delito y la composición del conflicto. Desde estas consideraciones la exención de pena procede en aquellos casos en los que se produce una composición del conflicto que permite dejar imponer la pena por su poca gravedad. Podría alegarse que, de la existencia de los criterios de oportunidad en la normativa procesal penal, cabría solucionar estos casos durante el proceso sin esperar a la sentencia, lo que haría innecesaria la exención de pena. Sin embargo puede ser que la composición no se haya conseguido en un primer momento o que existan ciertas limitaciones legales que no permiten su viabilidad a través del principio de oportunidad procesal.

La levedad del delito para que proceda la exención de pena debe constatar en un plano abstracto y concreto. En el plano abstracto, el delito debe estar conminado con una pena privativa de libertad que no supere los dos años, con una pena de multa o limitativa de derecho. En el caso concreto, la responsabilidad penal debe ser mínima, lo que significa que el contenido del injusto concretamente cometido o la culpabilidad del autor por este injusto deben estar sustancialmente disminuidos.

F.- El perdón del ofendido en los delitos de acción privada.

El afectado por un delito tiene posibilidad de perdonar la realización del delito con efectos en la persuasión penal cuando se trate de delitos perseguibles por acción privada. Se trata de casos en los que ha tenido lugar una condena contra el autor del delito, pro el afectado procede a perdonarle por el delito. Anteriormente el perdón del ofendido tuvo incidencia también en ciertos delitos contra indemnidad y libertad sexuales, pero en la actualidad se ha excluido esta causa de extinción de la pena en dicho ámbito para evitar su uso indebido. (Cavero, 2012)

2.4. LA CADENA PERPETUA

2.4.1. DEFINICION DE LA CADENA PERPETUA

La cadena perpetua podemos definir como una pena privativa de libertad, intemporal, indeterminada, rígida, tasada, que en el fondo importa la neutralización del sentenciado, como ser humano al encerrarlo de por vida en un establecimiento penal de régimen cerrado, con un propósito inocuizador de la pena, en contradicción con postulados constitucionales de reinserción social, resocialización y principios universales de derechos humanos.

2.4.2. CARACTERISTICAS

De la definición de la pena cadena perpetua se derivan las siguientes características:

- Es una pena privativa de libertad, se equipara con la prisión, reclusión perpetuas o “de por vida”.



- Es una pena intemporal, ilimitada, culmina con la muerte del sentenciado en un establecimiento penal.
- Es una pena eliminatoria, inocuidadora. No sólo priva de la libertad al individuo sino además impide el ejercicio de sus derechos como persona humana.
- Es una pena desocializante porque aparta totalmente al sentenciado de la sociedad con el riesgo de priorización.
- Es una pena tasada, no admite criterios de graduación de la pena, no es posible la determinación judicial graduada de la pena, porque es para toda la vida.
- Es una pena de exclusión. “la pena de cadena perpetua es una pena que excluye al ciudadano, al reo de la sociedad, no solamente marginándolo, sino sepultándolo en una cárcel, privando al ser humano de cualquier posibilidad, al menos desde el punto de vista conceptual de recuperar la libertad”.
- Es una pena indeterminada desde la fase legislativa de la pena. VICTOR PRADO SALDARRIAGA puntualiza su carácter indeterminado al señalar que “es una pena que no tiene un límite de duración final y que por consiguiente se aparta de lo que corresponde al tratamiento actual de la pena privativa de libertad”.
- Es una pena indivisible
- Es una pena estigmatizante. CURY URZUA al respecto sostiene que: “marcar a un sujeto como criminal es hacerlo efectivamente tal, renunciar a toda expectativa de resocializarlo y transformarlo, por consiguiente es un peligro crónico para la convivencia pacífica”, característica que rodea a la cadena perpetua.

2.4.3. NATURALEZA JURIDICA DE LA CADENA PERPETUA

Para un sector importante de la doctrina penal la naturaleza jurídica de la cadena perpetua, es la de ser una pena privativa de libertad, aunque existen posturas discrepantes que la diferencian de esta pena y la acercan a la pena de muerte o una pena meramente eliminatoria. La pena de cadena perpetua, si bien es cierto, priva al reo de un derecho fundamental como la libertad, en esencia no es sólo y puramente UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD porque, además afecta a otros derechos del condenado que tienen que ver con la vida misma del individuo y su naturaleza de ser gregario, negándole toda posibilidad de contacto con la sociedad “de por vida”.



Existen justificadas razones para clasificarla como una pena eliminatoria, de encierro, incluso equipararla con la pena de muerte.

La cadena perpetua encierra una naturaleza jurídica *sui generis* constituyendo una pena privativa de libertad, porque se cumple en un centro de reclusión penal, muchas veces en condiciones drásticas e inhumanas; al mismo tiempo, es eliminatoria porque encierra de por vida al sentenciado; por ende muy bien se le equipara con la propia pena de muerte, no sólo representa una muerte física a través del tiempo, sino una muerte psicológica, para el propio individuo, como para su familia y la sociedad, finalmente es una muerte civil porque anula al ciudadano por completo. (Angel Nieves, Febrero, 2008)

2.4.4 LA CADENA PERPETUA EN LA HISTORIA

LA PENA A TRAVES DE LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD

La pena se ha manifestado en diferentes formas a través de su recorrido por la historia de la humanidad, en sus diferentes estadios.

Período primitivo

“Las manifestaciones punitivas antiguas se vincularon al pensamiento mágico y religioso y el castigo además de cruel era primaria expresión, de venganza y de temores ignotos“.

Una de estas expresiones basadas en creencias religiosas y mágicas es el TABU término de origen polisémico que significa “lo prohibido” “impuro” “...se trata de una serie de limitaciones a las que se someten los pueblos primitivos ignorando sus razones y sin preocuparse siquiera de investigarlas pero; considerándolos como cosa natural y perfectamente convencidos de que su violación les atraerá los peores castigos...”

El castigo para quien violare el tabú reviste carácter colectivo, aplicándose no sólo al culpable sino también sobre los demás integrantes de la tribu.

En el período primitivo se instala la venganza privada. El hombre primitivo consideró que su hábitat, su territorio era inviolable, quien atentara con el territorio debía ser castigado drásticamente.



En efecto como sostienen autores como BAR, KOHLET y TISSOT “la pena comenzó siendo venganza privada, que incluía también a la familia del ofensor”

“El hombre primitivo vivía y actuaba en función de impulsos incontrolados, de necesidades inmediatas... la vida humana carecía de sentido autónomo. Sólo tenía el valor secundario que asignaba la caprichosa y complicada construcción de una cultura incipiente, fuertemente impregnada de superstición. Y, como consecuencia, la pena de muerte tenía en ella un significado trascendente: un marcado carácter mágico, religioso.

Cuando los pueblos se sedentarizan;... la pena de muerte adquiere,... un señalado carácter retributivo. La venganza privada que es su medio más generalizado de ejecución, se orienta ahora sobre la idea restrictiva de que el castigo por la ilicitud debe equivaler al daño causado por el ofensor. Tal es el sentido de la vieja prescripción mosaica: “ojo por ojo diente por diente”, conocida como la Ley de Talión. En efecto, constituye una primera limitación frente al exceso de la venganza privada. Al consolidarse el gobierno patriarcal (aproximadamente 3500 años A.C.) aparecen las primeras manifestaciones del Estado como fuente de poder y de coerción. Esta transformación influye sobre la noción de la pena que pierde el carácter mágico, religioso, al existir una autoridad humana que sancionaba en representación de la colectividad, por tanto, la pena “recién aparecerá... cuando la venganza tiene carácter público, es decir, cuando resulta impuesta por la autoridad, jefe de la tribu, del clan o de su familia”

La pena en épocas primitivas fueron “penas bárbaras, como las marcas realizadas con hierros candentes en el cuerpo de los delincuentes,... la mutilación de los miembros, la introducción en canastas cerradas en compañía de animales diversos, la horca, la sepultura bajo tierra del delincuente vivo, etcétera”, paralelamente con las penas corporales mutilantes, existían otras como “las patrimoniales y aún más como la expulsión, destierro, etcétera” (Castillo Alva, 2002)

LA PENA EN LA EDAD ANTIGUA

En el antiguo oriente En el antiguo oriente “..., el delito es una ofensa inferida a la divinidad y la pena la inmolación del delincuente a la divinidad ofendida para aplacar su enojo. La única excepción a este sentido religioso la encontramos... en el



Código del Rey Ammurabí que reinó en Babilonia próximamente 2250 años antes de la era cristiana”

En BABILONIA el castigo estaba orientado a sancionar la inobservancia de la moral y las buenas costumbres. Se impuso la pena de muerte que tuvo dos vertientes: la pena de agua para la mujer adúltera o para el suegro y la nuera que tuvieran relaciones incestuosas, y la pena del fuego aplicable a la madre y al hijo por relaciones incestuosas.

En ISRAEL “...el derecho de castigar es una delegación del poder divino, el delito es una ofensa a Dios, cuyo perdón se implora mediante sacrificios expiatorios, la pena se impone con un fin de expiación y de intimidación y su medida es el Talión...”, sanciones sustentadas en los cinco primeros libros del Antiguo Testamento.

En CHINA, se menciona la existencia del “Libro de las Cinco Penas” “la pena tiende a la venganza y su medida es el Talión;...”

En EGIPTO “...el delito se miraba como ofensa contra la divinidad y la pena aspiraba a aplacar sus iras...”

En la INDIA también se revela el espíritu religioso en el libro de MANU “...considerado como el más perfecto del antiguo oriente..., muchos de sus preceptos ponen de relieve la necesidad de aplicar las penas justamente, sin embargo, este sentimiento de justicia hallase no pocas veces desconocido por la división en castas; distingue la imprudencia, la negligencia y el caso fortuito,...”

En Grecia “no puede hablarse propiamente de un derecho griego, sino del derecho de Creta, del de Esparta, del de Atenas... Agrega el mismo autor al referirse a las primeras leyes referidas de Atenas: en ellas se limitó al derecho de venganza, se distinguían los delitos que ofendían a la comunidad de los que lesionaban intereses meramente individuales y mientras aquellos se penaban con extrema severidad, éstos se castigaban con penas muy suaves...”

En Grecia se distinguen primero, la venganza privada, en un segundo momento las penas como producto de la voluntad divina que recoge y establece el Estado¹⁰² y, en un tercer momento “pierde la pena su base religiosa y se asienta sobre fundamentos cívicos y morales”



En Roma Sobre la pena en Roma se señala que existen “huellas de la venganza del Talión, de la composición, de la pena sacra y religiosa”¹⁰⁴ En Roma se distingue los “crimina pública” de los “delicta privata” que lesionaban derechos de los particulares, y “...la pena tendía a la satisfacción de la víctima del delito y a la reparación del daño causado...”¹⁰⁵; mientras para los “crimina pública” que vulneraban el orden público se establecieron penas como el suplicium (ejecución de los culpables).

La pena de muerte ejecutada en diversas y crueles formas (la decapitación con hacha, con previa flagelación; ...la crucifixión, pena antiquísima ya conminada en las XII Tablas, ...el eulleum, nombre proveniente del saco de piel de buey en que el parricida era encerrado con algunos animales y arrojado al mar o al río; la muerte en la hoguera; la domnatio ad besttias en los espectáculos públicos; la precipitación por la roca Tarpeya... y se les privaba del uso del pierna izquierda cortándole el tendón de Aquiles; la condena al trabajo en las minas...; los trabajos públicos perpetuos que privaban de la ciudadanía; ...la deportación perpetua a un lugar determinado... también se aplicaron penas corporales...” (Castillo Alva, 2002)

LA PENA EN LA EDAD MEDIA

La caída de Roma marca el final del mundo antiguo. En esta época el derecho es mixto, “el derecho penal romano, el germánico, y el canónico, constituyen la base de las legislaciones penales europeas durante la edad media.

- Derecho Penal Germánico

“Hallamos... la venganza de la sangre (BLUTRACHE) –cuando se lesionaban intereses privados–,... el ofendido y su familia se vengaban del ofensor y de los suyos...”, se conoció también como FAIDA, “la faida se fue limitando por vía de la composición, que de optativa paso a ser obligatoria” y “la pérdida de la paz (FRIEDLOSIGKEIT)... Los delitos que constituían una ofensa para toda la comunidad originaban para el ofensor la pérdida de la paz, situación que le excluía de la comunidad jurídica, el delincuente... perdía con ella toda protección penal y era considerado como un enemigo de su pueblo”

- En el Derecho Penal Canónico



El Derecho Penal Canónico estuvo fundado en el cristianismo alcanzando esplendor en la época del Papa Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III.

El Derecho Penal Canónico: “tuvo el mérito de introducir la prisión mediante la reclusión en celdas monásticas, y de allí proviene el nombre de penintenciaria”.

Con el Derecho Canónico se introduce los criterios de humanización de las penas. “El derecho canónico se opuso a la atrocidad de las penas”

“La Legislación Canónica dividió los delitos delicta ecclesiastica, delitos contra la fe católica cuya represión era de la competencia de los tribunales eclesiásticos; delicta secularia,... que interesaban tan sólo a la sociedad civil y su represión pertenecía al fuero secular; delicta mixta sive mixti fori, que ofendían tanto al orden civil como al religioso” (Castillo Alva, 2002)

LA PENA EN LA EDAD MODERNA

“El Derecho de la Edad Moderna (s. XII al s. XVII) se desarrolla sobre la base del corpus juris explicado por los glosadores y la de los post glosadores con su tarea de concordar los textos romanos con los derechos vigentes en las ciudades italianas y de las tribus alemanas (langobardas)”

Por la caída del Imperio Romano de Occidente se produce la fusión del Derecho Romano en el Germánico y el Canónico y comienza una evolución que desemboca en el fenómeno “de la recepción” del Derecho Romano.

La recepción en España se manifiesta con la Siete Partidas del Rey Alfonso X, a través de ellas se establece el carácter público del Derecho Penal.

Gracias a la recepción en Alemania, destaca la Ley Carolina por ella se logra una efectiva afirmación del carácter estatal de la actividad punitiva y se consolida el Derecho Penal.

Bajo el absolutismo despótico el Ius Punniendi se concentró en el soberano. El Estado absoluto se caracteriza por la severidad de sus penas como: el destierro, la pena de muerte, penas corporales, afflictivas y pecuniarias; los hombres enviados a las casas de trabajo, a las galeras por tiempo determinado o a perpetuidad. Surgen así respuestas de rechazo a los excesos del absolutismo del exceso monárquico, las más trascendentes son las que surgieron de la corriente de la ilustración, figurando entre



sus protagonistas MOSTESQUIEU, ROUSSEAU, HOWARD, BECCARIA, entre otros. La humanización de las penas fue uno de los aportes valiosísimos del iluminismo. BECCARIA fue preciso: “no por ser más crueles son más eficaces las penas: hay que moderarlas; importa más y es más útil una pena moderada y de segura aplicación que otra cruel pero, incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces, Hay, pues que combinar la utilidad y la justicia”

La pena en la edad contemporánea En esta época tiene marcada influencia la Revolución Francesa, sus principios humanitarios se recogen en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”.

“La renovación del Derecho Penal proveniente de la enorme influencia del libro de BECCARIA,... encontró un instrumento poderoso en la Revolución Francesa”. A partir de éste momento surgen distintos Códigos como el de 1810 “Código Napoleónico”, Código que tuvo influencia en otros países europeos.

Desde el siglo XVIII después de la Revolución Francesa se humanizan las penas y surgen una serie de corrientes de pensamiento que vienen desde el Iluminismo hasta el Funcionalismo que se enraíza en el siglo XX, donde se aborda sobre la pena desde diferentes perspectivas, pretendiendo explicar su finalidad, entre los iluministas destacan BECCARIA, BENTHAM, ROMAGNOSI, FILANGIERI.

BECCARIA puso argumentos firmes señalando que: “hay que lograr una rigurosa proporcionalidad entre delitos y penas. Lo contrario además de injusto es socialmente perjudicial...”, junto a otros principios que forman parte del Reformismo Penal que planteó en su libro “De los Delitos y de las Penas”.

JEREMIAS BENTHAM, coincide con FILANGIERI y GIANDOMENICO ROMAGNOSI otorgándole a la pena el fin de la prevención general.

Según el Racionalismo la pena es un mal y medio de tutela jurídica. Para HEGEL “la pena debe tener un sólo fin: reaccionar contra el delito, no ya porque ha producido un mal, sino porque ha violado el derecho en cuanto es derecho; y, concluye: la pena es violación de la violación o la negación de la negación”

Los Positivistas que tienen entre sus más preclaros representantes a CESARE LOMBROSO, ENRICO FERRI, RAFAEL GAROFALO, BERNARDINO



ALIMENA y ENMANUELLE CARNEVALE consideran a la pena como medio de defensa social, además la pena debe ser aflictiva y preventivo general.

El Causalismo representando entre otros por BELING, FRANZ VON LISZT, RADBRUCH.

VON LISZT, considerado como el padre de la política criminal, se opone a la pena como retribución y plantea en cambio su carácter preventivo general y especial.

El Finalismo tiene a HANS WELZEL como uno de sus representantes, plantea que la acción entendida, en su unidad objetiva-subjetiva y guiada por una finalidad se subordina a las exigencias del derecho y a partir de ello se la verá como conforme o no al derecho (antijurídica)

En el Post Finalismo político criminal destacan CLAUS ROXIN, HASSEMER, MARC ANCEL, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, este último autor en su obra, propone “el criterio de la necesidad de la pena, asumiendo que la falta de culpabilidad implica falta de la necesidad de la pena”

Hasta llegar en el siglo XX a las nuevas tendencias en cuanto a las teorías del delito y la apreciación de las penas, tendencias que se plasman en la TEORIA FUNCIONALISTA, doctrina penal dividida en dos corrientes: El Funcionalismo Moderado creado por KLAUS ROXIN quien plantea la necesidad de separar el dualismo entre dogmática y política criminal y que las categorías componentes del delito deben sistematizarse; y, por otro lado el Funcionalismo Radical creado por GÜNTHER JAKOBS quien plantea la relación funcional entre la sociedad y la dogmática. Poniendo énfasis en criterios normativos para salvaguardar el sistema social. JAKOBS propone la “Teoría de Prevención General Positiva y la Necesidad de Vigencia Segura de la Norma”.

Al concluir esta descripción sobre el proceso histórico de la pena, podemos apreciar que su tratamiento actual obedece a los cambios experimentados por el Derecho

Penal fundamentalmente como resultado de la humanización de las penas, la aparición de la pena privativa de libertad para sustituir las penas corporales e infamantes y la progresiva abolición de la pena de muerte. Sin embargo, y, a pesar

de los cambios experimentados y la evolución de la sociedad, hoy subsisten penas inhumanas y retrogradas como la cadena perpetua (ABRCA, 2011)

2.4.5. FIGURAS DELICTIVAS CON CADENA PERPETUA EN EL PERU

El Código Penal Peruano de 1991 en la Parte Especial muestra actualmente una inorganicidad inaceptable, prácticamente se ha mutilado el orden sistémico con el que fue concebido originalmente, gracias a las múltiples reformas y contrarreformas producidas especialmente desde 1992 en el que el país adopta la legislación penal de emergencia, normatividad que, no obstante haber cambiado la situación coyuntural que la motivó, aún subsiste en el país y no se pretende abandonar.

La Parte Especial del Código Penal de 1991 es una muestra del expansionismo penal que ha adoptado en el país como política penal, no sólo por el incremento y endurecimiento de las penas que alcanzan hasta la cadena perpetua, sino además, por la creación de nuevos tipos penales. Así, se han creado figuras penales para acallar a la ciudadanía y neutralizar la reacción de la población frente a la insatisfacción social, sobrecriminalizando la protesta, último recurso al que acuden los pueblos al no ser oídos por los gobernantes, o, simplemente ignorados, y, avasallados sus derechos.

Ha contribuido a esta realidad caótica de la Parte Especial del Código Penal de 1991 la conminación abstracta con cadena perpetua, en un número cada vez creciente de delitos, de modo indiscriminado, hecho que no obedece a políticas articuladas dentro del Estado, sino incluso a reacciones emocionales de los gobernantes o de los Ministros de diversas carteras, poniendo así en evidencia que en el Perú hay ausencia de políticas de Estado que establezcan líneas firmes a seguir y respetar para fijar una ESCALA PENAL RACIONAL, que se plasmen en un Programa Político Criminal.

Lo que viene ocurriendo con la sistemática penal peruana, en efecto, demuestra que el Perú no cuenta actualmente con un Programa Político Criminal que articule la prevención y la represión; no se ha definido en el plano represivo la corriente o la tendencia a seguir, si optar por un derecho penal maximalista, o, bien



por un derecho penal minimalista, garantista bajo el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, respetuoso de estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos, exigidos por tratados de la materia suscritos y ratificados por el Perú.

El Congreso de la República ha venido designando Comisiones Especiales Congresales Revisoras del Código Penal que se han avocado a la Reforma de la Parte General, habiéndose publicado los Anteproyectos de Reforma de las Comisiones Presididas por los Doctores Alcides Chamorro Balbín y Carlos Alberto Torres Caro de los años 2004 y 2009, respectivamente. La tarea por reformar la Parte Especial del Código Penal aún continúa; creemos que es el momento de rectificar errores, y, por los inconvenientes e implicancias encontradas por la Presencia de la cadena perpetua particularmente en la Parte Especial del Código Penal, excluir esta pena extrema de las distintas figuras delictivas a las cuales se ha extendido su aplicación fuera del delito de terrorismo.

Sin embargo, cabe anotar que en el trabajo de las Comisiones Congresales Revisoras del Código Penal, puntualmente en cuanto al tratamiento de la cadena perpetua también se ha notado la repercusión de la carencia de un Programa Político Criminal Penal, bajo cuyas pautas deberían plantear sus propuestas de reforma penal los señores comisionados; pero, no se cuenta con ningún diseño político criminal de esta naturaleza, razón por la que los Comisionados representantes de organismos tutelares del Estado y de instituciones académicas y organismos especializados en materia jurídico penal de la sociedad civil-, no actúan llevando propuestas por lo menos institucionales la Defensoría del Pueblo no ha elaborado ningún informe especial sobre el problema de la cadena perpetua en el Perú, tampoco los Colegios de Abogados del Perú se han pronunciado al respecto), sino posturas personales y hasta espontáneas como se puede apreciar de las actas de sesión congresales (ver anexos), donde el tema de la cadena perpetua ha merecido un análisis de forma, más no de fondo, y, se ha limitado a “problemas de denominación”, optar por “cadena perpetua” o “pena indeterminada”, esto en la Parte General del Código Penal; superficialidad con la que no se debe tratar la Parte Especial del Código Penal, una ardua tarea por cierto, cuyos frutos espera la comunidad jurídica nacional y la sociedad peruana, a efecto de que no provoque a su vez, nuevos intentos de reforma



y modificaciones permanentes de las figuras delictivas a contemplar y la penalidad para cada una de ellas.

Las figuras delictivas con cadena perpetua en el Perú son numerosas, se sigue percibiendo la tendencia al maximalismo penal, por tanto, no se descarta que se vayan creando nuevos tipos penales conminados con cadena perpetua.

Como parte de ANEXOS de la presente investigación, adjuntamos los cambios cotidianos y modificaciones producidas en la Parte Especial del Código Penal, motivados particularmente desde 1992 por el afán de acudir al uso y abuso de la cadena perpetua, legislación que muestra avances y retrocesos, cambios que no contribuyeron a la mejora de nuestra sistemática penal sino a la confusión y al desconcierto especialmente de los operadores del derecho, como ocurrió y sólo a manera de ejemplo con el Art. 173° del Código Penal que regula el delito de violación sexual de menores.

Actualmente en nuestra legislación penal nacional prevé la aplicación de la cadena perpetua para delitos regulados por el Código Penal, así como por legislaciones especiales introducidas con posterioridad a su puesta en vigencia.

Los delitos conminados con cadena perpetua son:

- Delito de secuestro agravado, Art. 152° del Código Penal.
- Delito de violación de menores, figuras delictivas contenidas en los Arts. 173° y 173A del Código Penal.
- Formas agravadas de los delitos de violación de la libertad sexual, Art. 177° del Código Penal.
- Delito de robo agravado, Art. 189° del Código Penal. - Delito de extorsión, Art. 200° del Código Penal.
- Delito de arrebato o sustracción de armas de guerra, Art. 279B del Código Penal.
- Delito de terrorismo regulado por el DL N° 25475 y modificado por el Dec. Leg. N° 921.

Se derogó la cadena perpetua para figuras como el Tráfico Ilícito de Drogas en sus modalidades, así el delito de siembra compulsiva de coca o amapola (Art.

296°C del C.P.) y, para este delito en sus formas agravadas para el caso de cabecillas o dirigentes de Tráfico Ilícito de Drogas o que financien actividades terroristas (Art. 297°C C.P.); también en el delito de lavado de activos proveniente del Tráfico Ilícito de Drogas, y de lo que se llamó el narcoterrorismo (Art. 296° B del C.P.). Además las figuras de terrorismo especial (Dec. Leg. 895) y el delito de traición a la patria que duplicaba el delito de terrorismo, regulado por el D.L. 25659, norma que también fue declarada inconstitucional como el Dec. Ley 895. (Berdugo Gomez de la Torre, 1999)

IMPLICANCIAS DE LA IMPOSICION DE LA CADENA PERPETUA EN DIFERENTES FIGURAS DELICTIVAS.-

Debido a la presencia de la subversión en los últimos veinte años del siglo XX, el incremento de la delincuencia común y la creciente sensación de inseguridad ciudadana en el país, el Perú optó por la Legislación propia de la política penal de emergencia, conocida como “ideología de la Seguridad Nacional”, acudió a la inflación penal, expresada en la creación de nuevos tipos penales y una sobrecriminalización incesante a través de elevación de las penas, hasta llegar a la cadena perpetua. El tiempo ha avanzado, la subversión ha disminuido ostensiblemente; mientras la delincuencia común y la criminalidad organizada persisten con características cada vez más complejas, motivando que la política de emergencia de los 90 subsista con marcado sesgo autoritario. Este es un fenómeno que el profesor Italiano Giuliano Vassalli llamó “emersión penal”, caracterizado por el hecho de que muchas normas penetran en el tejido de nuestros ordenamientos penales en nombre de la emergencia, pero se van quedando allí por largo tiempo...”.

La ideología de la Seguridad Nacional continúa en la legislación penal nacional, confundida con políticas de Seguridad Ciudadana. El Código Penal peruano por efecto de esta tendencia ha sufrido constantes modificaciones, perdiendo el enfoque garantista con que fue concebido en 1991.

Se ha afectado al orden penal sustantivo y adjetivo. En el orden sustantivo tanto la parte general como especial de nuestro Código Penal, atentando contra su orden sistémico con sucesivas modificaciones, con cambios profundos especialmente vinculados con el cuántum legal de la pena para casos de criminalidad organizada –



terrorismo— como para la delincuencia común cuya comisión no provenga del accionar de organizaciones delictivas.

Derecho Penal de Emergencia –1992 y, pese al transcurso del tiempo, no ha variado esta orientación, sin interesar aspectos técnico– legislativos de su redacción ni detalles y condiciones para su aplicación en la práctica.

En la parte especial del Código Penal continúan inscritas sanciones meramente simbólicas e intimidatorias, carentes de eficacia penal; simbolismo penal que ha alcanzado su máxima expresión en la cadena perpetua, cuyo uso se ha extendido a diversos tipos penales distintos al de terrorismo.

La inclusión de la cadena perpetua en la Parte Especial del Código Penal Peruano ha significado un grave daño a la seguridad jurídica, que no se condice con los parámetros garantistas del Estado Derecho, ha provocado una serie de errores, contradicciones e incoherencias intrasistémicas con la duración de la pena.

Subsisten serios inconvenientes que se observan, en el texto del Código Penal como: La modificación de tipos penales básicos vinculados con la vida, la indemnidad sexual, la libertad individual, el patrimonio, la tranquilidad pública y la salud pública; la hiperagravación de nuevas figuras penales relacionadas con el patrimonio como los casos de robo y secuestro, así cómo las sucesivas reformas de las figuras pre existentes. Son como señala Reynaldo Bustamante Alarcón: “...no sólo contradicciones internas dentro del texto penal sino la afectación de principios básicos para la dogmática jurídico penal moderna...”.

La pena de cadena perpetua contemplada en diferentes figuras delictivas, no guarda armonía respecto de los bienes jurídicos que protege, hay distorsión en la valoración jurídica; en otros casos, se pondera bienes jurídicos que tienen en sí menor valor jurídico frente a otros que la sociedad trata de garantizar efectivamente. Se vienen sobrecriminalizando así algunas conductas delictivas en demasía, surgiendo contradicciones con los principios del Título Preliminar del Código Penal como el de proporcionalidad, entre otros. Se eleva la amenaza penal inconteniblemente en aras de la prevención general, en cuyo caso, como bien precisa Castillo Alva “...el principio de proporcionalidad no sólo resulta contrapuesto, sino vulnerado por los criterios preventivo generales, en especial por la prevención general negativa, ya que

aquí lo que se busca es incrementar sin control alguno el rigor de las sanciones penales”.

Son los agentes del poder político (desde Alberto Fujimori Fujimori hasta Alan García Pérez (Segundo período)), con apoyo parlamentario, que, han decidido conservar la cadena perpetua a través de leyes especiales, con fines de intimidación extrema, que Castillo Alva considera como abuso cuando dice: “Es común ver en el Código Penal o en leyes especiales, un abuso o desorden penológico respecto a las escalas de sanciones de los delitos”³⁹⁰. Y critica la falta de coherencia racional en el sistema de penas, que a su juicio “...refleja una descomposición valorativa...”³⁹¹. En aras de la sobrecriminalización el legislador se aleja del enfoque sistémico al no valorar los bienes jurídicos en su verdadera dimensión. Castillo Alva a propósito puntualiza: “La Cadena Perpetua y la Pena de Muerte suelen alterar la dañosidad social del hecho o la importancia del bien jurídico magnificándolo”³⁹² como la alteración que viene sufriendo la sistemática penal peruana como consecuencia de la presencia de la cadena perpetua.

Son evidentes las implicancias que la cadena perpetua presenta en la parte especial del Código Penal. El legislador penal no ha internalizado en su verdadera dimensión el principio de proporcionalidad abstracta que se asienta en la importancia del bien jurídico, la dañosidad social de la conducta y el disvalor de la actitud interna, ocasionando una grave alteración en la escala de penas, situación problemática que aún no se corrige. “el principio de proporcionalidad no sólo requiere una adecuada ponderación entre la pena y el delito incriminado, sino exige que entre las penas exista una graduación y jerarquía, cuestión que puede denominarse proporcionalidad interna o proporcionalidad intrasistémica”³⁹³ “la proporcionalidad interna,... cabe oponer, como un punto de vista complementario, una proporcionalidad externa, la cual en base a las valoraciones jurídicas y vigentes –y en virtud al contenido ideológico y axiológico de una Constitución– puede confirmar o negar si las valoraciones de las conminaciones penales abstractas de algunos delitos son correctas o simplemente inválidas” .

Desde el punto de vista de la proporcionalidad externa, este principio “...queda vulnerado tanto cuando se amenaza con mayor pena el ataque a un bien jurídico de menor importancia que la agresión a uno de mayor relieve, como si se castiga con penas distintas a bienes de igual valor”³⁹⁵.



En la parte especial del Código Penal se ha vulnerado la proporcionalidad interna como externa.

Mediante la conminación abstracta con cadena perpetua en diversos tipos penales se ha equiparado el valor de distintos bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual, la libertad individual, el patrimonio, la tranquilidad pública en delitos de secuestro agravado, robo agravado, violación de menores seguidas de lesiones graves o la muerte, terrorismo, extorsión agravada. Gracias a la presencia de la cadena perpetua el valor de un bien jurídico supremo como la vida, hoy se halla en un nivel de igualdad, incluso de inferioridad con otros bienes de menor trascendencia, por ejemplo la vida de un niño que fue violado y asesinado vale igual que el patrimonio en el robo agravado.

Se contempla la aplicación de la cadena perpetua para figuras como el secuestro agravado y el robo agravado; pero, contradictoriamente no tiene cadena perpetua el homicidio calificado. Tanto para el robo agravado como para el secuestro agravado está prevista la cadena perpetua, pena que supera los límites establecidos para delitos contra la vida, el homicidio en el artículo 106° del Código Penal tiene una pena máxima de 20 años. Mientras el delito de traición a la patria descrito en el Código Penal en el artículo 325° del Código Penal no se sanciona con cadena perpetua, tendría una pena temporal con un máximo de 35 años de pena privativa de libertad, figura que no se debe confundir con la de “traición a la patria” que duplicó el delito de terrorismo y fue declarado inconstitucional. Del mismo modo se advierte que no tienen cadena perpetua el genocidio ni la desaparición forzosa, ambos delitos graves tipificados en los artículos 319° y 320° del Código Penal, respectivamente en cuyos casos se han establecido penas privativas de libertad no menores de 20 y 15 años, sin un tope; pero tampoco figura como máxima sanción la cadena perpetua.

Desde el punto de vista legislativo, hay que reconocer que el Código Penal Peruano, en la punición de algunos hechos delictivos concretos, es poco o nada respetuoso con el principio de proporcionalidad de las penas”.

“También resulta criticable desde la perspectiva del “bien jurídico”, pero además, desde la del “principio de igualdad” que la agravación de la sanción en algunos tipos penales no obedezca a un mayor injusto (una mayor dañosidad de la conducta contra el bien jurídico respectivo) sino a fines extrapenales, como los

económicos y políticos). Ratifica esta irregular prelación de los bienes jurídicos José Luis Castillo Alva al precisar que: “Por la escala de penas pareciera que entre robar y matar no existe diferencia alguna. Violar sexualmente en algunos supuestos es más grave que asesinar.

El asesino se enfrenta a una penalidad no menor de 15 años pero un violador a la cadena perpetua”.

No obstante haberse efectuado intentos de reforma en figuras agravadas, se ha insistido en el uso de la cadena perpetua, y, con ella las incoherencias y contradicciones en distintas descripciones típicas que es preciso analizar.

- Secuestro Agravado.-

Amplia el ámbito de aplicación del tipo penal de secuestro en el Art. 152°, última parte. 1° Por la edad de la víctima, ya sea menor de edad o mayor de 70 años. En cuanto a la minoría de edad protege en sí a todos los menores de 18 años, interpretación que corresponde al Magistrado al momento de la determinación jurídica de la pena. Si se compara este criterio con los casos de violación de menores –entre 14 y 18 años–, para el secuestro basta ser menor de 18 años, en cambio, para los casos de los artículos 173° y 173°A la imposición de la cadena perpetua, tratándose de víctimas entre 14 y 18 años, demanda la concurrencia de circunstancias agravantes en el agente, que represente autoridad o vínculo familiar respecto de la víctima; o , que concurren lesiones graves o la muerte y el agente pudo prever este resultado, o, si procedió con crueldad, o sea, este grupo de menores de edad están más protegidos por el secuestro agravado que por el tipo de violación sexual. 2° La circunstancia de la discapacidad de la víctima. 3° El resultado de las lesiones graves o la muerte, esta agravación por el resultado responde a los tipos de la denominada preterintencionalidad, circunstancia agravante asociada al principio *versare in re ilícita* “la causa de la causa es causa del mal causado”.

- Violación de menores.-

Las figuras delictivas contenidas en los artículos 173 y 173 A fueron objeto de constantes cambios, se retiró la cadena perpetua y se repuso nuevamente, hoy se mantiene. Destaca el aumento de los márgenes de la pena por la inclusión de diversas circunstancias agravantes.



Entre la incoherencias intrasistémicas se advierte que mientras en el secuestro agravado se trata de proteger con la cadena perpetua a las personas que sufren discapacidad, para los casos de violación sexual las personas con discapacidad, “anomalía Psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental” –al margen de la edad que tengan– y de concurrencia de circunstancias agravantes no reciben la misma protección en estos casos, a diferencia del secuestro agravado, no se ha contemplado la cadena perpetua, salvo excepcionalmente para formas agravadas previstas en el Art. 177° C.P. La violación de personas con discapacidad, anomalía psíquica, retardo mental, está prevista en el Art. 172° C.P. con penas máximas que oscilan entre 25, 30 años de pena privativa de libertad, incoherencias que para el legislador penal han pasado inadvertidas.

En la figura agravada de violación de menores del Art.173° A también está presente un tipo penal de la llamada preterintencionalidad, sobrecriminalizando con la cadena perpetua la violación de menores con resultado de lesiones graves o la muerte.

Formas agravadas.- Art. 177° Código Penal.

El Artículo 177° C.P. contiene una serie de formas agravadas de los delitos de violación de la libertad sexual con una redacción inadecuada que atenta contra el principio de legalidad, concretamente al principio de taxatividad por su falta de claridad y técnica jurídica. Norma que ha creado distintas modalidades de violación de la libertad sexual con el único propósito sobrecriminalizador, provocando desorden y confusión.

Según lo establecido por el Art. 177° C.P. existen formas agravadas de los delitos de violación de la libertad sexual, donde se contempla también la cadena perpetua sólo cuando existen circunstancias agravantes en la figura de VIOLACIÓN DE PERSONAS EN INCAPACIDAD DE RESISTENCIA prevista en el Art. 172° C.P., dos supuestos“ cuando se comete el delito abusando de su profesión; ciencia u oficio y que el delito tenga por resultado lesiones graves o la muerte y, que el agente pudo prever el resultado; o que el agente hubiera procedido con crueldad. De donde se colige que, el violador de una persona con alguna anomalía psíquica o retardo mental, si no se presentan estas circunstancias agravantes por el resultado, puede beneficiarse con una pena temporal máxima de 30 años. Por tanto, un secuestro de



una persona con discapacidad puede ser merecedor de cadena perpetua, lo que no ocurriría con un violador de personas de las mismas características, salvo “circunstancias agravantes”, de no concurrir las mismas máximo recaería sobre él una pena de 25 ó 30 años.

Como en los Artículos 173° y 173°A en el artículo 177° del Código Penal también se encuentra un tipo preterintencional de violación de persona con incapacidad de resistencia con resultado de lesiones graves o la muerte, o, que se haya producido con crueldad circunstancias agravantes que más allá de viabilizar la aplicación de la cadena perpetua muestra su carácter intimidatorio y neutralizante.

- Robo Agravado.-

La última parte del artículo 189° del Código Penal trae dos supuestos de circunstancias agravantes para la imposición de cadena perpetua que denota una clara desproporcionalidad cuando prevé, en el primer caso, que el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, es decir se prevé una pena tan drástica como la cadena perpetua por el sólo hecho de pertenecer a una organización criminal, sin interesar mínimamente el rol que desempeñe como dirigente o cabecilla de la banda. En el segundo supuesto cuando el delito tiene como resultado lesiones graves en la integridad física o mental o la muerte de la víctima, nuevamente aquí como en las figuras del secuestro agravado, la violación de menores y de personas en incapacidad de resistir bajo circunstancias agravantes, se presenta un tipo hiperagravado por el caso de preterintencionalidad para imponer cadena perpetua.

Mientras para el robo agravado la pena máxima es de cadena perpetua, para el delito de lesiones en su forma agravada es de 10 años y, para las lesiones con subsecuente muerte 15 años (Artículo 121° A Código Penal).

- Extorsión.- Artículo 200° Código Penal.

Las circunstancias agravantes que se contempla en esta figura de la extorsión conminada con cadena perpetua y las contradicciones e incoherencias que esta pena provoca, son semejantes a las del secuestro. En caso que el rehén sea menor de edad o mayor de 70 años; sufra discapacidad y el agente aproveche de esta circunstancia y la comisión del evento delictivo produzca como resultado lesiones graves o la muerte de la víctima.

Son innegables los cuestionamientos y observaciones desde una política penal racional respecto de la última parte del artículo 200° del Código Penal, donde se contempla la cadena perpetua para la extorsión agravada, mientras para el homicidio calificado no existe cadena perpetua y su penalidad en el artículo 108° del Código Penal no supera los 15 años de pena privativa de libertad para proteger la seguridad ciudadana como bien jurídico que corresponde en sí al llamado orden público u orden interno, bien difuso que se coloca por encima de la vida humana. No se debe olvidar que las figuras de extorsión, secuestro, robo agravado han formado sucesivos paquetes legislativos.

Arrebatos o sustracción de armas de guerra.-

Contemplada por el artículo 279° B del código Penal cuyo segundo párrafo también contempla la cadena perpetua y circunstancias agravantes como en los casos del secuestro agravado, robo agravado, violación de menores, extorsión que condicionan su aplicación. Del mismo modo se toma en consideración la preintencionalidad por el resultado, cuando como consecuencia del arrebatos o sustracción de armas o municiones se causare la muerte o lesiones graves de la víctima o terceras personas.

Terrorismo.-

La cadena perpetua en el delito de terrorismo significó el punto de partida para introducir esta pena en la legislación nacional y luego extenderla para la lucha contra la delincuencia común, utilizando su misma lógica y sus mismos recursos.

El delito de terrorismo está regulado por el D.L. 25475 modificado por el Dec. Leg. 921°, es una de las muestras más destacadas de la alarma penal en la dogmática penal peruana. Se han tipificado como delito de terrorismo diferentes figuras delictivas que ya estuvieron descritas en el Código Penal de 1991. Además se han introducido circunstancias agravantes para justificar la dureza de las penas: las modalidades agravadas contemplan la cadena perpetua (Art.3° D.L.25475, aclarado por el Art. 1° del Dec. Leg. 921 del 18 de enero de 2003).

El bien jurídico en este caso es difuso, se protege la tranquilidad, la paz pública. Por el cuántum de las penas previstas en el Dec. Leg.25475 de larga duración y que se extienden hasta la cadena perpetua, se observa una valoración jurídica

inadecuada donde no se respeta la verdadera prelación de los bienes jurídicos y se privilegia un bien jurídico difuso como la tranquilidad pública frente a la vida humana, que se menosprecia y se protege con una pena temporal no mayor de 20 años, incoherencia que subsiste, pese a la revisión del Dec.Leg. 25475 y de la pena de cadena perpetua por el Tribunal Constitucional.

Actualmente se viene dando al delito de terrorismo el mismo tratamiento que para otros tipos penales cometidos por organizaciones criminales comunes o bandas organizadas, cuyo móvil reside en lo meramente patrimonial, cualitativa diferencia de la delincuencia convencional.

El legislador al prever la misma pena de cadena perpetua, tanto para la criminalidad organizada convencional como: el robo, secuestro, extorsión, soslaya los móviles del delito de terrorismo que forma parte de la criminalidad no convencional, cuyos integrantes actúan por motivaciones ideológico-políticas. No obstante ello el legislador da al terrorismo el mismo tratamiento que para la delincuencia común en la parte especial del Código Penal y la previsión de sanciones penales, como si se tratará de las mismas conductas delictivas, sin advertir que los elementos constitutivos de estos tipos penales son distintos.

El delito de terrorismo en sus formas agravadas con cadena perpetua constituye en estos momentos la más firme expresión del Derecho Penal del Enemigo en el Perú, se trata de un conjunto de modalidades incriminatorias que en términos de Manuel Cancio Meliá representan “el excedente” de punición que; al mostrar una incoherencia entre la “Ideología de la normalidad” y la situación legislativa concreta, desvela la presencia de retazos de “derecho penal del enemigo” (Castillo Alva, 2002)

2.4. TERMINACION ANTICIPADA

2.5.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA.

La terminación anticipada es un proceso penal especial que constituye una forma de simplificación procesal como lo establece José Neyra³³; esta institución tiene como característica el consenso y por tano es uno de los exponentes de la



justicia penal negocial, que en este caso tiene por finalidad concluir la causa durante la etapa de investigación preparatoria. El objeto de la negociación es sin duda, la pena; pero “ello no implica negociar el cargo que se imputa o una pena distinta a la prevista legalmente (...), por cuanto este instituto debe respetar las fuentes mismas del principio de legalidad, en todas sus dimensiones”. Dentro de la naturaleza de este procedimiento, también encontramos sustratos de política criminal, ya que el principal objetivo es la consecución de una rápida y eficaz justicia, con la debida observancia del principio de legalidad.

En este sentido la terminación anticipada deberá entenderse como un consenso entre fiscal y el imputado que supone la aceptación de los cargos, y su finalidad es concluir el proceso de forma rápida, impidiendo así su prolongación; es decir, seguir con la etapa intermedia y la de juzgamiento que incluye el juicio oral. Como presupuestos para su configuración, debe comprobarse en primer lugar la responsabilidad del agente, la pena y la reparación civil. Comprender la importancia de éste proceso especial, así como su finalidad y beneficio para los sujetos procesales, permitirá identificar la naturaleza del mismo. (Cavero, 2012)

2.5.2. CONCEPTO

El proceso de terminación anticipada es un proceso especial y una forma de simplificación procesal que se sustenta en el principio de consenso, es además uno de los principales exponentes de la justicia penal negociada.

Los procesos podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas:

1. A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336 y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada. Su celebración no impide la continuación del proceso. Se formará, al respecto, cuaderno aparte.

2. El Fiscal y el imputado podrán presentar una solicitud conjunta y un Acuerdo Provisional sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias



accesorias. Están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales. En todo caso, la continuidad del trámite requiere necesariamente la no oposición inicial del imputado o del Fiscal según el caso

3. El requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones.

4. La audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. Es facultativa la concurrencia de los demás sujetos procesales. Acto seguido, el Fiscal presentará los cargos que como consecuencia de la Investigación Preparatoria surjan contra el imputado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. El Juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad. A continuación, el imputado se pronunciará al respecto, así como los demás sujetos procesales asistentes. El Juez instará a las partes, como consecuencia del debate, a que lleguen a un acuerdo, pudiendo suspender la audiencia por breve término, pero deberá continuar el mismo día. No está permitida la actuación de pruebas en la audiencia de terminación anticipada.

2.5.3. EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA EN EL PERÚ

Esta fórmula procesal simplificada, se sustenta en el principio de consenso y en la necesidad político criminal de eficacia a través de una resolución judicial rápida de conflicto penal, que presentado el principio de legalidad se va a dar como consecuencia de una negociación entre el fiscal y la defensa, basada en recíprocas concesiones, fórmula consensuada que se ve auspiciada por sus consecuencias premiales. - El proceso de terminación anticipada produce efectos tanto a favor del sistema de justicia como del imputado. Tenemos como efectos a favor del sistema de justicia: a) La economía procesal en términos de ahorro en las etapas intermedia y de juzgamiento, así como las actuaciones impugnatorias. b) Que evita los ejercicios negativos (estigmatización) de la publicidad del juzgamientos, y c) Que eventualmente evita los efectos negativos de la prisión al posibilitar (en los casos que



la ley lo permite) acuerdos respecto a la suspensión de la ejecución de la pena. (Cavero, 2012)

2.5.4. PRINCIPIOS PERTINENTES AL OBJETO DEL PROCESO.

A) Principio de oportunidad

El Principio de Oportunidad se instituye como un requerimiento de carácter político-criminal con la finalidad de evitar incidencias en cuanto a la sobrecarga procesal, así como al hacinamiento carcelario; del mismo modo su aplicación también permite evitar procedimientos y sanciones, muchas veces tardías e innecesarias. Esta misma mecánica también opera con la Terminación Anticipada.

B) Principio de legalidad

Oficializado el seguimiento penal, es decir al Ministerio Público y a los efectivos de la policía, la noticia "criminis" indefectiblemente convoca la presencia del aparato jurisdiccional que tiene por finalidad la obtención de una decisión judicial.

C) Presunción de Inocencia

La presunción de inocencia no solo es un principio procesal sino que además es un derecho fundamental, el cual garantiza que cualquier ciudadano no sea condenado sin el previo movimiento mínimo de las diligencias probatorias, mediante adecuados medios de prueba, con excepciones claro está de la "prueba prohibida" que la ley declara "expressis verbis".

D) Principio de Defensa

Los procesos penales abreviados al igual que los regulares se posan sobre el principio de la incuestionable indisponibilidad de derecho de defensa, o por el contrario, en la facultad de renunciar a éste. El imputado es asistido con toda solemnidad en la celebración juicio oral. Compruébese que el ejercicio de ese derecho tiene las garantías que la Constitución que las leyes sustantivas y procesales le acuerdan al sindicado.

E) Regulación



Mediante la ley 28671 del 31.01.06 se estableció la entrada en vigencia a nivel nacional de la sección V del Código Procesal Penal desde el 01.02.06, pues bien a partir de dicha fecha se viene aplicando en todo el territorio nacional el proceso de terminación anticipada. De este modo la regulación, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, Sección V, artículos 468°/471°, del Nuevo Código Procesal Penal. Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales de 1994, el proceso de terminación anticipada se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél.

F) Supuestos en los cuales puede ejercitarse este proceso

El nuevo Código Procesal Penal en el Libro V, Sección V, artículos 468° al 471° se regula el procedimiento especial de terminación anticipada, este instituido esta instaurado para todo tipo de delitos ya que el código no contempla supuestos expresos para su aplicación; permitiendo de este modo, que los fiscales la apliquen en cualquier caso, es evidente por tanto que su ámbito de aplicación es general sometiendo sus reglas a una pauta unitaria, como lo establece el V acuerdo plenario, por razones de coherencia normativa y de primacía de la ley posterior que reemplaza un instituto legal determinado, las disposiciones del NCPP han venido a reemplazar a las disposiciones procesales penales especiales, tales como las Leyes número 26320 y 28008. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros según la Ley número 28008, las normas de contenido relevantemente penal material y las reglas procesales específicas vinculadas a las primeras y al modo cómo se han regulado estos delitos siguen rigiendo, tal es el caso de los literales c), d) y e), y los cinco párrafos finales del artículo 20°.

La regulación de esta institución en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 a es distinta a la del antiguo Código, ya que en este último si se contemplaban aquellos delitos que podían ser beneficiados con la terminación anticipada como lo establecía Jorge Rosas³⁹, al respecto antes podía darse la Terminación anticipadamente la instrucción judicial, en los presupuestos siguientes:

a. delito de lesiones graves, que se encuentra prescrito en el artículo 121° de nuestro Código penal.



- b. Delito de lesiones leves, que está regulado en el artículo 122° del Código penal.
 - c. Delito de Hurto simple, en el artículo 185° del Código Penal.
 - d. Delito de hurto Agravado, en el artículo 186° del Código Penal.
 - e. Delito de Robo Simple, en el artículo 188° del Código Penal.
 - f. Delito de robo Agravado, en el artículo 189| primer párrafo del Código Penal.
 - g. Delito de comercialización y Micro producción de drogas, en el artículo 298° del Código Penal.
- G) Beneficios en el Proceso Especial de Terminación Anticipada y su relación con la Confesión

Si bien el imputado tendrá que sufrir una pena en alguna sede penitenciaria nacional, el beneficio recibido por haber aceptado su culpabilidad y por haber alcanzado un acuerdo con el fiscal consiste en que la pena que se le imponga puede ser considerablemente menor que la que recibiría en caso de haber obtenido una sentencia condenatoria en la vía regular del proceso penal.

La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos a: a) Configuración establecido en el tipo legal y

b) Las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes, es decir los factores de individualización estipulados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad.

El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada que se funda en un juicio de legalidad y razonabilidad de la pena por parte del Juez. El artículo 471° NCPP estipula que el beneficio que se adquiere por Terminación Anticipada, es decir la reducción de una sexta parte de la pena, es adicional y se acumulará al beneficio que se recibe por confesión (artículo 161° NCPP). Como establece el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, este beneficio por confesión modifica la responsabilidad de carácter genérico y excepcional, además redefine el marco penal correspondiente, por lo tanto su acumulación con el beneficio de la terminación no encuentra ningún obstáculo.

Ahora bien, la aplicación del beneficio de reducción de una sexta parte tiene un carácter fijo y automático por lo tanto debe aplicarse únicamente cuando ya se ha definido la pena concreta o final. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, a efecto de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto su exacta dimensión.

H) Procedimiento de un Proceso de Terminación Anticipada

El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, así se establece en el V Acuerdo Plenario , que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada, sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado; esta es la denominada "fase inicial", hasta la realización de la audiencia respectiva que es la "fase principal" y por último la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipada "fase decisoria". Es claro, por lo demás, que la audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

- a) Este principio se aplica en la etapa de la investigación preparatoria.
- b) La solicitud de terminación anticipada puede ser presentada por el fiscal, el imputado o ambos de modo conjunto, con un acuerdo provisional sobre la pena y la reparación civil.
- c) Esta solicitud debe ser presentada antes de que el fiscal presente el requerimiento de acusación.
- d) Una vez presentada la solicitud, deberá ser puesta en conocimiento de las partes en un lapso de cinco días.
- e) Luego de transcurrido ese plazo, se llevará a cabo la audiencia de terminación anticipada, a la que obligatoriamente tienen que asistir el fiscal y el imputado, acompañado por su abogado defensor. En la audiencia, las partes expondrán sus argumentos y se llegará a un acuerdo.



f) El acuerdo será revisado por el juez de la investigación preparatoria, quien deberá emitir sentencia en un plazo máximo de 48 horas. (Cavero, 2012)

2.5.5. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES

EL PROCESADO

Como actor principal en el proceso, conocedor de los hechos que se le imputa y de los beneficios que le concierne por someterse a este procedimiento especial; la Ley le otorgó directamente la facultad para plantear el mencionado procedimiento por única vez, luego que se haya dictado el auto de apertura de instrucción y durante la etapa de la investigación, y hasta antes de la culminación de dicha etapa o la formulación de la acusación; para ello debía presentar una solicitud debidamente fundamentada, que debería ser puesta en conocimiento de todos los procesados si lo hubiere, quienes podrían rechazar desde un inicio esta posibilidad o no aceptar consenso alguno al iniciar la audiencia.

Para los efectos del acto postulatorio, conforme lo señala el doctor César San Martín debe tenerse presente dos presupuestos esenciales: primero, este procedimiento está destinado a discutir los alcances de una futura sentencia condenatoria, por lo que debe existir en autos suficientes elementos de convicción acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad del imputado; y segundo, no está en tela de discusión la tipificación del delito realizada en el auto de apertura de instrucción; consecuentemente, las discusiones acerca de las “circunstancias del hecho punible” sobre las que puede haber aceptación total o parcial, están referidas a las agravantes y a las atenuantes genéricas, así como a los demás elementos que condicionan la penalidad errores de tipo, de prohibición o de comprensión, siempre que sean vencibles; eximentes imperfectas, tentativa, complicidad. (HURTADO POZO, 2005)

EL MINISTERIO PÚBLICO

Representado por el Fiscal Provincial Penal, asume un rol protagónico en la tarea de este trámite procedimental simplificado. En este procedimiento especial el rol que le compete al fiscal es de suma importancia y de mayor responsabilidad en que no se aparte de las normas de legalidad y el debido respeto a los derechos y



garantías que la ley de leyes otorga al proceso, incluyendo lo que corresponde al justiciable.

La Ley le confiere la iniciativa para solicitar la celebración de la audiencia especial al fiscal y en ella formular los cargos en contra del imputado y además, como titular de la acción penal durante la investigación o instrucción y como sujeto procesal en la audiencia; de su acertada calificación en cuanto a los hechos imputados y del minucioso análisis que hiciera, dependerá, no sólo la aprobación que pueda hacer el juzgador, sino la posibilidad del mismo acuerdo.

Cabe mencionar que la ahora derogada Circular N° 005-95-MP-FN que proporcionaba instrucciones para la actuación del Ministerio Público en los procedimientos de terminación anticipada por delitos de tráfico ilícito de drogas, en su cuarto párrafo, facultó al fiscal adelantar conversaciones extrapolares con el imputado y su defensa; y en el sexto párrafo le impuso contar con un documento con los hechos objeto de la imputación, las circunstancias típicas relevantes y la tipificación correspondiente, así como lo referente a la reparación civil.

(EDITORES, 2010)

EL JUEZ PENAL

Como funcionario que ejerce jurisdicción penal, el Juez de la causa recibida la solicitud de terminación anticipada debe de constatar:

- 1) que los delitos objeto del procedimiento penal están incursos en su ámbito de aplicación,
- 2) que se trata de la primera solicitud y
- 3) que, de existir pluralidad de imputados, todos ellos han aceptado someterse al procedimiento. Admitida la solicitud de terminación anticipada, dictará el auto de citación a la audiencia especial y privada, disponiendo se notifique a todas las partes procesales, incluso a la parte civil y al tercero civilmente responsable, para que expongan lo conveniente en resguardo de sus derechos e intereses legítimos. La audiencia se realizará en acto privado, en cuaderno aparte y con la asistencia sólo del imputado, su abogado defensor y el fiscal; en ella el juez deberá de explicar al procesado los alcances y consecuencias de su aceptación total o parcial, y el fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el procesado,

el mismo que tendrá la oportunidad de aceptarlo, en todo o en parte, o podrá rechazarlos; si el fiscal y el procesado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y de la pena a imponer, así lo declararán ante el juez, todo lo cual deberá ser consignado expresamente en el acta correspondiente, así como los aspectos más importantes ocurridos en dicho acto. (diáz, 2016)

2.5.6. PRINCIPIOS QUE REGULAN EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO.

Es sabido que ninguna institución jurídica puede estar desprovista de principios elementales, que guíen su proceder y a su vez funjan de criterios de legitimación, en el entendido que sirvan de parámetros y como mecanismos de interdicción a toda manifestación de arbitrariedad pública.

a. Principio de Postulación de parte

Se ha sostenido que el proceso de Terminación Anticipada del Proceso, comporta una actuación procesal distinta a la convencionalmente atribuida a los operadores jurídicos; quiere decir, que acá se incide en una operatividad práctica, que se encuentra sometida a instancias de las partes, es decir, sólo el Fiscal y el imputado son los sujetos legitimados para dar inicio a este procedimiento especial. Resultando, que la imposición del ius puniendi estatal requiere de una pretensión punitiva, potestad que recae sobre las facultades del persecutor público y que es el imputado el titular de las garantías procesales, que ha renunciar, para poder someterse al acuerdo preliminar con la Fiscalía 95.

b. Principio de Consensualidad

Es sabido que la acción penal se rige por los principio de legalidad procesal, de obligatoriedad en su ejercicio y de oficialidad, por lo que el persecutor público tiene la obligación de promover actos concretos de investigación, ni bien toma conocimiento de la presunta comisión de un hecho punible, importa un deber jurídico-público, por lo tanto, no puede abstenerse en su ejercicio, con la excepción del principio de oportunidad.

Dicho de lo anterior, la realización del Derecho penal sustantivo, requiere necesariamente de la intervención del órgano acusador, lo que se asienta básicamente

en el principio acusatorio; esto a su vez implica, que la plasmación del ius puniendi estatal, importa una actuación típicamente jurisdiccional, conforme a los principios de la función judicial consagrados en la Ley Fundamental.

Más debe tomarse en cuenta, que los mecanismos de selectividad procesal, en cuanto a la culminación temprana del proceso, está sometido a la voluntad de las partes confrontadas, esto quiere decir, que será el Fiscal- en el marco de una gestión de casos-, que decidirá en que causas, resulta factible promover el proceso de Terminación Anticipada del Proceso y, por su parte, la defensa, en el ámbito de su estrategia defensiva, ha de optar por el camino que más favorezca a los interesados de su patrocinado; constituyendo el Proceso de Terminación Anticipada del Proceso, la vía más adecuada, para obtener una resolución de condena lo más benévolo posible, considerando el material probatorio que el persecutor público tiene en contra de su defendido.

Es así, que el imputado al contar con el derecho constitucional al debido proceso y estando irradiado del principio de presunción de inocencia, cuenta con plena legitimidad para resistir de la imputación jurídico – penal en su contra, que sostiene la Fiscalía, sea proponiendo una teoría del Caso positiva o negativa; concedores que la carga de la prueba recaee sobre el persecutor público⁹⁶.

c. Sospecha vehemente de criminalidad

Siguiendo la línea argumental esbozada, se tiene que la aplicación del procedimiento especial de terminación anticipada, ha sido proyectado para posibilitar la imposición temprana de una sentencia de condena, para aquellos imputados que han perpetrado un hecho punible, en cuanto a la infracción de un precepto jurídico-penal; resultando, que desde una prima estrictamente procesal, la culpabilidad del inculpado, ha de ser debidamente acreditada en el decurso del procedimiento, esencialmente en el juzgamiento, con la actuación de un suficiente acervo probatorio de cargo, cuya inclusión en autos, es un deber privativo del persecutor público.

Por lo dicho, la averiguación de los hechos punibles, esto es, la dilucidación del objeto del Proceso Penal, sólo puede conseguirse, como producto de los debates contradictorios, ha tomar lugar en sede de Juicio Oral, mediando las técnicas de litigación oral; esta es la forma por la cual se puede alcanzar la verdad de los hechos,

dando luces al juzgador, de lo que realmente sucedió, siendo convencido de la versión de los hechos, que más credibilidad y sostén argumentativo revele, tanto en su composición interna como externa (Teoría del Caso) .

d. Principio de Legalidad

El principio de legalidad se encuentra íntimamente vinculado con el nacimiento del Estado de Derecho, pues su entrada en vigor se basa precisamente en la división de poderes y en el imperio de la ley. Hasta antes de su entrada en vigencia la potestad sancionadora estatal era la manifestación de un poder arbitrario, totalitario, ejercicio de forma libérrima por el Monarca (príncipe); de forma que los súbditos habrían de ser sancionados por la voluntad del Rey y, no por la voluntad de la Ley.

El principio de legalidad tiene una dimensión material y una dimensión formal, constituyéndose en un principio político criminal de primer orden en un Estado de Derecho, que determina una serie de incidencias en el plano político y jurídico, como se verá más adelante. Su reconocimiento permite generar un estado de seguridad jurídica y, a su vez, la previsibilidad y predictibilidad de toda la actuación pública, evitando que los comunitarios puedan ser sorprendidos con la imposición de sanciones ilegales, arbitrarias y a todas luces desproporcionadas. (ARIAS, 2012)

2.5.7. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL

La Terminación Anticipada se encuentra regulada en el Nuevo Código Procesal Penal en el Libro Quinto sobre los Procesos Especiales, entre los artículos 468° al 470° , estableciendo respecto a la oportunidad en el artículo 468° literalmente lo siguiente: “Los procesos podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas: 1. A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336° y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez , la celebración de la audiencia de terminación anticipada, de carácter privada. Su celebración no impide la continuación del proceso, se formará al respecto, cuaderno aparte.”

En el caso de los procesos que aún se llevan a cabo bajo la vigencia del Código Penal de 1940 la institución de la Terminación Anticipada es aplicable en los términos del nuevo modelo procesal penal, siendo la oportunidad de presentarla hasta antes de la Acusación Fiscal.

Esto significa que existen distintos espacios procesales que son oportunos para ser solicitada: a) durante la investigación preliminar y b) durante la investigación preparatoria.

a) Durante la Investigación Preliminar:

Es la etapa en la que, de manera predominante, la parte imputada y el Fiscal dan inicio a las primeras conversaciones sobre la aplicación de este proceso especial. La iniciativa recae en la defensa del imputado dirigida al Fiscal, quien, por su lado, también puede “sugerir” al defensor dar inicio a dicho proceso. De tal manera que – incluso- antes de acabar con las diligencias preliminares ya es posible que exista un acuerdo previo entre ambas sujetos de la relación procesal. Luego de ello, el Fiscal dispone pasar a la investigación preparatoria y presenta el requerimiento al Juez para el proceso de Terminación Anticipada, requerimiento que se acompaña con el acuerdo a que han llegado sobre el delito, pena y reparación civil o lo sustentan en la audiencia judicial.

Los casos más frecuentes son los supuestos de flagrancia en donde el imputado está detenido y en aquellos otros delitos de mínima criminalidad.

b) Durante la Investigación Preparatoria:

De acuerdo con la normatividad vigente, la defensa del imputado puede, durante la investigación preparatoria, 1) solicitar al Juez la realización de una audiencia de Terminación Anticipada, para proceder a su planteamiento ante el Fiscal; y 2) solicitar al Fiscal el inicio de conversaciones para llegar a acuerdo previos y luego presentar el pedido conjunto -a través del Fiscal- de la Terminación Anticipada.

De acuerdo con la ley procesal – y en tanto no se modifique- la Terminación Anticipada se aplica solo durante la investigación procesal y hasta antes de formularse la acusación escrita del Fiscal.



Dentro del trámite establecido por ley para la aplicación de la Terminación Anticipada tenemos inicialmente la oportunidad para su solicitud. Es un proceso especial, ubicado dentro de los mecanismos de simplificación procesal, que permite que la causa concluya durante la investigación preparatoria (según el Art. 468.1)', que se da entre la disposición de formalización de la investigación preparatoria y hasta antes de la acusación y se aplica a cualquier tipo de delito.

Ha sido materia de discusión si resulta posible solicitarla en la etapa intermedia, esto es entre la etapa de la investigación preparatoria y el juicio, lo cual no sería correcto pues la etapa intermedia tiene funciones específicas para la preparación del juicio oral, esto es que ya existe una pretensión penal de parte del sujeto acusador que se está controlando por parte del órgano jurisdiccional con la finalidad de ingresar a una nueva etapa: la de juicio. Y básicamente no cabe interponerla en un estado avanzado del proceso si su finalidad es darle celeridad al mismo, es por ello que cabe su interposición en la fase inicial del proceso penal, por lo que no se debe olvidar que se trata de un proceso especial. Finalmente cabe resaltar que la finalidad de la terminación anticipada es la de negociar entre las partes la pena y reparación civil pero si la oportunidad se diera luego de la acusación, sería un contrasentido pues la pena y reparación ya están concretadas.

En cuanto a su oportunidad cabe destacar además que su finalidad es evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el Fiscal, aceptando los cargos de imputación el primero y obteniendo por ello el beneficio de la reducción de la pena hasta en una sexta parte, esto en referencia a lo expresado por Sánchez Velarde. Dicho autor señala además que este proceso dada su especialidad adelanta el requerimiento acusatorio del

Fiscal el cual se plantea en la audiencia especial celebrada entre el Fiscal, el imputado y su abogado defensor.

A este respecto señala Rosas Yataco "Tiene que haberse formalizado la Investigación preparatoria es un requisito sine quomodo que se haya pasado a la segunda fase de la Investigación Preparatoria, esto es, la que se ha formalizado "lo que descarta su aplicación en las Diligencias preliminares o investigación preliminar, la razón es que se haya determinado la posibilidad de una causa probable. Se plantea hasta antes de la Acusación: esta es la regla general, que se aplique hasta antes que el Fiscal del caso realice su requerimiento de acusación donde llega a la conclusión



de que existe elementos suficientes de convicción que ameriten formular una acusación, de modo que se posibilite llegar a un acuerdo con la pena y reparación civil adecuada, pues la idea es no pasar a la segunda etapa del proceso común (...)"

Como se ha mencionado líneas arriba el procedimiento de Terminación Anticipada se encuentra vigente en los procesos que se llevan bajo el modelo procesal de 1940, al respecto el doctor Cubas Villanueva refiere que "el procedimiento podría instarse luego de emitido el auto de apertura de instrucción y durante la etapa de investigación judicial (...) procedimiento que tiene por finalidad reducir los tiempos de la causa y lo hace mediante formas de definición anticipada. El criterio de economía procesal tiene como presupuesto el acuerdo entre el imputado y el Fiscal". Con lo que se refuerza el por qué de la oportunidad de su presentación hasta antes de emitida la Acusación Fiscal pues caso contrario no cumpliría su finalidad esto es de hacer más expeditivo el proceso penal.

Sobre este mismo punto incide la doctora Sánchez García de Paz, quien nos indica que "el acuerdo de negociación puede solicitarse luego de haberse emitido la disposición Fiscal de formalización de la investigación preparatoria y antes de la acusación fiscal. Esta limitación temporal del momento de incoación de la terminación anticipada parece identificar la ratio de la institución: la aceleración del proceso penal a través del ahorro del juzgamiento. Justamente allí se explica la tendencia a considerarla como una forma de arrepentimiento, manifestando mediante un acto de colaboración con la justicia."

Como se viene mencionando las partes pueden solicitar la terminación anticipada del proceso en tanto no se haya formulado acusación fiscal. Pues la formulación de acusación impide que se admita a trámite cualquier solicitud de esta naturaleza, al respecto el texto del Nuevo Código Procesal Penal en su artículo 468° es claro y no admite lugar a otras interpretaciones. (Angel Nieves, Febrero, 2008)

2.5. CONCLUSIÓN ANTICIPADA

Con la implementación de la reforma procesal penal y con el ingreso del Código Procesal Penal 2004 (en adelante CPP 2004), se establecieron diversas herramientas que coadyuvan a la sobre carga procesal y, en esencial, al nuevo modelo del proceso penal. Así, tenemos a la conclusión anticipada, la terminación anticipada, la

colaboración eficaz y el proceso inmediato. En las siguientes líneas abordaremos lo referente a la primera de ellas.

La conclusión anticipada tiene su antecedente en la Ley n° 28122, publicada el 16 de diciembre de 2003. Esta Ley, que fue emitida con la finalidad de abreviar los procesos penales y reducir la carga procesal, establece que la instrucción judicial podrá concluir en forma anticipada por la comisión de los delitos de lesiones, hurto, robo y microcomercialización de droga, así como las reglas que deben seguir la Sala o el Juzgado ante la confesión sincera.

De la lectura de la mencionada Ley se puede concluir que se hace referencia a dos tipos de conclusión anticipada: a) la conclusión anticipada de la instrucción; y b) la conclusión anticipada del juicio oral. La primera encontrándose en los artículos 1 al 4 y la segunda en el artículo 5. Lo señalado fue declarado así en la sentencia vinculante emitida por la Sala Penal Permanente (RN 1776-2004-Callao), indicando que:

“la citada Ley (...), más allá de lo limitado y parcial de su denominación oficial, en puridad de verdad comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción judicial (artículos uno al cuatro) -a la que hace mención el título de la Ley- y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo cinco).”

Señala, además, la Corte Suprema que aun cuando ambas formas de conclusión se encuentran vinculadas al principio de celeridad se diferencian en que la conclusión anticipada del juicio oral se rige básicamente en el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral; sin embargo, este principio no se encuentra presente en la conclusión anticipada de la instrucción, por realizarse sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo.

Aun con el ingreso del CPP 2004, la Ley n° 28122 se encuentra vigente en los distritos judiciales donde no es aplicable el nuevo cuerpo normativo. Así, en los



distritos judiciales donde no está vigente el CPP 2004 será aplicable las reglas de ambas formas de conclusión anticipada de la Ley n° 28122, mientras que en los demás lugares se aplican las reglas del CPP 2004, esto es, la terminación anticipada cuando nos encontremos en la etapa de investigación preparatoria y la conclusión anticipada cuando nos encontremos en la etapa del juicio oral.

En ese sentido, la conclusión anticipada del juicio oral del nuevo modelo procesal penal se encuentra regulada en el artículo 372° del CPP 2004 y se produce en audiencia pública, inmediatamente luego que el juez haya instruido al acusado de sus derechos y le pregunte si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación, y declara ser responsable de la reparación civil.

El acusado, que puede emitir una conformidad parcial o absoluta de la acusación, puede conferenciar con su abogado defensor a fin de que éste le asesore lo pertinente. Así, si se reafirma en su inocencia, el juicio continuará; pero si acepta su responsabilidad, el Juez declarará la conclusión del juicio. Asimismo, la norma señala que antes de responder, puede solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término la audiencia.

De darse el caso que exista pluralidad de procesados y solo uno se acoge a la conclusión anticipada, únicamente a él se le dictara sentencia, y se continuara con el proceso con los demás procesados que no se adhirieron a la conformidad.

La sentencia, según establece la norma, será dictada en esa misma sesión o en la siguiente, y no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.

Un punto que consideramos importante que debe ser precisado es el referido a la diferencia entre la conclusión anticipada y la terminación anticipada, siendo esta última un proceso simplificado que permite, mediante la negociación y transacción, que este termine antes de la duración legalmente prevista en el código penal, pudiéndole reconocer como beneficio la reducción de la pena, la cual es adicional y se acumulará al que reciba por confesión.



Cabe mencionar, que hace unos años la Corte Suprema de Justicia, acordó mediante Acuerdo Plenario Vinculante n° 05-2008 del 18 de julio de 2008, Nuevos Alcances de la Conclusión anticipada, en la cual se establece un beneficio subjetivo, indicando una reducción de pena debería ser menor a un sexto, podría graduarse en un sétimo de pena, esto en base a la complejidad del caso; sosteniendo que no es lo mismo terminar un proceso en etapa de instrucción, que ponerle fin en la etapa de inicio de juicio oral. (Angel Nieves, Febrero, 2008)



CONCLUSIONES

1. La finalidad del Proceso Especial de Terminación Anticipada es reducir los tiempos del proceso respecto a lo que ocurre en el procedimiento ordinario. El criterio de economía procesal que inspira este proceso especial, tiene como presupuesto el acuerdo entre el imputado y el Fiscal sobre la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias.
2. El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular, es decir, posee etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio de consenso. Por lo que la cadena perpetua quedaría sin efecto.
3. El proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación, acto de postulación que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada.
4. Previo al acuerdo en sí y la celebración de la Audiencia de Terminación Anticipada, las partes (Fiscal, procesado y su abogado defensor) están facultados para efectuar “reuniones preparatorias informales” que se cristalicen en un acuerdo provisional sobre las circunstancias del hecho punible, pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer, incluso sobre la no imposición de pena privativa de libertad efectiva a fin de que se lleve adelante la



homologación por parte del órgano jurisdiccional. Las reuniones se realizarán fuera de la sala de audiencias, sin la presencia de funcionarios judiciales y sin someterse a la rigidez de un procedimiento preestablecido.

5. La cadena perpetua es una pena tasada que impide su graduación en el momento de la determinación judicial de la pena.
6. El propósito fundamental de este de la aplicación del NCPP se basa en la idea de contar con un nuevo procedimiento penal que garantice que todo ciudadano cuente con la defensa necesaria y adecuada y, por tanto, que no permita un ejercicio arbitrario del poder penal, es decir, contar con un procedimiento que permita proteger al inocente y tratar correctamente al culpable pero a la vez que responda a las expectativas de una mayor seguridad jurídica por parte del Estado, a favor del ciudadano.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- aARIAS, L. M. (2012). *MANUAL DE DERECHO PENAL*. LIMA PERRÙ: EDDILI.
- ABRCA, S. E. (2011). *CYBERTESIS*. Recuperado el 5 DE ABRIL de ABRIL de 2016, de CYBERTESIS: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1189/Aguirre_as%281%29.pdf?sequence=1
- AIXY, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios*. Madrid: Solena e Hijos AG.S.A.
- Angel Nieves, M. (Febrero, 2008). *Tipos de Investigacion del Area Jurica*. Venezuela : Mision Sucre.
- BARRETO, A. I. (2013). <http://www.pj.gov.py>. Recuperado el VIERNES 5 DE BARIL de 05 DE ABRIL de 2016, de <http://www.pj.gov.py>: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%C3%ADa-de-la-pena.pdf>
- Berdugo Gomez de la Torre, I. (1999). *Temas de Derecho Penal*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.
- Castillo Alva, J. L. (2002). *Principios del Derecho Penal, Parte General*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- CIMINOAG, M. M. (VIERNES de 2016 de 2016). Recuperado el 2016, de <https://www.google.com.pe/#q=TEORIA+DEL+ABUSO+SEXUAL>
- diàz, c. h. (viernes 29 de abril de 2016). <http://perso.unifr>. Recuperado el viernes 29 de 2016 de 2016, de <http://perso.unifr>.: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_75.pdf
- EDITORES, J. (2010). *CODIGO PENAL COMENTADO*. LIMA PERU: JURISTAS EDITRES.
- en, T. M. (2014). *cybertesis.unmsm.edu.p*. Recuperado el 29 viernes de abril de 2016, de cybertesis.unmsm.edu.p: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/3738/1/Viviano_lt.pdf
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA*. (1996). Buenos Aires: Bibliografias OMEBA.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Teoria del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta S.A.
- FONTAN BALESTRA, C. (1969). *Tratado del derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GARAYCOTT ORELLANA, N. (2000). *Comentarios del Codigo de Ejecucion Penal*. Lima: San Marcos.
- GUZMAN REINOSO, A. (2009). *De Puño y Letra*. Lima: Manoalzada Editores.
- HARKER, L. J. (2000). <http://www.javeriana.edu.co>. Recuperado el 5 de abril viernes de abril de 2016, de <http://www.javeriana.edu.co>: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>



- <http://definicion.de/resocializacion/>. (VIERNES de ABRIL de 2016). *RESOZIALIZACIÒN*. Recuperado el 29 de ABRIL de 2016, de <http://definicion.de/resocializacion/>
- <https://joseluisprietomontes.wordpress.com>. (29 de ABRIL de 2016).
<https://joseluisprietomontes.wordpress.com>. Recuperado el 29 VIERNES de ABRIL de 2016, de <https://joseluisprietomontes.wordpress.com/2012/05/05/teori%CC%81a-de-la-adaptacio%CC%81n-en-abusos-sexuales/>
- HURTADO POZO, J. (2005). *Manual de Derecho Penal, Parte General 3a Edicion*. Lima: Editorial Grijley.
- LANDA ARROYO, C. (2005). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Colección Jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
- LANDROVE, G. (1983). *Las Consecuencia Juridicas del Delito 2a Ed.* Barcelona: Bosch.
- OCEANO. (2000). *DICIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*. LIMA PERÙ: OCEANO.
- Peru, m. d. (viernes de abril de 2016). *misnisterio de justicia web peru*. Recuperado el viernes de 05 de abril de 2016, de <http://spij.minjus.gob.pe>:
<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
- POZO, H. (2008). *Pena de Muerte y Política Criminal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PRADO SALDARRIAGA, V. (2002). *Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú*. Lima: Gaceta Juridica.
- torres, G. c. (2004). *DICCIONARIO JURIDICO*. LIMA PERÙ: EDITORIAL HELIASTA.
- tukiman, G. F. (2011). <http://www.margen.org/tesis/tesis2.pdf>. Recuperado el viernes 29 de abril de 2016, de <http://www.margen.org/tesis/tesis2.pdf>
- UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, M. B. (2006). <http://www.unipamplona.edu.co>. Recuperado el 29 de abril de abril de 2016, de <http://www.unipamplona.edu.co>:
http://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/hermesoft/portallG/home_1/recursos/tesis/contenidos/pdf_tesis/02052007/violacion_sexual_una_mirada.pdf
- WIKIPEDIA. (VIERNES de ABRIL de 2016). *WIPEDIA*. Recuperado el 29 de ABRIL de 2016, de https://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADas_sobre_la_funci%C3%B3n_de_la_pena
- WordPress.com, J. a. (2016). *Just another WordPress.com*. Recuperado el 6 de abril de abril de 2016, de [Just another WordPress.com](https://bohemiaguerrera.wordpress.com/control-social-sistema-penal-y-derecho-penal/analisis-y-reflexion-sobre-las-teorias-de-la-pena/):
<https://bohemiaguerrera.wordpress.com/control-social-sistema-penal-y-derecho-penal/analisis-y-reflexion-sobre-las-teorias-de-la-pena/>