PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Centro de Investigaciones Judiciales
Equipo Técnico Institucional de Implementación
del Código Procesal Penal

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL PENAL Y PROCESAL PENAL

Participantes Cortes Superiores de Justicia
Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Callao, Cañete, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Huaura, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Lima Este , Lima Norte, Lima Sur, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martin, del Santa, Sullana, Tacna, Tumbes, Ucayali y Ventanilla

Cajamarca, 10 y 11 de junio de 2016

Justicia Honorable, País Respetable

Edición

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial (CIJ)
Palacio Nacional de Justicia – 2do. Piso
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n
Cercado de Lima – Perú
Teléfono: 410-1010 anexos: 11573 - 11575
www.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij

Unidad de Plenos Jurisdiccionales y Capacitación
Equipo:

- Liz Anabel Rebaza Vásquez (Coordinadora)
- Miguel Ángel López Castro
- Katherine Bernarda Llanos Gutiérrez
- Marcos Omar Moran Valdez
- Cristóbal Antonio Solis Montañez
- Enrique Bruno Otárola Chávez
- Javier Alfredo Escalante Gómez
- Gabriela Daniela Cuadros Correa
- Rosario del Pilar Jara Huarcaya

El contenido de los textos que aparecen en el presente material de lectura es responsabilidad exclusiva de los autores y no compromete la opinión del Centro de Investigaciones Judiciales o del Poder Judicial.

Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República

Víctor Ticona Postigo
Presidente

Ramiro Eduardo de Valdivia Cano
Francisco Artemio Távara Córdova*
Enrique Javier Mendoza Ramírez
Vicente Rodolfo Walde Jáuregui
César Eugenio San Martín Castro
Javier Villa Stein
José Luis Lecaros Cornejo
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Jacinto Julio Rodríguez Mendoza
Duberli Apolinar Rodríguez Tineo
Josué Pariona Pastrana
Ana María Aranda Rodríguez
Javier Arévalo Vela
Jorge Luis Salas Arena
Elvia Barrios Alvarado
Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi
César José Hinostroza Pariachi
Ángel Henry Romero Díaz
Héctor Enrique Lama More

* Con Licencia Constitucional, Preside el Jurado Nacional de Elecciones.

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Víctor Ticona Postigo
Presidente

Ramiro Eduardo de Valdivia Cano
Juez Supremo

José Luis Lecaros Cornejo
Juez Supremo

Augusto Ruidías Farfán
Juez Superior

Rosa Amelia Vera Meléndez
Juez Especializado

Alfredo Álvarez Díaz
Representante de los
Colegios de Abogados del Perú

Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales

José Luis Lecaros Cornejo
Juez Supremo Titular
Presidente del Consejo Consultivo

María del Carmen Gallardo Neyra
Juez Superior Titular

Omar Abraham Ahomed Chávez
Juez Especializado

Zoila Nelly Cecilia Puican Villacrez
Juez de Paz Letrado

Centro de Investigaciones Judiciales

Helder Domínguez Haro
Director

Equipo Técnico Institucional
de Implementación del Código Procesal Penal

José Luis Lecaros Cornejo
Presidente
Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia

Consejo Consultivo del Equipo Técnico Institucional
de Implementación del Código Procesal Penal

Duberli Apolinar Rodríguez Tineo
Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia

José Antonio Neyra Flores
Juez Supremo Provisional de la Corte Suprema de Justicia

Susana Ynés Castañeda Otsu
Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima

Willian Timaná Girio
Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Huaura

Secretaria Técnica

Alejandrina Luglio Mallima
Equipo Institucional de Implementación del Código Procesal Penal
Poder Judicial

Comisión de Actos Preparatorios

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

Oscar Gilberto Vásquez Arana
Presidente
Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Carlo Magno Cornejo Palomino
Integrante
Corte Superior de Justicia del Arequipa

Erazmo Armando Coaguila Chávez
Integrante
Corte Superior de Justicia de Ica

Juan Rodolfo Zamora Barboza
Integrante
Corte Superior de Justicia de La Libertad

Juan Riquelme Guillermo Piscoya
Integrante
Corte Superior de Justicia de Lambayeque

César Augusto Vásquez Arana
Integrante
Corte Superior de Justicia de Lima Sur

Índice General

	Presentación	Pág.
	Temas	
	1. El actor civil **Sub Tema 1** Requerimiento acusatorio y el monto de la reparación civil cuando hay actor civil constituido. ¿El representante del Ministerio Público debe consignar el monto de la reparación civil como requisito formal de su acusación conforme a lo dispuesto en el artículo 349° numeral 1 literal g), aunque exista actor civil constituido? **Sub Tema 2** Etapa en la que debe decretarse el abandono de la constitución en parte del actor civil y las consecuencias que ello genera. ¿En qué etapa del proceso común se debe decretar el abandono de la constitución en parte del actor civil y cuáles son las consecuencias que ello genera?	16 18
	2. Procedencia de la libertad al cumplirse la mitad de la pena, durante el trámite del los recursos de Apelación y Casación, así la condena no haya quedado consentida, de conformidad con lo establecido en el artículo 274.4 NCPP ¿Debe establecerse, si durante el trámite del recurso de Apelación o de Casación, se tome en cuenta si se encuentra vigente el plazo legal de la Prisión Preventiva o si en su caso antes del pronunciamiento de fondo, al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, se procederá a la libertad, según lo establece el artículo 274.4 NCPP?	189
	3. La prescripción y la suspensión de los plazos de prescripción. ¿Los Acuerdos Plenarios 1-2010/CJ-116 y 3-2012/CJ-116 ratifican la validez de la institución de la suspensión de la prescripción de la acción penal, recogida en el artículo 339° del Código	411

	Procesal Penal, sin embargo, no está definido si el cómputo de plazos de prescripción y de suspensión, son independientes o indistintos; y, si la suspensión de plazos de prescripción opera en los procesos donde no existe Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria?	

Presentación

Presentamos con mucho agrado la selección de lecturas que hacemos entrega a los jueces de las 33 Cortes Superiores de Justicia del país y la Sala Penal Nacional, participantes en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal, que se celebra en esta noble ciudad de Cajamarca.

Es propósito de los organizadores conjugar esfuerzos para que la realización de tan significativo certamen institucional se desarrolle de la forma más óptima esperada; y, en tal sentir, los materiales aquí reunidos no tienen otro propósito que el de secundar la necesaria discusión que en el seno del trabajo de talleres y en el debate de las posiciones en el pleno, ha de desarrollarse a fin de dar respuesta a las puntuales interrogantes planteadas.

Cabe resaltar que el pleno programado se concreta en ejecución del Plan Anual de Plenos Jurisdiccionales Superiores Nacionales y Regionales 2016, para el presente año y de conformidad con lo previsto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; actividad cuya organización es delegada a la Unidad de Plenos Jurisdiccionales y Capacitación –órgano de línea del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial–, con el valioso concurso del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Código Procesal Penal del Poder Judicial (ETII Penal) en calidad de coorganizador en virtud a la especialidad, la Corte Superior de Justicia de Cajamarca –sede anfitriona- en coordinación con las respectivas Comisiones de Actos Preparatorios integradas por Jueces de los Distritos Judiciales representados en el pleno.

En el caso del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal de Cajamarca, es de destacar que a raíz del conjunto de profundas reformas de la justicia penal –proceso que el Poder Judicial se ha comprometido a liderar–, se vienen identificando diversos problemas hermenéuticos cuya solución debe ser confiada a la capacidad interpretativa de los jueces.

En esa tarea, la necesidad de concertar criterios aparece como una premisa necesaria para el cabal desarrollo de la función de resolver los conflictos e incertidumbres jurídicas sometidas a la justicia ordinaria, y para fortalecer la seguridad jurídica del país sobre la base de una cultura de la predictibilidad de las resoluciones jurisdiccionales.

Hacemos llegar entonces a los participantes del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal de Cajamarca, el respectivo Material de Trabajo, cuya consulta esperamos sea provechoso para los fines aquí expresados.

Centro de Investigaciones Judiciales

TEMA N° 1

EL ACTOR CIVIL

SUB TEMA 1

EL REQUERIMIENTO ACUSATORIO Y EL MONTO DE REPARACIÓN CIVIL, CUANDO HAY ACTOR CIVIL CONSTITUIDO

¿El representante del Ministerio Público debe consignar el monto de la reparación civil como requisito formal de su acusación conforme a lo dispuesto en el artículo 349° numeral 1 literal g), aunque exista actor civil constituido?

Primera Ponencia

Conforme al artículo 349° numeral 1 literal g) del Código Procesal Penal, el Fiscal en su requerimiento acusatorio, debe indicar el monto de la reparación civil, aún cuando el agraviado no se haya constituido en actor civil.

Segunda Ponencia

Cuando existe actor civil constituido, el Fiscal no debe incluir en su requerimiento acusatorio el monto de la reparación civil, porque conforme al artículo 11° numeral 1 del Código Procesal Penal, ha cesado su legitimidad para intervenir en el objeto civil del proceso.

Fundamentos.

El sector que considera que el Fiscal sí debe indicar en su requerimiento acusatorio un monto de reparación civil, sustenta su posición en la exigencia prevista en el artículo 349° numeral 1 literal g) del Código Procesal Penal que prescribe que la acusación será debidamente motivada y contendrá *"El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo"*. Esto es así, porque haciendo una interpretación sistemática con lo dispuesto en el artículo 350° numeral 1 literal g), la precisión de ese monto en la acusación escrita es la condición para que el actor civil reclame su incremento o extensión. El artículo 11° numeral 1 del código Procesal Penal no puede interpretarse como una pérdida total y exclusión de la facultad de solicitar la reparación civil en el

requerimiento acusatorio, pues, podría darse el caso que existiendo actor civil constituido, este no concurra al juicio oral, y en consecuencia debe ser el Fiscal quien sustente la pretensión civil, más aún cuando conforme al artículo 92° del Código Penal, la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. En consecuencia, independientemente de que exista o no actor civil constituido, es obligación del Fiscal, indicar un monto de reparación civil en su requerimiento acusatorio; más aún si se debe asegurar la protección de la víctima, que en la práctica no participa de manera activa en el proceso penal.

El otro sector, considera que sí el agraviado se ha constituido en actor civil, por mandato del artículo 11° numeral 1 del Código Procesal Penal, ha cesado la legitimidad del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso. En esa línea, en atención al principio de legalidad procesal, el Fiscal no está legitimado para indicar un monto de reparación civil en su requerimiento acusatorio.

SUB TEMA 2:

ETAPA EN LA QUE DEBE DECRETARSE EL ABANDONO DE LA CONSTITUCIÓN EN PARTE DEL ACTOR CIVIL Y LAS CONSECUENCIAS QUE ELLO GENERA

¿En qué etapa del proceso común se debe decretar el abandono de la constitución en parte del actor civil y cuáles son las consecuencias que ello genera?

Primera Ponencia

Es posible decretar el abandono de la constitución en parte del actor civil en la Etapa Intermedia, previo apercibimiento, en el auto que fija fecha para la audiencia de control de acusación. La declaración de abandono conlleva a la pérdida del derecho del agraviado a reclamar reparación civil en el proceso penal, y por tanto en la Etapa de Juzgamiento ya no se debatirá reparación civil ni se fijará en la sentencia.

Segunda Ponencia

No es posible declarar el abandono de la constitución en parte del actor civil en la Etapa Intermedia, puesto que el artículo 351° numeral 1 del Código Procesal Penal establece que no es obligatoria su participación. El abandono se decretará en la Etapa de Juzgamiento, pero al haber recuperado el actor civil su calidad de agraviado, el Ministerio Público debe reasumir el objeto civil del proceso, y por ende, el órgano jurisdiccional deberá fijar un monto de reparación civil en la sentencia.

Tercera Ponencia

La declaración de abandono de la constitución en parte del actor civil, solo puede decretarse en la Etapa de Juzgamiento conforme al artículo 359° numeral 7 del Código Procesal Penal; sin embargo, careciendo de legitimidad del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso, no puede reasumirlo, estando impedido el órgano jurisdiccional de debatir la reparación civil y menos fijar reparación civil en la sentencia.

Fundamentos

El sector que considera que el abandono de la constitución del actor civil en parte puede decretarse en la Etapa Intermedia, previo apercibimiento de tal sanción en el auto que fija fecha para la audiencia de control de acusación, parte de la premisa que en la Etapa Intermedia el actor civil tiene la obligación de formular su pretensión civil y sustentarla en la audiencia preliminar, por cuanto conforme al artículo 11° numeral 1 del Código Procesal Penal ha cesado la legitimidad del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso. En ese escenario, el Ministerio Público no puede hacer suya dicha pretensión, ni menos tiene la obligación de ofrecer o actuar medios de prueba que acrediten este extremo. Producida la declaración de abandono de la constitución en parte del actor civil, el agraviado pierde el derecho a reclamar reparación civil en el proceso penal, la cual no puede ser objeto de debate en la Etapa de Juzgamiento ni menos fijarse en la sentencia, pudiendo recurrir a la vía extrapenal para hacer valer su derecho.

El otro sector, considera que no es posible decretar el abandono del actor civil en la Etapa Intermedia, puesto que el artículo 351° numeral 1 del Código Procesal Penal establece que no es obligatoria su participación; en consecuencia, en atención al principio de legalidad procesal, su no asistencia a la audiencia de control no puede generar una sanción de esa naturaleza. Conforme al artículo 359° numeral 7 del Código Procesal Penal, la declaración de abandono se produce en la Etapa de juzgamiento, pero al recuperar el actor civil la calidad de agraviado, es el Ministerio Público quien debe reasumir y sustentar el objeto civil del proceso, sobre las bases de las pruebas que se han ofrecido para tal efecto; consecuentemente el órgano jurisdiccional, está habilitado para fijar un monto de reparación civil en la sentencia.

Finalmente, el tercer sector comparte la postura que la declaración de abandono del actor civil solo es posible efectuarla en la Etapa de Juzgamiento conforme a lo prescrito en al artículo 359° numeral 7 del Código Procesal Penal. Sin embargo, en la medida que el Fiscal perdió legitimidad para intervenir en el objeto civil del proceso (artículo 11° numeral 1 del Código Procesal Penal, no corresponde que el Fiscal lo reasuma, ni menos que se debata en juicio, estando impedido el órgano jurisdiccional de fijarlo en la sentencia.

Nº	DOCUMENTOS DE TRABAJO	PÁG
	LECTURAS NACIONALES	
1.	NEYRA FLORES. José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Idemsa. Tomo I. Primera edición. Lima 2015. Pág. 415 – 423.	23
2.	ARBULÚ MARTÍNEZ. Victor Jimmy. *Derecho Procesal Penal*. Legales Ediciones. Tomo 1. Lima 2013. Pág. 374 - 389.	31
3.	PEÑA CABRERA FREYRE. Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Rodhas. Lima 2006. Pág. 251 - 263.	41
	ARTÍCULOS ELECTRÓNICOS	
4.	DEL RÍO LABARTHE. Gonzalo. *"La acción civil en el Nuevo Proceso Penal"*. Pág. 221 – 233. [En Internet]. Consulta 15/05/16. Enlace en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085158.pdf	51
5.	GÁLVEZ VILLEGAS. Tomás Aladino. *"El Ministerio Público y la reparación civil proveniente del delito"*. Pág. 179 – 251. [En Internet]. Consulta 12/05/16. Enlace en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2011_10.pdf	61
6.	GUILLERMO BRINGAS. Luis Gustavo. *"Aspectos fundamentales del resarcimiento económico del daño causado por el delito"*. Pág. 1 – 23. [En Internet]. Consulta 10/05/16. Enlace en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6F06C014430525?F7C00627CD5/$FILE/Ilecip_Rev_004-02.pdf	83
7.	MORI LEÓN. Jhuly. *"El derecho de resarcimiento del daño sufrido por las víctimas de delitos y el Código Procesal Penal"*. [En Internet]. Consulta 12/05/16. Pág. 85 – 102. Enlace en: file:///D:/Documents%20and%20Settings/Emontoyao/Mis%20documentos/Downloads/514-1076-1-PB.pdf	97
8.	MARÍN G. Juan Carlos. *"La acción civil en el Nuevo Código Procesal penal chileno: Su tratamiento procesal"*. Pág. 11 – 44. [En Internet]. Consulta 17/05/16. Enlace en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%206/LA%20ACCION%20CIVIL%20EN%20EL%20NUEVO%20CODIGO%20PROCESAL%20PENAL%20CHILENO.%20SU%20TRATAMIENTO%20PROCESAL.pdf	109

9.	VILELA CARBAJAL, Karla. *"La parte civil en el Nuevo Código Procesal Penal"*. Pág. 249 – 167. [En Internet]. Consulta 17/05/16. Enlace en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/EBD889F8997576D105257E82007E9B10/$FILE/2_13-Karla-Vilela.pdf	129
LECTURA INTERNACIONAL		
10.	ASENCIO MELLADO, José María. *La acción Civil en el Proceso Penal: Dictamen jurídico El salvataje financiero*. Ara Editores. 1 Edición. Lima 2010. Pág. 41 – 58.	141
JURISPRUDENCIA		
11.	MINISTERIO PÚBLICO. Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Cusco. Exp. N° 0489-2013. Cusco, 10 de setiembre de 2014.	153
12.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria. Exp. N° 00489-2013. Cusco, 26 de diciembre de 2013.	163
13.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO. 1° Juzgado de Investigación Preparatoria. Exp. N° 00231-2013. Cusco, 16 de setiembre de 2014.	169
13.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria. Exp. N° 00489-2013. Cusco, 27 de diciembre de 2014.	173
14.	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116. Lima, 6 de diciembre de 2011.	183

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

El Actor Civil

ANEYRA FLORES, José Antonio. Tratado de Derecho Procesal Penal. Idemsa. Tomo I. Primera edición. Lima 2015. Pág. 415 – 423.

menores de edad deben de tener una persona de confianza a su costado para que sus manifestaciones y otras actuaciones la hagan de manera que no afecte sus derechos.

El CPP señala también que el agraviado tiene el deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral, lo cual es la correspondencia de su actuación de sujeto procesal, pues así como tiene derechos también tiene deberes para con el proceso.

8.1.3. Designación de apoderado común

Señala el Art. 97° del CPP que cuando se trate de numerosos agraviados por el mismo delito, que se constituyan en actor civil, si el Juez considera que su número puede entorpecer el normal desarrollo de la causa, siempre que no existan defensas incompatibles, representen intereses singulares o formulen pretensiones diferenciadas, dispondrá nombren un apoderado común, además, en caso no exista acuerdo explícito el Juez designará al apoderado.

Como se aprecia el agraviado goza de los derechos de participación y del derecho a la verdad por el solo hecho de serlo, de esta manera el ordenamiento jurídico le da una correcta protección.

8.2. Actor civil en el CPP

Es aquel que se constituye como tal para poder entablar una pretensión resarcitoria, es decir, ejercitar la acción civil en el proceso penal, en la medida que resulten perjudicados directos de los hechos.

Dado que los hechos delictivos suelen generar consecuencias en el patrimonio de otro sujeto, la víctima, que es privada de una cosa propia (como el delito de robo) o que padece el daño o el perjuicio que el delito provoca (como en el delito de lesiones o de incendio)[109].

[109] MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. P. 123.

Cuando con la comisión del delito se ataca o lesiona un bien jurídico particular, surge por un lado la pretensión punitiva del Estado y, por otro, la pretensión del particular para que se le repare por el daño sufrido. Esta última pretensión será satisfecha mediante la atribución de responsabilidad civil en el proceso penal[110].

Comúnmente se ha considerado al delito como origen de la responsabilidad civil. Así, ASENCIO MELLADO señala que la confusión más generalizada, aunque ya hoy minoritaria en el conjunto del derecho comparado, es aquella que tiene como origen el entender que la responsabilidad civil que se exige en el proceso penal deriva de la comisión de un hecho delictivo y precisamente por ser éste un delito o falta[111].

Este entendimiento erróneo ha llevado a que, durante muchos años en el Derecho Comparado, la resolución de la cuestión civil se vinculara a la emisión de una sentencia condenatoria, fenómeno ya hoy superado[112].

La responsabilidad civil emana de un hecho ilícito, independientemente que sea o no delito, y no dejará de serlo por el hecho de que se ejercite la acción civil en un proceso penal.

Pues la naturaleza privada de la pretensión resarcitoria esta, por tanto, determinada por la naturaleza, privada y personal, del interés que constituye su contenido y no por la forma como se ejercita ante el órgano jurisdiccional[113].

Esa independencia conlleva a determinar que la inexistencia de delito no extingue necesariamente la acción civil. Así, nuestro artículo 12 inciso 3 del CPP 2004 establece que la sentencia absolutoria o el

[110] GALVEZ VILLEGAS, Tomás. *El ministerio público y la reparación civil proveniente del delito*. (en) HURTADO POZO, José. *Ministerio Público y proceso penal*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2014. p. 184.

[111] ASENCIO MELLADO, José María. La Acción Civil en el Proceso Penal. I edición. AÑA EDITORES. Lima. 2010. p.42.

[112] Idem. p. 43.

[113] GALVEZ VILLEGAS, Tomás. Ob. Cit. p. 185.

auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.

En ese mismo sentido, el Acuerdo Plenario Nº 5- 2011/CJ-116 establece que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la jurisdicción debe renunciar a la reparación de daño que se ha producido del hecho que constituye objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito– no puede ser calificado como infracción penal.

Se concluye que la responsabilidad civil depende de la producción de un daño reparable causado por un hecho ilícito, mas no de que ese hecho sea calificado como delictivo.

Entonces ¿la acción civil es accesoria de la penal?, dicha interrogante emana de lo señalado anteriormente, ya que el hecho de considerar a la acción civil accesoria de la penal, dándole un contenido erróneo a dicho principio, conlleva a vincular la responsabilidad civil a la declaración del hecho ilícito como delictivo.

La circunstancia de que un mismo hecho histórico en ocasiones pueda ser fuente de dos tipos de obligaciones, una de naturaleza civil y otra penal no significa, en modo alguno, que una de ellas, en este caso la privada, derive de la otra[914].

La acción civil derivada del delito, cuando se ejercita en el proceso penal, no constituye otra cosa que una simple acumulación de pretensiones, cuyo fundamento radica (...) en la economía procesal, la resolución en un solo procedimiento de pretensiones que, diferidas cuando se interpreta inadecuadamente la accesoriedad, causan graves inconvenientes[915].

La economía procesal es el único fundamento de la acumulación, ningún otro cabe hallar y ningún interés fuera de éste cabe invocar por la parte civil actora para el mantenimiento de su pretensión en el ámbito penal[916]. Pero no solo permite economizar gastos y tiempo, tanto en la Administración de Justicia como al perjudicado, sino también sirve para dispensarles una pronta satisfacción a estos últimos[917].

Sucede, sin embargo, que la mencionada economía procesal, cuando la acción civil se mantiene ligada a la penal, a su subsistencia, ha de ser entendida en relación con el presupuesto procesal del orden público de la competencia objetiva; ya que la acumulación de la pretensión civil a la penal genera esa atribución de competencia, pero limitada a los casos expresos que la ley determina (...)[918].

Se debe tener presente que la naturaleza de la acción civil es privada y el hecho de que se lleve acumulativamente con la acción penal, no pierde dicha naturaleza. Ya que si la responsabilidad civil, siguiendo a AMAYA ARNAIZ[919], surgiese del hecho delictivo y por ello compartiese su naturaleza pública o sancionadora, debería regir respecto de la misma el principio de personalidad de las penas y, por consiguiente, no podría en ningún caso establecerse como lo han hecho los distintos Códigos penales de nuestra tradición histórica la responsabilidad de terceras personas que no han tenido participación alguna en el hecho delictivo y que, por lo tanto, no se lo puede imponer una pena. Esto puede y debe ser así porque nos encontramos ante una responsabilidad de carácter privado que no responde al concepto de pena, sino a la obligación de reparar los daños ocasionados con la conducta infractora.

8.2.1. Legitimidad

El legitimado ordinario del ejercicio de la acción civil es el perjudicado del daño causado por el hecho ilícito, así, puede considerar ejercerla en el proceso penal o ante la jurisdicción civil, pero una vez que se opte por una de ellas, la acción no podrá deducirse en la otra

914 ARNAIZ SERRANO, Amaya. Ob. Cit. p.38.
915 ASENCIO MELLADO, José María. Ob. cit. p.45.

916 Idem. p. 46.
917 ARNAIZ SERRANO, Amaya. Ob. Cit. p.42.
918 ASENCIO MELLADO, José María. Ob. Cit. p. 46.
919 ARNAIZ SERRANO, Amaya. Ob. cit. p. 39.

vía jurisdiccional. Sin embargo, en protección de la acción se ha señalado que cuando la persecución penal no pudiere perseguirse o se suspenda por alguna consideración legal, la acción civil derivada del hecho punible podrá ser ejercida ante el órgano jurisdiccional civil.

Por disposición legal (Art. 11 y demás pertinentes de CPP) y la LOMP (artículo 1), el Ministerio Público está legitimado extraordinariamente para el ejercicio de la acción civil. La obligación del Ministerio Público de ejercitar conjuntamente las acciones civiles y penales, es en razón, por un lado, de evitar que por desconocimiento el perjudicado lo lleve a cabo en otra vía distinta –economía procesal– y, por el otro, por necesitar un mecanismo lo más eficiente y rápido posible para resarcir los daños producidos por el hecho ilícito[420].

Pero, si el perjudicado manifiesta su voluntad de disponer de la misma –bien sea para llegar a un acuerdo transaccional, bien sea para renunciarla o reservarla– hará que el Ministerio Público cese en su obligación de ejercicio conjunto[421].

La legitimación de los actores civiles no es una legitimación amplia como la que podría ostentarse en el proceso civil, sino limitada, única y exclusivamente a la pretensión civil, no penal, aunque pueda en ocasiones, como sucede con el Ministerio Fiscal o el ofendido por el delito en el que (...) se le atribuye una acción penal independiente, ejercer ambas de forma conjunta[422]. Que al actor civil se le otorguen facultades para la integración de los hechos, tanto en la investigación como en el juicio oral, no es porque tenga legitimación para acreditar la fundamentación fáctica de la pretensión penal, sino solo porque

[420] El fiscal GÁLVEZ VILLEGAS, afirma que el fiscal, más allá de contar con la potestad para ejercitar la acción resarcitoria, está obligado a velar por la reparación del daño. (...) pues un aspecto importante del conflicto social generado por el delito es la afectación del interés particular del agraviado y, por esto, además de concretar el ejercicio de la pretensión punitiva y las demás pretensiones a las que se ha hecho referencia, una de las funciones esenciales del Ministerio Público es garantizar el cumplimiento de la reparación civil. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. Loc. Cit. 189.

[421] Idem. p. 43.

[422] AGENCIO MELLADO, José María. Ob. Cit. p. 53.

ambas acciones suelen derivar de unos mismos hechos naturales. Sería absurdo, pues, cuando se trata de favorecer la economía procesal, que el actor civil hubiese de acreditar los hechos mediante actos diferentes a los que sirven para la pretensión penal, máxime cuando son útiles los mismos medios de investigación y prueba[423].

Las reglas que regulan la participación del actor civil en el CPP se encuentran en los Arts. 98° al 106°.

La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria. Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:

a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal.

b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder.

c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión.

d) La prueba documental que acredita su derecho, conforme al artículo 98.

Como se advierte del parágrafo precedente, si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado –que ejerce su derecho de acción civil– precise específicamente el *quantum* resarcitorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede

[423] Ibídem. p. 53 y 54.

penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal[69].

8.2.2. Oportunidad

Teniendo en cuenta que la etapa de investigación preparatoria está constituida por dos sub-etapas: a) las diligencias preliminares y b) la investigación preparatoria propiamente dicha, cabe dilucidar si la petición de constitución de actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria.

Nuestra Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116, establece que no se puede pedir la constitución de actor civil en la fase de diligencias preliminares, debido a que al momento que se viene realizando las diligencias preliminares el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado.

En consecuencia, con la Formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 336.3 del CPP) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado.

8.2.3. Procedimiento

En lo que respecta al trámite jurisdiccional para la constitución del actor civil, el artículo 102 del CPP dispone lo siguiente: "*1. El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día. 2. Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8°.* En razón a ello, surge la siguiente interrogante ¿si el procedimiento de constitución en actor civil debe hacerse obligatoriamente con la celebración de audiencia?

Nuestra Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116, establece que la lectura asistemática del artículo 102, apartado 1), del CPP puede sugerir a algunas personas que el Juez dictará la resolución sin otro trámite que el haber recabado la información y la notificación de la solicitud de constitución en actor civil. Empero, el segundo apartado del indicado artículo precisa que para efectos del trámite rige lo dispuesto en el artículo 8.

Esta última disposición estatuye que el procedimiento requiere como acto procesal central que el Juez lleve a cabo una audiencia con la intervención obligatoria del Fiscal y, debe entenderse así, con la participación facultativa de las otras partes procesales.

En conclusión, el trámite de la constitución en actor civil tendrá que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en artículo I.2 del TP del CPP. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijados en el artículo 202.1 del CPP se refiere al plazo de expedición de la resolución correspondiente –que en el caso del artículo 8 es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo–, pero ésta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia.

Asimismo, establece el Acuerdo Plenario 5-2011/CJ-116, que no es posible deducir de la ley que la audiencia solo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida por el Código Procesal Penal y sería contraria al principio de legalidad. No obstante ello, la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues ésta tiene como presupuesto no solo la vulneración de la ley sino principalmente

[69] Acuerdo Plenario N°5-2011/CJ-116, fundamento 15.

la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento, lesivo a los principios y garantías que le son propios e insustituibles. La nulidad, pues, está condicionada a las infracciones de relevancia constitucional se anotan.

8.2.4. Facultades

Las facultades del actor civil en el CPP están regulados en el Art. 104°, en ese sentido, es todo un plexo organizado de atribuciones señaladas específicamente, destinadas a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil. Además, según señala la norma el actor civil, sin perjuicio de los derechos que se le reconocen al agraviado, está facultado para:

- Deducir nulidad de actuados
- Ofrecer medios de investigación y de prueba
- Participar en los actos de investigación y de prueba
- Intervenir en el juicio oral
- Interponer recursos impugnatorios:

Así, según lo establecido en el artículo 103 del CPP, contra la resolución que se pronuncia sobre la constitución en actor civil procede recurso de apelación. La Sala Penal Superior resolverá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420.

- Intervenir –cuando corresponda– en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos
- Formular solicitudes en salvaguarda de su derecho

Asimismo, según lo establecido en el artículo 105 del CPP, la actividad del actor civil comprenderá también la colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe, pero no le está permitido pedir sanción.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

El Actor Civil

ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy: Derecho Procesal Penal. Legales Ediciones, Tomo I. Lima 2013. Pág. 374 - 389.

Cuando se trate de numerosos agraviados por el mismo delito, que se constituyan en actor civil, si el juez considera que su número puede entorpecer el normal desarrollo de la causa, siempre que no existan defensas incompatibles, representen intereses singulares o formulen pretensiones diferenciadas, dispondrá nombren un apoderado común. En caso no exista acuerdo explícito el juez designará al apoderado (Art. 97).

3. EL ACTOR CIVIL

Es un sujeto procesal que dentro del proceso penal juega su rol accionario relacionado con el objeto de éste, como causa de obligación, pero limitado al campo civil reparatorio e indemnizatorio.

Esa calidad de actor civil, como titular de la acción civil emergente del delito, se adquiere cuando éste se presenta en el proceso penal para constituirse como tal. Para hacerlo el titular debe ser persona capaz civilmente, por cuanto si no lo fuere debe actuar con las representaciones que la ley civil impone para el ejercicio de las acciones civiles[250].

Vásquez Rossi dice que es el sujeto que interviene dentro de un procedimiento penal ya iniciado, promoviendo la acción civil de la que deriva y establece la relación procesal civil anexa a la penal. Su legitimación sustantiva deriva de la postulación de que, por causa de los hechos delictivos por los que se ha accionado penalmente y que dieron lugar al pertinente procedimiento, ha sufrido daños cuya reparación pretende[251].

Para Núñez es la persona física o jurídica que demanda en él, la reparación del daño causado por el hecho que se le imputa a un tercero como delictuoso. El actor civil no es una parte en el aspecto penal del proceso, pero sí lo es en la demanda civil que se sustancia en él[252], es decir, que se le concibe como un proceso civil dentro del proceso penal, definido por la naturaleza de la pretensión.

250 MORAS MON, Jorge. Manual de Derecho Procesal Penal; Abeledo y Perrot. Sexta edición. Buenos Aires, 2004. p. 49.

251 VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Derecho Procesal Penal. Rubinzal Culzoni Tomo II. Buenos Aires 1997. p. 98.

252 NÚÑEZ, Ricardo C. La acción civil en proceso penal. Editorial Córdoba. 2ª Edición. Argentina. p. 105.

En la jurisprudencia constitucional, Exp. N° 0828-2005-HC/TC, Hermilio Porras Choya, del 7 de julio de 2005, se define como parte civil a quien es sujeto pasivo del delito, es decir, quien ha sufrido directamente el daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado; esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito. Así, pueden constituirse en parte civil el agraviado, sus ascendientes o descendientes (incluso siendo adoptivos), su cónyuge, sus parientes colaterales y afines dentro del segundo grado, el tutor o curador.

El NCPP establece que la acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, y que por la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito (Art. 98). Se entiende tanto el agraviado directo como el indirecto.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se llega a una aproximación conceptual del Actor Civil quien es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es la persona que ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito.

Citando al procesalista San Martín Castro, se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir, quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito [Derecho Procesal Penal, 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 259][253].

153 Acuerdo Plenario N° 5-2011. Undécimo considerando.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 en principio se reconoce que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Sin embargo, si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso, tal como lo señala el artículo 11, apartado 1), del NCPP. La intervención del Ministerio Público será por sustitución al representar un interés privado y cesa cuando aparece el actor civil[254].

El Pleno de jueces enfatiza que la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12, apartado 3), que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito– no puede ser calificado como infracción penal.

Si bien este razonamiento de los jueces supremos, es válido por economía procesal, es de advertirse que el juez sólo debe pronunciarse si es que se acredita la relación causal entre el hecho juzgado y el resultado dañoso, y cuando en el ámbito reparativo haya existido una actividad probatoria desde el Ministerio Público o desde el actor civil de tal forma que se tengan los elementos para poder establecer el monto de la reparación civil. Ahora el escenario donde debe dilucidarse este tema sería en una audiencia que si bien no está prevista expresamente en el NCPP, si ya se habilita competencia para decidir sobre este aspecto no veo inconveniente que se genere el contradictorio probatorio en una audiencia adicional.

254 Acuerdo Plenario N° 5-2011. Séptimo considerando.

4. LA REPARACIÓN CIVIL

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se establece que con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aún cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un juez penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el quantum indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones–, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del **principio de economía procesal.**

Citan a Cimeno Sendra, quien sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil [Derecho Procesal Penal. 2ª Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257].

El Pleno de jueces supremos indica que esta opción acumulativa ha sido seguida por el Código Procesal Penal y responde a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

5. CONCURRENCIA DE PETICIONES PARA CONSTITUIRSE EN ACTOR CIVIL

Puede darse el caso de concurrencia de peticiones, y el juez debe resolver dando preferencia a quien lo tiene en el orden sucesorio previsto en el Código Civil. Si existieran herederos que se encuentren en el mismo orden deberán asignar un apoderado común. Si los herederos no se ponen de acuerdo, le corresponde al juez designarlo (Art. 99 del NCPP).

Esta regla se aplicará a socios, accionistas de una persona jurídica afectada por delitos cometidos por sus directivos. Luego de escucharlos a los que se han constituido en actor civil el juez designará apoderado común.

Como referencia jurisprudencial tenemos el EXP. N° 2010-025-03-JIPZ Zarumilla, del dos de marzo del año dos mil diez, que señala:

> *"[...] Resulta pertinente citar el artículo 99° del Código Procesal Penal, en tanto prescribe que tratándose de concurrencia de peticiones, se resolverá siguiendo el orden sucesorio previsto en el Código Civil y, que, tratándose de herederos que se encuentren en mismo orden sucesorio, deberán designar apoderado común o ser designado por el Juez, en caso no haya acuerdo común".*
>
> *"[...] Por tanto, es evidente que, en este caso concreto, el primer orden de la vocación sucesoria corresponde a la hija del occiso, circunstancia que de por sí excluye a don Claudio Nazario Dioses Olaya, quien, se encuentra en segundo orden, circunstancia que conlleva a desestimar su solicitud"*[255].

6. ACTOR CIVIL. REQUISITOS PARA CONSTITUIRSE

El Art. 100 del NCPP establece reglas para la constitución en parte civil. La solicitud se presentará por escrito ante el juez de la investigación preparatoria quien es el competente para resolver en general la constitución. Los problemas surgen cuando se trata de constitución de proceso inmediato pues al no existir investigación preparatoria ni intermedia el control de la acusación se traslada al juez de juzgamiento según la interpretación del Acuerdo Plenario 6-2010 por lo que resulta razonable que al correr traslado a las partes de la acusación el agraviado pueda solicitar la constitución en actor civil y ser resuelta por el juez de juicio oral. Lo fundamental es que dentro de este proceso especial se tutele los derechos del agraviado.

255 Comisión Especial de Implementación del CPP. Jurisprudencia Nacional. Código Procesal Penal. Lima, 2012, p. 108.

7. CONTENIDO DE LA SOLICITUD BAJO SANCIÓN DE INADMISIBILIDAD

a) Las generales de ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de ley de su representante legal para efectos que se encuentre debidamente individualizado el destinatario de la futura reparación civil.

b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder.

c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión, esto es una aproximación al daño que se le ha ocasionado.

d) La prueba documental que acredite su derecho, como documento de identidad, poderes.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se hace un desarrollo de los requisitos formales para la constitución en actor civil quien es el titular de la acción reparatoria, y sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado del delito. La naturaleza de la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial y de allí proviene la denominación del titular de ella: "actor civil".

Como criterio los jueces supremos se establece que el solicitante deberá sustentar en el proceso cómo es que ha sido perjudicado por la conducta imputada al investigado y como el daño sufrido puede ser resarcido. Si bien en muchos casos se admite que hay un componente moral en la colaboración del actor civil en el proceso a fin de aportar con elementos que permitan probar la comisión del ilícito, lo cierto es que todas las facultades de éste apuntan formalmente a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil.

Consideramos que de manera genérica solo podrá ser pasible de obtener una reparación civil cuando se acredite la comisión del delito y el daño ocasionado. Salvo que en absolución o sobreseimiento se pruebe la relación causal del hecho con el daño. En ambos supuestos el actor civil no puede ser solo un actor pasivo sino contribuir en el esclarecimiento dentro de sus limitaciones con el delito aportando información al Ministerio Público.

8. PRECISIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SOLICITADA

El Pleno de jueces supremos establece pautas para la solicitud de la reparación civil muchas veces poco elaborada en los procesos penales por parte del Ministerio Público y del mismo agraviado:

> *"... si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado –que ejerce su derecho de acción civil– precise específicamente el quantum indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica trinosalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal"* [256].

9. ACTOR CIVIL. OPORTUNIDAD Y FORMA PARA SU CONSTITUCIÓN

La norma procesal es muy clara respecto de la oportunidad de constitución que debe efectuarse antes de finalizar la investigación preparatoria (Art. 101 del NCPP).

En la jurisprudencia superior respecto a la oportunidad de constitución tenemos el pronunciamiento de la Sala de apelaciones de la Libertad Exp. N° 160-2008, Trujillo 5 de mayo del 2008 se declaró nula una constitución por extemporánea en un proceso de terminación anticipada. Se argumentó que el agraviado se constituyó de manera extemporánea, pues pese a que fue emplazado de la solicitud de terminación anticipada y de la realización de la audiencia respectiva, no se constituyó como parte en esa oportunidad y además no concurrió a la referida audiencia. Al haberse constituido el actor civil con posterioridad a la sentencia condenatoria que aprobó el referido acuerdo de terminación anticipada, se declaró la nulidad de los actos procesales ocurridos con posterioridad a dicho momento, incluyendo la resolución que concedió el recurso de apelación interpuesto[257].

256 Acuerdo Plenario N° 5-2011. Décimo quinto considerando.

En la jurisprudencia constitucional, Exp. N.° 0828-2005-HC/TC, respecto a la oportunidad de constitución en el Procedimiento Penal de 1940, precisó lo siguiente:

> *"La ley procesal de la materia, en su artículo 57°, le reconoce a la parte civil un conjunto de derechos tales como deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los medios impugnatorios que la ley prevé, formular peticiones en salvaguarda de sus derechos e intereses, solicitar e intervenir en el procedimiento para la imposición, modificación, ampliación o cesación de medidas de coerción o limitativas de derechos, en tanto ello afecte, de uno u otro modo, la reparación civil, sus intereses, así como en los resultados y efectividad del proceso respecto a su ámbito de intervención".*

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se planteó el problema de establecer si se podía constituir en actor civil en la fase de diligencias preliminares, esto es, antes de la formalización de la investigación preparatoria. La respuesta es negativa por el siguiente argumento porque en esa fase:

> *"...el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que nal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 336.3 del*

257 ESPINOZA GOYENA, Julio César. Nueva Jurisprudencia, Nuevo Código Procesal Penal. Reforma. Lima, 2009, p. 355.

LEGALES EDICIONES

Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado"[258].

10. TRÁMITE DE LA CONSTITUCIÓN EN ACTOR CIVIL

El NCPP dice que el juez de la investigación preparatoria, una vez que ha recabado información del fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día y que rige a los solos efectos del trámite, el artículo 8 que establece la realización de una audiencia.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2011 se concluye que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente –que en el caso del artículo 8 es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo–, pero ésta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia. La decisión es impugnable por las partes disconformes (Art. 103.1). La sala superior resolverá.

11. FACULTADES DEL ACTOR CIVIL

Siendo su facultad principal la pretensión reparatoria. Para la materialización de esto se le reconoce sin perjuicio de los que tiene como agraviado, deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la ley prevé, intervenir –cuando corresponda– en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos, y formular solicitudes en salvaguarda de su derecho (Art. 104).

258. Acuerdo Plenario N° 5-2011. Décimo séptimo considerando.

Para que no sea un actor pasivo en el establecimiento de la responsabilidad penal del imputado, el NCPP le reconoce facultades adicionales como la colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe, así como acreditar la reparación civil que pretende. No le está permitido pedir sanción (Art. 105).

En la medida que se ha previsto por economía procesal la acumulaciones de la acción penal y la civil. Si se ha constituido en actor civil el agraviado, esto le impide que presente demanda indemnizatoria en la vía extra-penal. También se prevé que el actor civil se desista, pero la oportunidad es antes de la fiscal. Si lo hiciere así no tiene impedimento de ejercer la acción indemnizatoria en vía civil (Art. 106).

Podemos extraer como conclusiones del referido Acuerdo Plenario N° 5-2011, que si hay absolución o sobreseimiento el juez puede pronunciarse si el hecho declarado ilícito si fue causa del daño. En este caso podrá fijar una indemnización. Otra conclusión es que la acumulación de la acción penal y la acción civil responde a al principio de economía procesal, esto es evitar que el perjudicado encamine su petición indemnizatoria en un proceso civil independiente del penal. En tercer lugar, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho. Por último, la constitución en actor civil debe hacerse en audiencia para garantizar el contradictorio, aun cuando no exista oposición.

12. EL QUERELLANTE PARTICULAR

Quien es ofendido por delito de acción privada, señalado expresamente en el Código Penal, tiene el derecho de convertirse en acusador privado o querellante, quien puede instar ante el órgano jurisdiccional, la sanción penal y pago de la reparación civil contra quien considere responsable del delito en su agravio (Art. 107) presentando necesariamente una querella.

LEGALES EDICIONES

12.1. Requisitos

1. El querellante particular promoverá la acción de la justicia mediante querella que es un acto procesal por que consiste en una declaración de voluntad dirigida al juez solicitando una pena y una reparación civil en contra del querellado.
2. La querella se presenta por escrito que debe contener bajo sanción de inadmisibilidad:
   - La identificación del querellante y, si fuese el caso, de su representante, con indicación en ambos casos de su domicilio real y procesal, y de los documentos de identidad o de registro. Este es un requisito elemental pues se trata de establecer quién es el perjudicado por la conducta del querellado.
   - El relato circunstanciado del hecho punible debiendo entenderse la narración situacional o contextualizada, por ello es que deben existir razones fácticas claras. Un error en la presentación de las querellas y esta es responsabilidad del abogado patrocinante es que no se relata con precisión cuándo ocurrió el hecho, en qué lugar, cual fue la ofensa, cómo se hizo, quiénes estaban en ese momento, de tal forma que se presentan imputaciones vagas y ambiguas que afectan el derecho de defensa del querellado y no centran con claridad que va a ser objeto de prueba. Esto también afecta al mismo querellante porque al ser poco clara la imputación se va tener dificultades para probar los hechos deficientemente presentados.
   - El querellante sustentar su imputación en un tipo penal determinado que subsuma el hecho que pretenden probar, a efectos de imponer la sanción penal. En la práctica, se ve que los querellantes narran un hecho agraviante y demandan por injuria, calumnia y difamación, tipos penales cuyos supuestos de hecho tienen diferencias de tal manera que las razones jurídicas son ambiguas, dispersas y que va a incidir en el resultado del procesado. Aunque esto desde una perspectiva de saneamiento debe ser de-

clarada la querella inadmisible a efectos que el querellante precise el tipo penal que corresponda al hecho que pretende someter a prueba.
   - El querellante debe indicar expresamente quien o quienes son las personas contra la que dirige su acción, lo que implica que las tenga debidamente identificadas y señalado el domicilio a efectos que le llegue el emplazamiento.
   - La precisión de la pretensión penal, esto es, qué pena solicita para el querellado, debiendo cuantificarla en su escrito de querella así como su justificación.
   - La reparación civil que deduce y su justificación que debe consistir en establecer qué clase de daño se le ha causado, patrimonial o extrapatrimonial.
   - El ofrecimiento de los medios de prueba para probar los hechos en el proceso, bajo las reglas de pertinencia, conducencia y utilidad.

12.2. Facultades del querellante particular

El querellante tiene atribuciones que debe ejercitar, en este proceso especial, que son las siguientes según el Art. 109 del NCPP:

- Puede participar activamente en todas las diligencias del proceso en la medida que tiene un rol de acusador privado.
- Ofrecer la prueba de cargo sobre la culpabilidad y la reparación civil del querellado.
- Interponer recursos impugnatorios referidos al objeto penal y civil del proceso.
- Presentar medios de defensa y requerimientos en salvaguarda de su derecho.
- Se representado en el procedimiento a través de un apoderado con poderes especiales para realizar diversos actos procesales en el proceso, lo que no le exime cuando se trata de brindar su declaración. En el caso de personas jurídicas agraviadas será el representante que esta designe.

12.3. Desistimiento

La acción penal en delitos de persecución privada están sujetas al principio dispositivo, depende de su inicio o término de la voluntad del querellante, por lo que se reconoce que el perjudicado puede desistirse expresamente de la querella en cualquier estado del procedimiento, sin perjuicio del pago de costas.

También se considerará tácito el desistimiento cuando el querellante particular no concurra sin justa causa a las audiencias correspondientes, a prestar su declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia. Esto significa que si la voluntad del querellante es no desistirse debe justificar las razones por las que no se hizo presente en las diligencias programas, por ejemplo, una enfermedad repentina presentado para tal efecto un certificado médico. Debe acreditarse, de ser posible, antes del inicio de la diligencia o, en caso contrario, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha fijada para aquella, siendo este un plazo de caducidad.

13. EL TERCERO CIVIL

En el ámbito de la reparación civil puede distinguirse dos tipos de responsables el directo en el que están involucrados los autores y cómplices del hecho delictivo y los responsables indirectos son aquellos que tienen alguna conexión con los autores pero no en el plano de las obligaciones civiles, de las que derivaran las consecuencias patrimoniales en su contra. Ambos responden solidariamente por el pago de la reparación.

La doctrina reconoce al tercero como demandado que según las leyes civiles responde por el daño que el imputado hubiera causado con el de[illegible] (o cuasidelito), puede intervenir en el proceso penal como parte pasiva de la acción civil[259].

Font Sierra –citado por San Martín– dice que la responsabilidad del tercero debe cumplir dos requisitos:

259 NÚÑEZ, Ricardo C. La acción civil en el proceso penal. Editorial Córdoba, II edición. Argentina, 1981, p. 171.

- El responsable directo tenga una relación de dependencia con el tercero civil, es decir, que el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio como sometido aunque sea potencialmente a la dirección y posible intervención del tercero.
- El acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios[260].

En la doctrina procesal española se le conoce al tercero como el responsable civil subsidiario y que adquiere esta condición si se dan estos supuestos:

- Que el infractor y presunto responsable civil subsidiario estén ligados por una relación jurídica o de hecho en virtud del cual el responsable penal principal se encuentre bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera en permanentie, o puramente circunstancial y esporádica de su principal o al menos la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuenten con beneplácito anuencia, aquiescencia del responsable civil subsidiario.
- Que el delito que genere la responsabilidad se inscriba dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad cometido a tarea confiadas a infractor perteneciente a su esfera o ámbito de actuación[261].

En el Código de Procedimientos Penales el Art. 100 señala que cuando la responsabilidad civil recaiga, sobre terceras personas, el embargo se trabará en los bienes de éstas. Estas tienen derecho a ser citadas y podrán intervenir en todas las diligencias que les afecten, a fin de ejercitar su defensa.

Las medidas cautelares pueden recaer sobre sus bienes pero si se declara la irresponsabilidad del inculpado se levantarán las mismas.

260 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Editorial Grijley. Vol 1. Lima, 2001, p. 209.
261 GIMENO SENDRA, Vicente. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Editorial Colex. Madrid, 2001, p.139.

LEGALES EDICIONES

En el NCPP tiene normas reguladoras de la participación del tercero civil como el artículo 111 que dispone que las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, puedan ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil. La intervención de la fiscalía solo se justifica si el agraviado no se ha constituido en actor civil, porque si este existe como tal el fiscal no tiene legitimidad para obrar. En el inciso segundo del citador artículo establece las formalidades de dicha solicitud que deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100 a 102 indicando el nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico con el imputado.

El artículo 100 del NCPP está referido a los requisitos para constituirse en actor civil siendo extensivo al tercero civil. La solicitud de incorporación de tercero civil se presentará por escrito ante el juez de la investigación preparatoria y debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:

- La indicación del nombre del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder.
- El relato circunstanciado y exposición de las razones que justifican su pretensión, es decir el vínculo que tiene el tercero con el imputado.

La oportunidad para presentar la incorporación del tercero civil que deberá efectuarse antes de la culminación de la investigación preparatoria. El juez, una vez que ha recabado información del fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de incorporación de tercero civil resolverá dentro del tercer día.

Si el juez considera procedente el pedido, mandará notificar al tercero civil para que intervenga en el proceso, con copia del requerimiento. Se dará cuenta de inmediato conocimiento al Ministerio Público, acompañando el cuaderno, para que le otorgue la intervención correspondiente. Esta decisión de incorporación no es apelable, solo el auto que deniega la constitución del tercero civilmente responsable (Art. 112 NCPP).

LEGALES EDICIONES

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA BIBLIOTECA CENTRAL

En la jurisprudencia del NCPP tenemos el Exp. N° 2010-045-02-JIP Zarumilla del 9 de julio del 2010 del JIP de ZARUMILLA que dice que la oportunidad y forma de incorporación del tercero civil es la siguiente:

> *"[…] Este Juzgado asume el criterio que, la exigencia normativa es que la solicitud o requerimiento de incorporación de tercero civil se realice antes de la culminación de la etapa de investigación preparatoria, pudiendo ser resuelta con posterioridad; circunstancia cumplida en el caso de autos".*
>
> *"[…] Respecto a la incorporación de Erick Daniel Salvador Jara, este Juzgado considera que el Ministerio Público no ha logrado acreditar que el pretendido tercero civil sea propietario, total o parcialmente, del automóvil participante en el accidente; pues, si bien se alega que por su propia versión es el propietario del indicado bien, habiendo inclusive alquilado al hoy acusado, sin embargo, ello no enerva la validez y eficacia probatoria de la tarjeta de propiedad antes citada, en la cual, como se refiere, se consigna a la empresa de transportes 11 de noviembre como la propietaria del vehículo"*[262].

Es menester agregar que el NCPP fija un conjunto de derechos y garantías del tercero civil, quien los goza en defensa de sus intereses patrimoniales y también de los derechos y garantías que tiene el imputado. Si su rebeldía o falta de apersonamiento, luego de haber sido incorporado como parte y debidamente notificado, no obstaculiza el trámite del proceso, quedando obligadas a los efectos indemnizatorios que le señale la sentencia (Art. 113).

Puede darse el caso que el asegurador sea llamado como tercero civilmente responsable, si este ha sido contratado para responder por la responsabilidad civil.

262. Comisión Especial de Implementación del CPP. Jurisprudencia Nacional. Código Procesal Penal. Lima, 2012, p. 105.

LEGALES EDICIONES

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

La Acción Civil

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal. Editorial Rodhas. Lima 2006. Pág. 251 - 263.

SECCIÓN II
LA ACCIÓN CIVIL

1. [illegible]

Tal como lo mencionamos al inicio de esta monografía, el objeto del proceso penal es la pretensión penal estatal, de ejercicio de una potestad estatal a todos aquellos que vulneraron trágicamente la norma jurídico penal, haciendo, de haberse comprobado su responsabilidad penal mediante una adecuada actividad probatoria de cargo, a su cargo del proveído[illegible]. En otras palabras el derecho penal material únicamente puede materializarse a través del derecho penal procesal, pues, esta es la garantía que asiste del Estado Constitucional de Derecho. La pretensión de imponer penas o medidas de seguridad por parte del Estado se realizan sobre una función esencial que es, establecer un marco de convivencia pacífica en base a la igualdad y a la libertad de los ciudadanos, y esta función del Derecho Penal se cumple con un fin primordial de buscar justicia, valorando objetiva y subjetivamente

Esta pretensión se legitima en tanto tiene la conformidad de la doctrina y del Derecho como sistema valorativo de la vida en sociedad, de ahí que la titularidad del ius puniendi recaiga de forma monopólica en el Estado. Sin embargo, debemos advertir que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal son ambas ramas del derecho público, en tanto, se realizan por el Estado al margen de la voluntad de los involucrados en el delito, y su legitimación se sostiene sobre la necesaria tutela de los bienes jurídicos que ingresan a su ámbito. Sin embargo, en la comisión de los delitos siempre existe un perjuicio a un ofendido sobre el que se plasma en un determinado interés jurídico, cuando ese interés cuya titularidad pertenece a un particular identificado por la conducta criminal. De ahí que se exigiese la teoría del delito como consecuencia jurídica del delito que conozca la pretensión de una acción civil dirigida a lograr una vez el agente criminal el pago de una reparación civil. En este sentido, podríamos identificar plenamente dos finalidades que se evidencian en un solo proceso: la declarativa dirigida a imponer un castigo penal al sujeto infractor, de conformidad a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad y, por otro lado, una función resarcitoria que se dirige a reparar el daño causado por el delito. Teniendo esto en cuenta, podemos decir, que el objeto del Proceso Penal no solo se limita a la pretensión penal estatal [illegible] de una pena [illegible] pues el interés de ofendido también resulta que

contenga determinadas consecuencias jurídicas.[441] también se dirige a la figura de una pena de ofendido por ejemplo de Reparación Civil mediante sobre el legítimo derecho de la víctima de obtener una indemnización por los daños. No olvidemos pues, que una de las funciones del Derecho Penal es la tutela directa de la víctima, de salvaguardar de la reparación de los derechos afectados por la comisión del delito y, son pues de la satisfacción de intereses que el Estado no puede dejar sin protección.[442]

La tutela jurisdiccional efectiva que se compromete en el proceso, debe otorgar garantías sobre los intereses que se someten a su amparo, entonces, el derecho resarcitorio de la víctima cumpla un lugar preferente. Debe presuponer, que el hecho de que la víctima pueda ejercer su derecho patrimonial en el interior de un proceso penal, no significa de ningún modo, que el proceso de la acción penal esté sujeta a una voluntad privada, pues, como hemos mencionado anteriormente, la pretensión punitiva estatal puede indistintamente ser en contra de su voluntad. En suma, entonces, los derechos subjetivos de la víctima en el proceso penal en relación al ejercicio de la acción penal, dirigida a la debida sanción del culpable. La razón que se aduce, por razones de eficacia, en que la víctima o el perjudicado por el delito pruebe participar directa e inmediatamente en el proceso penal al permitir que en breves instantes pueda reparársele en pro de la pronta celeridad y economía de las intervenciones punitivas.[443]

En el interior del Proceso Penal se refuerzan existencias dos pretensiones: una penal y otra civil, la primera de ellas corresponde la titularidad al Ministerio Público en los delitos perseguibles por acción penal pública,[444] mientras que la segunda le corresponde a la víctima o a sus legítimos representantes.[445] ¿Por qué se refuerzan ambas acciones, se determina una vinculación plena? De entrada, diremos que la acción civil es como la acción ejercida normalmente de naturaleza civil[446] y su genial es tutela como se

---

441 Así, Binnewies, J.: Derecho Procesal Penal, cit., p. 371.
442 Andrés Ibáñez, P. M.: Derecho Procesal Penal, cit., p. 109.
443 Fairén Guillén, M.: Derecho Procesal Penal, cit., p. 46.
444 Cabanellas señala, los delitos perseguibles a instancia del ofendido requieren de una querella por parte del perjudicado.
445 Sin embargo, como anteriormente mencionamos, el ejercicio de la acción civil no se encuentra limitada al Ministerio Público sino también de terceros, pudiendo ser ellos: el Actor civil público.
446 Así, Gimeno, al señalar que la pretensión al Derecho Civil es aquella que se materializa, según la opinión mayoritaria, en cuanto concreta quién tiene que ser satisfecho, debe considerarse con el ordenamiento de quien del Derecho Civil. Vease, Gimeno, J.: Derecho Procesal Civil, cit., p. 175 y ss. Véase también en su obra: Derecho Procesal Penal, cit., p. 109 y ss.

interés individualizable propuesto en algún sector de la doctrina jurídico-penal. La necesidad de reforzar ciertas actitudes en los sujetos procesales, parte de la satisfacción del derecho procesal, de economía procesal y de salvaguardar la seguridad jurídica como valor esencial del Estado de Derecho. En efecto, el ofrecimiento de la causa jurídica en todo juicio permite la validez de criterios, y que no resulten la cierta circunstancia ordenadas de las prestaciones públicas y privadas, en un tiempo razonable. Sin embargo, esto no quiere decir, que se reste a la víctima en su legítimo derecho de acudir directamente a la vía civil y ordenar este daño particularmente la indemnización de daños y perjuicios que corresponda, simplemente se plantea la posibilidad de que ambas pretensiones se tramiten en un solo proceso y permita así una solución que satisfaga ambos requerimientos. No obstante que el proceso penal se gradúa a diferencia del proceso civil que es de carácter interno para las partes. Como señala Rocco, es la comprobación que constituye un bien necesario para los ciudadanos, quienes, de otro modo, se verían obligados a sujetar sus acciones.[445] La unidad del hecho puede facilitar un único proceso y decisión a la influencia recíproca de las decisiones, pero en la ausencia de la consecuencia civil por la pena,[446] esto es, la finalidad retributiva no puede considerarse la finalidad compensatoria. Importante en el marco de una duplicidad que se orienta a restablecer la paz social entre el culpable. Dicho en las cosas, nuestro Código Procesal regula la tramitación en la legislación comparada y una unidad mínima en el procedimiento penal.

Se asume importantemente que los fines de la pena son esencialmente preventivos, de evitar la futura comisión de delitos en el futuro, una potestad de fines discursivos sobre el culpable, una advertencia directa sobre la persona del infractor, sometimiento a un tratamiento resocializador. En efecto, la teoría penal de la pena, se castiga en el absoluto en previsión. Empero, los fines de la acción civil son distintos, buscan contener un determinado estado de cosas, de reparar los daños. La clase de consecuencias varían de la comisión del delito. De este, ambas obligaciones serán regidas por fines esencialmente distintos.[447]

Consideramos, que el modelo adversarial adoptado por esta nueva estructura objetiva, se orienta a reivindicar la posición de la víctima en el Proceso Penal y de brindarle sus facultades en orden a sus legítimos intereses

---

441 HIRSCH, A.: *Introducción al Derecho Penal Parte*, cit., p. 336.

442 CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.: *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Actualizado por Jorge Eduardo Vázquez Rossi. Rubinzal - Culzoni Editores. Argentina, 2008, (1), p. 108.

443 ROIG TORRES, Margarita: *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant lo blanch. Valencia, 2000, cit., p. 190.

interés individualizable propuesto en algún sector de la doctrina jurídico-penal. La necesidad de reforzar ciertas actitudes en los sujetos procesales, parte de la satisfacción del derecho procesal, de economía procesal y de salvaguardar la seguridad jurídica como valor esencial del Estado de Derecho. En efecto, el ofrecimiento de la causa jurídica en todo juicio permite la validez de criterios, y que no resulten la cierta circunstancia ordenadas de las prestaciones públicas y privadas, en un tiempo razonable. Sin embargo, esto no quiere decir, que se reste a la víctima en su legítimo derecho de acudir directamente a la vía civil y ordenar este daño particularmente la indemnización de daños y perjuicios que corresponda, simplemente se plantea la posibilidad de que ambas pretensiones se tramiten en un solo proceso y permita así una solución que satisfaga ambos requerimientos. No obstante que el proceso penal se gradúa a diferencia del proceso civil que es de carácter interno para las partes. Como señala Rocco, es la comprobación que constituye un bien necesario para los ciudadanos, quienes, de otro modo, se verían obligados a sujetar sus acciones.[445] La unidad del hecho puede facilitar un único proceso y decisión a la influencia recíproca de las decisiones, pero en la ausencia de la consecuencia civil por la pena,[446] esto es, la finalidad retributiva no puede considerarse la finalidad compensatoria. Importante en el marco de una duplicidad que se orienta a restablecer la paz social entre el culpable. Dicho en las cosas, nuestro Código Procesal regula la tramitación en la legislación comparada y una unidad mínima en el procedimiento penal.

Se asume importantemente que los fines de la pena son esencialmente preventivos, de evitar la futura comisión de delitos en el futuro, una potestad de fines discursivos sobre el culpable, una advertencia directa sobre la persona del infractor, sometimiento a un tratamiento resocializador. En efecto, la teoría penal de la pena, se castiga en el absoluto en previsión. Empero, los fines de la acción civil son distintos, buscan contener un determinado estado de cosas, de reparar los daños. La clase de consecuencias varían de la comisión del delito. De este, ambas obligaciones serán regidas por fines esencialmente distintos.[447]

Consideramos, que el modelo adversarial adoptado por esta nueva estructura objetiva, se orienta a reivindicar la posición de la víctima en el Proceso Penal y de brindarle sus facultades en orden a sus legítimos intereses

---

441 HIRSCH, A.: *Introducción al Derecho Penal Parte*, cit., p. 336.

442 CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.: *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Actualizado por Jorge Eduardo Vázquez Rossi. Rubinzal - Culzoni Editores. Argentina, 2008, (1), p. 108.

443 ROIG TORRES, Margarita: *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant lo blanch. Valencia, 2000, cit., p. 190.

una reparación. Esta tendencia política criminal se muestra sobre el paradigma del "Redescubrimiento de la Víctima": la víctima ha sido una constante olvidada en el Derecho Penal, donde todo el sistema de garantías fue concebido para el imputado y contra de la víctima (unido a ello por la historia y el Humanismo), el cual tuvo la bandera de un Derecho Penal Mínimo. Y, en definitiva, los países jurídica, democrática y humanamente debe brindar a todos los que se someten de alguna forma a la pretensión penal estatal, dentro la víctima, en la obviedad en sobre quien recaen los efectos nocivos del delito, quien sufre una disminución sustancial en su ámbito de libertad. En tal medida, el Proceso Penal en pocas constituirse en una importante reivindicación del ofendido, en dicho proceso el imputado, que debe contar con todas las garantías y facultades para que pueda ejercer una legítima pretensión civil. Un Sistema Procesal Acusatorio debe exigir una correcta ponderación de las garantías de la víctima, no sólo llevado al ejercicio de la acción civil, sino también a un plano ideológico que impregne esta concepción pues sucede en el ámbito de algunos delitos graves, que trascurrido el proceso penal prácticamente dicho fue la tutela la víctima debe ser resguardada por una serie de derechos y de garantías, a fin de que pueda recibir una Reparación Civil proporcional al daño causado a partir de la conducta criminal.

Características de la Acción Civil: 1.- Es indivisible o solidaria, es decir, obliga en su totalidad a todos los autores/partícipes de la conducta delictiva, sin interesar el grado de ajenidad delictiva, sea a título de autor, cómplice, instigador y cómplice. Tal como se dijera en los antecedentes, el pago de la reparación civil es de carácter solidario entre los sujetos penalmente responsables. Puede tratarse también a terceros ajenos a la conducta criminal, como en el caso del tercero civil responsable. 2.- Es privada, porque se encuentra en una pretensión regulada en el derecho privado, cuya legitimidad e interés para obrar pertenece en exclusiva al perjudicado o a sus herederos. Sin embargo, no puede calificarse de exclusivamente privada, tal como se prevé en el artículo 11.1., cuya acción le corresponde también al Ministerio Público. La interposición de esta acción por parte de la víctima se encuentra orientada a su resarcimiento como actor civil. Si bien, desde el Fiscal como el actor civil solicitan un determinado monto por concepto de reparación civil, será finalmente el juzgador quien fije la cuota dineraria. Se puede decir entonces que la acción civil según la nueva estructuración procesal es compensatoria.[232] 3.- Es patrimonial, pues, si bien cataloga también una pretensión de carácter penal o interrogativo, se destinación finalmente es una suma de dinero abonada, que consecuencia el daño causado, el daño

[232] Así, Asi, Martínez Rave, G., op. cit., pp. 101-103.

emergente y el daño moral. Por ser una acción patrimonial es renunciable, transable y conciliable.[233] 4.- Es autónoma en virtud que sea de su titularidad o cumplimiento a diferencia de lo que sucede con la acción penal que es de carácter personalísima, tal como se establece en el artículo 104° del Código Penal. En cuanto a la acción civil también a constituirse en una reivindicación que radica a perjuicio de naturaleza extracontractual, tal como se regula en el derecho privado. 5.- Es alternativa y acumulativa, pues, tal como se establece en el artículo 10.1., el perjudicado por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o en la vía jurisdiccional civil. El hecho de que se le confiera la alternativa al ofendido de ejercitar la acción civil en sede penal o en sede civil confiere un tratamiento autónomo como una expresión de la autonomía personal de aquél (a cual pueda decidirse), pues si este prefiriera no resguarde que el tiempo de la acción penal debe ser concluido en obligatoria. Al escoger una de ellas, no podrá acudir a ambas. En cuanto en el proceso penal, en la medida que no pronunciamiento esté condicionado a la pretensión de la acción penal, y esta no se extinguen mientras subsista la acción penal (artículo 100° del C.P.), así como en ningún jurisdiccional, en tanto, su pronunciamiento está supeditado a un reconocimiento judicial de culpabilidad.

Las prerrogativas que permiten esta actuación, en palabras de Vásquez Rossi, son: a) que se haya ejercido la acción penal, generándose un proceso de tal índole y que el mismo se encuentre en curso, b) que el hecho investigado haya generado perjuicios que hayan afectado los intereses de quien se pretende y que se atribuya responsabilidad pretendida por la comisión de los delitos al imputado,[234] y c) que no se haya accionado en sede civil por los mismos hechos.[235]

Podemos definir a la acción civil como aquella pretensión que se ejerce conjuntamente con la acción penal, que implica una reclamación de carácter patrimonial conferida generalmente a la víctima. No toda de un poder

[233] Las notas distintivas anteriores, se indagan del principio de disponibilidad, en la medida que no obstante se encuentre de un proceso penal, los partes procesales, a diferencia de la acción penal, no se pone fin a la competencia por actitudes, así. Vid. Vásquez Rossi, La disposición del daño causado, op. cit., p. 126.

[234] Esto no significa un pronunciamiento material respecto que implica en el principio de inocencia, pues no todo delito nace aparejado a un sujeto genera de perjuicios patrimoniales, particularmente identificables en el bien jurídico tutelado. En efecto, los delitos de peligro abstracto o delitos en protección una titularidad del derecho, en estos casos, no hay daño perceptible que pueda legitimar la interposición de la acción civil en el proceso penal. En estos supuestos, la tutela que se pretende en los daños que legitima la pretensión indemnizatoria [Vásquez Rossi, J. E., La reparación civil, op. cit., p. 201] normalmente encuentra en la vía civil, el ofendido podrá resolver de ser el caso, una cuestión perjudicial.

del particular ofendido en el orden jurídico y ordenado desde el punto de vista civil en cuanto se prevé responsabilidad por los resultados dañosos en el campo extracontractual.[47] La acción civil de que trata el caso concreto pretende la reparación del daño causado por el delito. En tal virtud, expresiones que la contraída en vigencia de este Código, se traducen en actos concretos en que los agraviados de manera directa utilicen en forma rápida los mecanismos del derecho privado, para reparar la debida lesión de la víctima.

3. FUNDAMENTO Y CONTENIDO

El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, excepcionalmente al perjudicado por el delito. En el perjudicado le corresponde el actor civil, tiene la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso (Art. 11 C). Como ordinariamente, la acción civil es de titularidad exclusivamente, en forma, esta recibe en todo lo correspondiente al ofendido, ahora también al titular de la acción penal. En efecto, el representante del Ministerio Público representa a la sociedad en primer, de ahí su legitimidad de atribuirse la función de ejercitar la acción civil, de reclamar la indemnización a fin de restaurar la paz social alterada por el delito. En base a las disposiciones que este mismo código regula, la víctima para poder ejercitar la acción civil deberá previamente constituirse en actor civil (artículos 107 y ss.), por lo cual, adquiriendo dicha permanencia en litigio que esta proseguirá como parte el agente fiscal.

En función correspondiente a las acciones establecidas en el artículo 107 del Código Penal e incluye, para garantizar la restitución del bien o, siempre que sea posible, la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, con citación de los afectados (Art. 11 D). La acción civil se ejercita a través los mecanismos que establecen la indemnización por daños y perjuicios de índole extracontractual, consagrados por el legislador a consecuencia sobre la responsabilidad penal. Vulgo dicho, el artículo 107 del C.P., establece

[47] CUBAS VILLANUEVA, V., *La reparación procesal penal*, cit., pp. 109
[48] HURTADO POZO, J., *Derecho penal*, cit., p. 999

en que la reparación civil se extiende a la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización por daños y perjuicios. Unanimidad pacífica existe en el caso de los bienes patrimoniales recuperables,[49] pues, en el caso de la vida, el cuerpo y la salud, solo podrá otorgarse la indemnización prevista en el art. 1985 del C.C. Asimismo, la acción civil comprende también la determinación de unidad de los actos perjudiciales que correspondan, ajustados órganos jurídicos asignados a cubrir el pago de la reparación civil, y, para estos efectos, se deberá citar a todos los afectados, a fin de que puedan ejercitar el derecho de defensa y el contradictorio.[50]

4. SUBROGACIÓN, TRANSMISIÓN Y EXTINCIÓN

El perjudicado por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o acudir al Órden Jurisdiccional Civil, pero una vez que se opte por uno de ellos, no podrá dirigirse en la otra vía jurisdiccional (Art. 12.1). Tal como se expresa en líneas precedentes, al ofendido se le confieren dos alternativas para ejercitar la acción civil directamente en el proceso penal, constituyéndose previamente en actor civil, o en su lugar, acudir a la tercera jurisdiccional civil vía indemnización de daños y perjuicios de naturaleza extracontractual. A fin de preservar la seguridad jurídica, no se permite acudir a ambas vías en simultáneo. En efecto, pretendemos que todas la acción civil en el marco del Proceso Penal es una ventajosa tanto para el afectado como para la administración de justicia.

Si la perpetración penal no produce provecho, es una que se dispone la reserva del proceso o un sobreseído por alguna consideración legal, la acción civil derivada de hecho punible podrá ser ejercida ante el Órden Jurisdiccional Civil (Art. 12.2). En buena cuenta, puede acontecer una serie de circunstancias que pueden provocar la conclusión del proceso penal, y de esta forma se impide que la pretensión penal resarcitoria dañosa en la persona del imputado. Sin embargo, tal como hemos hecho hincapié en los apartados anteriores de este mismo, la acción civil se torna en dependiente de la acción penal, si debatida una naturaleza distinta que ejercida en la Jurisdicción Civil, y esta es la garantía que la pretensión protege el legislador, cuando lo contrario la facultad al interesado de acudir a la vía civil cuando se disponga la reserva o la conclusión del proceso penal. El presente puede comprobarse por las siguientes normas legales: cuando se declara fundada la excepción prejudicial (artículo 6.1), la sobreseída la irresponsabilidad del imputado por cualquier motivo (que implica exclusión

[49] Cfr. LEÓN CASTRO, F. A., *Teoría de la prueba*, cit., p. 565.
[50] Concordante con el Art. 1985 del C.C., incorporado por el D. Leg. N° 1070

4. DESISTIMIENTO

posibles vías alternativas al actor civil lesionado en la línea de hecho político ofendido.

El fundamento genérico la obligación del pago de costas (Art. 13.1). En principio la Acción Penal es pública, pero habilitación originada en lesión Arbitrariedad caracterizado por una mayor extensión de los montos pretendidos, en lugar que la determinación de cifras mencionado por parte de estos no excluyentes abocar a los pagos. Los costos serán constituidas por tasas judiciales, gastos judiciales, honorarios de los abogados de la parte vencedora, etc..."[1] (artículo 498 I).

B. TRANSACCIÓN

La acción civil derivada del hecho punible podrá ser objeto de transacción (Art. 14.1). Se admite la disponibilidad que los puros temas del objeto civil del proceso, a diferencia de lo acción penal. Mediante la transacción, las partes realizan concesiones recíprocas y deciden a la controversia. En la transacción solo participan las partes a diferencia de la conciliación judicial, donde el juzgador propone la fórmula conciliatoria.

Una vez que la transacción se formalice ante el Juez de la Investigación Preparatoria, respecto de la cual no se permite apelación del Ministerio Público, el Fiscal se abstendrá de solicitar reparación civil en la sentencia (Art. 14.2). En efecto, hecho determinado probado a pesar de ser legalmente correctamente, debe ser pronunciado judicialmente, esto es, el Juez de la investigación Preparatoria como garante de la legalidad, debe verificar preliminarmente la veracidad del acuerdo transaccional. Sobre este pronunciamiento es el Fiscal no podría promover ejecución, pues se trata de un derecho civil puesto exclusivamente a las partes, siendo así los casos, el agente fiscal está impedido de solicitar la reparación civil en su requerimiento escrito, como pasa previo a la etapa de juzgamiento.

C. REGLAS DE TRANSACCIÓN

El Ministerio Público o el actor civil, según los casos, cuando corresponda aplicar lo dispuesto en el artículo 97° del Código Penal o cuando se trate de bienes ajenos o derechos de carácter disponible, que hubieren sido transferidos a terceros Tratándose de la afectación provocada por el delito, el juez podrá, mediante auto motivado, ordenar la medida de dicha transferencia

[1] No procede la suspensión de costas en los procesos por delitos, faltas, contravenciones, tentativa y colaboración eficaz, así como en los procesos por ejercicio privado de la acción penal o cuando por circunstancias excepcionales así lo decida el juez.

recaído o promover recaído sobre el bien (Art. 15.1). En este caso, que a efectos de obtener el pago de la reparación civil, el sujeto obligado transfiere a terceros civil responsable, realice transferencias concretas con bienes de naturaleza fraudulenta. En tal sentido, de la misma forma que se prevé en el embargamiento civil, la legislación procesal penal requerirá los mismos requisitos de los medios, concretamente con "verdad" la transferencia de bienes que deben ejecutarse por un monto de embargo y de valoración. Para tales casos, el derecho permite confiere al actor civil y al representante del Ministerio Público solicitar la aplicación del artículo 97° del C.P. (Nulidad de los actos jurídicos en detrimento del patrimonio del responsable, esto es, la posibilidad de declarar "nulos" los actos practicados o los obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible, siempre y cuando disminuya el patrimonio del responsable y se hagan imposible para la reparación; sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros).

Estos actos pueden pues producirse con normalidad, en tanto, que lo general, entonces una distancia de tiempo considerable, entre la comisión del delito y los actos propios de persecución penal; la adopción de medidas limitativas de derecho de carácter real (Art. 15 y ss.), por lo tanto, antes de producirse estos artículos con los fines del requisito se convierten imposibilidades de ser afectados por personas ajenas. Un acto jurídico se expide este ejemplo en fin es delito, y no esta claro la división se expresa con la intención del agente de burlar las legítimas aspiraciones que tiene con la víctima. Con la regulación anterior, la declaración de nulidad debía ser tramitada ante el Juez Civil, de conformidad con lo establecido en el artículo 195° del C.P. de 1924, en esta forma, la norma evitaba mayor perjuicio, al permitir que sea en el mismo proceso penal donde se solucione la nulidad de la transferencia, lo que supone enfrentar esta institución con los principios de economía procesal y de celeridad procesal, fundamento sustancialmente a la pena interesada (nulidad). El solicitado en este supuesto los actos jurídicos demandados a efecto el pago de la reparación civil, otro sentido, aquellos actos ejecutados a la posible transferencia de bienes pasibles de ser decomisados de conformidad a lo prevista en el artículo 102° del C.P., aquellos bienes procedentes de la acción criminal o los que han sido utilizados como medios para la realización ilícita del delito en cuestión. Tendrán este último supuesto a efectos de identificar el bien concluyente, como medida preventiva. Asimismo, se dispone que dichos bienes podrán ser objeto

[1] Vid. Mixán Cáceres, O. / Fonseca de la Puente, ob. cit. p. 1013, con dos Ejec. 1000 0 021 1 de 5 F.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

La acción civil en el Nuevo Proceso Penal

DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La acción civil en el Nuevo Proceso Penal". Pág. 221 – 233. [En Internet]. Consulta 15/05/16. Enlace en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085158.pdf

La acción civil en el Nuevo Proceso Penal

GONZALO DEL RÍO LABARTHE

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.- I. NATURALEZA DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL.- II. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004: LA CARRERA DE OBSTÁCULOS.

INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende analizar algunas de las reglas del Nuevo Código Procesal Penal de 2004 (NCPP 2004, en adelante) vinculadas a la regulación del ejercicio de la acción civil en el proceso penal.

Se intenta demostrar que el NCPP sustenta una vieja confusión vinculada a la idea de que la acción civil en el proceso penal deriva del delito, interpretación que conduce a un supuesto interés público o de la sociedad en el pago de la reparación civil o en la reparación del daño que disminuiría, seguramente, su tratamiento procesal.

El NCPP ubica en su real dimensión la participación del MP en el ámbito de la acción civil (artículo I LOMP, artículo 11 NCPP) y establece que su actividad, en el ejercicio de esa pretensión, tiene un carácter esencialmente asistencial. Además, es un instrumento normativo que reafirma la idea de que la acción civil ejercitada en el proceso penal es privada y dispositiva.

Por otro lado, el nuevo proceso penal permite que se ordene el pago de la reparación civil, incluso en aquellos supuestos en los que no existe una sentencia de condena penal; ello involucra una renuncia al viejo modelo de accesoriedad restringida. Además, ubica la actualización hermenéutica de pretensiones en el contexto que debe ocupar, que es el de la celeridad *procesal*.

Este cambio en la concepción del ejercicio de la acción civil en el proceso penal permite entender que la condición de perjudicado y, por tanto, la capacidad que tiene este para constituirse en actor civil no debe analizarse desde la perspectiva de la estructura del tipo delictivo en tanto ella no tiene por qué condicionar la existencia o la inexistencia de un daño. Mucho menos si se tiene en cuenta que hoy el NCPP admite condenar al pago de una reparación civil aun en la sentencia absolutoria y en el auto de sobreseimiento.

* Abogado por la PUCP. Maestro cursando en Derecho en la Universidad de Alicante, España, y el autor de los libros *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal* (Lima: Ara, 2006) y *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio* (Lima: Ara, 2010). Ha sido profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la PUCP y la UPC. Actualmente, es catedrático de la UNMSM y UPAO.

Finalmente, un cambio de esta naturaleza en la visión que se tiene de la acción civil acumulada al proceso penal también debería contribuir a un tratamiento más coherente del sistema, en la identificación del daño y el monto indemnizable, así como a determinar cuál es el rol que debe cumplir el actor civil en el proceso penal.

I. NATURALEZA DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Montero Aroca plantea, con acierto, la confusión que existe en la doctrina en torno a lo que debe entenderse como objeto del proceso penal, y que esa falta de claridad se origina en el mismo punto de partida al mezclar la acción penal con la acción civil y, consiguientemente, el proceso penal y civil que dan lugar a cada una de aquellas.

Mantiene que la confusión proviene de haberse sostenido con normalidad que de todo delito o falta nace una acción penal para el castigo del culpable, que puede nacer también una acción civil para el restablecimiento del perjudicado y que toda persona responsable de un delito o de una falta lo es también civilmente, por lo que hablar de obligaciones civiles que nacen de delitos o faltas no es ajeno a esta confusión[1].

En realidad, debe partirse de la idea de que la responsabilidad civil que se exige en el proceso penal *no deriva de la comisión de un hecho delictivo*: el delito tiene como consecuencia una pena; el ilícito civil, una consecuencia de esa naturaleza. No hay dos tipos de responsabilidad civil por el hecho de que una de ellas derive de un ilícito civil sin repercusión penal y otra lo sea de un hecho que a la vez puede ser considerado como delito[2].

La respuesta judicial a la acción civil nunca lo es *de carácter penal*, sino civil. Consiste en una restitución, en una reparación o en una indemnización. La responsabilidad civil nace porque el hecho produce el daño o porque implica un menoscabo patrimonial de la víctima[3].

En consecuencia, lo que interesa —o lo que debe interesar— al actor civil es que exista un daño reparable, no que el hecho del que deriva sea delito. Un entendimiento erróneo de esta cuestión es lo que ha llevado a que, durante muchos años, en el Derecho comparado, la tramitación de la acción civil se vincule (siempre) a la emisión de una sentencia condenatoria (accesoriedad restringida).

1. Montero Aroca, J. *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Navarra: Thomson Civitas, 2008, p. 303.
2. Alcocer Mercado, Lilli. *La acción civil en el proceso penal. El naufragio*. Barranco, Lima: AAA Editores, 2009, pp. 44-64.
3. Cubillo López, I. y Montón Cotrina. *Derecho procesal penal*. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 169.

Si el MP actúa en interés de la víctima —al proteger ese interés privado— no se explica por qué es necesario que asuma esa introducir una pretensión cuando el agraviado, constituido en actor civil, está ejerciéndola en el proceso. La participación del MP en el ámbito directo por la LOMP, por su propia naturaleza, se dirige al «desagravio», a los casos en los que el perjudicado —por la razón que fuere— aún se ha constituido en actor civil en el proceso penal. No tiene sentido la participación del fiscal en la acción civil cuando el agraviado formaliza su pretensión y participa en el proceso[10].

Lo esencial en el ejercicio de la acción penal es que se realice en representación del Estado para lograr fines de naturaleza pública, y esto lo puede hacer tanto un órgano público como un particular (acción privada). Pero si la naturaleza de la acción civil se quiere mantener incólume, la legislación no puede atribuir la titularidad de ella a un órgano público o a cualquier particular para que actúen de «mi propio» y con independencia de la voluntad del damnificado[11].

Por ello, este estudio no rechaza, de plano, la participación del MP, se debe entender que este actúa en el proceso penal por sustitución. Participa representando un interés privado y, por tanto, no puede actuar con independencia de la voluntad del perjudicado. Incluso, como se verá, su participación cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso.

En este orden de ideas, hasta aquí han sido explicados los dos principales problemas que enfrenta una concepción de la acción civil en el proceso penal desde la perspectiva de una accesoriedad restringida: concretamente, se entiende que la reparación civil solo puede ser decretada si existe una previa sentencia condenatoria. Por otro lado, concebir la participación del MP en el ejercicio de la acción civil como obligatoria es consecuencia de un falso entendimiento de la prevención civil como un «interés público de la sociedad» y de una reparación civil que se asimila a un acto punitivo. Estos problemas son, en gran parte, solucionados por la nueva regulación del NCPP 2004.

II. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

2.1. La participación del MP y la naturaleza privada de la acción civil

El NCPP 2004 regula el ejercicio de la acción civil en el proceso penal en la sección II del Libro Primero (Disposiciones Generales). Esta sección introduce, probablemente, la modificación más importante en torno a la posibilidad de ejercer la acción civil en el proceso penal de los últimos tiempos.

El artículo 11 NCPP establece que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al MP y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del MP para intervenir en el objeto civil del proceso.

En tal virtud, el NCPP mantiene la legitimación extraordinaria del MP, pero siempre que el titular de ese o de esos derechos no intervenga o esté dispuesto a introducir su pretensión. La regulación no admite dudas, queda claro que el MP actúa solo en interés de la víctima. Si no fuera así, el cese de su participación no tendría sentido.

Por ello, el NCPP no rechaza la participación del MP, aunque sí la ubica en su real dimensión como una legítima manifestación del ejercicio de la función fiscal en defensa de la legalidad (artículo 159 de la Constitución) y realizada al amparo del interés de la víctima, cuyos derechos también deben estar garantizados en el ámbito del proceso penal.

La naturaleza absolutamente privada de la acción civil acumulada al proceso penal se aprecia claramente en la regulación de los artículos 12, 13 y 14 NCPP. El artículo 12.1 otorga libertad al perjudicado por el delito para elegir entre el proceso penal o el Orden Jurisdiccional Civil al ejercer su pretensión. La única regla que establece el Código es la imposibilidad de que exista un concurso de pretensiones: la pretensión es alternativa en el sentido de que, al optar por alguna de ellas, no podrá deducir su pretensión civil en otra vía jurisdiccional. Sobre dicha línea, el NCPP también permite que el perjudicado acuda al Orden Jurisdiccional Civil con el propósito de ejercer su pretensión en aquellos casos en los que el proceso penal se suspenda por alguna consideración legal (12.2 NCPP).

Por otro lado, el artículo 13 NCPP permite que el actor civil desista de su pretensión de reparación civil hasta antes del inicio de la etapa intermedia. Ello no perjudica su derecho a ejercerlo en la vía de proceso civil. Finalmente, el artículo 14 consiente que la acción civil sea objeto de transacción. El artículo 14.2 exige que, una vez que la transacción se formalice ante el juez de la investigación preparatoria —transacción a la que el MP no puede oponerse—, el fiscal se abstenga de solicitar reparación civil en su acusación, así se descarta un supuesto interés público o social en la reparación del daño ocasionado por un hecho que, a su vez, es o puede ser considerado como delito.

En tal virtud, esta normativa reafirma la idea de que la acción civil ejercitada en el proceso penal es privada y por ello dispositiva, y esto supone que la regla general, lógica y coherente con el principio dispositivo sea que el perjudicado muestre su voluntad de que en el proceso penal sea ejercitada la acción civil. Además, la sentencia que se dicte durante el

proceso ha de ser congruente con las peticiones de las partes civiles, en tanto que lo dispuesto en las leyes procesales civiles es de aplicación[2].

12.2. Acción civil y sentencia absolutoria

Sin lugar a dudas, la modificación más importante del NCPP en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12.3 NCPP, donde se establece que «la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá[n] al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda».

Una prueba del riesgo de la confusión explicada en este artículo se plantea en el ámbito de la propia redacción de esta norma, incluso cuando constituye un giro sustancial en la interpretación del ejercicio de la acción civil. Como es obvio, luego de la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento, no se puede calificar, como hace el artículo 12.3 NCPP, al hecho como «punible». Se debió utilizar la frase «acción derivada del hecho que constituye el objeto del proceso» o una similar.

La advertencia de este error de redacción es una clara muestra de que, precisamente, no se está ante una acción civil derivada de un hecho punible; como ya se dijo, la responsabilidad civil que se exige en el proceso penal no deriva de la comisión de un hecho delictivo. El delito tiene como consecuencia una pena; el ilícito civil, una consecuencia de esa naturaleza.

Superado el error en la interpretación, esto es precisamente lo que regula el artículo 12.3 NCPP: que se desvanezca la presencia de responsabilidad penal, vía auto de sobreseimiento o mediante una sentencia absolutoria, no significa que la jurisdicción deba renunciar a la reparación de un daño que evidentemente se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho no puede ser calificado como un ilícito penal.

Si la acumulación heterogénea de pretensiones en el proceso penal se justifica en razones estrictamente procesales, vinculadas a la celeridad procesal y a la unidad de respuesta del ordenamiento jurídico, entonces es evidente que no tiene sentido que la sentencia absolutoria o, en su caso, el auto de sobreseimiento impliquen una renuncia a la posibilidad de pronunciarse sobre el daño que puede haber sido perfectamente comprobado durante la sustanciación del proceso.

Mucho menos que la «imposibilidad» de emitir un pronunciamiento en ese extremo obligue al perjudicado a iniciar otra acción en otro orden jurisdiccional civil para que la misma jurisdicción —que es única— se pronuncie, por cuestiones extrañas de especialidad, luego de haber sustanciado dos procesos distintos sobre la base de un mismo hecho. Esto introduce una reproducción de acciones innecesarias y es consecuencia de una errada concepción: al no asumir que aquello es una acumulación heterogénea de acciones, considera equivocadamente que el juez penal «solo» puede pronunciarse con relación a la acción civil frente a la existencia de responsabilidad penal, lo que no guarda sentido alguno con la naturaleza de la acumulación. Esta decisión, que es la que actualmente regula el CPP 1940, no guarda sentido con la celeridad procesal como objetivo y con la concepción de la jurisdicción única.

Desde luego, si el sobreseimiento o la absolución se amparan en la inexistencia del hecho que conforma el objeto procesal, es imposible condenar al pago de una reparación civil en alguna de esas resoluciones. Por inexistencia del hecho, cabe entender solo dos supuestos: (a) cuando está probado que el hecho no ha sucedido y (b) cuando existe probado que el acusado no fue el autor del hecho criminal, pues se entiende que respecto de este el hecho no ha existido[3]. Porque, si bien es cierto que hoy no es necesario acreditar la responsabilidad penal como condición sine qua non de la declaración de la existencia de responsabilidad civil, también es cierto que la declaración acerca de la existencia del hecho —que no es lo mismo— evidentemente condiciona no solo la posibilidad de imponer una pena, sino también la de obligar al responsable al pago de un concepto indemnizatorio.

Fuera de ello, en los supuestos de atipicidad, no punibilidad, presencia de una causa de justificación y, en algún caso, algunas reglas de prescripción no siempre extinguen la acción civil porque, precisamente, existe un daño de carácter civil que, si bien no acredita la presencia de un delito, sí comprueba la necesidad de una indemnización por el daño causado.

Un supuesto clásico que se presenta en muchas ocasiones viene dado por el hecho de que es común que se denuncie a título de estafa lo que en sentido estricto constituye un incumplimiento contractual en el que no media la presencia de dolo o un engaño que configure el tipo delictivo. Sin duda, en este caso se debe decretar el sobreseimiento o la absolución por atipicidad, sin embargo, si se verifica el incumplimiento, el órgano jurisdiccional está obligado a dictar una indemnización por daños y perjuicios en la resolución de sobreseimiento o en la propia sentencia absolutoria.

También es posible que se dé inicio a un proceso penal en el que se impute a determinada persona un delito de daños y, sin embargo, es posible también que en ese procedimiento se establezca que el daño existió, pero que fue ocasionado de forma negligente. El NCPP también permite que

[2] Vid. Manuel Miranda, J.M. La acción civil... Op. cit. pp. 57-58.

[3] Vid. Cubas Villanueva, V.M. «Alcances de la prescripción civil tras la absolución penal por inexistencia del hecho». En Gaceta Jurídica y Fiscalía. Nº 2-2... Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 270-276.

el órgano jurisdiccional obligue al pago de una indemnización por el daño causado aun cuando es imposible sancionar penalmente al responsable por carnal de atipicidad, en tanto existe CP no regula la figura de daños culposos. Otra distinta es que en el proceso penal se demuestre la inexistencia del daño o que este no es imputable al procesado, ni a título de dolo ni a título de culpa. El primer caso se corresponde con un supuesto de inexistencia de responsabilidad penal; el segundo, con un supuesto de inexistencia del hecho o, si quiere, de inexistencia del hecho que ha constituido —en tanto hipótesis— el objeto procesal.

III. CAMBIO DE HÁBITO

Hasta aquí hemos analizado el problema central de la acción civil acumulada al proceso penal, que se ubicaba en una malentendida accesoriedad restringida, hoy superada por la nueva regulación del NCPP que, además, regula con claridad su naturaleza privada y por tanto dispositiva.

A ello se suma el hecho de concebir la participación del MP en la acción civil como una de carácter sustitutivo y, por ende, subsidiario, sin que ello signifique comprender dicha participación como una integrada en el interés público. El fiscal nunca actúa en este extremo de modo propio y con independencia de la voluntad del perjudicado se está, simplemente, ante una legitimación procesal activa que permite introducir la pretensión en el proceso, una legitimación extraordinaria que permite al MP actuar en nombre propio, pero afirmando derechos subjetivos ajenos.

Por último, también se ha analizado como la superación de una concepción de la accesoriedad restringida se ubica en el hecho de que la sentencia penal condenatoria no es más una condición sine qua non de la declaración de responsabilidad civil en el proceso penal, en tanto ella puede ser declarada incluso en la sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento (12.3 NCPP).

Pero existen otros dos problemas fundamentales que son bastante atípicos en la doctrina jurisprudencial y que considero que también son consecuencia, aunque de manera menos directa, de la confusión que ha sido objeto de estudio en este análisis. En nuestro sistema procesal penal no en pocas ocasiones se acerca el análisis de la condición de agraviado desde la errónea perspectiva de la ofensividad penal, como si solo ella fuera de cupo de indicarnos quién es el sujeto perjudicado como consecuencia de la acción u omisión que conforma el objeto del proceso.

Analicemos algunos ejemplos:

1. Juan conduce un vehículo en absoluto estado de ebriedad, colisiona contra el garaje de Pedro y lo destruye.

2. En un concurso público de contratación para la adquisición de bienes por el Estado existe una concertación entre los funcionarios encargados de otorgar la buena pro a uno de los postores, la empresa Concertando. Se entiende que tal infracción causa un perjuicio al erario público o al correcto desenvolvimiento de la administración pública; sin embargo, existe un postor, Ultimate, que invirtió tiempo y dinero en su propuesta y que se encuentra claramente perjudicado por el hecho que es objeto del proceso en lo que podría constituir un supuesto de daño emergente.

3. Ambrín comete un delito de fraude procesal en un proceso civil originado en virtud de una demanda interpuesta contra Santiago por obligación de otorgar suma de dinero. Si bien la conducta de Ambrín, desde la perspectiva del Derecho penal, afecta el normal funcionamiento de la administración de justicia, es evidente que la acción también perjudica económicamente a Santiago.

Si revisamos cuál ha sido la concepción de nuestros tribunales en la aplicación del CPP 1940, se podrá apreciar que en todos estos casos y en casi cualquiera la noción de sujeto pasivo de la acción —o de sujeto pasivo del delito— de dudosa construcción conceptual nada absorbe toda la discusión jurisprudencial incluso en el ámbito de la acción civil, como si solo de ello dependiera la posibilidad de ejercer una acción civil en el proceso.

En estos casos, nuestro sistema procesal penal —sobre todo en aplicación del CPP 1940— nada impide la participación de los perjudicados en el proceso. Por regla general, se sostiene que determinada persona no puede participar en el proceso penal si se tiene en cuenta que, atendiendo a la naturaleza del delito y al bien jurídico protegido por él, no existiría frente a una persona que ha «sentido» como agraviado.

En el primer ejemplo, y sobre la línea de nuestro análisis anterior, se sostendría que no existe la figura de daños culposos. Pero además se sostendría que, ya que en este caso se ha cometido un delito contra la seguridad pública (peligro común), este se realiza en agravio de la sociedad (algunos hacen distinto, en el colmo del absurdo, un delito «contra el Estado»), mas no del particular. Pedro, dueño del garaje hecho añicos.

En el segundo ejemplo, se dirá que el bien jurídico protegido es el «normal funcionamiento de la administración pública» sin caer en cuenta que quien participa involuntariamente de un concurso fraudulento (la empresa Ultimate) se ve seriamente afectada con la violación de las «reglas del juego». No solo se perjudica el Estado, ya sea porque adquiere un bien de menor valor o calidad, ya sea porque seriamente se violan las reglas impuestas para que la adquisición de bienes y servicios se realicen con transparencia. Evidentemente, se perjudica a aquel que participó convencido de que la licitación sería un concurso justo y que

asumió un daño emergente y, eventualmente, un lucro cesante por la realización del hecho que constituye el objeto del proceso.

Lo mismo sucedería con el tercer ejemplo: se dirá que el fraude procesal se realiza en agravio de la administración de justicia y, por tanto, que el agraviado no puede ser un particular. Sin embargo, no se advierte que tal situación puede afectar seriamente los derechos de víctimas que también participan en ese proceso y que, razonablemente, le hacen en el orden del cumplimiento de unas expectativas mínimas en función del respeto hacia las reglas procesales.

Sin duda, estos ejemplos también excesivos seriamente la imagen de la acción civil desde un primer que, evidentemente, lo confunde con el proceso penal. ¿Tiene sentido este razonamiento? A pesar de ser un razonamiento frecuentemente utilizado en el sistema procesal peruano, el y no lo tiene.

Si se asume lo que se ha dicho hasta aquí en torno a un giro decisivo en la concepción del ejercicio de la acción civil del proceso penal, es evidente que también debe existir un cambio de hábito en el planteamiento de estos problemas. Porque si el nuevo sistema procesal penal permite que se declare la existencia de responsabilidad civil y la obligación del pago de una reparación civil por el daño causado incluso en una sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento, es evidente que ello permite, sin lugar a dudas, que también se considere como perjudicado a un sujeto determinado cuando las consecuencias del objeto procesal lo perjudiquen.

Seguirá siendo indispensable definir quién es el sujeto pasivo de la acción o el sujeto pasivo del delito, a efectos de establecer si se cumple o no con ciertas exigencias vinculadas al ámbito de la ejecutividad y punibilidad, esto es, con situaciones que definan la existencia de responsabilidad penal de una persona. Pero otras cuestiones esencialmente penales no tienen por qué afectar la posibilidad de discutir un daño civil vinculado con la existencia de una situación concreta: que alguien disminuí su ganado en estado de ebriedad, que un «competidor» cometió fraude en el concurso público, que quien me demandó utilizó armas ilícitas para ganar un proceso.

Con esto no se quiere decir que el sistema procesal establezca una vía abierta para que cualquier concepto indemnizatorio pueda discutirse en la vía penal, como si de pronto esta adquiriera una libertad absoluta para pronunciarse sobre conflictos netamente civiles. Desde luego, esto deberá ser resuelto al inicio de una investigación penal que solo podrá incluir hechos que constituirán luego el objeto procesal y que al mismo deberán tener apariencia delictiva: no se podrá someter al conocimiento de la jurisdicción penal un hecho claramente atípico desde la perspectiva penal.

Sin embargo, que la naturaleza atípica del hecho u otro presupuesto procesal se presentes para imposibilitar la sentencia penal en el transcurso del proceso no significa que no deba declararse la responsabilidad civil que haya sido efectivamente demostrada. De la misma manera, tampoco podrá impedirse el pago de una indemnización cuando una persona lo merezca a consecuencia de un hecho comprobado pida solicitarse, ello independientemente de cuál sea el bien jurídico protegido, de quién sea su titular y quién el sujeto pasivo de la acción o del delito, que es como además puede ser calificado ese hecho generador de responsabilidad civil. Finalmente, este giro en la concepción debe constituir un importante factor de cambio en otros problemas fundamentales de nuestra administración de justicia penal.

Otro cambio necesario en nuestro sistema de justicia se refiere al hecho de que exista una absoluta falta de hábito en los abogados del actor civil para introducir una pretensión civil expresa, probar el daño y exigir un monto específico por concepto de indemnización en el proceso penal. En la aplicación del CPP 1940, la parte civil se ha limitado siempre a pronunciarse sobre aspectos vinculados a la responsabilidad penal que no le competen.

La participación de los abogados de la víctima en el proceso penal —fundamentalmente a cargo de especialistas en Derecho penal— de nuestro actual sistema podría calificarse de pasperítimo en cuanto al conocimiento, el manejo y la explicación de las reglas del Código Civil que regulan el ámbito de la definición de responsabilidad civil. Además, es usual la costumbre de realizar una sólida interpretación de temas penales que no suelen formar parte de su competencia. Hoy, si se tiene en cuenta que la sentencia condenatoria no configura un requisito de la declaración de responsabilidad civil, se manifiesta de forma mucho más intensa la obligación de los abogados del actor civil para participar en la prueba y en el discurso oral de la responsabilidad civil en el proceso penal: el NCPP deberá impulsar un cambio de hábito en ese sentido.

Por último, otro problema gravísimo de nuestra administración de justicia, también vinculado al tema tratado, radica en que la práctica judicial revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de daño en sede penal son en realidad ínfimos y no guardan relación con el hecho que constituye el objeto procesal[14]. Lo que es aún grave: existe una terrible desproporción entre las indemnizaciones que se otorgan en sede civil y aquellas fijadas en un proceso penal, aun cuando se trata de hechos generadores de daños idénticos; como si de pronto el orden jurisdiccional estuviera obligado a actuar con una benevolencia que sería inexplicable en sede civil.

14 Vide Cubides Cárdenas, A.D. Comentarios del Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Rodhas, 2006, p. 206.

Considero que esto también es un problema generado a raíz de una concepción errada de la responsabilidad civil como factor punitivo o como interés social, y es una dimensión que genera un serio riesgo para el interés del Estado de regular una acumulación de pretensiones que facilite la administración de justicia.

Este nuevo código debe constituir la piedra angular de un cambio de hábito fundamental que obligue a los actores a trabajar con las instituciones de Derecho privado y a propiciar que el orden jurisdiccional penal pueda satisfacer, con la misma seriedad que se le exige al orden jurisdiccional civil, la reparación de un daño ocasionado por el hecho que constituye el objeto del proceso. Esto es la incoherencia de la acumulación de acciones, no la de obtener una reparación o indemnización de manera cuantía en sede penal. Y esto solo puede ocurrir si se registra un giro sustancial en la interpretación del ejercicio de la acción civil en el proceso penal que hasta ahora ha dominado nuestra dogmática y doctrina jurisprudenciales.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

El Ministerio Público y la responsabilidad civil proveniente del delito

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. "El Ministerio Público y la reparación civil proveniente del delito". Pág. 179 – 251. [En Internet]. Consulta 12/05/16. Enlace en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2011_10.pdf

c) Ejercer el monopolio de la acción penal, de oficio o a petición de parte.
d) Dirigir desde el inicio la investigación del delito, contando con el apoyo de la Policía Nacional del Perú, obligada a cumplir sus disposiciones.
e) Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia.
f) Defender a la familia, niños, adolescentes e incapaces, sustentes, así como el interés social.
g) Representar a la sociedad en los procesos judiciales.
h) Velar por la reparación civil del delito.
i) Velar por la privación del patrimonio criminal a los agentes del delito y eventuales terceros.
j) Emitir dictámenes previo a las resoluciones judiciales en los casos que determine la ley.
k) Ejercer iniciativa en la elaboración de las leyes en las materias que le son propias.

B. Actuación del Ministerio Público en el proceso penal

1. Pretensiones que se pueden ejercitar en el proceso penal

El proceso judicial es el *instrumento* del cual se vale el Estado (y el ordenamiento jurídico) para atender y resolver los conflictos que requieren de un pronunciamiento jurisdiccional. De modo que, como refiere Monroy Arica, el proceso debe ser concebido, desde una doble perspectiva, como el instrumento por medio del cual el Poder Judicial cumple las funciones que le están atribuidas constitucionalmente y como instrumento puesto a disposición de todas las personas para lograr la tutela judicial efectiva[1].

El proceso judicial viene a ser el conjunto de actuaciones judiciales o fiscales desarrolladas conforme a normas constitucionales y legales, a través del cual se atienden y resuelven las pretensiones contenidas en la correspondiente acción judicial interpuesta por los respectivos sujetos procesales (demandantes,

1 Monroy Arica afirma: «No amparo solo esta nueva posibilidad de acceso de toda persona a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también el derecho a obtener la tutela efectiva de aquellos órganos, sin que deban producirse situaciones de indefensión [...]. El derecho a la tutela judicial efectiva viene así constituido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener una fallo de fondo [...], el derecho a que el fallo se cumpla y a que el reconocimiento sea reparador en un derecho y compensador, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido» (1994, pp. 23, *Ibid* y ss.).

demandados —cuando contra demandas—, el Ministerio Público, etc.). A través del proceso, se expresa el órgano judicial concretando la jurisdicción soberana del Estado. Cuando la pretensión contenida en la acción judicial y que da inicio al proceso es la pretensión punitiva del Estado en contra del presunto agente de un delito, se trata de un proceso penal.

En general, en los otros procesos (por ejemplo, civiles, laborales, comerciales, constitucionales, contencioso administrativo), se ejercita y remite un solo tipo de pretensiones (aun cuando estas puedan ser diversas), además de las pretensiones cautelares orientadas a asegurar la efectividad de lo que se resuelva en definitiva. Por el contrario, en el *proceso penal* se pueden ejercitar varias pretensiones de distinta naturaleza; pero respetando sus propios presupuestos o mecanismos de ejercicio, acreditación, resolución y ejecución.

Esto se debe a que la comisión del delito genera tanto un conflicto social, que trasciende la simple esfera privada de los sujetos concernidos, comprometiendo intereses públicos que determinan el reproche penal en contra del agente del delito, como un daño al agraviado en particular, dando nacimiento a la pretensión resarcitoria de este y orientada a obtener la justa reparación por el perjuicio causado. Además, el delito también genera el llamado «patrimonio criminal», que amerita el correspondiente decomiso a fin de privar a los agentes delictivos de dicho producto y de este modo evitar la multiplicación de la cadena delictiva, la generación de impunidad o el lavado de activos, que son los efectos naturales del uso de estos «patrimonios criminales». Igualmente, las acciones delictivas pueden realizarse recurriendo a la organización de personas jurídicas, por lo que es indispensable accionar contra estas imputándoles la medida preventiva correspondiente.

En tal sentido, en el proceso penal pueden ejercitarse: la pretensión punitiva, resarcitoria, de decomiso, contra las personas jurídicas, de nulidad y de orden convivir.

a) Pretensión punitiva

Cuando se lesiona o pone en peligro bienes jurídicos, surge el derecho del Estado a imponer la correspondiente sanción penal al agente de la infracción (delito o falta); es decir, el *ius puniendi* estatal. Este legitima la imposición de la pena correspondiente por medio de los respectivos organismos y a través del respectivo proceso judicial. Para ello, previamente, será necesario determinar la dañosidad social de la conducta[1], la culpabilidad del agente y el merecimiento, así como la

1 Urquizo Olaechea mantiene: «La dañosidad social debería entenderse como regla de autolimitación del ius de las posibilidades penales, en este sentido se excluye del ámbito penal, hechos exclusivamente internos [...]. La dañosidad social como criterio de autolimitación del ius del

necesidad de pena". Esto implica que, mediante la pena, el ordenamiento jurídico busca satisfacer un interés social público que trasciende el simple interés particular o individual.

El *ius puniendi* estatal da contenido a la pretensión que se ejercita mediante la acción penal y desencadena el proceso penal orientado a imponer la pena; la misma que, como se sabe, tiene fines extraordinariamente prescriptivos (tanto generales como especiales) y resocializadores.

El Estado, en su calidad de titular del *ius puniendi*, lo ejercita a través del Ministerio Público, órgano especializado que no solo está facultado, sino obligado a ejercitar la acción penal para concretar la pretensión punitiva en contra del agente del delito. Excepcionalmente, se faculta al propio ofendido para ejercitar la acción penal, en casos en que se considera que no se ha afectado preponderantemente un interés público o, en todo caso, que el interés privado resulta más importante (supuestos de ejercicio privado de la acción penal, por ejemplo, en caso de los delitos contra el honor).

En este sentido, el fin de la pretensión y acción penal es sancionar al agente del delito mediante la imposición de la pena, en satisfacción del interés público afectado con la comisión del delito.

La *acción penal* es el instrumento jurídico a través del cual se ejercita la pretensión punitiva y se realiza el derecho subjetivo del Estado —potestad punitiva— de aplicar (por la autoridad y con las garantías del poder jurisdiccional) las sanciones jurídicas necesarias para la defensa y el mantenimiento del orden social y de la convivencia pacífica de los ciudadanos[6].

[6] Sobre que se trata de la pretensión sancionadora, en cuyo caso puede iniciarse el proceso penal especial mediante el ejercicio de la pretensión punitiva.

[7] SAN LORENZO, 1994, p. 2.

El *ius puniendi* estatal (a diferencia de otros derechos), así como los derechos de los particulares, tiene un período de vigencia al cabo del cual se extingue tanto la pretensión punitiva como la acción penal. De esta manera se diferencia de la acción civil, respecto a la cual puede extinguirse la acción, pero quedar vigente el derecho. Mientras que en el caso de la acción penal, si esta se extingue, también caduca el derecho del Estado. Esto explica por qué, en el derecho civil, se puede pagar válidamente una obligación cuya acción se ha extinguido (no constituye pago indebido). En cambio, una vez extinguida la acción penal, no se puede imponer la pena, aunque el imputado manifieste renunciar a la prescripción liberadora.

En conclusión, la principal pretensión que se ejercita en el proceso penal, con la que se da inicio al proceso, es la *pretensión punitiva*. Habrá proceso penal solo si esta es ejercitada. Las demás pretensiones podrán insertarse en el proceso solamente si este ya se ha iniciado[7]. En este caso, será el Ministerio Público el que ejercite, delimite y acredite la pretensión punitiva, correspondiendo al órgano jurisdiccional resolver lo que corresponda y ejecutar lo resuelto.

b) Pretensión resarcitoria

Cuando con la comisión del delito se ataca o lesiona un bien jurídico particular, surge por un lado la pretensión punitiva del Estado y, por otro, la pretensión del particular para que se le repare por el daño sufrido. Esta última pretensión será satisfecha mediante la atribución de *responsabilidad civil* en el proceso penal. De este modo, se determinará la obligación del agente del delito o tercero civil de reparar el daño y, simultáneamente, determinará el derecho del afectado a obtener una debida reparación[8]. Esta reparación puede lograrse por vías extrajudiciales o mediante la correspondiente acción civil ante el órgano jurisdiccional, en la vía civil o en la penal, pero en ambos casos se aplicarán los elementos y principios propios de la responsabilidad civil.

Como quiera que se trata de la afectación de un bien de interés particular, como toda obligación de contenido privado, el ejercicio del derecho al cumplimiento de dicha obligación queda sujeto a la libre voluntad y disponibilidad del titular del bien afectado, quien decidirá en definitiva si solicita o no la reparación. De ejercitar la pretensión resarcitoria, este tiene la obligación de acreditar su legitimidad para obrar, el contenido de la pretensión (existencia del daño, su entidad y cuantía), así como a buscar la ejecución de la obligación resarcitoria una vez amparada por

el juez. Asimismo, puede trabar, decisiones de la pretensión o excusar a cualquier forma de extinción de las obligaciones.

Así, los fines de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil difieren notoriamente, ya que la primera persigue la imposición de la sanción penal y la segunda responsabilidad civil, por el contrario, persigue únicamente la reparación del daño ocasionado por la conducta infractora; es decir, busca restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de que se perpetrara el hecho dañino o en el que se encontrarían si es que no se hubiese producido tal hecho[10]. El titular de la pretensión resarcitoria es el agraviado por el delito, comprendiéndose a los damnificados perjudicados por la acción delictiva, a sus sucesores en caso de que fallecieran, así como a los accionistas, socios, asociados o miembros de las personas jurídicas. También se reconoce esta calidad a los agraviados, a las asociaciones sin fines de lucro, en los casos en que se afecten intereses colectivos o difusos (artículo 94 del CPP). En general, será titular de esta pretensión quien, conforme a la ley civil, esté legitimado para reclamar la reparación, tal como lo establece el artículo 98 del referido cuerpo procesal, incluyendo al propio Estado. En este sentido, corresponde a las personas aludidas el ejercicio de la pretensión resarcitoria en el proceso penal[11].

En los casos en que, constituido el agraviado al proceso penal, se reserva el derecho de utilizar la vía civil, contra con el obligado respecto a la obligación resarcitoria o se desiste de la pretensión ya ejercitada, esta pretensión dejará de constituir objeto del proceso penal y no habrá pronunciamiento al respecto en la sentencia o resolución final.

La pretensión resarcitoria se ejerce formalmente en el proceso penal con la llamada constitución de parte o actor civil, conforme a los artículos 98 y ss. del nuevo CPP, debiendo observarse subsidiariamente lo dispuesto en el CPC. La constitución en parte civil debe producirse antes de la culminación de la investigación preparatoria.

10 Aun cuando existen criterios de montos importantes que también le asignan a la reparación civil fines similares a los de la pena e incluirán la consideran como una sanción jurídico penal. Cfr. Silva Sánchez, 2008b, pp. 213 y ss.; el mismo Silva Sánchez, 2008a, pp. 71 y ss.; y Roxin, 1997, pp. 108 y ss.

11 Sin embargo, de modo subsidiario, puede ejercitar la pretensión resarcitoria en el proceso penal el representante del Ministerio Público, cuando por alguna razón no pudiese ejercitarla el agraviado o cualquiera de las personas aludidas precedentemente. No obstante, si el perjudicado se constituyera en actor civil —ante ese, si llegara a ejercitar la pretensión—, cesa la legitimación del Ministerio Público respecto a la pretensión resarcitoria.

c) Pretensión de decomiso

El delito no puede ser fuente de adquisición de derechos reales, sobre todo del derecho de propiedad. Desde Beccaria[12] se ha sostenido la necesidad de privar al agente del delito o a eventuales terceros del producto del delito (patrimonio criminal)[13]. De esta manera, no se reconoce al imputado derecho de propiedad sobre los efectos y ganancias del delito[14]. Incluso, se desconoce tal derecho sobre bienes que han sido usados como medios o instrumentos para cometer el delito. En tal sentido, se establece en los códigos procesales el decomiso o confiscación de los instrumentos, efectos y ganancias del delito[15].

Entendemos por *comiso o decomiso* la pérdida de los efectos, ganancias e instrumentos de la infracción punitiva o de otros bienes establecidos en la ley y el correlativo traslado directo e inmediato de la titularidad de los mismos a favor del Estado[16]. Pérdida que es dispuesta por autoridad jurisdiccional mediante un debido proceso. Sin embargo, hay que tener en cuenta la existencia del llamado *comiso administrativo*, impuesto en calidad de *sanción administrativa* a los autores de infracciones no constitutivas de delito, como el previsto en la ley de delitos aduaneros 28008, en las normas municipales y en, por ejemplo, las referidas a la defensa de la propiedad intelectual. Su imposición compete a la autoridad aduanera, las municipalidades y el Indecopi, respectivamente.

El titular de la pretensión de decomiso es el Estado, quien puede ejercitarla a través del fiscal. Sin embargo, cualquier autoridad que conozca de la existencia de efectos o ganancias del delito está obligada a informar al fiscal competente para que ejercite la pretensión correspondiente en el proceso penal y aporte las pruebas correspondientes para que sea amparada.

12 Así, Jakobs (2005, p. 32) sostiene que debe concurrir en todos los casos la privación a los delincuentes de los efectos o productos del delito.

13 Al respecto, ver estudio detallado en Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009.

14 Por ello, con el decomiso no se afecta el artículo 70 de la Constitución, que establece que el derecho de propiedad es inviolable, que el Estado lo garantiza y que a nadie puede privársele de su propiedad, sino, excepcionalmente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por eventual perjuicio.

15 En la nueva ley de pérdida de dominio (decreto legislativo 1104, del 19 de abril de 2012), en nuestro medio se han establecido nuevos supuestos de decomiso (pena la pérdida de dominio es un decomiso fuera del proceso penal), sobre todos el decomiso de los bienes de las organizaciones criminales, el decomiso de valor equivalente o decomiso sustitutivo y del decomiso de los bienes de origen lícito que se mezclan con los de origen delictivo.

16 Quintero Olivares, 1996, p. 649.

d) Prevención ambiental

El artículo 57-bis-1 CP establece que los actos para cumplir las obligaciones impuestas con proporcionalidad al hecho delictivo cometido, en especial disminuyendo el patrimonio del condenado y la fuente normalmente para el pago de la reparación civil. Asimismo, el artículo 120-A del CPP (incorporado por el Decreto Legislativo 959) y el artículo 15 del nuevo CPP establecen la validez de las otras disposiciones de disposición y de gravamen realizadas sobre bienes muebles e inmuebles registrados, dictan o garantías del delito) y serán establecidas por ley. Además, el artículo 11.3 del nuevo CPP prevé la acción de validez de las otras disposiciones de los bienes objeto del delito, en favor, los bienes sobre los que ha recaído la acción delictiva (que consiga, el bien hurtado) y el que los sido materia de la apropiación ilícita.

De esta modo se establece la protección del agraviado a un civil o delincuente (según sea el caso) para cobrar y lograr la validez de las sentencias penales con la consiguiente reincorporación de los bienes, supone el pago de la reparación civil, el patrimonio del condenado (responder a nuestra civil) o el poder del Estado, en el supuesto de bienes contra el delincuente. El bien puede ser incluyendo el agraviado (objeto del delito) contenido a la persona en el artículo 94 del CP.

e) Protección contra las personas jurídicas

Obra de las consecuencias jurídicas que surgen de la comisión del delito son las medidas aplicables contra las personas jurídicas (cuando, por su constitución, *estructura* y funcionamiento) *tengan carácter ilícitamente* (o *fácil*) medidas la comisión de los delitos o hayan sido usadas para encubrirlos. De esta manera, se busca evitar que la persona jurídica siga realizando este tipo de actividades. Estas medidas pueden constituir incluso una especie de *capitis deminutio* de la persona jurídica, consistente en la disolución de la misma.

Esta protección, en cuanto medida preventiva y de aseguramiento, queda a cargo del fiscal, en relación a los demás sujetos procesales legitimados para solicitarla. Debe comprender convencionalmente todos los actos) que determinen o restrinjan la validez corporativa de la persona jurídica, no pudiendo imponerse la medida sin que esta haya sido requerida o requerida debidamente para que ejercite su derecho de defensa. Debe cumplirse con la formalidad dispuesta en los artículos 98 y 99 del CPP a efectos de comprobarla en el proceso.

Sin duda confundirse a esta consecuencias jurídicas de carácter accesorio con las medidas preventivas previstas en el artículo 319 del nuevo CPP. En ambas que son de carácter eminentemente personal e instrumental.

f) Demostrar conclusa

Los presentes cambios se encuentran en el marco del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, consistente en conferir a todas las personas, sin excepción, el derecho a acceder al sistema judicial y a obtener de este una resolución fundada en la ley. Este derecho despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, en *buena parte* la defensa y la obtención de una solución *en un plazo razonable*; tercero, a que esta sea dictada la sentencia se garantice *la plena efectividad de su contenido*. En este proceso, las medidas cautelares como instrumento procesal, cobran importancia durante el trámite del proceso penal para asegurar el objeto completamente de la sentencia. A través de dichas medidas se busca asegurar el cumplimiento de la sentencia) (la realización del derecho material) que recaiga en este procedimiento de conocimiento o de ejecución[1].

Las principales medidas cautelares son, por ejemplo, el embargo, la orden de inhibición, la anotación preventiva, la incautación, la medida cautelar genérica, la medida de no innovar.

3. Presunciones y prevenciones a cargo del Ministerio Público tratándose de reparación del daño

La presentación económica, mediante a cambiar cada vez dictados a la reparación civil. Sin embargo, supuesto excepcionalmente el ejercicio de la persecución penitiva, debido *Upon* el ejercicio de cara en el que da lugar al proceso penal.

El artículo 1 de la LOMP) concordante con los artículos 11 y demás pertinentes del CPP, establece la obligación del fiscal de velar por la reparación del daño ocasionado por el delito y le atribuye la facultad para ejercitar la correspondiente pretensión resarcitoria en el proceso penal.

Asimismo, con la finalidad de asegurar el efectivo cumplimiento de dicha obligación impuesta, el artículo 64.1 de la LOMP, así como los artículos 61, 303 y ss. del CPP establecen la potestad del fiscal de solicitar las correspondientes medidas cautelares reales, por ejemplo, el embargo, la orden de inhibición o la anotación preventiva. Además, el CPP) determina la potestad del fiscal de requerir o embargos otras medidas cautelar para lograr el efectivo cumplimiento de la reparación civil.

De igual forma, antes del inicio o en la primera etapa intermedia de un proceso penal, el Ministerio Público tiene la obligación, establecida en el artículo 65 del CPP,

[1] Vid. Montero, 1999, p. 76.

de velar por la reparación civil en aplicación del llamado *principio de oportunidad*. En este caso, se abstendrá de ejercitar la acción penal si el imputado repara el daño causado o se pone de acuerdo con el agraviado sobre dicha reparación. También, según el numeral 6 de la misma disposición, el fiscal podrá aprobar un *acuerdo reparatorio* orientado a garantizar el pago de la reparación civil.

Como puede apreciarse, el fiscal, más allá de contar con la potestad para ejercitar la acción resarcitoria, está obligado a velar por la reparación del daño. Aún más, puede condicionar el ejercicio de la acción penal precisamente a dicha reparación. Pues un aspecto importante del conflicto social generado por el delito es la afectación del interés particular del agraviado y, por tanto, solución de concretar el ejercicio de la pretensión punitiva y las demás pretensiones a las que se ha hecho referencia, una de las funciones ejercidas del Ministerio Público es garantizar el cumplimiento de la reparación civil.

II. La reparación civil

A. Naturaleza jurídica

Como se sabe, aun se discute sobre la naturaleza jurídica de la obligación resarcitoria proveniente del delito, así como la referente a la pretensión y a la acción que se ejercita en el proceso penal (sea por el actor civil o por el fiscal) con el fin de lograr la reparación del daño. Algunos sostienen que, por estar vinculada al delito, la esquema del ordenamiento jurídico está relacionada con la sanción penal y consideran, sobre esta base, que tiene naturaleza penal o de que se trata de una especie *de tertium genus* (tercera vía, al lado de las penas y medidas de seguridad). Por el contrario, otros afirman que, tratándose de la reparación de un daño sujeto a las reglas del Código Civil, la obligación resarcitoria, así como la pretensión que se ejercita en el proceso penal a fin de lograr la reparación, tienen contenido privado o particular.

1. Naturaleza privada de la pretensión discutida en la acción civil resarcitoria

A fin de determinar la naturaleza de la reparación, es necesario tener en cuenta que esta no se basa en un interés público como la pena, si no que la necesidad de reparar del daño ocasionado por el delito constituyen su fundamento y función. El hecho de que se ejercite esta pretensión en el proceso penal se debe solamente a fines de economía y celeridad procesal. La naturaleza privada de la pretensión resarcitoria está, por tanto, determinada por la naturaleza, privada y personal, del interés que constituye su contenido y no por la forma como se ejercita ante el órgano jurisdiccional. En este sentido, Cubas afirma que «el hecho de la inserción

de la acción civil en el proceso penal, nada dice contra el carácter privado de la pretensión que por medio de ella se hace valer. Esa inserción no cambia el carácter de la acción civil que, desde el punto de vista de la pretensión que la alienta, sigue siendo civil y privada. En otras palabras (...) la acción resarcitoria no integra el sistema represivo del delito, permanece en la esfera privada»[16]. Criterio similar se sostiene en la doctrina argentina: por ejemplo, Tetragni afirma que los criterios por los que se buscaba considerar la obligación resarcitoria de índole penal ya han prosperado y han quedado relegados en el tiempo[17]. En la doctrina alemana, este criterio es definido fundamentalmente por Hirsh[18] y, en la española, se considera que esta opinión es aceptada de manera «casi unánime»[19].

En nuestro medio, se sostiene igual criterio. Así, Prado Saldarriaga rechaza todo intento de considerar a la reparación civil como pena u otro tipo de sanción penal y afirma su naturaleza privada[20]. Por su parte, San Martín sostiene que la «naturaleza de derecho de ordinación del derecho procesal penal no puede 'sustituir' o 'transformar' lo que por imperio del derecho material es privado, en tanto se sustenta en el daño causado, producto de un acto ilícito». Además agrega, citando a Binding, que «la obligación de reparación por el daño material o moral causado, supone un deber jurídico que escapa a la esfera integral del derecho penal. De hecho, se trata de una obligación de naturaleza básicamente patrimonial y con objetivos expresamente indemnizatorios»[21].

El resarcimiento del daño proveniente del delito está regulado, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, sobre todo en el Código Civil, como se deduce del artículo 101 del CP. En España, es tratado fundamentalmente en el propio Código Penal. Resulta importante resaltar esta característica de nuestra

---

18 Cubas, 1985, pp. 28 y ss. En el mismo sentido de Albor, Ruiz Vadillo refiere: «La acción civil no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal al que se incorpora, de tal forma que la circunstancia de ejercitarse en él no para nada afecta a las características que le son propias y específicas (...)» (1990, p. 19).

19 Tetragni, 1957, p. 411, nota de la misma opinión Núñez (1959, p. 343) y Sidet (1978, p. 668).

20 Hirsch, 1992, p. 35, entre otros trabajos. Cfr. también Velásquez Velásquez, 1995, p. 705. Ya desde Binding, como indica Rivera (1992, p. 131), se hacía la debida diferenciación entre la pena y la reparación civil, reivindicando como referencia orgullo a esta última en oposición a la prestación. La reparación se pretende siempre a quien sufre el daño; la pena, en cambio al Estado, que corrige un delito sin infligir una pena. Con lo que quedaría claro que desde sus orígenes se reconoció a la reparación civil dominando del delito como una consecuencia de carácter civil.

21 Alastuey Dobón, «(...) la naturaleza civil de la reparación civil se diluye hoy en día en casi unanimes» (1996, pp. 466-467).

22 Prado Saldarriaga, 2000, pp. 275 y ss.

23 San Martín, 2003, p. 328.

legislación, ya que facilita el análisis y permite concluir sobre la naturaleza privada o civil de la reparación civil proveniente del delito, aun cuando la determinación de esta naturaleza no está vinculada necesariamente al ordenamiento legislativo en que se regula[24].

No obstante, puede decirse que la pretensión cambia su naturaleza privada cuando es el Ministerio Público quien la ejercita en el proceso penal. Sin embargo, si bien este acción ejercitando un interés público, su intervención está orientada a lograr la satisfacción de la pretensión privada a favor del agraviado o sujeto pasivo del daño; pues, además de buscar la pacificación social alterada por la comisión del delito, debe satisfacerse de la pretensión pública encarnada en la pena, el interés o pretensión privada del sujeto, lo que conserva esta índole aun cuando sea el Ministerio Público quien persigue su satisfacción.

El carácter privado o particular de la obligación resarcitoria, en el contexto de nuestra legislación, queda claramente establecido según las disposiciones referidas a que, si el perjudicado renuncia al restablecimiento o reintegro respectivo a este, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso (artículo 11 del CPP, concordante con los artículos 13 y 14 del mismo código).

Finalmente, además de los argumentos hasta ahora expuestos a favor de la naturaleza privada de la responsabilidad civil en el proceso penal, hay que también considerar los aspectos siguientes: la responsabilidad civil no es personalísima, a diferencia de la pena, en la medida en que el obligado a la reparación civil puede ser un tercero; el criterio formal establecido en el artículo 101 del CP, según el cual el nacimiento y la regulación de la reparación civil se rigen por las disposiciones respectivas del Código Civil; la posibilidad de que la pretensión resarcitoria sea transigible y objeto de desistimiento dentro del proceso penal, con lo que se reconoce la titularidad exclusiva al sujeto pasivo del daño; la transmisibilidad hereditaria de la obligación, tanto respecto a los herederos del agente del daño como del agraviado; la atribución de la obligación resarcitoria puede obedecer a criterios objetivos, al contrario de la atribución de consecuencias de naturaleza penal, las cuales deben sustentarse en criterios subjetivos (atribución de dolo o culpa), en un sistema de numerus clausus; la reparación civil se impone en todos los casos en que se dispone la obligación reparatoria se trata de un delito (casos de ausencia de culpabilidad); finalmente, la necesaria determinación de las consecuencias jurídico-penales se basa, en principio, en la apreciación del grado de culpabilidad, mientras que la determinación de la responsabilidad civil se fundamenta en la magnitud del daño[25].

24. Quintero Olivares & otros, 1996, p. 15.
25. Alastuey Dobón, 1996, pp. 867 y ss. En nuestro medio, Castillo Alva, 2001, pp. 78 y ss.

2. *El resarcimiento como sanción jurídico penal*

Hay autores que han considerado que en sede penal el resarcimiento del daño proveniente del delito constituye una sanción jurídico penal, que cumple con la finalidad de la pena[26] y se impone conjuntamente con esta o la sustituye en algunos casos[27]. Esto es, han considerado a la reparación civil como una consecuencia jurídica del delito de contenido penal al igual que las penas y las medidas de seguridad. En este sentido se pronuncian Reyes Monterrel, Gonzales Ros, Puig Peña y Molina Blázquez[28], así como Gracia Martín, Silva Sánchez y Rosin[29]. En nuestro país, hace referencia a esta corriente Rodríguez Delgado[30]. Esta posición, a la fecha y aun cuando es tomada en cuenta para efectos expositivos, ya no resulta sostenible, pues creemos que las diferencias evidentes que existen entre la pena y la reparación impiden considerar la reparación como «pena», ya que no se advierte con claridad cómo es que la reparación cumpliría una finalidad propia de la pena. En este sentido, Rosin manifiesta correctamente que:

> [...] más previsible desde el punto de vista de las teorías preventivas, se puede hacer valer que el efecto preventivo es igual a cero; si por ejemplo, el ladrón debiera devolver solo la cosa hurtada o el estafador el dinero obtenido fraudulentamente. Si el autor supiera que él, en caso de fracasar, solo necesitará restituir el mismo que antes, cuando todo riesgo, él, por la comisión del hecho, solo puede ganar, nunca perder, de manera tal que una limitación a la reparación resguarda el fin preventivo-especial de la amenaza penal. También desde el punto de vista preventivo-general la mera reparación, como reacción a las violaciones jurídicas, significaría muy poca una invitación a cometer alguna

26. Stratz, citado por Rosin, dice: «La segunda posibilidad de agrupamiento sería a favor del derecho penal y el derecho civil, unificándose la incorporación a la reparación como una sanción penal, colocada —para delitos determinados— conjuntamente al lado de la pena privativa de libertad y de la multa y posible de ser impuesta, en cuyo agrupados, en su lugar» (1992, p. 143). Asimismo, Jung, citado igualmente por Rosin, considera que la asignación de una diferencia esencial entre pena y resarcimiento del daño ha obstaculizado hasta ahora su acción conjuntada [...] en el derecho general de control social. Una separación de esta clase, rígida, del derecho penal del derecho civil, no se puede, empero, mantener [...]» (1992, p. 141). También Schöch pronuncia contra la separación draconiana de pena y resarcimiento del daño y plantea que «se debe abandonar el dogma generalizado de la incompatibilidad entre pena y resarcimiento del daño».
27. Schöld (según cita de Silva Sánchez, 2000b, p. 228) hace referencia a la posibilidad de considerar a la reparación civil, sencillamente, como pena.
28. Citados por Alastuey Dobón, 1996, p. 866.
29. Gracia Martín, 2004, p. 431; Silva Sánchez, 2000b, p. 225; Rosin, 1992, p. 145, en que refiere: «La segunda posibilidad de agrupamiento sería a favor del derecho penal y el civil, sería de incorporar a la reparación como una sanción penal, colocada —para delitos determinados— conjuntamente al lado de la pena privativa de libertad y de la multa y posible de ser impuesta en cuyo agrupados en su lugar».
30. Rodríguez Delgado, 2003, p. 675.

ser sobre sí mismo, pues en el peor de los casos la amenaza consistiría en la devolución de lo conseguido, cuya eventualidad no haría desistir a nadie de un plan delictivo a medio camino, que promete éxito»[31].

Solo se podría sostener lo contrario en el marco de una concepción que negase que de lo que se trata es de la reparación del daño específico; es decir, del daño causado a la víctima en concreto (víctima actual), admitiendo más bien que se busca satisfacer, lo que estimamos incorrecto, a una víctima abstracta o en potencia, cumpliendo de este modo fines públicos propios de la pena.

Según este último criterio, la reparación como pena operaría aunque no se hubiera causado un daño resarcible, incluso no habría ningún problema para imponerla en casos de delitos de peligro abstracto o de tentativa sin resultado lesivo, pues la reparación ya no se sustentaría en el daño ocasionado, sino en los mismos fines de la pena; en estos casos, ya no se habla propiamente de reparación civil, sino de «reparación penal»[32].

En otra perspectiva de la idea de considerar a la reparación como consecuencia de naturaleza penal, pero sin calificarla como una pena más, se aprecia a la reparación como una consecuencia a la cual se le asigna nuevos fines en el derecho penal, junto a los fines tradicionales de la pena. Este criterio tampoco aporta mayores elementos importantes al debate y, tal como indican autores autorizados, también puede fácilmente descartarse[33].

La variante de esta postura (que vincula a la reparación con las consecuencias jurídico penales), que resulta importante y de actualidad en el debate doctrinario y jurisprudencial (dado el elevado nivel de argumentación y el hecho de ser sostenida por importantes penalistas como Roxin y Silva Sánchez), es la que, sin considerar a la reparación como una pena o medida de seguridad y sin atribuirle un nuevo fin en el derecho penal, la concibe como una «tercera vía»[34] que, junto a la primera y la segunda (penas y medidas), ha de contribuir a los fines convencionales del derecho penal»[35]. Esto es, se atribuye a la reparación efectos preventivos, tanto desde el punto de vista de la prevención general como de la especial. Según Roxin, «su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de vista aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma

31 Roxin, 1992, p. 138.
32 Silva Sánchez, 2000b, p. 150.
33 García Martín, 2004, p. 432; Silva Sánchez, 2000b, p. 227; Roxin, 1992, pp. 145-146.
34 Según Roxin: «[...] convierte la reparación, al lado de la pena y la medida, como un "tercer carril" del derecho penal» (1992, p. 155).
35 Silva Sánchez, 2000b, p. 228.

que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla»[36]. Este mismo autor sostiene que esta concepción de la reparación en el marco de sanciones concierne la llamada «prevención integradora»[37], la misma que constituye una sanción autónoma en la cual se mezclan elementos jurídico civiles y penales. Ella pertenece al derecho civil, en tanto asume la función de compensar el daño. Empero, debe ser modificada según proposiciones de metas jurídico penales si, dado el caso, también los esfuerzos reparatorios serios habrían de ser considerados o si, en caso de delitos contra la generalidad, quizás también el trabajo de bien común pudiera ser aceptado como prestación reparatoria[38]. De este modo, aunque que la reparación civil está orientada a la satisfacción de intereses públicos o sociales más que a tomar en cuenta el interés particular de la víctima[39]; vale decir, protege a las víctimas en potencia y no a la víctima específica o actual. Estos criterios, tal como refiere Silva Sánchez, tendrían como fundamento el hecho que «en muchas ocasiones la reparación 'penal' alcanza los fines de pacificación requeridos precisamente porque es 'penal' y se dilucida en el marco de un proceso con la carga simbólica que tiene el proceso penal»[40].

Todo ello puede expresarse, en resumen, señalando que, desde la perspectiva del derecho penal, la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la colectividad) que con la víctima en sí misma; más con la resocialización y con la prevención de integración que con la indemnización; más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación. Aquello sería lo esencial; esto, lo accidental»[41].

36 Roxin, 1992, p. 134.
37 Según Hirsch: «Para Roxin la así llamada prevención general positiva constituye el punto de enlace. De ella se derivará como aspecto parcial, la prevención integradora, que está orientada "al efecto de satisfacción que aparece cuando el delincuente se ha esforzado tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza en relación al quebrantamiento de la ley y considera como solucionado el conflicto con el autor". Por eso sería posible incorporar a la reparación en el catálogo de las consecuencias jurídicas como una "tercera vía" más benigna, supletoria o complementaria de la pena, junto a las penas y a las medidas de corrección o seguridad» (1993, p. 63).
38 Roxin, 1992, p. 134.
39 En nuestro medio, sin embargo, no se manejan estos criterios, incluso normativamente se ha plasmado todo lo contrario, como puede verse en el artículo 3 de la ley 27378, que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada. Esta norma estipula que «[...] se entiende que disminuye sustancialmente la magnitud o consecuencias de la ejecución de un delito cuando se indemniza a las víctimas o cuando se logra disminuir el número de perjudicados o la magnitud de los perjuicios que habrían de ocasionar los delitos programados [...]».
40 Silva Sánchez, 2000b, p. 227.
41 Aun cuando Silva Sánchez desarrolla esta idea en el marco de una prevención integradora, que luego asumirá como el fundamento de una «tercera vía», nos parece que este razonamiento se ubica más en una posición de naturaleza penal de la reparación.

En síntesis, tomando en cuenta los criterios esbozados por Roxin y Silva Sánchez, podríamos concluir que fundamentalmente consideran:

1. La reparación cumple finalidades preventivas, específicamente la llamada «prevención integrativa» por lo que puede sustituir o asumir la pena prevista para determinados casos concretos y, por tanto, tiene una naturaleza propia del derecho penal.
2. La prevención integrativa consiste en una mezcla de elementos civiles y penales. Configura un elemento civil en la medida que asume la función de compensar el daño y un elemento penal cuando, sin haber compensado el daño, puede quedar resuelto el conflicto entre el agente del delito y la sociedad en la medida que el obligado hubiese realizado esfuerzos reparatorios serios orientados al restablecimiento; asimismo, en los casos de delitos contra la «generalidad» (sociedad o el Estado), puede atribuirse calidad reparatoria al trabajo de bien común.
3. La reparación está orientada a la satisfacción de intereses públicos más que particulares.
4. La reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado.
5. La reparación tiene que ver más con la resocialización y prevención que con el pago de la obligación resarcitoria.
6. Finalmente, ya no se habla de reparación civil sino de «reparación penal» y la que se le atribuye funciones de pacificación al utilizar la carga simbólica del derecho penal.

Si bien, como refiere García Martín, esta postura constituye «la propuesta más seria y sugestiva de integrar a la reparación en el sistema penal»[42], creemos que no contribuye al esclarecimiento y resolución del problema existente respecto al daño causado por el delito; pues desnaturaliza la concepción propia de la reparación que, como su propio nombre lo indica, es civil. Es por ello que, por nuestra parte, desarrollamos argumentos distintos a los sostenidos por esta postura.

Así, respecto al primer punto, se puede sostener que, considerar a la reparación entre las consecuencias jurídico penales, implica concebir al derecho o al ordenamiento jurídico considerando que todos los conflictos sociojurídicos se resuelven recurriendo al derecho penal. Esto es asumiendo una concepción totalizadora del derecho penal que implica desconocer uno de sus principios

42 García Martín, 2004, p. 439.

básicos: su carácter *subsidiario* y de *última ratio* y, sobre todo, olvidar que en una sociedad rige el ordenamiento jurídico en su conjunto (con todas sus ramas y especialidades) y no únicamente el derecho penal. De esta manera, se admite incluso que los únicos elementos del control social son jurídico penales[43]. Desconsiderándose de esta manera que el control social está integrado por todas las ramas del ordenamiento jurídico, como el derecho civil[44] (a través de la atribución de responsabilidad civil), el derecho administrativo (a través de la atribución de responsabilidad administrativa). Solo excepcionalmente se recurre al control proveniente del derecho penal. Es más, las prácticas y actuaciones no jurídicas preventivas de la moral, la educación, los usos y las buenas costumbres sociales constituyen parte del control social. Por tanto, todas estas disciplinas, elementos o prácticas sociales cumplen su rol en el marco del control social. Por ello, los actos antisociales, antijurídicos o lesivos son enfrentados poniendo en juego todos los elementos del control social, sean estos jurídico-formales o informales. Es decir, acción todo el derecho (con sus múltiples disciplinas), tal como también elementos metajurídicos. De hecho, en muchos casos la presencia de elementos no jurídicos puede jugar un rol más efectivo que los propios mecanismos jurídicos; tal sería, por ejemplo, la reprobación social proveniente de la comunidad o de la moral.

De todo esto podemos concluir que, ante la comisión de un delito, entra en juego todo el ordenamiento jurídico con sus múltiples ramas o especialidades[45] y todas estas buscan proteger los bienes jurídicos. Por tanto, en forma mediata o inmediata, también cumplen finalidades preventivas (en cuanto constituyen formas o elementos de control). Consecuentemente, no todas las disciplinas o instituciones jurídicas que cumplen finalidades preventivas tienen naturaleza penal, pues el ordenamiento jurídico en su conjunto cumple finalidades preventivas. La prevención proveniente del derecho penal y de la pena solo es una forma como esta se expresa. El hecho que la reparación cumpla finalidades preventivas[46] no constituye ningún fundamento para considerarla como una consecuencia jurídico penal del delito o para fundamentar la llamada *prevención integrativa*, por el contrario, como lo dice Díez Picazo[47], constituye parte de las funciones del derecho de daños.

43 Ver Silva Sánchez, 2008b, p. 130, en esta 44.

44 Según García Martín el «[...] no cabe duda sobre que en el derecho civil de daños es preciso tomar en la reparación, garantizada por los medios coactivos del proceso civil, en particular por la ejecución forzosa, el medio adecuado y proporcionado para el restablecimiento de la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico» (2004, p. 436).

45 Por todos, ver Hirsch, 1993, p. 64.

46 *Es criterio dominante en la doctrina civil que la responsabilidad civil cumple finalidades preventivas no ante a los conflictos sociales y ello precisamente constituye uno de los fundamentos de su existencia.* Por todos, ver Le Tourneau, 2004, p. 21.

47 Díez Picazo y Ponce de León, 1999, pp. 43 y ss.

En tal sentido, aun cuando se pretenda una expansión del derecho penal, no se pueden desconocer los fines y funciones de las demás ramas del derecho, ni pretender exigir como único mecanismo de resolución de los conflictos sociales al derecho penal[9].

En cuanto al segundo punto, referente a que la reparación, por contener elementos civiles y penales, cumple la *función de prevención integradora*, debe señalarse que resulta incuestionable que la reparación cumple finalidades resarcitorias de carácter civil. Sin embargo, no creemos que el simple esfuerzo reparatorio cumpla una finalidad propia de la reparación o de la pena. Primero, por que dicho esfuerzo carece de significado o trascendencia por no haberse realizado resarcimiento alguno a pesar de los intentos que se hubieren hecho. Segundo, por que si bien estos esfuerzos pueden reflejar efectivamente el arrepentimiento del agente, solo incide en la determinación de la pena concreta, como ocurriría otro supuesto de arrepentimiento que nada tenga que ver con el esfuerzo reparatorio, sin que esto signifique que deba exonerarse.

En relación al tercer punto, afirmar que la reparación satisface un interés público y no uno privado, solo tendría sentido si se asumiera que la reparación persigue la satisfacción de la víctima en potencia (abstracta, general) y no a la víctima actual y concreta, que es quien sufre el daño en sus propios bienes jurídicos; por lo que, a nuestro juicio, es la que interesa para efectos de la reparación. Pensar lo contrario significaría simplemente desconocer la reparación civil como institución jurídica. Con este criterio se genera una confusión total entre la reparación y las medidas de índole penal. En lugar de aportar criterios útiles para la solución del conflicto creado por el delito, contribuye a entorpecerlo y restarle rendimiento práctico e importancia a esta institución. No se satisface ni un interés público propio a la pena, ni el interés particular de la víctima.

Respecto al cuarto punto, sostener que la reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado,

[9] Según Hirsch: «La concepción sostenida por Roxin, según la cual la reparación debe conformar una sanción penal independiente, se fundamenta, evidentemente, en el equivoco resultante del punto de vista de la "prevención integrativa" del derecho penal. Al respecto aquí a la prevención integrativa, se deja de lado que, en un ordenamiento jurídico desarrollado, la clasificación penal de un caso solo constituye una parcela de su solución jurídica. Para la regulación jurídica completa del conflicto pueden también desarrollar un papel varios otros campos del ordenamiento jurídico, como el derecho ordenamiento del derecho civil, pero también, por ejemplo, el derecho de seguros y el derecho administrativo. Cada uno de estos ámbitos del derecho con diferentes funciones, se ocupa de la determinación de las consecuencias resultantes del quebrantamiento de la ley. La posición dictada de la consecuencia del derecho penal para la solución general de los conflictos, tendría como consecuencia que todos los efectos jurídicos del delito serían de naturaleza penal» (1993, p. 64).

sin tomar en cuenta la evolución del derecho y, especialmente, del derecho de la responsabilidad civil o de daños, significa volver a períodos superados en los que no se diferenciaba entre el derecho civil y el derecho penal y se consideraba a la pena como la única reacción del derecho frente al daño causado. En esta etapa del desarrollo del derecho, sí se podía hablar de una «reparación penal»[10], pero en la actualidad existe debidamente diferenciados el ámbito de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad civil, por lo que no deben ser confundidos, sobre todo si metodológicamente, como sucede en nuestro país, se les distingue debidamente en los diversos ordenamientos.

Respecto al quinto punto, afirmar que la reparación cumple la función de resocialización constituye la simple expresión de un buen deseo que la descripción de la realidad; ya que en la práctica no sucede la pena ha cumplido dicha finalidad y menos puede lograrlo la reparación solo por el hecho de atribuirle fines jurídico-penales. En todo caso, si el cumplimiento de la reparación por parte del agente del delito pudiese cumplir finalidades de «resocialización», tendríamos que concluir que la responsabilidad civil en general cumple esta finalidad y, por tanto, no necesitamos esperar a la reparación como sanción jurídico penal para reconocerle tal atributo[11].

Finalmente y refiriéndonos al último punto, no creemos que con el efecto simbólico del proceso penal sin el reconocimiento efectivo del daño ocasionado a la víctima en concreto se produzca realmente la «pacificación» y restorada «vigencia de la vigencia de la norma». En todo caso, no existen estudios empíricos al respecto[12]. Por el contrario, la colectividad se siente protegida por el ordenamiento jurídico y se restaura la vigencia de la norma contrariada por la conducta delictiva cuando

[10] Hablar de «reparación penal» ha creado tal confusión que incluso Polaino Navarrete y Polaino-Orts llegan a definir a la «reparación» del siguiente modo: «En un esfuerzo de reducción o simplificación, puede decirse que la "reparación" a la víctima consiste en la posibilidad de restauración de la paz o, mejor, en la subsistencia de la paz, por otra consecuencia jurídica diferente, con acuerdo a la entidad del delito cometido y más adecuada al fin preventivo que persigue el derecho penal» (2004, p. 380). Como se advierte, con esta errónea perspectiva no se toma en cuenta la jurisprudencia de la víctima y, sin embargo, se admite que ella se encuentra dentro de las consideraciones a la víctima del delito».

[11] En sentido similar se pronuncia García Marcos (2004, p. 430).

[12] García Marcos (2004 p. 437) se refiere a un estudio empírico llevado a cabo por Sauer en el que se demuestra que una gran mayoría de presentes por delitos patrimoniales pronunciados por denuncia de la víctima terminan en reparación y solo muy raramente con imposición de la pena. Sin embargo, esto no demuestra, de modo alguno, que con ello se hayan logrado los fines propios del derecho penal; sino, por el contrario, que se ha cumplido la finalidad de la reparación civil, que al haberse concretado ha contribuido a la pacificación social, pero solo derivada de su ámbito propio.

del daño, cuando se le repara en forma específica respecto a la víctima actual y concreta. No a una víctima desconocida o en potencia o al interés de la sociedad concebida en abstracto, que por lo difuso que es su objeto se puede determinar si ha sido satisfecho en términos efectivos. Al respecto, Albin Eser manifiesta que «la pax jurídica perturbada por el delito solo es verdaderamente restablecida cuando se hace justicia no solo al autor sino también a la víctima»[52]. Claro que no se puede desconocer el interés de la colectividad en la reparación del daño ocasionado por el delito; pero, como ya lo hemos expresado con anterioridad, ese interés está orientado a la reparación del daño a la víctima específica y solo con su debida reparación se satisface dicho interés.

En este sentido, conforme manifiestan Hirsch[53] y García Martín[54], entre otros, concluimos que la reparación civil no puede constituir, bajo ningún supuesto, una sanción jurídico-penal, ya que se sustenta en un interés particular, tiene naturaleza distinta de la pena y no cumple las funciones de esta. Recordemos que sostener la postura contraria comportaría afirmar el disparatado de considerar al derecho penal como el único instrumento del control social formalizado —ordenamiento jurídico—, dejando de lado las demás ramas del derecho que también integran el control social formal. Máxime si, al haberse constatado cierta ineficacia del control social penal, se debe optar por medidas alternativas o las soluciones penales. Claro que se debe propugnar el logro de la reparación del daño ocasionado por el delito, pero para esto no hay necesidad de recurrir a las categorías propias del derecho penal o darle un tratamiento de sanción jurídico penal a la reparación. Esto, en lugar de facilitar el logro efectivo de ese fin, más bien entorpecería la justa aspiración del damnificado; ya que, cuando se habla de pena, de inmediato entran en funcionamiento diversos mecanismos y principios propios de la protección de los derecho fundamentales del imputado (quien va a ser sujeto de la pena), a la vez que cualquier caso de duda se resolverá a su favor.

52 Eser, 1992, p. 30.

53 Según Hirsch: «El derecho penal cumple ámbitos parciales del ordenamiento jurídico, se ocupa de las prescripciones penales remedio y de las penas y medidas relacionadas con ellas, cuando se aplica una pena se trata de la sanción justa del hecho y de la prevención que de ella se deriva para el autor y la generalidad. [...] los fines de la pena y del derecho penal se refieren, por lo tanto, a las consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de un tratamiento de hallazgos sobre el autor; por lo contrario, que la víctima obtenga una indemnización, configura un asunto ajeno a estos fines. [...] Si para un grupo de casos se considera a la imposición de la reparación como la única consecuencia jurídica posible, consecuentemente, consecuentemente, hay que sacarlo del derecho penal o, por lo menos, de la prevención penal. Aquello que solo puede sancionarse civilmente, no debe nada más que hacerlo en el ámbito del derecho penal y procesal penal» (1992, pp. 63 y ss.)

54 García Martín, 2005, pp. 427 y ss. y demás trabajos citados.

Contrariamente a lo que sucede en el ámbito civil en el que se busca la equidad o proporcionalidad, propendiendo a la resolución de los conflictos estableciendo el término medio para cada caso. Además, debe tenerse en cuenta que la reparación puede fundarse en factores de atribución de responsabilidad objetivos, todo lo cual se entorpecería si se considerara a la reparación civil como sanción jurídico penal. Consecuentemente, estamos convencidos que esta postura, pese al prestigio de muchos de sus sostenedores, debe descartarse. Por lo demás, en nuestro medio es rechazada de manera clara, como lo explica Prado Saldarriaga, cuyo criterio consideramos como el más representativo a nivel nacional[55].

Es por ello que no encontramos explicación alguna al hecho que el Tribunal Constitucional, en la sentencia del 8 de julio de 2002[56], dé por definida esta discusión, aun de actualidad entre los penalistas, sin fundamento alguno, en el sentido de que «[...] cuando los términos de la controversia se trasladan del proceso laboral al ámbito penal y, en esa sede, se condena a pagar beneficios laborales y, no obstante ello, no se cumple, entonces, ya no puede sostenerse, por un lado, que dicho pago de los beneficios sociales sea de naturaleza civil, pues tiene la condición de una sanción penal [...]»[57] con lo que evidentemente está haciendo referencia a la naturaleza de la reparación civil establecida en el proceso penal.

B. Titulares del ejercicio de la pretensión resarcitoria

Independientemente de la actuación particular de la legislación española, la acción adhesiva de la legislación alemana o la reparación por parte del Estado de otras legislaciones, vamos a referirnos a la acción civil ejercitada en el proceso penal. Como sabemos, el artículo 11 del nuevo CPP, establece que el ejercicio de la acción civil derivada del delito corresponde al Ministerio Público y especialmente al perjudicado por el delito; aun cuando establece la prioridad a favor del perjudicado. Antes de tratar el ejercicio de la acción, conviene precisar conceptos relativos al agraviado, puesto que la unificación de términos como los de víctima, agraviado, perjudicado, actor civil o querellante puede generar confusión respecto a quiénes son los sujetos legitimados para el ejercicio de la pretensión resarcitoria.

Aun cuando existen opiniones dispares al respecto, por nuestra parte consideramos que debemos excluir por víctima al sujeto pasivo del daño en

55 Prado Saldarriaga, 2008, p. 270.

56 Expediente 1428-2002-HC/TC, La Libertad, en la acción de hábeas corpus interpuesta a favor de Ángel Alfonso Tenorio Mejía, contra el juez de primera instancia de Trujillo.

57 Este criterio ratifica lo sostenido por el Tribunal Constitucional en las sentencias de fechas 5 de julio de 2004 y 12 de agosto del mismo año, en los expedientes 2982-2003-HC/TC y 2003-HC/TC, y 2008-1004-HC/TC, respectivamente.

general, es decir, el titular del bien o interés jurídico afectado por la conducta delictiva[58]. Este puede ser el afectado directo o el que sufre alguna consecuencia secundaria del delito; así como el agraviado en el proceso penal o el actor civil, como también el querellante particular e incluso cualquiera de estos sujetos aun cuando no hubieren comparecido en el proceso o cuando ni siquiera exista proceso. Es decir, es el término general que engloba a todos los demás.

Por *ofendido* debe entenderse específicamente al que sufre la acción delictiva, más que el daño causado (que genera la pretensión resarcitoria). La ofensa implica afectación jurídico-penal; es decir, ataque al interés penalmente tutelado. Por ello, el ofendido porta conjuntamente la pretensión resarcitoria y la pretensión penal, por tanto, específicamente, debemos entender por ofendido solo al querellante particular[59] y no al agraviado o al actor civil, pues estos solo serán titulares de la pretensión resarcitoria, correspondiendo la pretensión penal al Ministerio Público. Aun cuando en la doctrina y la legislación comparadas no hay uniformidad al respecto, sí se pretende diseñar categorías jurídicas funcionales y con capacidad de rendimiento en la solución de los conflictos, se debe delimitar debidamente la naturaleza y contenido de las mismas. En este caso, creemos que el concepto general es «víctima» y no «ofendido», como erróneamente se considera en muchas legislaciones.

El *agraviado* es el titular del bien jurídico o interés afectado por la acción delictiva y, por tanto, titular de la pretensión resarcitoria; no importa que se haya o no constituido en actor civil o exista o no proceso penal. El agraviado no es titular de la pretensión penal como el ofendido; puede ser el sujeto pasivo que directamente sufre en su persona o en sus demás bienes la acción delictiva (llamado también «damnificado» en algunas legislaciones) o el que indirectamente sufre alguna consecuencia de la misma (caso de los herederos del occiso en los delitos de homicidio, de los socios o asociados de una persona jurídica, o otros sujetos

58 Se considera al bien o al interés, porque el objeto de la afectación puede estar determinado por el propio bien en sí mismo o por algún interés de su titular reconocido sobre el bien. En el primer caso, se viene en cuenta la esencia intrínseca del bien o su aptitud para satisfacer una necesidad de su titular y, de ahí nuestro error, también se afectaría al interés (por ejemplo, se destruiría el bien asegurado). En el segundo caso, solo se afecta el interés del titular, mas no así la esencia del bien o su aptitud para satisfacer necesidades (por ejemplo, cuando se sustrae el bien y se priva a su titular de acceder de él).

59 Según Vásquez Sotelo: «La ofensa consiste en el ataque o lesión al bien jurídico protegido por la norma penal. Esta es la regla de oro para establecer la ilustración [...]. Esta lesión o ataque es la que define al delito y en ella consiste la ofensa. Cada figura delictiva define esta ofensa, que se explica. Por ella para saber quién es ofendido en concreto analizas el tipo penal y consiguiendo cuál es el bien jurídicamente protegido en cuyo ataque consiste la ofensa; noción extraída del tipo penal. El titular de ese bien es el ofendido» (1995, p. 114).

que se vean afectados por la acción delictiva; entre estos también se considera a las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos).

El término *perjudicado* es sinónimo de agraviado, no existiendo diferencia alguna entre ambos. Si bien su origen fue distinto, identificándose al agraviado con el sujeto que sufre el daño (directo o daño emergente) y al perjudicado con el sujeto que es privado de una expectativa válida de un incremento patrimonial o una ventaja cualquiera (lucro cesante), en la actualidad la moderna doctrina de la responsabilidad civil los usa indistintamente[60]. Este criterio es asumido no solo por la doctrina, sino también por las legislaciones, incluyendo a la peruana.

Actor civil es el propio agraviado o perjudicado que ejercita la pretensión resarcitoria en el proceso penal, actuando con todos los derechos, facultades u obligaciones de un sujeto procesal. A diferencia del ofendido, el actor civil no ejerce ninguna pretensión penal y su interés y actuación se limitan a la reparación civil, ofreciendo y presentando pruebas contra el procesado o el tercero civil para acreditar su pretensión. Sin embargo, puede aportar prueba vinculada a la determinación de la responsabilidad penal del procesado cuando resulte pertinente para acreditar la responsabilidad penal y, por ende, la responsabilidad civil del procesado. Asimismo, el actor civil, a diferencia del ofendido, solo podrá constituirse cuando haya un proceso penal (o una investigación preparatoria) en curso, pero no puede ejercitar la acción penal. Se diferencia del agraviado porque este aún no ha comparecido en el proceso penal ejercitando la acción resarcitoria, pues el agraviado es quien se convierte en actor civil al apersonarse al proceso.

El *querellante* particular es el ofendido que comparece ante la autoridad judicial ejercitando la acción penal por un delito de ejercicio privado de la acción. Solicita el inicio del proceso penal, no necesitando que exista un proceso o una investigación preparatoria en curso como en el caso del actor civil. Su actuación e interés están vinculados a la pretensión resarcitoria y a la pretensión penal, pues se trata propiamente de un acusador particular. En este caso, el querellante es el titular del ejercicio de la acción penal y, en tal sentido, su decisión determina el inicio de la persecución penal, así como su paralización o extinción. El querellante es al ofendido, como el actor civil es al agraviado.

60 Ver Osterling Parodi, 1985, p. 595. En el mismo sentido, todos los autores que tratan sobre *responsabilidad civil consideran al daño y perjuicio, y por ende al agraviado y al perjudicado, como términos equivalentes y siempre hablan de ellos a la vez*. Igual criterio se sigue en otras legislaciones; inicialmente el Código Civil mexicano vedaba hacer esta diferenciación, pero para reformar el daño emergente y el lucro cesante. En el lenguaje cotidiano, también tiene sentido esta diferenciación, al estar contenida en el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española.

1. Ejercicio de la pretensión resarcitoria por el Ministerio Público

Además del interés público de la sociedad en la imposición de la pena, de perseguir el delito, existe un interés público de la sociedad al resarcimiento del daño proveniente del delito. Este interés público legitima al Ministerio Público para ejercitar la pretensión resarcitoria dentro del proceso penal; lo que constituye, más que una facultad, una obligación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1 de la LOMP, criterio que ha sido recibido en el artículo 11 del nuevo CPP. Claro que el Ministerio Público queda legitimado para introducir la pretensión civil dentro del proceso penal, únicamente si no se ha hecho el agraviado o si este no se ha reservado la vía civil para ejercer la pretensión resarcitoria. Si este fuera así, el Ministerio Público ya no está facultado para ello, tal como lo establece los artículos 11 y ss. del CPP. Inclusive, aun cuando el Ministerio Público ya hubiese iniciado el ejercicio de la pretensión resarcitoria, puede toda legitimidad para continuar con dicho ejercicio si el agraviado se presenta y se constituye en actor civil o se reserva la vía.

Si bien la precedente legislación procesal (vigente todavía en parte del territorio nacional) no establece en forma concreta cómo debe ejercitarse la pretensión resarcitoria por parte del Ministerio Público, esta se tiene por interpuesta con la propia formalización de la denuncia, en la cual se indica quién es el agraviado y, en todo caso, se expresa la posibilidad de determinarlo durante el proceso. Esta situación varía con el nuevo CPP, según el cual se debe ejercer la pretensión resarcitoria de manera expresa y cumpliendo, en gran medida, con los requisitos establecidos por la norma procesal civil para la interposición de una demanda.

En ese sentido, en nuestro sistema procesal penal se puede perseguir la reparación del daño independientemente del hecho de que el agraviado ejercite o no la acción civil; pues, el Ministerio Público no solo está legitimado para ejercer la pretensión resarcitoria, sino que tiene la obligación de hacerlo[61]. Este sistema rige también en el derecho comparado. Así en España, la doctrina señala que el Ministerio Público «ejercitará *siempre* la acción civil derivada del delito, aunque esta acción cambiará la línea a cabo la acusación particular personada en la causa, salvo

61 Este criterio es compartido por Palacios Motta (2004, pp. 33 y ss.), quien considera que, si bien la reparación civil no conlleva *privado*, el único legitimado para ejercerla es el agraviado. Sin embargo, una posición como esta no toma en cuenta los criterios contenidos en las normas vigentes, ni sobre el Código de Procedimientos Penales, ni en el actual Código Procesal Penal y tampoco las normas procesales civiles. Claro que, al parecer, a esta misma no le interesa la lectura de las normas, como tal que incluso habla de un «acusador adhesivo o coadyuvante», institución que, si bien fue considerada en el proyecto, fue desterrada *al promulgarse el texto final del código*.

el caso, claro está, de que medie la renuncia expresa del ofendido en esa especie material[62]. Igualmente, en Argentina, de conformidad con los códigos procesales de la nación y cada uno de los Estados federales, se dispone que el Ministerio Público está obligado a ejercitar la pretensión resarcitoria; sobre todo, en los casos en que el juzgado ofendido le delega sus facultades o se trata de ofendidos que no pueden hacer valer sus derechos por sí mismos.

Sin embargo, el hecho de que el Ministerio Público sea quien ejercite la pretensión resarcitoria, no cambia la naturaleza de la pretensión, únicamente cambia la forma como es ejercitada[63]. En situaciones muy especiales, al decir de algunos autores, como en el caso de los delitos tributarios, cuando el estado pretende la reparación civil dentro del proceso penal, el Estado no estaría ejercitando una pretensión privada, sino que lo hace en ejercicio de una pretensión pública, olvidando como sujeto de derecho público: es decir, por encima de los particulares y *en ejercicio del jus imperium* del cual está revestido[64].

2. Ejercicio de la pretensión resarcitoria por la acción civil

En el proceso penal, conjuntamente con la acción penal, se ejercita la acción civil resarcitoria. La acción civil la ejercita especialmente el agraviado, perjudicado o víctima del delito o, en su defecto, el Ministerio Público, tal como lo establece el artículo 111 del CPP. Por agraviado debe entenderse a todos las personas o sujetos comprendidos en el artículo 94 *ibi esse* código. 1. Todo aquel que resulte ofendido o perjudicado por el delito directa o indirectamente; tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, serán representados por quienes la ley lo disponga; 2. Los herederos, cuando se trata de delitos que produzcan la muerte del agraviado

62 *Solé Riera*, 1997, p. 46.

63 En este mismo sentido se pronuncia Cubas, considerando la legislación argentina: «*La circunstancia que el MP esté obligado a accionar civilmente hace que tal contenido encuadre dentro de su función pública pero no cambia el carácter de la acción que sigue siendo privada*» (1995, p. 111). Aun cuando debemos entender que el ofrecer a acción hace referencia a la pretensión y no propiamente a la acción, ya que por naturaleza todas las acciones tienen carácter público y lo único que varía es la forma de su ejercicio o el contenido de la pretensión, que puede estar contenido en un interés público o en un interés privado.

64 Según Maier & Bovino: «*No debería advertir, además —pues evitar una interpretación de la palabra que atienta su significado, por analogía, al concepto idiomático que rige para el derecho privado—, que no se trata de una pretensión privada, en el sentido del Estado operando en la vida de relación como sujeto de derecho privado (comprador, vendedor, etc.). Aun que, por el contrario se trata de una pretensión pública, para cuyo establecimiento el Estado obra como sujeto de derecho público, respetándonos a los particulares obligados directamente por el derecho tributario, y, por todo, sometido a reglas básicas de derecho público, como la legalidad y la proporcionalidad, y al control judicial que esas reglas implican*» (1994, p. 116).

directos, establecidos en el orden sucesorio conforme al artículo 816 del CC; 3. Los accionistas, socios, asociados o miembros de las personas jurídicas, respecto a delitos cometidos por quienes la administran, dirigen o controlan; 4. Las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesionada o en peligro indeterminado de personas, o en los delitos incluidos como crímenes internacionales por los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, siempre que el objeto social se vincule directamente con esos intereses y hayan sido constituidas e inscritas con anterioridad a la comisión del delito objeto del pronunciamiento.

Por el ejercicio expreso de la pretensión resarcitoria, el agraviado se convierte en *actor civil* en el proceso penal y, en tal condición, adquiere la calidad de «demandante» de dicha pretensión dentro de este proceso. Claro está que este «demandante» tendrá que sujetarse a las normas del proceso penal, pero de manera supletoria se regirá por las normas del proceso civil (primera disposición final de nuestro CPC) y en aplicación de otras últimas, así como de las normas del CC[65], gozando de la más amplia gama de derechos y facultades procesales para acreditar su pretensión. Cuando en el proceso penal se apliquen supletoriamente las normas del CPC y CC, y dentro normas complementarias y conexas, estas cederán su vigencia a favor de las normas propias del sistema penal, cuando la naturaleza del proceso penal así lo exija. Esta situación resultaba más clara antes de la vigencia del CPP en que se podía apreciar con nitidez el carácter accesorio y eventual del acción civil en el proceso penal, a la vez que no se tomaban en cuenta los criterios del derecho civil en el proceso penal; pues la transacción o desistimiento que el agraviado o actor civil podía hacer dentro del proceso no era determinante y la sentencia penal, de sodas maneras, concluía pronunciándose sobre la responsabilidad civil. Asimismo, aun cuando los daños hubiesen quedado debidamente acreditados en el proceso penal, la sentencia no amparaba su resarcimiento, si es que se absolvía al procesado. Esta situación ha cambiado con el nuevo CPP, en el que se regula debidamente cómo el agraviado puede constituirse en actor civil, cuáles son los efectos de la transacción o el desistimiento de la pretensión resarcitoria por parte del actor civil, la posibilidad de la reserva de la vía civil (en cuyo caso, en el proceso penal, no se tramita la acción y pretensión civil), el desplazamiento del Ministerio Público por parte del actor civil cuando este comparece en el proceso y, sobretodo, la autorización para que el juez pueda resolver el extremo del daño, aun cuando la sentencia dictada en el proceso penal absuelva al procesado (artículo 12.3).

65 En aplicación del artículo IX del Título Preliminar del CC, este se aplica supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas regladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

Sin embargo, para que el agraviado se constituya en actor civil no necesita cumplir con las exigencias formales propias del proceso civil, basta con que lo solicite al juez de la causa por escrito. Este, previa evaluación y, en su caso, opinión del Ministerio Público, admitirá o rechazará dicha solicitud. Para lo cual debe determinar previamente que, en efecto, existen indicios razonables de que el solicitante ha sufrido la lesión de alguno de sus bienes jurídicos.

Debe quedar claro, sin embargo, que para que el agraviado pueda solicitar la constitución en actor civil, tiene que existir un proceso penal en trámite, es decir, que se haya dictado el correspondiente auto de apertura de instrucción o se haya formalizado el inicio de la investigación preparatoria en contra del presunto agente del delito por el hecho delictivo por el cual el actor civil se considera agraviado. Pero la constitución en actor civil no es indispensable para que se inicie y prosiga el proceso. Hay procesos que se inician y concluyen sin la constitución de parte o actor civil. Sin embargo, el hecho de que el actor civil se pueda constituir únicamente cuando ya exista un proceso penal, no significa que el agraviado esté impedido de ejercitar, antes de iniciado el proceso, todas las actuaciones tendientes a viabilizar la formalización de la denuncia penal o a asegurar que su pretensión resarcitoria no sea burlada. Además, puede comparecer ante la autoridad fiscal, la policía u otras autoridades y aportar la prueba pertinente en relación, por ejemplo, con la existencia del daño, su entidad, su magnitud.

La constitución en actor civil ha variado con el nuevo CPP. Como dispone que el proceso se inicia con la investigación preparatoria, la constitución formal en parte o actor civil se hará en esta etapa ante el fiscal (artículo 101 del CPP). Si bien inmediatamente será el agraviado quien se constituya en actor civil, nada impide que pueda hacerlo cualquier otra persona cuyo interés hubiese sido lesionado con el accionar delictuoso o, en todo caso, todo el que aparezca como legitimado para accionar civilmente en el proceso penal[66]. Así, por ejemplo, el asegurador de un riesgo de responsabilidad civil, cuando por alguna razón deba ser o haya sido obligado a cubrir el monto del daño. Igualmente, los que sufren un daño como consecuencia de un ilícito jurídico que los una con la víctima del hecho. Es el caso de quien mantenía un contrato cuya prestación a cargo de la víctima

66 Igual criterio se muestra en la doctrina y la jurisprudencia colombianas, al decir de Javier Tamayo Jaramillo (1998, pp. 38 y ss.), donde se hace referencia a cuna especificas y regimes variados para su consideración, las mismas que existen aun de existir un mismo legislación nacional. Este criterio se ha plasmado expresamente en la legislación penal comparada, como puede verse en el artículo 19 del CP de Argentina, que a la letra dice: «La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1) la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero. Hasta ese momento podrán hacerse valer por el juicio los defensas de prueba plena [...]». En igual sentido, por ejemplo, encontramos la legislación penal boliviana.

del delito constituía una obligación cuasi *ex delicto* y el hecho delictivo puso a la víctima en la imposibilidad de cumplir con dicho contrato. Claro está que debe tratarse de un contrato en que la parte que se considera perjudicada ya hubiese realizado la contraprestación a su cargo y no existiera la posibilidad de obtener un resarcimiento fuera del proceso penal. Esta afirmación se sustenta en el artículo 1137 del CP, en cuanto dispone que la reparación civil —proveniente del delito— se rige además por las disposiciones pertinentes del CC, es decir, las referentes a la responsabilidad extracontractual[67].

Cuando un conjunto de personas es agraviado, estas pueden constituirse en parte civil mediante su representante. Y si se trataba de un caso de interés difuso, es decir de aquel cuya titularidad corresponde a un número indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, cabe como la defensa del medioambiente, de los bienes culturales o históricos o del consumidor, o de la afectación de bienes jurídicos por delitos internacionales, pueden constituirse en actores civiles las asociaciones o instituciones *sin fines de lucro* que según la ley o el juez estén legitimadas para hacerlo, por realizar sus actividades y tener fines destinados a la protección de los referidos intereses difusos o derechos de contenido internacional, conforme al artículo 94, numeral 4, del nuevo CPP, concordante con lo dispuesto por el artículo 82 del CPC. Esta tipo de legitimación para comparecer en el proceso no es privativa de nuestro ordenamiento jurídico; por el contrario, es usual en el derecho de los Estados Unidos, en donde se aplica mediante la llamada *class actions*, ejercitada sobre todo para los casos de daños ocasionados por productos defectuosos y los ocasionados al medioambiente[68].

Finalmente, es de precisar que quien quiera constituirse en actor civil tendrá que acreditar tanto su capacidad de parte, así como su legítimo interés y demás presupuestos de la acción civil.

67 Según Cornu: «En el derecho comparado encontramos hipótesis excepcionales que investigan la titularidad de la acción resarcitoria por hechos ilícitos al que haya sufrido un daño reembolsar y directo. Para ello no se da en el momento, en el que la ley civil pone esa acción al alcance "no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente", sino respecto de toda persona, que por el hablase sufrido, aunque sea de una manera indirecta» (1985, pp. 186 y ss.).

68 Según De Ángel Yágüez, la clase actora «como se sabido se trata de la acción ejercitada por un demandante, pero no para satisfacer su propio y exclusivo interés, sino también el de todos los que se encuentran en la misma situación. Dicho de otro modo un único demandante actúa con de si cualquier exclamación similar a la mía». De alguna manera podrá decirse que quien demanda ante los tribunales lo hace en su nombre *pero si en interés de un conjunto*, en el sentido de que lo que el juez concluya alcanza a dicho conjunto. Con ello se produce un exclusivo acceso a la justicia por parte de quien formalmente no extrae plenos algunos» (1995, p. 92).

C. Determinación del monto de la reparación civil

Ejecutada la pretensión resarcitoria en el proceso penal, se tendrán que observar las normas relativas a la responsabilidad civil contenidas en el CC y CPC, además de las normas penales y procesales penales en cuanto corresponda. El principio general, que tradicionalmente rige la valoración del resarcimiento o indemnización, es el de la *reparación plena o integral*[69], entendiendo por que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado[70]. Asimismo, la magnitud del daño reparable en general debe corresponder a la magnitud del perjuicio. Los daños y perjuicios se miden por el menoscabo sufrido, no en consideración a la magnitud de la culpabilidad o de cualquier otro factor de atribución de responsabilidad[71]; pues la indemnización no constituye una pena, sino «la remoción de la causa del daño y la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o bienes dañados a su estado primitivo» o el pago de una suma pecuniaria que juega a modo de valoración o apreciación del daño ocasionado[72]. Por tanto, no puede hacerse en la culpabilidad, sino en la relación de causalidad entre el acto perjudicial y el daño, así como en la entidad y real magnitud de este último.

Al igual que en la indemnización de daños y perjuicios provenientes de la inejecución de obligaciones contractuales, el monto de la obligación resarcitoria proveniente de responsabilidad extracontractual o de acto constitutivo de delito está integrado por la magnitud del perjuicio efectivamente causado. Se comprende el daño material (emergente o lucro cesante); los daños presentes o futuros, directos o indirectos, asimismo, el daño moral y adicionalmente el daño a la persona, según lo dispuesto por el artículo 1985 del CC, concordante con el artículo 93 del CP.

Sin embargo, por razones de equidad, muchas veces se flexibiliza el principio de la reparación integral, dejándose sin reparación determinados daños; como, por ejemplo, en los casos de daños ocasionados por delitos contra el medioambiente[73].

69 De Trazegnies Granda, 1988, p. 16.

70 De Ángel Yágüez, 1995, p. 55.

71 Aun cuando el artículo 1983 del CC establece que el juez puede determinar la proporción del daño que corresponde hacer frente a cada uno de los participes, cuando sean varios los responsables, según la gravedad de la falta de cada uno.

72 De Ángel Yágüez, 1995, p. 321.

73 En este sentido, De Ángel Yágüez hace referencia que, en la reunión del 14 y 15 de mayo de 1994, en la Universidad de Tilburg (Holanda), «se discutió si el principio de la reparación íntegra debería ser objeto de restricción, hacia en general, hacia un daño específico. Se dejó constancia que el significado de *full compensation* está lejos de ser claro [...] y que sus primeros intérpretes consideran en establecer el monto justo de la cuantía del daño, y el segundo en hacerlo a todos los daños deben ser compensados» (1995, pp. 51 y 52).

Respecto al *daño a la persona*, a nuestro parecer, este concepto no resulta claro ni con contenido propio; pues, cuando se ataca contra un derecho de la persona, el perjuicio ocasionado se asimila tanto a los daños materiales o patrimoniales, como a los daños morales o extrapatrimoniales, no quedando lugar, en cuanto al resarcimiento, para una tercera categoría de daños. Distinto es que, dentro de los daños extrapatrimoniales o morales, se considere como especial categoría a estos daños a la persona; a la vez que también se puede comprender, dentro de los daños patrimoniales, a determinados daños ocasionados a la persona, siempre y cuando puedan evaluarse patrimonialmente. De ser así, se podrán aplicar, sin ningún problema, los criterios propios de este tipo de daños para evaluar su existencia y magnitud y de este modo se podrá propender a su efectivo resarcimiento. También en cuanto a los daños a la persona, el principio de la reparación integral o *full compensation*, así como la compensación objetiva, están lejos de ser una realidad. Los propios derechos de la persona, en el fondo, tienen un contenido patrimonial: la propia vida y las aptitudes personales tienen un valor económico considerados como fuentes de ventajas personales para el sujeto o para otros[74].

Asimismo, hay que considerar que los daños concurrentes, al momento de cuantificar el resarcimiento, tienen que romper de la relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño, a la vez que romperán que quedar vinculados al concurrir a través del correspondiente factor de atribución de responsabilidad.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual y por ende en la responsabilidad civil proveniente del delito, prima también el principio de la reparación integral; considerando para estos efectos no solo la responsabilidad que surge de los factores de atribución subjetivos, sino también de los factores objetivos de atribución de responsabilidad. Por tanto, también el resarcimiento del daño deberá determinarse de conformidad con el artículo 1985 del CC.

Deberá acreditarse en el proceso la existencia de todos los daños integrantes del resarcimiento mediante la prueba correspondiente, a la vez que deberán practicarse la respectiva valuación o valorización, así como la liquidación correspondiente. Es posible determinar el daño y el resarcimiento conjuntamente; para lo cual es indispensable que dicha valorización y liquidación sean aceptadas dentro del proceso.

Un problema que se presenta generalmente es el relativo a los *intereses* que devengaría el monto de la prestación resarcitoria; ya que la última parte del artículo 1985 del CC señala que el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. Este precepto no resulta claro, toda vez que la prestación resarcitoria constituye una *acreencia de valor*; lo que significa

74 Vita Orgaz, citado por De Trazegnies Granda. 1998, p. 17.

que se admita una prestación no determinada monetariamente, aun cuando es determinable al momento en la sentencia, por lo que no corresponderá aplicar el *cómputo* de intereses desde el momento de la causación del daño, sino recién a partir del momento en que se determina la prestación fijándose monetariamente el monto de la reparación.

La doctrina dominante considera que el cálculo de intereses se aplica a una obligación determinada, sobre todo a una obligación nominal o dineraria. Se afirma que la deuda de intereses no puede generarse si no preexiste una deuda principal, porque tiene siempre el carácter de prestación accesoria. En el caso de la prestación resarcitoria, todavía no está determinada la cuantía de la prestación, así como tampoco la magnitud de la misma. No está determinada la obligación principal. Y si bien es cierto que el agraviado por el delito puede solicitar como resarcimiento una prestación dineraria determinada, esta es solo referencial, ya que el monto de la prestación se determinará únicamente en la sentencia que ampare la pretensión. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia comparada es unánime, como dice De Ángel Yágüez refiriéndose a la jurisprudencia española, «la indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios tiene carácter de deuda de valor; por lo que no cuenta ha de determinarse con referencia tan a la fecha en que se produjeron la causa determinante del perjuicio, sino a aquella en que recaiga en definitiva la condena a la reparación, o en su caso a la fecha en que se liquide su importe en ejecución de sentencia»[75]. En nuestro medio, se admite este criterio en la sentencia de la Corte Suprema del 13 de agosto de 1991, donde se afirma que «se debe tener en cuenta que la obligación de indemnizar consistirá en realidad una obligación legal de valor y no una de dinero, de manera que lo que se persigue es el efectivo resarcimiento del perjuicio causado en su real y actual valor de modo tal que la suma de dinero que se fije sea tan solo[sic] y no de *obligationes* [...]»[76]. Consecuentemente, el monto de la prestación resarcitoria solo

75 De Ángel Yágüez, 1993, p. 330. Esta misma criterio fue asumido por los vocales supremos participantes en el Pleno Jurisdiccional de las Cortes Superiores, llevado a cabo en Lima los días de noviembre de 1997), donde se concluyó que: «El daño es una deuda de valor y no una deuda de dinero y que por lo tanto, en concordancia con la función esencialmente reparadora o resarcitoria de la indemnización, debe buscar la actualización del monto de la indemnización al momento en que esta es pagada [...]». De modo que no se entiende cómo en otro plenario concluyeron exactamente lo contrario. Al parecer, ello obligaría un nivel de improvisación al momento de tomar los acuerdos, los que lógicamente no son vinculantes.

76 Jorge Cárdenas Quirós. «La doctrina se ha referido a propósito de las obligaciones con prestación dineraria, a las *así denominadas obligaciones o deudas de dinero* y *obligaciones o deudas de valor*. En los primeros, la prestación se fija en una determinada cantidad de moneda de curso legal, como simple reflejo de cambio, conforme a su valor nominal. En las de valor, por el contrario, el objeto de la prestación es precisamente un valor patrimonial o económico

podrá generar intereses a partir del momento de la sentencia. Antes, como en toda deuda de valor, su monto podrá actualizarse, incrementándose el contenido de la prestación principal de tal manera que la prestación indemnizatoria mantenga un poder adquisitivo equivalente al valor del daño causado. Pero este aumento no puede darse mediante la aplicación de intereses a una prestación nacimente antes de la sentencia.

1. Valuación del daño material o patrimonial

La valorización y liquidación de los daños materiales o patrimoniales se determinarán objetivamente mediante la pericia valorativa correspondiente. Hablamos de determinación objetiva refiriéndonos al valor que tienen los bienes u objetos para todas las personas en general y no solo para el titular del bien o derecho afectado; para todo bien u objeto habitualmente tiene un valor para el público y este para su titular, por lo general el segundo mayor que el primero. De modo que si en razón de un daño material, el resarcimiento significa recomponer la integridad del patrimonio lesionado [...]. Para ello, según dice la doctrina, el juzgador desarrollará una operación lógica consistente en comparar la situación posterior al hecho lesivo con la que existía o se habría producido si tal hecho no hubiera acaecido[77].

Sin embargo, para efectos de determinación de este tipo de daños, se considera el interés patrimonial del titular en general y no solo el bien materia del daño. En consecuencia, no solo el precio del bien, sino su utilidad[78]. Asimismo, conforme señala la jurisprudencia española, para el resarcimiento de daños es necesaria la prueba de ellos en forma categórica, sin que sean suficientes meras hipótesis o probabilidades, añadiendo la resolución que los perjuicios reales y efectivos han de ser acreditados con precisión, de modo que el perjuicio sufrido solo debe ser

> determinable que se traduce en sinonimia de cierta lógica [...]. En los daños de valor, en cambio, la prestación, aunque se nombre en la consigna de una suma de dinero, tiene por finalidad mantener un poder adquisitivo o valor patrimonial concreto. En este caso el dinero es una medida del valor, debiéndose tener en cuenta la desvalorización del signo monetario y, por tanto, un poder adquisitivo real al tiempo del pago [...]. Como dice Giannattasio, en los primeros, el dinero es el objeto propio de la obligación y en consiga significa el cumplimiento específico y directo de la prestación originaria. En los segundos, el dinero no es el objeto propio, pero cumple la necesaria misión de ser el criterio determinador de todos los valores, ella entra a ocupar el lugar del objeto propio, a ese que no es la prestación originaria, sino una prestación sustitutiva» (1998, pp. 133 y ss.).
>
> 77 De Ángel Yágüez, 1995, p. 513.
>
> 78 Zannoni, 1991, p. 134.

resarcido con el equivalente del mismo, para lo que es imprescindible conocer su entidad real[79].

Consecuentemente, para aspirar a la reparación de este tipo de daños, se tendrá que probar su existencia, determinar su entidad y practicar su liquidación debidamente, de manera objetiva, no resultando de aplicación criterios aproximativos o discrecionales, sean del juez o de quienes participen el resarcimiento.

2. Valuación del daño moral o extrapatrimonial

Dentro del sistema de división de los daños en materiales o patrimoniales y extrapatrimoniales o morales, estos últimos, por su naturaleza eminentemente subjetiva, resultan de difícil resarcimiento, precisamente por que de forma objetiva no se cuenta con un patrón de determinación de los mismos y, aun cuando pudieran determinarse, no existe un bien o valor capaz de repararlos. Sin embargo, resultaría inicuo, por decir lo menos, que estos daños quedaran sin resarcimiento, a pesar de que indudablemente se puede sobrevivir que se han producido, sin cuando no pudiera establecerse con precisión su magnitud; por lo que resulta justo asignarse su reparación. En este sentido, Espinoza Espinoza, quien habla de *daños subjetivos y no propiamente de daños morales o extrapatrimoniales*, afirma que «por la especial naturaleza del daño subjetivo, cual es la de ser inapreciable en dinero, no podemos negar su reparación, por cuanto ello es mucho más injusto que dar una indemnización, al menos aproximativa o simbólica, al sujeto dañado»[80].

Al haber quedado establecido que se deben reparar los daños extrapatrimoniales, morales o subjetivos, queda por determinar un instrumento que ayude a la fijación de su *quantum*; pues no basta con reconocer un tipo especial de daños, sino que debe establecerse una efectiva reparación del mismo. Con este fin, se debe contar con instrumentos que nos permitan cuantificar la magnitud de las consecuencias de un hecho dañoso a fin de tutelar al agente dañado. De lo contrario, si se fija un *quantum* irrisorio o tímido, como sucede en la práctica judicial, se termina por banalizar la existencia y la consecuente tutela del daño, con lo que el proceso judicial del resarcimiento del daño terminaría siendo otra suerte de *burla forense*[81].

Para evitar esta incertidumbre, siguiendo a De Ángel Yágüez y a Espinoza Espinoza, podemos decir que, en materia de reparación del daño subjetivo y del daño moral, no existe una fórmula única e ideal para establecer su *quantum*,

> 79 De Ángel Yágüez, 1995, p. 514.
>
> 80 Espinoza Espinoza, 1996, p. 32.
>
> 81 Idem.

quedando únicamente la *equidad* como criterio para fijar el monto de *cada daño*, aun cuando este criterio no deja de ser subjetivo. Es decir, el juez determinará el monto del resarcimiento teniendo en cuenta la forma más justa aplicable al caso concreto. Por lo que cabe afirmar que el criterio equitativo es el único cajón de redacción en términos monetarios el daño moral[32]. Entonces, equitativamente y siguiendo a la jurisprudencia italiana, para efectos de la determinación del daño moral (sobre todo para los casos configurativos de delitos), podemos considerar los siguientes elementos:

a) La gravedad del delito, que es más intensa cuando mayor es la participación del responsable en la comisión del hecho ilícito.

b) La intensidad del sufrimiento en el ánimo, teniendo presente la duración del daño, la edad y el sexo del lesionado.

c) La sensibilidad de la persona ofendida, teniendo en cuenta el nivel intelectual y moral de la víctima.

d) Las condiciones económicas y sociales de las partes deben ser superadas porque contrastan con el sentimiento humano y con el principio de igualdad.

e) El vínculo de consanguíneo o de parentesco.

f) El estado de convivencia.

Igualmente, De Ángel Yágüez, refiriéndose a los daños extrapatrimoniales y a los daños a la persona, sostiene que:

> [...] la doctrina italiana en concreto, insiste en que en este caso no cabe hablar propiamente de indemnización sino de reparación equitativa, en atención al considerable grado de apreciación subjetiva que lleva consigo la sentencia. Quizá porque, como escribió Facchelli en afortunada expresión, el daño no patrimonial y en concreto el daño a la persona, debe ser expresado solo en términos de relevancia moral y social. O como el mismo autor lo señala unos párrafos, en otros casos el juez se encuentra sometido al compromiso de atribuir, a través de una variada utilización del mismo pecuniario, un concepto indirecto como compensación del daño sufrido por la víctima[33].

En conclusión, podemos decir que, aun cuando no es fácil determinar la existencia de los daños extrapatrimoniales o morales, sí se puede razonablemente determinar su existencia y cuantía. Asimismo, también es posible su determinación

32 Ibídem, p. 75.

33 De Ángel Yágüez, 1995, p. 58.

equitativamente, siguiendo, de ser posible, los criterios anotados y de esta misma manera se puede determinar el quantum de la obligación resarcitoria.

D. Ejecución de la reparación civil

Como se sabe, por disposición expresa del artículo 101 del CP, concordante con el artículo IX del Título Preliminar del CC (así lo establece la doctrina amplísimamente mayoritaria y la legislación comparada[34]), la pretensión reparatoria proveniente del delito es de naturaleza civil (privada) y, por tanto, son reguladas por el CC y el CPC, tanto más si se tiene en cuenta la primera disposición complementaria y final de este último.

Siendo así, debemos tener en cuenta que el CC establece cuáles son las fuentes de las obligaciones; es decir, los supuestos a través de los cuales una persona queda vinculada frente a otra, estableciéndose entre sí una relación deudor-acreedor. La *responsabilidad extracontractual* es una de las fuentes de las obligaciones, entre las cuales está la *obligación resarcitoria nacida del delito*. El deudor, agente del delito (en nuestro caso), sus partícipes y eventualmente el tercero civil, resultan ser deudores del agraviado por un monto equivalente al total del daño causado. Si estos deudores cumplieran con resarcir el monto total del daño, la obligación quedaría extinguida. Si este no fuera así, el agraviado o el Ministerio Público (como se ha visto) *demandará* su cumplimiento en el proceso penal, tal como lo establece la ley penal, procesal penal y también el inciso 1 del artículo 1219 del CC, concordante con los artículos I y III del Título Preliminar del CPC. En este caso, el agraviado se constituirá en actor o parte civil (demandante); para acreditar, en el proceso penal, la existencia del daño, su cuidad y magnitud. Igualmente, el Ministerio Público puede iniciar la demanda al estar legitimado por su ley orgánica y la norma procesal penal. Esta demanda resarcitoria concluye con la sentencia correspondiente, sea absolutoria o condenatoria. En esta última hipótesis, si se ha amparado la pretensión contenida en la demanda, se habrá determinado la existencia, cuidad y magnitud de la obligación resarcitoria, surgiendo desde este momento una obligación líquida y exigible a cargo del o los condenados y el tercero civil, de ser el caso.

En este estado, la fuente de la obligación (responsabilidad extracontractual-delito), se convierte en *título de ejecución de la obligación*. El demandante (actor civil o Ministerio Público) habrá actuado como impulso de la pretensión desde la interposición de la demanda hasta la sentencia. A partir de la sentencia, las partes y en general todos los sujetos procesales quedan vinculados por el título de ejecución

34 Ver al respecto Cáceres Villegas.

constituido por la sentencia. Cuando no se cumple con dicha obligación, se inicia el *proceso de ejecución*, cuyo efecto inmediato es la *ejecución forzada* (artículos 715, 725 y ss. del CPC).

A tal efecto, resulta cambiado de aplicación la ejecutoria de carácter vinculante RN 1558-2005, del 20 de junio de 2005, en la que se resuelve sobre la participación del agraviado comprendido en la sentencia como titular del derecho al resarcimiento, pese a no haberse constituido en parte civil. Obviamente, la ejecución de la obligación resarcitoria, tal como lo establece el artículo 93S del CPP, está a cargo del fiscal provincial y del actor civil quienes deberán intervenir en su ejecución.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL RESARCIMIENTO ECONÓMICO DEL DAÑO CAUSADO POR EL DELITO

GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo. "Aspectos fundamentales del resarcimiento económico del daño causado por el delito". Pág. 1 – 23. [En Internet]. Consulta 10/05/16. Enlace en: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C014430525787C030627CD5/$FILE/Lgbrp_Rev_004-02.pdf

ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL RESARCIMIENTO ECONÓMICO DEL DAÑO CAUSADO POR EL DELITO

Luis Gustavo Guillermo Iriarte*
Profesor de Derecho Penal
Universidad Nacional de Trujillo

1. Precisiones Conceptuales

Es común encontrar en manuales de Derecho penal afirmaciones como la siguiente: "de todo delito o falta, además de la responsabilidad penal concretada en la pena y/o medida de seguridad, surge también una responsabilidad civil"[1]. Esta afirmación suele corresponderse con la denominación comúnmente usada de "reparación civil derivada del delito" y que mantenemos en el presente trabajo sólo por el peso de la tradición y por lo entendido de su denominación. Con ella, en realidad se quiere hacer referencia al resarcimiento de los daños ocasionados a una persona, con ocasión de la comisión de un hecho punible. La obligación de resarcir no surge ni se deriva del delito, sino del daño producido, es decir, no se trata de un resarcimiento *ex delito*, sino *ex damno*[2]. Por ello, con razón se afirma que "sin daño, pues, no habrá obligación de resarcir, aunque haya existido delito (...). En suma, el delito o la falta no fundamentan la obligación de resarcir, sino el daño causado"[3].

Asimismo, tampoco es exacto sostener que de todo delito o falta surge responsabilidad civil, pues, si como acabamos de afirmar, la obligación de resarcir no surge del delito, sino que ésta se fundamenta en la producción de un daño antijurídico, el

* Fiscal Adjunto Provincial Penal del Distrito Judicial de La Libertad. Estudios de Maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas en la Universidad Nacional de Trujillo.

[1] Sólo a título de ejemplo, Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado Penal*, Parte General, T. III, Lima, 2004, p. 343.

[2] En este mismo tenor, SILVA SÁNCHEZ, *¿"ex delicto"? Acerca de la denuda "responsabilidad civil" en el Derecho penal*, www.indret.com (citado el 31 de enero de 2007).

[3] MUÑOZ LAPICENTE, en CÓRDOBA ROGA (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. IV, Madrid, 2000, p. 226. En el mismo sentido, ahora LANDROVE DÍAZ, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 5ª ed., Madrid, 1993, p. 151, que pone que ignorarse la responsabilidad civil es asociarla la producción de un daño o perjuicio patrimonial.

Actual. Jur., Año III, N° 5, Enero 2007, Págs. 85-89

resarcimiento sólo corresponderá cuando el hecho sancionado en el proceso penal lo haya ocasionado, independientemente de la existencia imputación al responsable penal. Con ello se está afirmando que el margen del contenido penal de la sentencia impuesta, para que además proceda imponer el pago de reparación civil, es condición necesaria acreditar la producción de un daño a cargo del autor del hecho, para sostener que existen delitos que no ocasionan daño alguno, como los delitos de simple actividad, los de peligro, o aquellos cuyo grado de realización alcanza sólo el grado de tentativa. Claro que también puede suceder que a pesar de no tratarse de delitos de resultado lesivo o no habiéndose producido el mismo (tentativa) ya se hayan ocasionado daños y perjuicios al agraviado, en cuyo caso sí procederá el resarcimiento. Así, por ejemplo, en una tentativa de violación sexual, donde si bien no se produjo la consumación del evento delictivo (resultado típico), sí se han producido lesiones a la víctima o se le ha ocasionado una grave afección mental; situación que evidentemente merece ser resarcida. Lo mismo puede predicarse respecto a los delitos de peligro, donde si bien el tipo penal no exige resultado lesivo alguno (más allá de la infracción de la norma), la acción puede llegar a producir daños que merecen ser indemnizados.

Lo acabado de mencionar nos lleva a analizar si es que los daños que merecen ser indemnizados mediante la denominada *reparación civil derivada del delito* son sólo los daños penalmente típicos, los derivados de la conducta delictiva, pero extratípicos, o también los daños que no tienen relación alguna con el evento delictivo. Aunque la jurisprudencia no se ha ocupado en específico de este tema, es importante tener en claro cuáles son los daños que serán indemnizados. Habrá que partir por afirmar que siendo el fundamento de la responsabilidad civil distinto del fundamento de la responsabilidad penal, el daño indemnizable no se refiere únicamente al daño como resultado típico, pero, claro, tampoco lo excluye. Por ejemplo, es evidente que la muerte de otro constituye el resultado típico en el delito de homicidio, y en tanto produce un daño, los perjudicados por el mismo tienen derecho a resarcimiento. En este supuesto nos encontramos ante un daño penalmente típico. Pero también puede suceder, aunque sea en pocos casos, que algún delito de peligro como, por ejemplo, el de fraude en la administración de las personas jurídicas (de peligro concreto) pueda finalmente producir resultados extratípicos (perjuicio económico a los acreedores), cuya consideración no revista ninguna importancia para el juicio de imputación penal, pero sí sirva de sustento para fundamentar una responsabilidad civil en el proceso penal; responsabilidad civil, que,

por lo demás, debe ser declarada por el Juez en la misma sentencia donde se condene al autor como responsable de un delito de peligro[3].

Situación algo más controvertida se presenta cuando se analiza la posibilidad de condenar al pago de una reparación civil de daños desvinculados con el delito denunciado, es decir, daños penalmente no típicos ni derivados de un hecho típico. Al respecto debe considerarse que el legislador peruano en el artículo 92° del Código Penal, establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que por regla la reparación civil se impone siempre que también se le haya impuesto una pena al autor, con excepción de algunos supuestos, como la reserva del fallo condenatorio y el consumo del extraneus". En cualquier caso, estamos hablando siempre de un juicio de culpabilidad penal al autor, al margen que no se dicte el extremo de la condena, como en el caso de la reserva del fallo condenatorio. Y si hablamos de responsabilidad penal, nos referimos siempre a un hecho típico, que a su vez ha causado daño a la víctima. Sin embargo, las dudas acerca de esta opción legislativa aparecen cuando se revisa el inciso 3) del artículo 12 del Código Procesal Penal del año 2004, donde se establece que "La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá el órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible...". El problema es que no queda claro a qué se refiere el legislador cuando habla del órgano jurisdiccional. ¿Se está aludiendo acaso al mismo órgano jurisdiccional penal, que sentenció por la absolución del procesado o el sobreseimiento de la causa?, ¿o al órgano jurisdiccional civil competente? Nos arriesgamos a pensar que el legislador está haciendo referencia a este último, manteniendo el sistema vigente hasta la actualidad, según el cual la reparación civil se impone sólo cuando existe también sanción penal (con las excepciones ya mencionadas), aún cuando no siempre que se condene penalmente a alguien, surgirá la obligación de resarcir, pues para ello será necesario acreditar el daño causado.

Aclaradamos que empleamos las dudas con la reforma antes mencionada, pues si se entendiera que el mismo Juez penal tiene la facultad de imponer el pago de reparación civil, a pesar de que exista sentencia absolutoria o sobreseimiento de la causa, podría presentarse el caso de una resolución que disponga el sobreseimiento porque el hecho imputado no es típico (artículo 344°, inc. 2, parágrafo b) del Código Procesal Penal de 2004) y, sin embargo, prevalecerán los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, se ordene el

[3] En este línea, afirma SILVA SÁNCHEZ, Op. Cit., que pues que exige en virtud de responsabilidad civil "derivado del delito" no se requiere que el delito estimado por el delito sea un delito genuinamente típico.

[4] GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General*, 2ª ed., Lima, 2007, pp. 955-956.

pago de reparación civil, cuando, evidentemente, dicho resarcimiento surge de un hecho que, si es típico si se deriva del mismo. Esta situación, según entendido, no es posible en nuestro sistema procesal actual, no sólo por lo prescrito por el artículo 92° del Código Penal, sino también porque la acción civil incorporada dentro del proceso penal, tiene la característica de ser accesoria, respecto de la pretensión penal –que es la pretensión principal en el proceso penal- y no alternativa.

La razón por la cual se ha colocado la disposición mencionada en el Código Procesal Penal obedece, a nuestro parecer, a la decisión de resolver adecuadamente el hecho que la irresponsabilidad penal no presupone la irresponsabilidad civil, en tanto cada cual se analiza bajo distintos presupuestos. De modo tal que nada obsta para que a pesar de existir una sentencia absolutoria, el perjudicado con un evento dañoso pueda recurrir a la vía civil y demandar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, no siendo oponible la excepción de cosa juzgada, pues su pretensión civil tramitada en el proceso penal no ha sido desestimada, sino que al no existir pena para el autor, por mandato del artículo 92° del Código Penal, no puede tampoco fijarse la correspondiente reparación civil en sede del proceso penal.

Por cierto, todas estas reflexiones acerca de los daños a ser resarcidos, y la exigencia que los mismos se determinen recién luego de afirmado la presencia de un delito (sea que los daños sean típicos o se deriven del mismo), rige fundamentalmente para los sancionados directos del daño (autores y partícipes), pero también para otros obligados solidariamente, como el tercero civil, cuya responsabilidad no se fundamenta en la realización de un delito, que a su vez cause daño, sino que su responsabilidad civil se deriva de la *garantía de reparación* que le vincula con el autor del hecho. Claro que, por regla, deberá imponerse una pena a los autores del hecho, para habilitar recién la declaración de responsabilidad del tercero civil.

Algo distinta es la situación en países como España, donde el legislador ha previsto en el artículo 115° de su Código Penal la facultad del Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria por eximir causas tales como la imputabilidad, el estado de necesidad, el miedo insuperable, etc., de fijar las responsabilidades civiles a que hubiera lugar. Se trata, pues, de supuestos de conductas que aun no siendo punibles, sí generan responsabilidad civil en otras personas (perjudicados), pudiendo el Juez Penal proceder a fijar la reparación civil en esa misma sentencia absolutoria.

2. Naturaleza Jurídica

Sobre esa tesis, somos de la opinión que si se tuviera un adecuado conocimiento acerca de la naturaleza jurídica de esta institución, y, sobre todo, de las consecuencias de asumir una posición al respecto, muchos de los problemas de aplicación jurisdiccional ya hubieran sido resueltos hace mucho tiempo. No obstante, por los objetivos del presente trabajo ya no abundaremos en detalle este importante tópico, remitiéndonos a una publicación anterior, donde hemos fijado nuestra posición a favor de la naturaleza jurídica privada de la reparación civil *derivada del delito*[4], y desde esa perspectiva, replanteado una interpretación de los artículos 92° del Código Penal, 285° del Código de Procedimientos Penales, entre otras normas que inciden directamente en esta materia. Por lo que aquí interesa, hasta este momento que la naturaleza jurídica privada de la responsabilidad civil *ex delicto* se funda en los siguientes argumentos[5]:

a) La desaparición de los preceptos que regulan la responsabilidad civil del Código Penal, carentes de relevancia, pues podría accionarse en la vía civil basado en la normatividad propia del Código Civil.

b) Algunos de los conceptos que la integran coinciden con instituciones civiles (acción revindicatoria).

c) La responsabilidad civil sigue un régimen autónomo e independiente de la pena, solamente siempre se entrega la reparación penal.

d) La no aplicación del principio de presunción de inocencia en la responsabilidad civil, pues tratándose de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, sigue, por disposición de las normas del Código Civil, el principio de invención de la carga de la prueba.

e) La reparación civil no es personalísima, como sí lo es la pena, por tanto aquella puede transmitirse a los herederos.

f) La responsabilidad civil no se establece de manera *proporcional* a la gravedad del delito, sino teniendo en cuenta la entidad y magnitud del daño causado.

g) La reparación civil tiene como finalidad reparar el daño causado por una conducta antijurídica y se orienta a la víctima. La pena tiene fundamentalmente fines preventivos.

Es necesario agregar que algunos autores consideran que si bien la reparación civil, como se puntualizó anteriormente, tiene naturaleza jurídica civil o privada, las normas que la regulan, tanto en el Código Penal, Código de Procedimientos Penales y Ley Orgánica del Ministerio Público, forman

[4] Cfr. LUJÁN TUPEZ, *La naturaleza jurídica de la reparación civil derivada del delito: una necesidad pendiente*, Trujillo 1999, Lima, abril 2000, pp. 41-47.
[5] Ibidem, p. 43.

Gaceta Jurídica http://www.gacetajuridica.com.pe

naturaleza pública. No obstante, es importante indicar que, conforme lo resalta la doctrina mayoritaria, "es indudable que tanto la responsabilidad penal como los principios que los regulan tienen naturaleza civil"[6]. En más, la responsabilidad civil *ex delicto* comprende sólo una parte de la responsabilidad civil extracontractual[7], de aquella responsabilidad derivada del mandato general de que todo aquel que causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo.

3. Delitos que Generan Responsabilidad Civil

Es claro que en el plano teórico cualquier delito *puede* generar responsabilidad civil, al margen de si se trata de un delito de resultado lesivo, de peligro o de simple actividad. Pero, al mismo tiempo, no todos los delitos, *per se*, llevan aparejados una reparación civil. Es así, como ya hemos mencionado anteriormente, el fundamento de las responsabilidades civiles y penales, se asientan en criterios distintos. Lo importante para establecer si alguien al cometimiento exclusivamente es la constatación de un daño. Así, se afirma que solamente habrá responsabilidad civil cuando el delito empleado sea de los *que produzcan un daño reparable*[8].

Es discutido por algunos autores si los delitos en grado de tentativa tienen entidad suficiente para hacer surgir la obligación de reparar, en tanto no han producido el resultado lesivo exigido por el tipo penal; o, asumiendo la posibilidad de afirmar la reparación civil, se cuestionan acerca de si la medición de la misma está en función al grado de realización del injusto. Así, algunos autores opinan que es "... coherente con la objetividad del juicio reparatorio tomar en cuenta el grado de realización del injusto penal. Lo que equivale a sostener que la reparación civil tiene que ser menor en una tentativa que en un delito consumado"[9]. Pues bien, el respecto habría que precisar que ya puesto que, efectivamente, el resarcimiento económico sea mayor en un delito consumado que en uno tentado, pero no porque la determinación de la responsabilidad civil se realice con los mismos elementos de medición de la pena, sino porque en el plano fáctico seguramente exista un mayor daño –que debe ser reparado– en un delito que llega al grado de consumación. Con esto quiere resaltarse, una vez, que el tema siempre gira en torno a los

[6] SLAFTUCKY DOMSON, en: GRACIA MARTÍN (Coord.), *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 2ª ed., Valencia, 2000, p. 613.
[7] Ibidem, p. 614.
[8] Así, QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES, FAVIOLA MUÑOZ Y DE LUEVA SUÁREZ BARCENA, *La responsabilidad civil ex delicto*, Navarra, 2002, p. 41. En este lugar, además SLAFTUCKY DOMSON, Op. Cit. p. 620, que cualquier delito puede dar lugar a responsabilidad civil si no generando daños o perjuicios y que, a la inversa, si bien delitos pues no se han derivado de *A*, daños y perjuicios, no habrá surgido responsabilidad civil alguna.
[9] PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000, p. 206.

daños efectivamente causados, al margen de que se trata de un delito tentado.

Una situación igualmente polémica se presenta en el análisis de la responsabilidad civil en los delitos de peligro, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. La discusión surge debido a la estructura de los delitos de peligro, que para su consumación no requieren de lesión de objeto alguno, sino que basta que la conducta realizada represente una puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos. No obstante ello, como bien apunta la doctrina, en estos delitos sí cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja responsabilidad civil[7], pues aunque en el terreno fáctico es difícil imaginar supuestos de delitos de peligro que produzcan daños o perjuicios -sin que no se trate de conceptos de delitos-, no por ello podemos descartar tal posibilidad.

Trasladándonos al otro extremo, en alguna oportunidad nuestra jurisprudencia se ha decantado por condenar al pago de reparación civil, en todos los delitos, incluidos los de peligro, con argumentos por demás cuestionables. Así, en el Pleno Jurisdiccional del año 2008, Tema 3, Acuerdo Quinto, se estableció que: "En las sentencias por delitos de peligro se debe fijar la reparación civil, ya que ésta se determina conjuntamente con la pena y debe estar contenida en el fallo condenatorio de acuerdo al art. 285° del C de PP". Es decir, nuestros órganos jurisdiccionales asumían su razonamiento en una interpretación literal del artículo 92° del CP y 285° del C de PP, sin tomar en cuenta la naturaleza jurídica privada de la institución en análisis. Por ello, no es de recibo esta posición de la jurisprudencia nacional. Por el contrario, a nuestro juicio, esas normas sólo hacen referencia a la oportunidad en la que debe determinarse la reparación civil (en la sentencia condenatoria), así como la obligación de que ésta se encuentre contenida en dicha sentencia, siempre que no se haya extinguido la reparación civil por otros medios, o exista renuncia o desistimiento. Por ello, conforme hemos señalado en otro lugar[8], además del requisito indefectible de la existencia de un daño reparable, la reparación civil se determinará conjuntamente con la pena y deberá responder en la sentencia condenatoria, si y sólo si, el agraviado se haya constituido en actor civil en el proceso penal.[9] Otra interpretación llevaría al absurdo de que existe, considerando la naturaleza privada de la pretensión civil, *una demanda sin demandante*; asimismo, una sentencia, fijando un monto por concepto de reparación civil, sin que el titular de la misma haya presentado requerimiento judicial alguno al respecto, por ello, *monto del*

[7] René Torres, *La reparación del daño causado por el delito*, Valencia, 2000, p. 125.
[8] Guillermo Briseño, Op. Cit. p. 87.
[9] En este sentido, también, Castillo Alva, *Los elementos jurídico-materiales del delito*, Lima, 2008, p. 83.

petitum, al ofrecido tampoco los medios probatorios que sustenten su pretensión.

Recientemente la Corte Suprema ha corregido este proceder. Así, en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, establece que "... no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su procedencia y fijar su cuantía".

Esta posición es indiscutible, pues, *conforme hemos venido analizando*, todo delito puede generar responsabilidad civil, siempre que como consecuencia del mismo se hayan producido daños reparables, sin importar que, como en este caso, estemos ante delitos de peligro.

Lo que sí resulta discutible es el argumento utilizado en el segundo párrafo, del fundamento 10, del citado Acuerdo Plenario, donde se indica que: "En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos... se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles... Esta defectiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el delito como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo]". La redacción del párrafo mencionado es lo que genera dudas de interpretación. A mi parecer, la Corte Suprema ha combinado inconvenientemente argumentos de índole penal y civil, pues, por ejemplo, cuando expresa que *una defectiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer*, habrá que entender que está aludiendo a la sanción penal, en un entendimiento de pena como restablecimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico, pues la reparación civil no persigue tal finalidad, sino sólo resarcir a la víctima del delito por los daños causados.

Dicho argumento no contribuye a darle claridad al tema del resarcimiento civil en los delitos de peligro, sino, por el contrario, puede llevar a serias oscuras. En tal sentido, podría interpretarse, por ejemplo, que la Corte Suprema fundamenta la reparación civil en los delitos de peligro, en el hecho que éstos alteran o perturban el ordenamiento jurídico. Si ésta fuera el caso, dicha posición no puede ser compartida, si se tiene en cuenta que todos los delitos, sin distinción alguna, tienen el significado de alterar el ordenamiento jurídico, y no por ello se va a imponer en todos los casos la obligación de resarcimiento económico, porque necesarias concurrir determinados para ello.

6. Contenido de la Reparación Civil

4.1. La Restitución

El artículo 55º del Código Penal prescribe: *"La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, 2. La indemnización de los daños y perjuicios"*. En principio, es importante definir a la palabra "Restituir". Según el Diccionario de la Real Academia Española, restituir significa "volver algo a quien lo tenía antes". Una concepción es la que, aparentemente, exige un sector de la doctrina, para definir a la restitución como reintegración del estado de cosas existente con anterioridad a la violación de la ley o restauración del bien afectado a su condición anterior al delito[7].

Sin embargo, entender a la restitución como mera reintegración posesoria, como una simple devolución del bien a quien lo tenía en su poder antes del delito, puede conducir a situaciones absurdas e injustas[8]; así, aportan algunos autores, podemos terminar devolviendo el bien hurtado a quien también lo había obtenido por ese medio, con lo cual, la reparación civil no cumpliría su finalidad reparadora.

Con la finalidad de evitar una situación como la descrita, otro sector de la doctrina, con el cual convenimos, afirma que la restitución debe entenderse como forma de restauración de la situación jurídica alterada por el delito o devolución del bien, dependiendo del caso, al legítimo poseedor o propietario[9].

La restitución, se afirma, tiene carácter preferente respecto de otras formas de reparación. Esta preferencia se basa tanto en la característica de esta institución, de ser la forma más genuina y propia de reparación, como en el orden establecido por el legislador en la ley penal[10]. Sin embargo, esta afirmación no es del todo pacífica en la doctrina. Existen otros autores que niegan tal preferencia, manifestando que "la restitución se presenta ... como la primera vía de reparación, si bien no la única y acaso ni siquiera la preferente ... pues depende del tipo de delito y de los daños que el hecho delictivo haya ocasionado..."[11].

[7] En nuestro país, PRADO SALDARRIAGA, *Op. Cit.* p. 283; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed., Lima, 1994, p. 589; GALVEZ VILLEGAS, *La reparación civil en el nuevo penal*, Lima, 1999, p. 186.

[8] Cfr. ROIG TORRES, Margarita, *Op. Cit.*, p. 134.

[9] En nuestro país, CASTILLO ALVA, José Luis, *Op. Cit.*, p. 328. En la doctrina comparada, LANZAROTE DIAZ, Gonzalo, *Op. Cit.*, p. 160; ROIG TORRES, Margarita, *Op. Cit.*, p. 135; MONTES PENADES, Vicente, en Tomás Vives Antón (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Pamplona, 1996, p. 369; CUBILLO DEL BOSQUE, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 1996, p. 875.

[10] Por todos, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y TAMARIT SUMALLA, José María, en Jesús Manuel Valle Muñiz (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 380.

[11] MONTES PENADES, Vicente, *Op. Cit.*, p. 388.

Respecto a este punto, debemos mencionar que nuestro Código Penal parece también otorgar cierta preferencia a la restitución, frente a la indemnización de daños y perjuicios. Empero, cabe realizar una precisión: en todo caso, la restitución tendrá preferencia frente a la indemnización, siempre que el tipo de delito así lo permita. No debe olvidarse que existen delitos en los cuales no es posible realizar ningún tipo de restitución.

Por otro lado, el hecho que la restitución tenga carácter preferente, no implica que ésta sea excluyente; esto, por el contrario, complementario, integrando una parte de la reparación civil. Claro que existen autores que fijan diferencias entre la restitución y la indemnización de daños y perjuicios, afirmando que: "la diferencia entre ambas acciones radica, en primer lugar, en que mientras para la acción de resarcimiento se exige, como regla general, la culpabilidad del sujeto obligado, por el contrario, para la acción reivindicatoria es prescindible por completo de este elemento; de tal forma que un tercero totalmente ajeno a la producción del hecho ilícito puede estar obligado a restituir la cosa objeto de delito..."[12].

Ahora bien, respecto a los bienes que pueden ser objeto de restitución, el artículo 93º del Código Penal, antes citado, hace referencia a la *restitución del bien*; es decir, son objeto de restitución todos los bienes, muebles o inmuebles, que hayan sido entregados a la víctima del delito. La restitución del bien opera para delitos que han implicado un despojo o apropiación de bienes[13]. La restitución se hará con el mismo bien que ha sido objeto de sustracción o apoderamiento. Tratándose de bienes inmuebles, aunque resulte obvio, la restitución no debe ser entendida como traslado físico del bien, sino como restauración de la situación jurídica alterada, retornando la posesión del bien al propietario o legítimo poseedor.

Una cuestión especialmente interesante se presenta cuando se trata de delitos en los cuales se ha extraído o apoderado somas de dinero. Este problema ya se había presentado en España, debido fundamentalmente a la regulación anterior, en la cual se hacía alusión a la *restitución de la cosa*. Sin embargo, el nuevo Código Penal español ha optado por referirse a la *restitución del bien*. Por ello, en la actualidad un sector de la doctrina opina por la procedencia de la restitución de dinero, como una forma de reparación civil[14].

El problema de la restitución del dinero también puede ser analizado en nuestro país, al tenor de nuestra legislación vigente. En

[12] SCIETTOLA LAPENTTE, *Op. Cit.*, p. 229.

[13] GARCÍA CAVERO, *Op. Cit.*, p. 956.

[14] En este sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y TAMARIT SUMALLA, José María, *Op. Cit.*, p. 380.

efecto, el glosado artículo 93º del texto penal, prescribe: *"La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor. (...)"*. Asimismo, el artículo 94º del mismo Código, establece: *"La restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de tercero, sin perjuicio del derecho de éste para reclamar lo suyo contra quien corresponda"*.

Lo primero que debe tenerse presente es que el dinero, definitivamente, es un bien. Al ser así, -por lo menos de una primera lectura-, no habría inconveniente para que éste pueda ser considerado como objeto de restitución[7], en todos los casos. Sin embargo, dos razones preventivamente del mismo Código Penal nos obligan a pensar lo contrario. El mismo artículo 93º, antes citado, prevé que, ante la imposibilidad de restituir el bien, procede el pago de su valor. Cuando la referida norma establece *el pago de su valor*, se entiende que el mismo se efectúa con dinero. En este orden de ideas, si dudoso que el bien a ser restituido pueda ser cualquiera, menos dinero; por ello, sólo ante la imposibilidad de restitución es entregará éste. ¿No sería mejor no contemplar que ante la imposibilidad de restituir una suma de dinero, se pague su valor, también, con dinero? Asimismo, el artículo 94º del Código Penal prevé la obligación de que la restitución se realice con el mismo bien, aun cuando se halle en poder de terceros. Si acogiéramos que el dinero es objeto de restitución, indiscriminadamente, dada la naturaleza de éste, tendríamos que realizar una labor persecutoria extraordinaria, lo cual nos conduciría a situaciones inverosímiles[8].

Por todo lo expuesto, consideramos que cuando el responsable tenga que entregar una suma de dinero equivalente a la cantidad sustraída o apoderada, ésta debe entenderse como indemnización y **sólo cuando el dinero u otro bien fungible se hallare en poder del responsable** (o tercero persona a quien le ha entregado el dinero), **como restitución**[9]. En dicho, si el dinero o bien fungible ha desaparecido o ha sido consumido, la cantidad equivalente que se entregue debe ser considerada como indemnización, no como restitución.

Finalmente, respecto a la ejecución de la restitución, como forma de reparación civil, debemos realizar algunas precisiones. El glosado artículo 94º del Código Penal, al establecer que la restitución debe realizarse con el mismo bien, aunque se halle en poder de tercero, tiene como finalidad brindar la mayor protección posible al

[7] Definición de cosa incorporal, CASTILLO ALVA, José Luis, Op. Cit., p. 132.

[8] Por ello, RUIZ TORRES, Margarita, Op. Cit., p. 160, con gran acierto, realiza la siguiente interrogante: "¿Cabría en tal supuesto dirigirse contra todo aquel que realice una persecución concreta a favor del culpable, o bastaría dirigirse a un tercero adquirente de cierta cantidad sin pasar del culpable?".

[9] Ley Cit.

perjudicado con el delito, *franqueando* toda posibilidad de que el bien sea adquirido por terceras personas. Sin embargo, con la finalidad de no dejar desamparado al tercero adquirente, establece a su favor el derecho de repetición.

En este sentido, la doctrina nacional ha interpretado que la restitución se realiza con el mismo bien, aun cuando éste se halle en poder de terceros, sin importar que se trate de una transferencia gratuita o onerosa, de buena o mala fe, de bien mueble o inmueble, cumpliendo alguna formalidad o con ella, etc[10].

Sobre esto, aparentemente, no hay mayor discusión. Y decimos "aparentemente" pues hasta colocarnos en el siguiente ejemplo, para que empiecen a germinar las dudas: en un caso de estafa, en el cual el autor, astutamente, ha logrado que el perjudicado firme una escritura pública de compra-venta de bien inmueble y, posteriormente, ha inscrito su nueva y flamante propiedad en los Registros Públicos. Luego, el autor de la estafa vende este bien a un tercero de buena fe. En el análisis del presente caso, debe considerarse el tenor del artículo 2014º del Código Civil: *"El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos"*. En este caso, ¿también es aplicable el artículo 94º del Código Penal? o, por el contrario, el tercero adquirente de buena fe, a título oneroso, que adquirió el bien inmueble de quien en Registros Públicos aparecería con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición. Nos inclinamos por esta última posición. El artículo 2014º del Código Civil constituye una excepción a la regla general impuesta por el artículo 94º del Código Penal. Se trata de un supuesto de norma especial frente a norma general.

4.2. Indemnización de Daños y Perjuicios.

Como ya se ha visto en los delitos en los que existe una sustracción o apoderamiento de un bien material, en primer orden, debe buscarse la restitución del bien, en aplicación del artículo 93º, inc. 1) del Código Penal, o, cuando ésta no fuere posible, debe pagarse su valor. Asimismo, en los delitos en los cuales se ha vulnerado derechos no patrimoniales del perjudicado o, incluso, habiéndose realizado la sustracción de un bien, además se ha lesionado estos derechos, corresponde una indemnización de daños y perjuicios. Esta indemnización -prevista en el mismo artículo 93º, inc. 1), segunda parte; e inc. 2), del Código Penal-, es una forma de

[10] Cfr., entre otros, JAROLINA CASPOR, Carlos, *La Reparación Civil del Ilícito Penal*, Lima, 2005, p. 170; CASTILLO ALVA, José Luis, Op. Cit, p. 141.

reparación civil mucho más amplio que la primera, pues busca resarcir a la víctima del delito no sólo por los daños causados a sus bienes sino también —y sobre todo- a su persona.

Esta indemnización de daños y perjuicios, sea la falta de una amplia regulación en el Código Penal, debe ser determinada de acuerdo a las normas del Código Civil y comprenderá, dependiendo del caso concreto, el resarcimiento por todos los daños causados, tanto patrimoniales como extra patrimoniales. Esta afirmación fluye del análisis del texto penal citado, pues, al no distinguir ni limitar algunos de los daños a ser indemnizados, se entiende que abarca todos los reconocidos por el Derecho civil. Es decir, la indemnización de daños y perjuicios, como parte de la reparación civil derivada del hecho punible, puede cubrir el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el *daño moral*[7].

No debe perderse de vista que para que exista responsabilidad civil es necesario de la presencia de cuatro elementos: el hecho ilícito, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución. En consecuencia, cuando se determine la indemnización de daños y perjuicios que corresponda tendrá que recurrirse, necesariamente, al análisis de estos elementos.

Cabe mencionar que en muchas ocasiones cuando se fija la reparación civil en la sentencia condenatoria, no se realiza un análisis adecuado de los requisitos de la responsabilidad civil. Asimismo, los montos impuestos, por ejemplo, como indemnización de daños y perjuicios en un caso de homicidio, no se corresponden con la magnitud del daño causado, lo que trae como consecuencia que los perjudicados se vean impedidos a acceder a la vía civil con la esperanza de obtener un monto más elevado.

Finalmente, debemos resaltar la necesidad de actuar con diligencia cuando se trata de establecer quiénes son las personas legitimadas para reclamar indemnización de daños y perjuicios, especialmente en el caso de resarcimiento de daños extra patrimoniales, pues, a diferencia de la restitución del bien, que debe ofrecerse a favor de su poseedor o propietario legítimo, el círculo de personas que puede reclamar indemnización se amplía. No puede perderse de vista, en todo caso, que el perjudicado es la persona que en forma directa e inmediata sufre un daño o perjuicio por la comisión del delito, en este caso, un daño moral o daño a la persona.

5. Elementos de la Responsabilidad Civil

[7] El denominado daño moral ha sido objeto de rechazo por algunos legisladores comparados; sin embargo, desde el punto de vista legislativo, en el Perú no existe ninguna limitación al respecto.

Issn: 2411-2933 http://www.revista.unifr.edu

Antes de iniciar el análisis de los elementos de la responsabilidad civil, resulta conveniente precisar algunos conceptos con los cuales se ha venido trabajando. Así, la doctrina, ha buscado establecer semejanzas y/o diferencias entre reparación, resarcimiento e indemnización[8]. Indemnizar, según el Diccionario de la Real Academia Española, es resarcir un daño. A su vez, resarcir, se define como reparar, compensar[9]. Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, la ley peruana no diferencia entre indemnizar y resarcir. Del mismo modo, nuestro ordenamiento legal utiliza la palabra *reparar*[10] como sinónimo de indemnizar (Código Civil), aunque este último no es aplicable, en sentido estricto, en el Código Penal (Artículo 93°). Sin embargo, lo importante no es tanto buscar pequeñas diferencias conceptuales, sino comprender que estos conceptos, utilizados como sinónimos, hacen referencia a la reparación del daño, en forma integral.

Comentario aparte merecen *la restitución* y la compensación. La primera, como ya se ha visto, es parte integrante de la reparación civil, y consiste en reponer la situación jurídica alterada por el delito. La segunda, en cambio, no es propiamente una clase de reparación o indemnización, sino, una forma de extinción de las obligaciones.

Elementos o requisitos para establecer la responsabilidad civil

Debemos indicar que estos elementos o requisitos se encuentran en cualquier supuesto de responsabilidad civil extracontractual y, siendo la reparación civil *ex delicto* una especie de esta, le son también aplicables.

a) El hecho ilícito (antijuridicidad)

Para que pueda existir responsabilidad penal y responsabilidad civil, se requiere de una conducta humana que contravenga el orden jurídico. Es decir, se necesita de un hecho antijurídico. En el ámbito del Derecho civil se diferencia entre antijuridicidad típica y atípica. Cualquiera de ellas puede dar lugar a un supuesto de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, tratándose de una conducta antijurídica que, además de causar un daño efectivo, constituye delito, siempre se tratará de un caso de antijuridicidad típica. Empero, debe tenerse muy claro que, no por ello, sólo los delitos pueden calificarse como supuestos de responsabilidad extracontractual, derivados de

[8] Resumido impecablemente a estos distinciones, RODRÍGUEZ DELGADO, Jobo, *La Reparación como sanción jurídico penal*, Lima, 1999, p. 136.

[9] Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit, p. 179 y ss.

[10] Algunos autores refieren a la *reparación* una concepción mucho más compleja. Ver esta línea, GIORGI, Carlos Alberto, *Teoría General de la Reparación de Daños*, Buenos Aires, 1997, p. 265.

una antijuridicidad típica, sino también existen estos casos en el Derecho civil"[7].

Entonces, queda claro que la reparación civil derivada del delito se trata de un supuesto de antijuridicidad típica, pues la conducta causante del daño, ha sido prevista *ex ante* como ilícito penal. En este sentido, puede apreciarse que una conducta tipificada como delito y que a su vez es productora de un daño, tiene dos consecuencias: la pena y la reparación civil. Es sumamente importante analizar la antijuridicidad de una conducta, porque la presencia de una causa de justificación conducirá a eximir de responsabilidad penal al autor del hecho y, generalmente, también de responsabilidad civil.

Finalmente, para efectos de entender y resolver correctamente la unión penal y la civil, la conducta causante del daño debe ser, necesariamente, típica, pero, en caso contrario, no es que no exista responsabilidad civil, sino que no podrá tramitarse en la vía penal.

b) El daño causado

El otro elemento fundamental para que exista responsabilidad civil es el daño causado. No puede existir responsabilidad civil sin daño, pues simplemente no habría nada que indemnizar. El daño es un elemento base de la responsabilidad civil contractual como extracontractual. En este orden de ideas, la reparación civil derivada del hecho punible también tiene como presupuesto el daño causado. Si este elemento estuviera ausente, podría haber responsabilidad penal, pero ninguna civil[8].

Tal es la importancia del daño que, modernamente, algunos autores han optado por denominar a la responsabilidad civil como *Derecho de daños*. Al margen de la discusión sobre la denominación, se percibe definir a este elemento. En este sentido, se afirma que "se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, no consiste únicamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión"[9].

Esta elemento sirve para definir también la finalidad de la responsabilidad civil, la cual es *reparar el daño causado*. En cambio, el Derecho penal tiene, como una de sus finalidades, la prevención

[7] Al respecto, TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Lima, 2001, *Op. Cit.*, p. 43, expresa: "Debe para diferenciar lo ilícito civil y lo típico penal, según lo cual la antijuridicidad típica es privativa del ámbito de la responsabilidad penal. El concepto de tipo aquí también no es muy importante en el análisis del ilícito privado".

[8] Nos debe recordar que, como ya se ha mencionado, la responsabilidad penal tiene como finalidad el daño, mientras que la responsabilidad civil, el daño causado.

[9] TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Op. Cit.*, p. 29.

general de los delitos. Cabe indicar que en virtud a este elemento no basta con que exista una conducta antijurídica, es necesario además que ésta haya causado daño. En este sentido, cuando se establezca la obligación de reparación civil en una sentencia condenatoria, debe indicarse la *entidad* (daño patrimonial o extrapatrimonial) y *magnitud* (grado de afectación causado al perjudicado) del daño causado.

Finalmente, debemos indicar que el daño causado puede ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial y, en consecuencia, la reparación civil debe comprender todos los daños causados, buscando resarcirlos en su totalidad, en aplicación del principio de reparación integral.

c) La relación de causalidad

Una vez determinada la existencia de un daño jurídicamente indemnizable, no puede aún atribuirse responsabilidad civil alguna, pues aún se requiere de un vínculo causal entre la conducta del autor y el daño causado. La relación de causalidad puede definirse como "el nexo o vínculo existente entre la acción y el resultado, en virtud del cual el resultado adquiere la calidad de efecto de la acción, a la vez que la acción adquiere la calidad de causa del resultado, estableciéndose entre ambos una relación de causa a efecto"[10].

Tratando de resolver el problema de la relación de causalidad, se han elaborado varias teorías[11], partiendo desde la teoría de la equivalencia de condiciones, hasta llegar a la teoría de la causa próxima (aplicable para los casos de responsabilidad civil contractual) y de la causa adecuada (aplicable para los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, como la reparación civil en delitos). Nuestro Código Civil recoge la teoría de la causa próxima para la responsabilidad civil contractual. Así, el artículo 1321°, segundo párrafo, del citado texto legal, establece: "*El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean* ***consecuencia inmediata y directa*** *de tal inejecución*". Por otro lado, para los casos de responsabilidad civil extracontractual, -que son los que realmente nos interesan-, se recoge la teoría de la causa adecuada. El artículo 1985° del Código Civil, prescribe: "*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir* ***una relación de causalidad adecuada*** *entre el hecho y el daño producido. (...)*". En consecuencia, cuando se tenga que establecer la existencia de responsabilidad civil, se realizará de acuerdo a la teoría de la causa adecuada.

[10] GALVEZ VILLEGAS, Tomás, *Op. Cit.*, p. 125.

[11] A mayor ampliación, LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 214 y ss.

En este orden de ideas, confirmo lo establecido la doctrina civil, para que una conducta sea causa adecuada de un daño, deben **concurrir** dos factores: el *factor in causum* y el *factor in adecuatio*. El primero debe entenderse como una causalidad física o natural, es decir, que el daño causado debe ser consecuencia natural o fáctica del hecho ilícito del autor. El segundo, opera de la siguiente manera: "La conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto"[7]. Un ejemplo de cuando una conducta es causa adecuada de un daño, es el siguiente: un sujeto, en medio de una manifestación pública, hace un arma de fuego y dispara varias veces en distintas direcciones. Aun cuando no tenía intención de matar a nadie en particular, hizo a algunas personas y causa la muerte de otras. Analizando esta conducta, se dirá que las lesiones y muertes producidas son una consecuencia natural o fáctica de la acción realizada por el autor y, además, esa conducta antijurídica, considerada en abstracto, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, era capaz o adecuada para producir el daño ocasionado. En consecuencia, este sujeto, hasta donde venimos analizando, sería responsable civilmente.

Como se habrá advertido, la relación de causalidad que debe existir entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado, para determinar responsabilidad civil, no es la misma que se exige para establecer la responsabilidad penal, en donde actualmente se utilizan criterios normativos, como la denominada *teoría de la imputación objetiva*. Ello puede generar algunos problemas al momento de verificar la existencia de este elemento, más aún si se toma en cuenta que la reparación civil y la pena a aplicar, comparten el mismo presupuesto fáctico, y que la pretensión civil resulta mucho accesoria de la penal, con lo cual podría interpretarse que, en realidad, la relación de causalidad que se exige para los casos puramente civiles no es igual que la exigida para los casos en los que se analiza, a su vez, la realización de un delito, pues incluso actualmente muchos postulan la economía, en el ámbito del derecho penal económico sobretodo, el elemento de la causalidad. Quizá la solución se encuentre por entender que si bien, en términos generales, la responsabilidad civil derivada del delito tiene su origen en la responsabilidad civil o derecho de daños, aquella presenta algunas particularidades propias del ámbito en el que pretende ser aplicado.

d) Factores de atribución.

[7] VIDAURRAZAGA GURRUCHA, Leandro, *Op. Cit.*, pp. 76-77.

Comprobada la presencia de un hecho antijurídico, del daño causado y de la relación de causalidad, el último elemento que se requiere para afirmar la existencia de responsabilidad civil, es el factor de atribución. Los factores de atribución, también denominados *criterios de imputación de responsabilidad civil*, sirven para determinar cuándo un determinado daño antijurídico, cuyo nexo causal se encuentra comprobado, puede imputarse a una persona y, por tanto, obligar a ésta a indemnizar a la víctima. Estos factores se agrupan en dos sistemas. El sistema objetivo y el sistema subjetivo. Como consecuencia de estos sistemas, existen factores de atribución objetivos y subjetivos, respectivamente. Son factores de atribución subjetivos: el dolo y la culpa. Son factores de atribución objetivos: el riesgo o peligro creado, la garantía de reparación, la solidaridad y la equidad. A continuación analizaremos los factores de atribución aplicables a casos de responsabilidad civil extracontractual y, dentro de éstos, los que se encuentran directamente vinculados a la reparación civil *ex delicto*, a saber: el dolo, la culpa y la garantía de reparación[8].

En principio, si bien existen factores de atribución subjetivos y objetivos, como ya se mencionó, sólo los primeros serán de conocimiento en un proceso penal, esto por su vinculación con el delito y la proscripción de responsabilidad objetiva, recogida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, por lo menos en cuanto se refiere a los responsables directos del hecho causante del daño y constitutivo de delito. Por otro lado, el único factor de atribución objetivo, que será de conocimiento en el proceso penal, es *la garantía de reparación*, aplicable para determinar responsabilidad del tercero civil.

El factor subjetivo de atribución se encuentra recogido en el artículo 1969º del Código Civil, el mismo que prescribe: *"Aquel que por **dolo o culpa** causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo [...]"*. Como hemos visto en el transcurso del presente trabajo, este artículo constituye el género, que abarca todos los casos de responsabilidad extracontractual, tanto los constitutivos de delito como los que no lo son. Del mismo modo, en el ámbito penal se exige la presencia de dolo o culpa, dependiendo del delito, en la realización del tipo objetivo.

En Derecho civil el concepto de *culpa*, en sentido amplio, comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo[9]. Sin embargo, en sentido restringido, culpa significa actuar

[8] A manera ampliar, sobre los demás factores de atribución, GALVEZ VILLEGAS, Tomás, *Op. Cit.*, p. 139 y ss.

[9] Cfr. VIDAURRAZAGA GURRUCHA, Leandro, *Op. Cit.*, p. 80.

negligentemente, sin la diligencia debida. Por su parte el dolo se concepcía como actuar "con ánimo deliberado de causar daño a la víctima"[9]. Asimismo, desde una concepción más completa, se ofrecía que el dolo "siempre estará determinado por la conciencia –o conocimiento– y voluntad de ocasionar el daño, o lo que es lo mismo, realizar la conducta intencionalmente"[10].

Se ha discutido en la doctrina acerca de la diferencia entre dolo penal y dolo civil, tesis aún vigente en la actualidad cuyo la conducta según la cual el dolo –penal– es un concepto normativo, cuyo contenido se colma sólo con el conocimiento del riesgo típico. Sobre el particular no vamos a entrar en detalle, por la finalidad del presente trabajo.

En la praxis jurisdiccional puede suceder que se archive definitivamente un proceso, pues la conducta desarrollada penalmente, de acuerdo al tipo penal, requiere necesariamente ser dolosa, y en el transcurso del proceso se ha comprobado que sólo ha existido un actuar negligente; en este caso, sin embargo, la posible responsabilidad civil queda incierta, debiendo ser determinada en la vía civil.

En conclusión, para imponer reparación civil a *los responsables directos del hecho* se requiere de la presencia de dolo o culpa en sus conductas. De no presentarse estos factores de atribución subjetivos, quedarán liberados de responsabilidad civil. Al respecto, el artículo 1969°, antes citado, introduce el principio de *la inversión de la carga de la prueba*, cuando establece que *"el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor"*. Conforme apunta la doctrina, esta inversión de la carga probatoria tiene como finalidad "favorecer a las víctimas, por cuanto se les libera de la tarea de demostrar la culpabilidad del autor"[11].

Situación distinta se presenta en el análisis del factor de atribución del tercero civilmente demandado, o simplemente tercero civil. Este sujeto procesal responde solidariamente con los responsables del hecho, de las consecuencias económicas del delito, sin haber participado en el mismo. Ante esta situación cabe preguntarse: ¿Qué fundamenta la responsabilidad civil de una persona por el hecho de otra? La respuesta es la siguiente: el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la propia ley, no en la participación directa en el hecho, ni por haber contribuido causalmente a su realización. En dicir, "es razón de atribuir responsabilidad a una persona persona, por mero ley, con la primera,

[9] *Ibidem*, pp. 86-87.
[10] GALVEZ VILLEGAS, Tomas, Op. Cit, pp. 141-145.
[11] LIMONADA CORDOVA, Gisselle, Op. Cit, pp. 87-88.

una vinculación especial, de índole de dependencia o por encontrarse bajo su cuidado. (...). Asimismo, esta vinculación también puede establecerse a través de un bien cuya titularidad no corresponde al que lo usa o pone en funcionamiento"[12]. Son ejemplos de terceros civilmente responsables: el empleador, el propietario de un vehículo, etc.

Este factor de atribución, como se ha mencionado, es objetivo y, por tanto, no requiere indagar por la culpa o el dolo del tercero, para poder atribuirle responsabilidad civil. En este sentido, en el proceso penal, en el supuesto de la responsabilidad civil de terceros, existen dos factores de atribución distintos: por un lado, el dolo o culpa del responsable del hecho (*factor de atribución subjetivo*) y, por el otro, la garantía de reparación del tercero (*factor de atribución objetivo*).

6. Determinación del Monto de la Reparación Civil.

Si bien es cierto que al momento de fijarse el monto de la reparación civil, esta se traduce en una suma de dinero única, que abarca todos los daños efectivamente causados, es necesario que en la fundamentación de la sentencia –instrumento o momento exacto en este extremo"– se indique los criterios utilizados para determinar los daños, así como se individualicen los montos, debido a que los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales no se determinan de la misma forma.

Considerando lo antes expuesto, se analizará la determinación del monto de la reparación civil, por separado. Sin embargo, existen cuestiones comunes que deberán tenerse en consideración: la reparación civil se determina de acuerdo a la magnitud del daño causado y teniendo en cuenta el interés de la víctima. Nunca se determina el monto de la indemnización en atención a la gravedad del delito o la capacidad económica del agente[13]. Resumiendo lo anteriormente, se tiene:

a) Para determinar el *quantum* de los daños patrimoniales, la doctrina es unánime en afirmar que la valuación económica de éstos se

[12] GALVEZ VILLEGAS, Tomas, Op. Cit, p. 240.
[13] Las sentencias son totalmente diferentes en este extremo, por cuanto, en su motivación no se realiza una indicación adecuada de los elementos fácticos y jurídicos en los cuales se sustenta la reparación civil, limitando el derecho de defensa del agente del daño.
[14] En este sentido se ha pronunciado el Pleno Jurisdiccional realizado en 1999, en Iquitos: *Art. 11 Acuerdo Plenario 1-99*, recalcó: "Segundo: Por unanimidad: El monto de la reparación civil debe determinarse en atención al daño ocasionado, moral y patrimonial, correspondiendo realizarse el mismo conjuntamente. No procede señalar o efectuar el monto correspondiente en atención a la gravedad del delito o la capacidad económica del agente".

realice en forma objetiva[8], mediante la pericia valorativa correspondiente. Es decir, para determinar el daño causado al patrimonio de la víctima no interesa el valor que le pueda asignar esta a los bienes afectados, y menos aún el valor que pueden tener bienes para el autor de la lesión, sino que lo realmente importante es el valor de los bienes para todas las personas en general[9]. Claro está que esta pericia no obliga de ninguna manera al *Juzgador*, pero constituye una ilustración acerca de los daños efectivamente causados a la víctima. Los daños patrimoniales, por los cuales se reclama la indemnización correspondiente, tienen que ser alegados y probados, conforme a los principios propios de las acciones civiles[10]. En ese sentido, los daños patrimoniales no se presumen, y la determinación de su monto no se realiza en forma aproximada ni está sujeta a especulaciones; por el contrario, su determinación debe realizarse en forma precisa, considerando los daños efectivamente probados en el proceso.

b) La determinación del monto de los daños extrapatrimoniales constituye definitivamente un problema mayúsculo. Para empezar, un sector de la doctrina no siquiera acepta que el daño extrapatrimonial deba ser reparado mediante una suma de dinero. Al respecto se manifiestan frases como las siguientes: "lo extrapatrimonial es, por definición, algo no medido en dinero", por tanto, "la reparación económica para un daño espiritual devalúa lo espiritual". Así las cosas, se finaliza diciendo: "la indemnización por el daño a la persona se convierte así en el sarcasmo que se da al reo para que se olvide del dolor del golpe"[11]. Por otro lado, otro sector, afirma que si bien es cierto el daño extrapatrimonial, por principio, no puede ser valorado económicamente, esto "no significa que ellos queden sin reparación. Sería absolutamente injusto"[12].

Al margen de la discusión sobre la legitimidad del resarcimiento del daño extrapatrimonial, lo cierto es que la prueba del mismo resulta sumamente difícil, cuando no controvertida. Sumado a este problema, encontramos la gran complicación para poder determinar el *quantum* de la reparación civil, una vez acreditado la existencia de daño moral o daño a la persona. ¿Cómo valoramos económicamente un daño que es inmaterial? Para responder a esta interrogante

[8] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 351; CASTILLO ALVA, José Luis, Op. Cit., p. 146.
[9] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 204.
[10] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y TAMARIT SUMALLA, José María, Op. Cit., p. 906.
[11] Ampliamente, DE TRAZEGNIES, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, t. II, Lima: 1988, pp. 124-131.
[12] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Hacia una nueva sistematización del daño a la persona, en: I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Lima, 1994, p. 35.

debemos partir considerando la siguiente premisa: es imposible determinar con exactitud la magnitud de un daño extrapatrimonial y, por tanto, establecer un mismo patrón como indemnización económica.

Sin perjuicio de lo anotado, la doctrina considera que, dada la naturaleza del daño extrapatrimonial, éste debe ser determinado de acuerdo al libre criterio de los tribunales[13], atendiendo a la prudencia judicial[14], y utilizando la equidad[15], es decir, teniendo en cuenta la forma más justa aplicable al caso concreto.

7. Motivación de las Sentencias

En el sistema adoptado por nuestro legislador, la reparación civil se determinará conjuntamente con la sentencia condenatoria –salvo las excepciones ya mencionadas en este trabajo–, y siempre que el delito haya causado un daño indemnizable y no se haya extinguido el derecho al resarcimiento del perjudicado por otro mecanismo, como la autocomposición (transacción, conciliación, etc.). A ello habría que añadir que, a nuestro juicio, tampoco se debería negociar reparación civil cuando el perjudicado no se ha constituido en actor civil, pues responde en él la titularidad del derecho resarcitorio, la pertenencia de la misma sólo es atribución de aquél.

Sin embargo, al margen de lo anotado, lo normal es que el momento de la determinación de la reparación civil sea con la sentencia, conforme lo estipula el artículo 92º del Código Penal. Pues bien, precisamente aquí surge uno de los mayores problemas del tema analizado, a saber: la ausencia de motivación de la sentencia, en el extremo de la reparación civil. Basta leer cualquier sentencia de nuestros tribunales para constatar la absoluta falta de preocupación por cumplir con esta exigencia constitucional. De la reparación civil sólo se menciona el monto a pagar, los obligados a hacerlo y los beneficiados con la misma, pero nadie sabe cómo se determinó la cantidad a pagar, y qué clases de daños han sido comprendidos en la misma, menos todavía se hace referencia a los presupuestos de la responsabilidad civil. Por ello, creo que no es una afirmación alarmista asegurar que en nuestro país la gran mayoría de las sentencias –si es que no todas– adolecen de nulidad, por vulneración de dos derechos fundamentales: el derecho a la motivación de las resoluciones y el derecho de defensa. Respecto a la exigencia de motivar las sentencias nuestro Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en el Exp. 8125-2005-PHC/TC, Caso Jeffrey Immelt, señalando que

[13] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y TAMARIT SUMALLA, José María, Op. Cit., p. 906.
[14] CASTILLO ALVA, José Luis, Op. Cit., p. 101.
[15] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, Op. Cit., p. 204.

"la necesidad de que los tribunales judiciales sean imparciales es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se dirija a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 43° y 138° de la Constitución); y, por otro, que los justiciables puedan acceder de manera plástica a un derecho de defensa".

De otro lado, pero estrechamente vinculado con el tema estudiado, la exigencia de motivación de las resoluciones en el extremo de la reparación civil, alcanza también el derecho de defensa que asiste a todo procesado, pues si no se conocen los pronunciamientos sobre los que ha razonado el Juzgador -lo que conlleva, por ejemplo, al desconocimiento de los conceptos incorporados en el monto que le están obligando a pagar-, nuevo no puede existir cuestionamiento alguno, situación que coloca en situación de indefensión al procesado.

8. Alternancia de Vías Procesales

La naturaleza privada de la reparación civil conlleva dirigirla sus efectos en el ámbito procesal. El hecho que la pretensión resarcitoria tenga carácter civil implica que esta pueda tramitarse en la vía penal o en la civil, dependiendo de la voluntad del agraviado. Lo que no se permite es que se ventilen a ambas vías en forma conjunta. El artículo 100° del *Código Procesal Penal* de 2004 regula esta situación, estableciendo que *"la constitución de actor civil impide que se proponga demanda indemnizatoria en la vía extra penal. El actor civil que se desiste antes del auto de la audiencia final no está impedido de ejercer la acción indemnizatoria en la otra vía"*. Esta disposición viene a llenar un vacío en la legislación anterior, donde no estaba definido con toda claridad cuando el agraviado se constituía como actor civil en el proceso penal y, a la vez, presentaba su demanda indemnizatoria en la vía civil, ocasionando, en muchas oportunidades, la existencia de dos sentencias: una dictada en el ámbito penal y otra en el ámbito civil. Felizmente esta situación queda superada con la nueva regulación, por lo menos en los Distritos Judiciales donde el nuevo Código Procesal Penal ya se encuentre vigente.

Gaceta Jurídica

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

El derecho de resarcimiento del daño sufrido por las víctimas de delitos y el Código Procesal Penal peruano

MORI LEÓN, Jhuliz. "El derecho de resarcimiento del daño sufrido por las víctimas de delitos y el Código Procesal Penal". [En Internet]. Consulta 12/05/16. Pág. 85 – 102. Enlace en: file:///D:/Documents%20and%20Settings/Emontoya/Mis%20documentos/Downloads/514-1076-1-PB.pdf

"Ciencia y Tecnología", Año 10, Nº 1, 2014, 65-102

El derecho de resarcimiento del daño sufrido por las víctimas de delitos y el Código Procesal Penal Peruano

Jhudy Mori León[1]

[1]Ministerio Público, distrito La Libertad, Perú, jhudymori@hotmail.com

Recibido: 31-07-2013 Aceptado: 22-01-2014

RESUMEN

En este investigación se ha examinado el derecho al resarcimiento del daño sufrido por la víctima del delito en relación al Nuevo Código Procesal Penal del Perú, con la finalidad de identificar las razones por las que se enfrenta este derecho. Se ha analizado los artículos 58, 59, 60, 62, 64, 92, 93 y 94 del capítulo IV del Código Penal, referente a la suspensión de la ejecución de la pena; así mismo, los artículos 92, 93, 96, 98, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144,

II. MATERIAL Y MÉTODOS

2.1 Objeto de estudio

El objeto de estudio del presente trabajo estará constituido por las víctimas de diversos delitos (robo, violación, asesinato, lesiones, hurto, homicidio, etc.), en lo que respecta al reconocimiento del daño sufrido.

Los procesos constituyen la ejecución de la sentencia, donde, al final del proceso, la víctima espera la anhelada justicia, por lo que se impone, en la mayoría de los casos, suspensión de la pena a fin de que el sentenciado, cumpla reglas de conducta, entre las cuales se encuentra el pago de la reparación civil.

Un mínimo porcentaje de las víctimas no se constituyen en actor civil por desconfianza con el sistema de justicia penal y porque realizar así los fiscales que, para asegurar el pago de la reparación civil, solicitan medida cautelar.

La población estará constituida por 450 carpetas fiscales del periodo 2021- 2022 del Ministerio Público, Distrito Fiscal La Libertad, Perú, en las que se aprecia vulneración del derecho al resarcimiento del daño a las víctimas en el Derecho Procesal Penal y cuyos procesos se encuentran en etapa de ejecución de sentencia.

La muestra fue de 150 carpetas fiscales elegidas de manera aleatoria en las cuales se pudieron advertir que, no pesar de ello, se concedió íntegramente la reparación civil.

En el ANEXO A se presenta los tipos de delitos de las 150 carpetas fiscales consideradas en el estudio.

Las normas jurídicas del Nuevo Código Procesal Penal del Perú (Decreto Legislativo 957 Publicado en el 22 de julio del 2008 en el diario El Peruano) que guardan relación con los casos considerados, son las siguientes:

- Código Penal:
  - Artículo 58. Reglas de conducta.
  - Artículo 59. Efectos del incumplimiento de las reglas de conducta.
  - Artículo 60. Revocación de la suspensión de la pena.
  - Artículo 62. Reserva de fallo condicionado.
  - Artículo 64. Reglas de conducta.
  - Artículo 92. Reparación Civil.
  - Artículo 93. Extensión de la reparación civil.
  - Artículo 94. Restitución del bien.

- Código Procesal Penal:
  - Artículo 54. El agraviado.
  - Artículo 55. Derechos del agraviado.
  - Artículo 56. Deberes del agraviado.
  - Artículo 60. Constitución y derechos del actor civil.
  - Artículo 100. Requisitos para constituirse en actor civil.
  - Artículo 101. Oportunidad de la constitución en actor civil.
  - Artículo 102. Tramite de la constitución en actor civil.
  - Artículo 103. Facultades del actor civil.
  - Artículo 105. Facultades adicionales del actor civil.
  - Artículo 400. Derechos del condenado.
  - Artículo 489. Ejecución Penal.

2.2 Instrumento y Fuentes de Información

Como instrumento se utilizaron dos encuestas una aplicada a 20 operadores de justicia entre Fiscales, Jueces y la otra, a 30 víctimas de diversos delitos con el fin de establecer los factores que determinan los casos por los que se vulnera el derecho al resarcimiento.

Por otro lado, las 150 carpetas de la muestra fueron obtenidas del Ministerio Público, Distrito Fiscal La Libertad.

2.3 Métodos y técnicas

Se analizó el capítulo IV del Código Penal del Perú, correspondiente a la suspensión de la ejecución de la pena, los relativos que comprenden los artículos 58, 59, 60, 62, 64, 92, 93 y 94. Para dicho fin, se descompuso el capítulo estudiando cada uno de los artículos en mención, clasificándolos por su temática. Primero se analizó qué regla de conducta corresponde cuantía acerca autoridad en la imposición de una sentencia, luego cómo es que se trata los efectos del incumplimiento de estas reglas de conducta, así también, lo que ocurre cuando el agente comete un nuevo delito dolosa dentro del periodo de prueba, cuándo se puede aplicar la reserva de fallo y como se regula en dicho caso la reparación civil. Así, pasaremos luego a lo que corresponde esta norma en lo que se refiere a la reparación civil y cuándo es que ésta se extingue.

También se analizaron los artículos 94, 95, 96, 98, 100, 101, 102, 103, 105 400 y 489 del *Código Procesal Penal*, para determinar si se brindan mecanismos eficaces para que la víctima haga uso de su derecho y se le cancele íntegramente los daños ocasionados como consecuencia de un delito. Para ello, también se clasificó esta normatividad, según su temática. Primero se analizó el concepto de agraviado que regula este mismo adjetivo, luego los derechos y deberes que esta norma les atribuyen, después se analizó los presupuestos que estos artículos exigen para la constitución de actor civil.

Se recolectó datos e información doctrinaria relacionada al derecho al resarcimiento de las víctimas del delito. Se analizó la evolución de la doctrina nacional como la de Bramont (2000) sobre la transformación del derecho penal y criminología hacia la victimología y la de Reyna (2006) sobre la víctima en el sistema penal, con las cuales se pudo analizar cómo es que el único agente que cometa un delito original no sólo el quebrantamiento de una norma penal, sino además, la vulneración de derechos a la víctima tales como los bienes jurídicos que se le afectan. Así también, de Cubas et al. (2008) y de Quispe (2020), se pudo analizar cómo es que los procesos de ejecución penales son los indicados para poder garantizar el derecho de la reparación civil que tienen las víctimas del delito en el Código Procesal Penal. Por otro lado, también se examinó las doctrinas de Maida (2002) y Peña (2009) sobre la medida en que nuestro vigente Código Procesal Penal garantiza el derecho de resarcimiento que tienen las víctimas del delito.

Mediante el análisis de Wee (2009) se conoció diversos casos en los cuales las víctimas de los delitos, además de no tener garantizado su derecho al resarcimiento del daño sufrido, no las protegían y se las exponía a su integridad personal, ya que son puntos de amenazas y atentados. Así también, se ha examinado la obra de Palacios (2003) y la de San Martín (2005) sobre los conservatorios del mecanismo de solución de conflictos.

También se analizó la doctrina amparada de Expósito y Alemania (Baca, 2006; Boaiz, 1998), que tienen medidas para garantizar el derecho al resarcimiento que tiene la víctima del delito sufrido a, empoyan medidas cautelares, hacer un seguimiento exhaustivo de las reglas de conducta, etc. Se examinó así mismo, la legislación jurídica procesal penal de Costa Rica, Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala (Cano, 1995; Guerra, 2000) para que, a través del método comparativo con la legislación jurídico procesal penal de nuestro país, se establezcan las normas procesales necesarias para el fortalecimiento de la institución jurídico procesal del derecho al resarcimiento del daño sufrido por la víctima en nuestro país.

Se tuvo en cuenta las opiniones de los Fiscales y Jueces Penales, y de las víctimas recogidas en las encuestas. Las preguntas de las encuestas se elaboraron teniendo en cuenta el objetivo de la

investigación, es decir, los relatos de los magistrados, ajustan con su experiencia y conocimiento, con apreciación a nuestra realidad y necesidad de nuestro ordenamiento jurídico. Así también, se encuentran a las propias víctimas, quienes peligran las leyes de nuestro país. Con ese propósito, se clasificó la información para extraer los resultados y proceder a la discusión y contrastación de estos resultados.

Se encuestaron 150 carpetas fiscales de distrito Fiscal La Libertad; Fiscal, los cuales se clasificaron, en relación, por ejemplo, a cuántos de estos se encuentran terminados la reparación civil, en cuántos las víctimas se constituyen en actor civil y en cuántos, los fiscales solicitaron o no la reparación.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1 Código Penal y Procesal Penal y doctrina nacional sobre el resarcimiento del daño

La acción resarcitoria ha atravesado por un largo proceso evolutivo en la historia del derecho, sobre todo en el aspecto relativo a las factores de atribución de responsabilidad y la forma como debería ser ejercida judicialmente para lograr la reparación del daño.

En el Código penal de 1,924, el Ministerio Público, conjuntamente con la pena, promueve la efectivización, entendida como la concreta y real reparación del daño causado a la víctima. Ello es compatible con una de las funciones primordiales del Ministerio Público que, si bien está contenida en su Ley Orgánica (Ley Orgánica del Ministerio Público, 1981) no ha sido recogida en nuestra Ley Procesal actual en esos términos tan claros y expresos.

El código de 1,940, establece que el agraviado puede constituirse en parte civil y ejercitar la acción resarcitoria en el proceso penal. Aquello de este modo a voluntad del agraviado de actuar o no en sede civil o ejercitarla dentro del proceso penal. Por otro lado, conforme al artículo 9A del mismo texto legal, la acción resarcitoria podrá ejercitarse en sede civil o dentro del propio proceso penal.

Sin embargo, respecto a la ejecución o «efectivización», se ha dejado para hacerse sobre a través de medidas cautelares, excepto en los casos de remisión a la autoridad familiar y delito contra la libertad de trabajo en donde por excepción, algunas resoluciones ordenan la reparación del daño como una regla de conducta para suspender la ejecución de la pena privativa de la Libertad.

El derecho de resarcimiento del daño sufrido por las víctimas de delito no se regulado en nuestro ordenamiento jurídico penal, de allí que se permite la vulneración a este derecho. Sin embargo, si existen algunos artículos, tanto en nuestro Código Penal como en el Código Procesal Penal donde se menciona la reparación del daño causado, así como la descripción de lo que es para nuestro sistema de justicia, la víctima.

El artículo 58 del Código Penal, establece cuáles podrían ser las reglas de conducta que el Juez debe imponer cuando suspende la ejecución de la pena. Especificamente, el inciso 4 prevee que el condenado debe reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está sin responsabilidad de hacerlo. De esto se deriva que ello sería una regla de conducta que se impone en obligatoria imponer, pero que es facultativo, lo cual hace vulnerable el derecho del resarcimiento de la víctima.

Los artículos 59, 60, 62 y 64 del Código Penal no hacen la diferencia en el mismo comentario para ello determinar los efectos del incumplimiento de las reglas de conducta, la revocación de la suspensión de la pena, la reserva de fallo condenatorio, lo cual no ayuda en garantizar el derecho al resarcimiento de la víctima ya que siempre se enfocan a los obligaciones que tiene el sentenciado para cumplir por lo ordenado por la judicatura, ensombrecido muy poco sobre el real estado de las víctimas.

Otro ejemplo de la ambigua y genérica que es nuestro sistema con el derecho al resarcimiento del daño sufrido por la víctima, lo encontramos en los artículos 92 a 98 del *Código Penal* en lo que concierne a la determinación de la Reparación Civil, el proceso que debe se determina conjuntamente con la pena y que comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios, pero no indica cómo es que se debe determinar y menos faculta a las víctimas de hacer uso de su derecho.

Por otro lado, en lo que se refiere a nuestro *Código Procesal Penal*, encontramos seis cuerpos artículos que lamentablemente no desarrollan que el derecho al resarcimiento del daño sufrido por las víctimas del delito no se subsane. Por ejemplo, en los artículos del 98 al 96, encontramos la Definición de lo que es el agraviado, sus derechos, sus deberes pero no se le atribuye facultades para exigir nuestros el respeto por su derecho al resarcimiento del daño sufrido ni se establece los mecanismos para dicho fin; por el contrario, compromete al agraviado a realizar trámites burocráticos (artículos 98 al 102) para constituirse en actor civil (para deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación, intervenir en juicio oral, interponer recursos impugnatorios) todo sin saber nada de lo que es este derecho al resarcimiento del daño sufrido.

Resulta necesario mencionar que, si bien el artículo 400 precisa sobre los derechos del condenado y en su numeral 3, indica que el Ministerio Público es el que debe realizar el control del cumplimiento de las reglas de conducta, no establece facultades para que la propia víctima haga valer su derecho al resarcimiento. Esto se contradice con el artículo 405, el cual sólo señala que es competente para la ejecución de la pena el Juez de Investigación Preparatoria.

El derecho al resarcimiento del daño sufrido por la víctima a consecuencia del delito se subsana. Se ha podido constatar el total desamparo que sufren las víctimas; la llamada reparación civil no solamente una ficción, no se materializa ni en papel. Así, el resarcimiento del daño permanente del delito, hay por hay, constituye un verdadero problema dentro de las consecuencias jurídico materiales del delito. Nuestra legislación penal y procesal penal tratado a la despatrimonialización, no ha logrado en los que sufren las consecuencias de estos hechos calificado como delitos, la víctima para que se exprese a los sujetos agentes del delito han cumplir la pronta rehabilitación de ellos y con ello la "ordinación de la reparación civil". La incorrecta aplicación de las reglas generales de indemnización que el Código Civil define, y la deficiente atención técnico jurídica de los operadores preventivo se traduce en todo o limitada actividad probatoria y en la no utilización de medidas cautelares reales para efectos de reparación civil; ha generado lo que la doctrina llama la segunda victimización del agraviado(Quispe, 2005; Peña 2006).

Adicional a una total despatrimonialización de las víctimas al delito, la conclusión o efectivización del juicio de la reparación civil es errónea, por no decir irregular. Este hecho se presenta dentro de un contexto como el de encontrarnos hasta a un nuevo legal definición y por otro lado, una mala aplicación de las normas por parte de los operadores del Derecho, considerando aquí a los abogados, los Fiscales y Jueces (Ivan Martín, 2005).

El ordenador actual, bajo de configura de los métodos y políticas de tercero de la justicia en materia penal, optó particularmente por lo prohibido, por hacer patente de propia mano; pues tal cosa al parecer le resulta más eficaz que el talento judicial culposo, preparándose con ello al desarrollo y la tranquilidad social. Resulta actualmente a entornos exclusivo, que consentimos como alta grado de tranquilidad política (Hart, 2009; Bayes, 2006).

La víctima está obligada a soportar el delito. Y lo que es peor, a serle tratado el proceso judicial, lo que desencadena en la llamada victimización secundaria, esto es, no sólo sufre las secuelas y gastos consecuencias de la perpetración del delito sino que además, debe luego hasta a un proceso penal, soportar lo que denominamos en la llamada victimización secundaria, donde al final, no será lo esperado correspondido con la reparación de su daño (Quispe, 1998).

Se concluye que se sobrea el derecho al resarcimiento del daño sufrido a la víctima del delito en el Nuevo Código Procesal Penal porque existe carencia normativa, la pena no reinsere y por ende, no asegura la reparación civil; así mismo, se frustrada la utilización de medidas cautelares sobre los bienes del sentenciado, a efecto de asegurar el cumplimiento de la reparación civil. (Cubas, 2008; Murillo, 2005; Peña 2005; Palacios, 2003; Sus Murillo, 2005).

2.2 Examen de la doctrina y legislación extranjera sobre el daño y su resarcimiento

En lo que respecta a la doctrina extranjera, se ha constatado que, en el derecho comparado, el derecho al resarcimiento del daño sufrido por las víctimas tienen otro tratamiento, que en vista diferente a nuestro país. Por ejemplo, en Algunas legislaciones se han adoptados roles mas activos e importantes para el Ministerio Público respecto a lograr la reparación de la víctima; así tenemos, que en Costa Rica, (art. 55 C.P.P.), cualquier ofendido puede delegar en el Ministerio Público el ejercicio de sus derechos, mientras que en otros países, como Argentina, solo puede delegarse la acción civil en el Ministerio Público cuando se trata de víctimas pobres, incapaces o menores de edad sin representación legal (Rusa, 2006).

Así mismo, se ha determinado que el principal derecho material del ofendido sigue siendo la indemnización (Rosas, 1998).

Tanto el Código Penal de Honduras (art. 100-115), como el de Colombia (art. 105-110), en la parte general, han establecido un capítulo destinado a regular las consecuencias civiles del hecho punible (Santiago, 1999). Esta responsabilidad civil del acusado o tercero responsable, comprende tres importantes aspectos: la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de los perjuicios.

El principal derecho que el ofendido tiene en América Latina es el ser indemnizado por los daños, materiales y morales, que el delito le cause (p.e) Panamá art. 20 C.P.; Perú art. 93 C. P., Paraguay art. 126 C.P., México D.F. art. 29 C.P.; Venezuela art. 113 C.P.) (Cano, 1988). En general, existen tres diferentes fuentes previstas en el Derecho Penal Latinoamericano, para obtener una reparación por daños y perjuicios sufridos. Un primer procedimiento muy común y generalizado en casi todo el proceso penal de la región es la llamada "acción civil" (p. ej. Costa Rica art. 56 C.P.P., Paraguay art. 126 C.P., Perú art. 93 C.P.). La segunda fuente por la que puede recibir el ofendido la reparación es mediante un número fuera del proceso penal, recurriendo a la jurisdicción civil. (p. ej. Brasil art. 91 C.P., Uruguay art. 25 C.P.P.). El tercer medio para la reparación de daños, es a través de una innovadora institución latinoamericana, llamada Caja de Reparaciones y que existe solo en pocos países como Cuba y Bolivia.

2.3. Encuesta a operadores del derecho y víctimas

A continuación, se describe los resultados de las encuestas aplicadas a los operadores del derecho (Jueces y Fiscales) y a las víctimas de delitos.

a) Jueces y Fiscales

¿Qué entiende usted por reparación Civil?
- Compensación del daño sufrido. 2 (6%), restitución del bien. 3 (10%), resarcimiento a la víctima del delito. 2 (10%), indemnización por daños y perjuicios. 6 (20%), restitución del bien e indemnización por daños y perjuicios. 16 (54%).

¿Considera usted que los nuevos actuantes y procesales referidos al pago de la reparación civil permiten que se efectivice la reparación a las víctimas del delito en nuestro ordenamiento penal?
- No, permite la efectivización de la reparación civil 24 (80%), si permite la efectivización de la reparación civil 6 (20%).

¿Considera usted que el monto de la reparación civil que ordenan los jueces en sus fallos muestra subvalorización al daño ocasionado a las víctimas del delito?
- Si muestra el daño causado a la víctima del delito. 9 (30%), no muestra el daño causado a la víctima del delito. 21 (70%).

¿Considera usted necesario disponer como regla de conducta al pago de la reparación civil, y consecuentemente el plazo para su pago, en el caso de sentencias condenatorias con ejecución suspendida?
- Si debe imponerse como regla de conducta. 18 (60%), no debe imponerse como regla de conducta. 12 (40%).

¿Las víctimas del delito que apersonen como agraviados en los procesos penales conocen como hacer valer su derecho al resarcimiento por el daño sufrido?
- Si conocen. 6 (20%), no conocen. 24 (80%).

¿Considera que el resarcimiento del daño ocasionado por el delito debe ejecutarse dentro del mismo proceso penal o en otro proceso en la vía civil?
- Si debe ejecutarse dentro del mismo proceso penal. 25 (83%), No debe hacerse dentro del mismo proceso penal. 5 (17%).

¿Considera Ud. que a la víctima del delito le importa más que el delincuente sea sancionado con pena privativa de libertad o que se repare el daño que se le ha ocasionado?
- La imposición la sanción del delito. 6 (20%), le importa la reparación del daño ocasionado. 24 (80%).

Cree Ud. que debe contar en Ministerio de defensa para la Víctima del delito, el papel que tiene para el investigado?
- Si debe contar. 16 (53%), no debe contar. 14 (47%).

De este encuesta se concluye que nuestros magistrados son conscientes que la reparación civil comprende la restitución del bien o indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, no existe interés que permita determinar el "quantum" de daños, así como el modo y forma como concluirla, lo cual se refleja con la pregunta sobre la efectivización de las mismas, en lo cual, sólo la mitad la considera efectiva.

Por otro lado, nuestros magistrados encuestados han considerado que el daño corresponde como regla de conducta al pago de la reparación civil en las sentencias condenatorias, lo cual refleja que el existe una preocupación por estos operadores del derecho pues que aunque aun de esta forma se intenta no solucionar este derecho a las víctimas del delito.

Sin embargo, hacen notablemente la atención que nuestros magistrados unos conocimiento que las víctimas no tienen conocimiento de como hacer valer su derecho al resarcimiento del daño sufrido, porque entonces se permite dejarlas olvidadas y excluidas del proceso penal, el cual, indudablemente se genera a partir de la vulneración a un bien jurídico protegido.

Con respecto a que el resarcimiento del daño ocasionado por el delito que debe ejecutarse dentro del mismo proceso penal, nuestros magistrados están conformes con la regulación actual de nuestro sistema jurídico, el cual, permite que sea o bien en el proceso penal o en un proceso civil.

Así mismo, debe mencionar la opinión de otros especialistas, es lo que se refiere a que debe implementarse un Ministerio de defensa para la víctima del delito, ya que con ello no solo se lucha jamás para que el Ministerio Público consiga culminarse su función como ente persecutor del delito y asumiendo del cumplimiento de las sentencias, sino que además permitiría que las víctimas luchen solo sus propios derechos.

b) Víctimas

Cómo víctima de su delito, ¿Ha sido Ud. reparado por el daño causado?
- Si, a nivel policial. 3 (20%), Si a nivel judicial. 6 (30%), no a nivel judicial ni judicial. 11 (37%).

Como Víctimas del delito, para lograr la reparación del daño causado, Ud. ha recurrido o ha ido judicial o no?

- Recurrente, al Poder Judicial: 14 (87%), no acudes al Poder Judicial 16 (53%).

¿Por qué no ha recurrido o habría recurrido a la vía judicial en busca de una para reparación del daño causado por un delito?

- Desconocían que podía hacerlo: 4 (12%), consideraban que sólo perdería el tiempo: 11 (34%), tenía miedo a la venganza: 2 (7%), no tenía medios económicos para un abogado: 7 (22 %), no quería revivir ese mal momento: 1 (3%), el agresor es un miembro de la familia: 1 (3%).

Como agraviado o víctima de un delito Ud. pediría que le repitan el daño causado o que el delincuente sea sancionado con pena Privativa de Libertad?

- La mayoría le exigiría el daño: 11 (23%), le gustaría la sanción positiva: 6 (20%), le exigiría le repitan el daño y además vaya a la cárcel: 13 (43%).

Como agraviado, llegado Ud. a una conciliación, transacción o acuerdo con el sujeto agente investigado?

- Sí, siempre que repare el daño causado: 31 (103%), no porque le han resultado dañas: 9 (30%)

De la encuesta se concluye que las víctimas del delito son sólo objeto del proceso penal y no sujetos del mismo, que son usadas como medios probatorios sólo para lograr una investigación exitosa, lo cual satisface al Fiscal, o una sentencia condenatoria, lo cual genera estadística para el Poder Judicial. Se determina que en ellos el porcentaje de las víctimas a las que no les resarcir el daño, que sino con la implementación de este Código Procesal Penal, El no cumplimiento al daño causado genera un alto nivel de descontento con nuestro sistema de justicia, el punto que las víctimas no recurren al Poder Judicial para satisfacer sus derechos. Por tercero, se entiende que lo que le interesa a la víctima, no sólo es que el delincuente vaya a la cárcel, es decir, que sufra una sanción positiva sino que además se le indemnice por el daño causado.

3.1 Examen de las carpetas fiscales del periodo 2011-2012

Los resultados del examen de 150 carpetas fiscales tramitadas en el periodo 2011-2012 en la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial La Libertad, de procesos en ejecución de sentencias, con respecto al resarcimiento del daño de las víctimas de diversos delitos, son los siguientes:

a) Grado de resarcimiento del daño

Se pagó la reparación civil íntegramente en 12 procesos (8%) y parcialmente en 20 procesos (13%) de modo que no se pagó la reparación civil en el 79% de los casos.

Debemos precisar que este pago en ese considerar si se ha efectuado de manera voluntaria o en medio a medidas coercitivas o apercibimientos de ejecutarlos por haberse señalado como regla de conducta el cumplir la ejecución de la pena, esto así vemos que el pago total se difiere y la víctima no se resarcirá en grado mínimo.

De esta información se concluye que en abrumador el porcentaje en que no se paga la reparación civil, esto demuestra la ineficacia de la legislación pluricitada, pues el 78.7% de víctimas ha sido abandonada a su suerte y con seguridad siempre o plenario que el sistema penal "no les protege", lo cual tendrá incidencia en la cifra de delitos ocultos y de la administración de justicia en general, confirmando además a la "desfuncionalidad" del sistema de protección o control social.

El resultado de esta revisión de carpetas, resalta lo que ya se percibía de manera preliminar y generalizada, esto es que la reparación civil no se concreta, no resultan eficaces pese las sentencias dictadas en los procesos penales en el extremo de la reparación civil, y seguramente por las medidas que existen legalmente para ejecutarlas, frente a otro resultado resulta difícil lo

plenamente en el sentido que la víctima del delito no le gusta olvidada por el ordenamiento jurídico y el sistema judicial en términos generales, como bien apuntan el profesor Serrano Gómez, puesto que la víctima está obligada a soportar el delito. Y lo que es peor, a veces también el propio judicial, lo cual desencadena en la llamada victimización secundaria (Peña, 1988).

Esto es, no sólo sufre las consecuencias de la perpetración del delito, sino que además debe hacer frente a un proceso penal adverso. Un proceso que tiene como eje de su funcionalidad, paradójicamente, la reparación del daño causado a la víctima, por ello es que los testigos modernos son sufrientes y en su propuesta contienen la necesidad de constituirse ante un la persecución a la víctima en un proceso penal, justamente porque existe este hecho objetivo, idóneo consecuencia del pago de reparación civil a ellos en los procesos; este primer punto nos permite concluir objetivamente de que el abandono a la víctima es una hecho real.

b) Constitución en parte civil

Los agraviados/perjudicados que se constituyeron en parte civil fueron 20 (27%).

Aún cuando se asume la carencia de la que se ha constituido en parte civil, dicho porcentaje no es mínimo, más nos obstó varias lectura que nuestros agraviados que sólo como en que el sistema penal logrará su resarcimiento, hemos inferir en participar en el proceso penal, para lamentablemente nuestra legislación no le provee los garantías necesarios para un constituirse la reparación civil que pretenden; dicho constituirse un embargo que el 70.6% que no se ha constituido en parte civil es aquella que considera "inútil" su participación en el proceso penal, por diversos motivos, pero lógicamente por la desconfianza en el sistema judicial; esta gravísima relación con los resultados obtenidos en la revisión aplicada a los víctimas de delitos, quienes consideran que acusar al MINISTERIO PUBLICO es una "pérdida de tiempo", y no se dilid adherir que quieren Si se constituyeron en parte civil para que no logrará el resarcimiento que pretendían, en una futura oportunidad de un víctimas de un delito no no volverán a intervenir en el proceso penal, y con ello una recurrencia a acudan la cifra del sistema de protección y control social.

Cabe mencionar en este sobre que nuestra legislación exige la constitución en parte civil de los agraviados para poder adherir la calidad de lo que la doctrina llama "actor civil" dentro del proceso penal, como requisito admisión para poder ejercer las mediantes y ejercer adecuadamente tal calidad de actor civil (Art. 54 y 55 del Código de Procedimientos penales); negación a esto sin embargo podemos hacer una reflexión, pues en el fondo esta exigencia constituye una limitación sino a la víctima que esta sea se vería obligada a contratar un profesional del derecho para lograr esta concesión. Nos preguntamos ¿Por qué esta determina hasta el acusado a quien tuviera se le cuestiona abogado defensor de oficio, lo que no existe para la víctima; no se tiene esta una barra de incentivos la llamada victimización secundaria?

Esta discusión también se presenta en otras legislaciones así tenemos que en Costa Rica funciona la "actuación" (Art. 36 C.P.P), en Bolivia, Art. 13 Código Procesal Penal., en Chile, Art. 11 Código Procesal Penal; en Colombia; Art. 135 Código Procesal Penal, en Guatemala Art. 78 Código Procesal Penal, en donde todavía se sugiere que el agraviado debe estar siempre representado por un abogado. Lamentablemente en nuestro medio el Código Procesal Penal publicado mediante D. Ley 957, mantiene esta negativa, cuando prescribe "Artículo 11.- 1. El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. 2. El perjudicado se constituye en actor civil, salvo la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso". Si bien ya de nuestra treatise se disponía que el Ministerio Público debe investigar de la acción civil derivada del hecho punible; aun mantiene la necesidad de que el agraviado tenga que constituirse en parte civil para poder ejercer esa acción civil. La propuesta por tanto está la eliminación de esta negativa, así como la necesidad constituirse de defensa de la víctima. Consideramos que la constitución en parte civil sea gratis del ejercicio supone necesariamente de la intervención de un abogado.

a la ocupación de carácter colectivo.

Tercero. El bien inmueble ocupado, que pertenece a la parte demandante, no constituye su domicilio habitual ni un establecimiento mercantil.

Para resolver sobre la concurrencia de dicho interés a la tutela dispensada a domicilios por parte del Ministerio Público, la sentencia de instancia, de la Audiencia Civil de la demandante, que a la vista de formular la demanda pasó sobre la base ideológica en los hechos del inmueble ocupado como el lugar de la convivencia civil en vez de "domicilio", como más propio que en relación con "vivir" en este. Consideramos aquella idea y no en los casos en vivir como uso en el sentido más del ejercicio de estas utilidades, con aquella acepción concreta y sobre todos importantes de los domicilios o lugares habituales convencionales, pues a la categoría que la asumen en Las Palmas, como elementos derivados que el domicilio público en cabeza constitucional y de nuestra cultura los valores, a fuga en los términos previos previos del concepto con público y una garantía física y económica civil, pues en sus los límites que se configuran con la expresión del bienes públicos, tanto que comercio, la persona constituye como espacio en que se ejerce el mismo particular del titular del bien público ejercicio en transcurrencia, con los intereses en juego en el primero puede en relación de la privacidad en que se ejercen la vivir, el interés del propietario en que el ejercicio de dichos y el interés de la propia sociedad en que se ejerce el bien en condiciones que ello en que este concepto el pronunciado en dichos la sociedad civil en el primero interés el Estado y el bien económico en concreto en todos y en concreto civil, teniendo hasta la concurrencia del bien concreto del propietario, en relación con el bien público, en el bien económico en el bien público, en el bien económico en el bien público, en el bien económico en

delito, como regla de conducta para cumplir el fallo y suponer la ejecución de la pena suspendida(sic), ello concordante con lo que dispone el artículo 90° del Código penal, respecto al cumplimiento de la reparación pueden concluir de manera categórica que efectivamente la obligación de pago de la reparación civil puede y debe ser señalada como regla de conducta.

Imponer como regla de conducta la reparación civil no conlleva una "pausa por delante, ya que ello no genera efecto directo alguno sobre la libertad del condenado en tanto aquel no infrinja de modo reiterado las reglas de conducta fijadas en su sentencia y en cuanto no haya, bajo otra objeta por dichas infracciones reiteradas de las mismas pasadas de amonestación y apercibimiento del plazo de suspensión, subsistiendo la facultad revocación del régimen de suspensión en favor al condenado a cumplir una pena privativa de libertad por debar la reparación civil, ya que la pena que se le impuso en la sentencia obedece a que el correcto cumplimiento en dicho", en consecuencia "resulta legal y constitucional, en nuestro medio, considerar la reparación civil como regla de conducta, y, por ende que la ejecución de dicha regla origine en su régimen de suspensión de la ejecución de la pena las consecuencias previstas por el artículo 59 del texto sustantivo.

La reparación civil en nuestro ordenamiento legal se determina conjuntamente con la pena, conforme lo establece el artículo noventidós del Código Penal vigente, por lo que, si ulteriormente ante la naturaleza de la reparación civil no podría entonces sostenerse simultáneamente que el juez la determine (Reparación Civil) conjuntamente con la pena, sustituyéndose la acción del particular, puesto que dicho artículado dispone lexativamente que el magistrado fije en el proceso penal la reparación civil aunque la parte agraviada no se haya constituido en parte civil, sobre el caso contemplado en el artículo noventicinco del Código sustantivo haciendo. Ejercicio de Pena, en tal sentido, y establecimiento que la reparación del daño ocasionado a reparación civil puede incluirse como regla de conducta, sobre que el agente haya acreditado previamente la imposibilidad de cumplir con tal obligación, conforme lo establece el artículo cincuentiocho del Código acotado, cuando que si es posible establecer el pago de la reparación civil, en nuestro ordenamiento legal, contemplado expresamente en la sentencia como regla de conducta.

La actividad del Derecho Penal no debe quedar en lo enunciativo sólo, sino que debe propender a cumplir una función tajantemente, sancionar toda jurisdiccional efectiva a favor de los derechos patrimoniales vulnerados, al mismo punto, para lo cual se deben aplicar las disposiciones que el respecto confiere la sentencia de grado, como es la disposición de la ejecución de la reparación civil, dicho sea de paso, como regla de conducta, que constituye no una "condena", la que sólo es absolutoria o condenatoria, sino una norma de conducta de estricto cumplimiento conforme al texto cuarto del artículo cincuentiocho del Código Penal, así como no se ha impuesto la pena de multa dentro de los parámetros del tipo penal contenido en la primera parte del artículo cuarentiocho señalante del ordenamiento positivo, en su obligatoriedad para su pago conforme lo establecido en los artículos 41, 42, 44 y 56 del Código Penal.

Por todo lo expuesto, concluimos que nuestros Jueces vienen aplicando acertadamente la sentencialidad sometido sujeto a la reparación civil, corroborado en el resultado reflejado en esta tabla y que demuestra pues la hipótesis planteada en el sentido de considerar a esta como una causa para que la reparación civil no se concrete en favor de las víctimas del delito.

a) Tipo de delito

Número de procesos de delito culposo en los que se pagó la reparación civil: 25
Número de procesos de delito distinto en los que se pagó la reparación civil: 13

Nótese que la incidencia mayor de pago de la reparación civil se sustenta en los delitos culposos, esto se explica porque en estos casos no solo resulta simple el cobro al sindicado sino al tercero civilmente responsable, quien termina efectuando el pago de dicha reparación, pues en ocasiones tiene lazos sanguíneos de un afectado con vínculo cercano.

Esta situación guarda relación con la de los medios cautelares en tanto existen bienes que

embargar, y ello se presenta en los casos lamentables de delitos en los que se encuentran a terceros civilmente responsables, teniendo así también se presenta una incorrecta aplicación de los montos porque se tiene la idea y costumbre de que solo en los delitos culposos se encuentra a los terceros civilmente responsables, cuando en realidad esto también es posible aplicarlo en ciertos delitos dolosos; pero ello es materia de otra investigación.

En nuestra realidad la mayoría de delitos que se cometen son dolosos por lo que es en este contexto en que debe buscarse la solución, es decir proponer como ya se dijo la incorporar nuevas formas de solución como la mediación y la conciliación, puesto que al ser una vía ajustiva distinta y apena a la función jurisdiccional puede ser más aplicada y abundada, tanto por el sistema jurisdiccional penal, como dentro de la relegación del Ministerio Público, aplicando el llamado "Principio de Oportunidad" (Palacios, 2003).

Otro aspecto relevante de la mediación como alternativa a los procesos de cumplimiento, en la agilización y flexibilidad del procedimiento en cuanto a los delitos patrimoniales y delitos menores, los cuales pueden ser resueltos en breve tiempo, dando así a que las partes llegues a un acuerdo voluntario sobre la reparación del daño material y moral, lo cual garantiza a la víctima prontitud en el ejercer de sus derechos. Ya que en un proceso ordinario tendría que esperar hasta la sentencia definitiva para que se declare culpable al sentenciado y se le condene al pago de una reparación del daño, llegando al extremo de tener que presenciar en la vía civil el cumplimiento y cobro de los montos, esto jalonado se vería plenamente justo los delitos culposos tuvieran. Por otro lado tenemos que la mayoría de delitos culposos en nuestra legislación penal tienen penas mínimas; y sin embargo para ello se verifica la conexión de la reparación civil, ello nos arroja una conclusión, en el sentido que la solución para el juez de la reparación civil no radica en la paralelidad, sino en mecanismos alternativos como ya se ha explicado.

d) Rehabilitación del agente

Número de procesos en los que se rehabilitó al agente, se archivó el proceso y se pagó la reparación civil: 19

Número de procesos en los que se rehabilitó al agente, se archivó el proceso y no se pagó la reparación civil: 21.

Este relacionado es muy importante porque vemos que aún cuando se haya podido cumplir como regla de conducta el pago de la reparación del daño, pena suspender la ejecución de la pena, no se halla los casos se ha efectivizado dicho pago; es decir no se halla los casos se ha cumplido con esta regla de conducta y sin embargo se le ha rehabilitado a dichos sentenciados, una vez más la deficiente aplicación de los montos entonces en este rubro dejan en desamparo a las víctimas del delito.

Cabe preguntarnos ¿donde origina el pago de la reparación civil luego de extinguida la pena?, el Juez debe controlar el cumplimiento o extinción de las consecuencias jurídicas y civiles del delito atribuyendo a los montos siguen para cada materia, con independencia una de la otra, a lo largo del proceso, la posibilidad de exhorto una reparación civil dejando de la prosecución de la causa. En consecuencia extinguida la acción, se acaba el proceso en todos los términos, dejando sin embargo a salvo el derecho del agraviado a interponer demanda ante el Juez civil. sin que pueda considerarse impedido por haberse constituido en parte en los procesos que ha concluido por cuenta ajenas a él. Sin embargo esta vez dictada la sentencia del caso, la reparación civil sobre subsistirá.

En ejecución de sentencia, el Juez debe controlar el cumplimiento o extinción de la pena y el pago o prescripción de la reparación civil por separado, de acuerdo a las reglas que corresponden a cada uno de estos extremos.

En consecuencia en este orden del procedimiento, la extinción o cumplimiento de la pena deja a salvo el derecho del agraviado a continuar solicitando el pago de la reparación civil ante el Juez

Penal hasta que se probara el cumplimiento total, o hasta que prescriba la obligación contenida en la sentencia; por lo tanto la aplicación en contrario [que ocurre. Haciendo nuestros derecho], es incorrecta, desmotivándose que debe ser únicamente con de los casos; por las que no se concreta en efectivos el pago de la reparación civil, resolviendo sólida la hipótesis planteada en este sentido. La estabilización del sentenciado sin que se verifique el pago de la reparación civil, no es el gran problema, éste radica en que no solo se le rehabilita, sino que al hacerlo se declara extinguida la acción, y con ello también la reparación civil, dejando[sic] al acreedor del presente y después a la víctima, sin ser esta libada a ser nuevo cuando como hacerse otro, la reparación civil debe subsistir aun cuando se declare extinguida la pena.

b) Ejecutar del pago de la reparación civil

Número de procesos en los que la reparación civil fe pago se obligado directo: 10
Número de procesos en los que la reparación civil fe pago el tercero civilmente responsable: 10

Existen resultos casos en que se puede comprender como responsables civiles a personas distintas de los sentenciados, tal es el caso de los supuestos de responsabilidad civil factor de atribución es lo "genérico de reparación". En estos casos, por tenerse de la ley [ej. civil - fundamentalmente - se comprenden como responsables a terceros no sentenciados, a efectos de garantizar el pago de la reparación, y en virtud a que estos mantienen una especial vinculación con el causante o con el hecho con el que se produjo el daño, y porque estos se encontraban en mejor situación de afrontar el costo del daño o de distribuirlo eficientemente entre los componentes del grupo social.

En estos casos se dice que "no se encuentra que exista un nexo de causalidad material (no) simplemente un nexo lógico al principal propuso la acusado en la que el daño fue causado Para atribuir responsabilidad a estos terceros no se requiere que haya obrado con dolo o con culpa, pues se trata de una responsabilidad civil objetiva. Para ser comprendido en el proceso, se demostrará que existen elementos suficientes que lo vinculan con el hecho imputado al segundo causante del daño o presunto autor del delito, esto porque el hecho dañoso se produjo como consecuencia de la realización de una actividad ejercida en beneficio del tercero – causa de causante en los contratos de locación de servicios o de contrato de obra, etc.-, sea porque el hecho se produjo en ocasión del ejercicio o desempeño de una labor o función en nombre y representación del tercero, - caso de los terceros civilmente[sic] -, o sea porque el daño se produjo evidente el uso o empleo de un bien de propiedad o de posesión del tercero – caso de los terceros propietarios o poseedores de bienes riesgosos o peligrosos-; no sea ilícito caso, el tercero no es responsable, sin embargo, porque el hecho sea temporal porque él no cesó el tiempo por cuanto no ha operado o puesto en funcionamiento el bien, sino que responde por el simple hecho de ser propietario o poseedor del bien, y por este ilícito queda vinculado al ejercer causante o autor; y la razón de aplicación al factor de atribución genérico de reparación. Sin embargo, hay que tener en claro que si bien la responsabilidad del tercero es objetiva, no se requiere acreditar dolo o culpa de parte del tercero responsable-, esto no significa que no se tenga en cuenta durante adjetivo alguna de parte del tercero; por el contrario, se necesario para que el tercero pueda vinculado jurídicamente al agente directo, que presente una manifestación de voluntad de parte del tercero, mediante la cual se establezca un acto vinculante entre ambos. En este sentido, para el caso de la responsabilidad vicaria, del empleador se requiere de la existencia de un contrato de trabajo celebrado [con el empleado], o por lo menos que la empleador haya aceptado que el causante realice labores dentro de la empresa, documentándose la responsabilidad del empleador, por ejemplo en los casos en que este jamás hubiera ingresado absolutamente en el local de la empresa, y estando allí ocurrieron un daño ocasionado fuera de esta. Igual sucede para el supuesto del contratante en los contratos de locación de servicios o en los contratos de obra. Así mismo en los casos en que el agente directo del daño, utiliza un bien riesgoso del tercero, y con este ocasiona el daño - caso de vehículos automotores y otros -, para responsabilizar al tercero, se necesario que este haya autorizado dicho a ocasionarse al uso del bien el causante directo de lo contrario no resultaría atendible justificación. Queda claro entonces que aún en los casos de responsabilidad objetiva, - caso de la garantía de la reparación -, tiene que existir una vinculación entre los sujetos - causante y tercero -, para de otra manera no se puede determinar el juicio jurídico por el cual el tercero asume la validez de "garante" del agente del daño. De acuerdo a este criterio debe tenerse mayor cuidado y empeño a considerar los casos en los cuales debe incluirse a los terceros civilmente responsables y no se hace por desconocimiento porque no existe una norma expresa que así lo determine, lo

prescrito en el artículo 95° del Código Penal, cuando señala que la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente responsables, siguiente así completada. Además prescribirse los casos en los que procede la inclusión de terceros civilmente responsables, sobre esto lo efectuaremos dependiendo que sean:

IV. CONCLUSIONES

1. En el Nuevo Código Procesal Penal, a las víctimas del delito se les reconoce el derecho al resarcimiento del daño sufrido a consecuencia de un delito, por ejemplo mientras, mientras pena, mientras de la reparación civil y limitada la utilización de medidas cautelares.
2. Para el derecho de resarcimiento del daño sufrido por las víctimas de delitos los artículos anteriores tratan sobre la defensoría de la víctima, los derechos que le corresponde, la defensoría de la reparación civil, etc., pero no especifican la forma y modo en que se debe cumplir y exigir el cumplimiento del pago de la reparación, ésta por parte del sentenciado.
3. En el derecho comparado, pese la reparación civil, existe hasta tres formas de hacerla cumplir, por ejemplo la acción civil, se remite hasta del proceso penal y a través de la caja de reparaciones.
4. En nuestro ámbito judicial, los magistrados son conscientes que las víctimas no tienen conocimiento de cómo hacer valer su derecho al resarcimiento del daño sufrido y proponen que debe implementarse un Ministerio de defensa para la víctima del delito que admita pretensiones que las víctimas hagan valer sus propios derechos.
5. Las víctimas del delito son sólo objeto del proceso penal y no sujeto del mismo, en que son tratadas como medios probatorios sólo para lograr una investigación "ordenada" para el Fiscal o una sentencia condenatoria que ignora estadística para el Poder Judicial.
6. A pesar de existir mecanismos que garantizan el pago de la reparación civil, tal como las medidas cautelares, éstos no se aplican, vulnerando así el derecho al resarcimiento del daño sufrido de las víctimas de un delito.
7. En el párrafo de la ejecución de las sentencias, las autoridades no vigilan el estricto cumplimiento de las resoluciones, siendo el pago de la reparación civil una de las reglas de conducta, no se logra cumplir en la mayoría de los casos.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BACA, E., ECHEBURÚA, E. J. 2006. **"Manual de Victimología"**; edit. Tirant lo Blanch; España.

BERISTAIN, A. 2000. **"Transformación del Derecho Penal y la Criminología hacia la victimología"**. ARA Editores, 1ª ed. Lima- Perú.

CHEUL, C. 1985. **La acción resarcitoria en el proceso penal**. Storks to Argentina.

EL PERUANO. 1981. **Ley 23330**. Art. 02; 18001981.

EL PERUANO. 2004. **Decreto Legislativo 957**. 22 de julio del 2004.

GALVEZ VILLEGAS, T., RABANAL PALACIOS, W. 2008. **"El Código Procesal Penal: Comentarios descriptivos, explicativos y críticos"**. Lima - Perú.

GARCIA PABLOS DE MOLINA, A. 2000. **La pena, evolución, exposición y crítica, en derecho penal**. 2ª Edición, Impreso por EDITORIAL S.A. Madrid - España. 200 pp.

HAVALA LEÓN, H. 2005. **"El nuevo sistema procesal penal"**; Aurora Editores, Lima.

MOR LEON, J. 2009. **La Protección y Asistencia a Víctimas a partir del decreto legislativo 957**. Tesis Postgrado, (Mención) Nacional de Trujillo, Perú.

PALACIOS DOCTRE, D. 2010. **"El principio de oportunidad"**, Editorial Fecal, Lima.

PEÑA CABRERA, F. A. 2006. **"Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal"**; edit. Jurídica, edic. Perú.

PEÑA CABRERA, A. 2005. **"El Nuevo Proceso Penal"**, Gaceta Jurídica, Lima.

QUISPE FARFÁN, F. 2005. **"El imputado y la víctima en el nuevo Código Procesal Penal"**, en "El nuevo proceso penal", Editorial Palestra, Lima – Perú.

QUISPE ALVARADO, J. 2008. **El resarcimiento de la víctima del delito en la Corte Superior de Justicia de La Libertad**. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas. Postgrado San Pedro.

QUISPE VILLANUEVA, A. 1999 **Concesión de la Reparación Civil a favor de la Víctima en el Código Penal Peruano**. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas. Postgrado UNT.

REYNA ALFARO, L. 2006. **"La Víctima en el Sistema Penal"**; edit. Grijley, Perú.

ROXIN, C. 1998. **Dogmática Penal y Política Criminal.** Trad.Editor Abanto Vásquez Manuel. Editorial IDEMSA. pág.463.

SAN MARTÍN CASTRO, C. 2003. **"El nuevo proceso penal"**, Palestra Editores, Lima.

SANTIAGO MIR, P. 1998. **Derecho penal**. Sta Edición, Barcelona. 810 p.

URQUIZO OLAECHEA, J. 1996. **El bien jurídico**. Instituto peruano de Ciencias Penales Nº 06, año III. GC. Ediciones, Lima.

ANEXO A:

TIPOS DE DELITO DE LAS 150 CARPETAS FISCALES CONSIDERADAS EN EL ESTUDIO

TIPOS DE DELITOS	Número de carpetas revisadas
DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD	28
DELITOS CONTRA EL HONOR	9
DELITOS CONTRA LA FAMILIA	14
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL	10
VIOLACIÓN A LA INTIMIDAD	8
VIOLACIÓN DE DOMICILIO, OBSTACULO DE TRABAJO, CONFESIONES	10
VIOLACIÓN DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES	8
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL	2
DELITOS CONTRA EL PUDOR	4
INCESTO	1
OMISIÓN DE PENSIONES	8
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	10
DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS	8
DELITOS CONTRA LOS DERECHOS INTELECTUALES	1
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL	8
DELITOS CONTRA EL ORDEN FINANCIERO Y MONETARIO	1
DELITOS TRIBUTARIOS	8
DELITOS CONTRA LA ECOLOGÍA	8
DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA	8
DELITOS CONTRA EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL	8
DELITOS CONTRA LOS VOLUNTARIOS PERUANOS	8
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	8
DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA	10
TOTAL	150

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

La acción civil en el Nuevo Código Procesal Penal chileno: Su tratamiento procesal

MARÍN G. Juan Carlos "La acción civil en el Nuevo Código Procesal Penal chileno: Su tratamiento procesal". Pág. 11 – 44. [En Internet]. Consulta 17/05/16. Enlace en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/index.cej/RECEP%206/LA%20ACCION%20CIVIL%20EN%20EL%20NUEVO%20CODIGO%20PROCESAL%20PENAL%20CHILENO.%20SU%20TRATAMIENTO%20PROCESAL.pdf

LA ACCION CIVIL EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL CHILENO: SU TRATAMIENTO PROCESAL

2. Efectos civiles y efectos penales

Conocido es también el carácter de la acción civil en el proceso penal en donde a los supuestos ordinarios con su base en ordenar reparar, o indemnizar, que produce el delito y, por tanto, consecuencia de un ilícito civil, puede ejercitarse ejercer de un proceso penal porque dicha acción a ejercitar conforme cuentan en efectos penal[1]. La responsabilidad civil en efectos del delito penal, (de este modo hacerse el delito en entender) a que la cosa cometa o ejercer cada una que tiene un perjuicio de manera culpable, con independencia de que la conducta que la constituye se encuentre o no legalmente como un delito penal. La significación civil civil y la responsabilidad civil. En, por tanto, su peculiaridad procesal y sus caracteres.

En este punto se debemos olvidar que la acción civil que nace del delito consumado por el delito y que se hace valer en vía penal, no deja de ser una acción civil ante otra. Ella no pierde su carácter esencial y patrimonial de un modo completamente genérico. Antes se ha dicho que la acción civil ejercitada en el proceso penal —a diferencia de la acción penal pública— puede ser objeto de renuncia (artículo 57 inciso 3º), de desistimiento (artículo 59), de convenio (artículo 308 del CCC) y garantías de ejercicio a los diligenciados (del CC, artículo 105 inciso 2º del CP (se relaciona con el artículo 1069 del CCC). Adicionalmente, el cumplimiento

[1] La diferencia fundamental entre el efecto civil y el penal se encuentra sobre la diferencia en que la base de la responsabilidad civil civil es el daño (artículo 1.109 del Código Civil [CC]). Es, de ahí que se afirme que esta conducta por esta influencia que los efectos se convierte en daño en el a quien asigna responsabilidad civil. En cambio, existen los delitos de peligro y en el derecho penal se sanciona la conducta de manera independiente a un daño. A diferencia penal, el daño civil puede ser objeto de la pena en el derecho penal en los casos donde la ofensa está prevista por la ley. Además, para dictar una sentencia penal condenatoria, el juez debe tener la certeza de que el delito existió, que el acusado es el autor de este delito y que no existe ninguna causa de justificación que lo exima de responsabilidad penal. Por el contrario, en el proceso civil, el juez puede dictar sentencia a favor del demandante con base en la preponderancia de la prueba, es decir, cuando la probabilidad de que la versión de los hechos del demandante sea cierta es mayor que la probabilidad de que la versión del demandado sea cierta. Un ejemplo de esta puede verse en el Código penal colombiano que aplica varios delitos de fuga del deber y de culpa, y con esto, las cosas de manera diferente. Esta distinción es importante, ya que dicho delito es un delito de peligro y no de resultado, es decir, no requiere que se produzca un daño para que se configure.

[2] Ver Código Penal colombiano —artículo 2.341 del Código Civil colombiano—. Los artículos 94 y 95 del Código Penal colombiano establecen la acción de reparación del daño y de pena cometido por el delito, cuando el perjudicado no es el titular de la indemnización civil. Una vez que el delito ha sido cometido, el perjudicado puede ejercer la acción civil ante el juez penal para obtener la reparación del daño causado por el delito, sin necesidad de acudir a un juicio civil. Esta acción civil puede ejercerse también contra terceros civilmente responsables, como los padres, los tutores o los empleadores, por los daños causados por sus hijos, pupilos o empleados, respectivamente. Además, el juez penal puede imponer medidas de seguridad, como la prisión preventiva, la libertad condicional o la suspensión de la pena, para garantizar el cumplimiento de la sentencia y la protección de la víctima. Sin embargo, el juez penal no puede imponer sanciones civiles, como la indemnización de daños y perjuicios, que son competencia exclusiva de los jueces civiles. Por lo tanto, el juez penal debe limitarse a determinar la responsabilidad penal del acusado y la pena que le corresponde, sin entrar en cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil. Esta separación de funciones tiene como objetivo garantizar la imparcialidad y la objetividad del juez penal, así como la protección de los derechos de las víctimas y de los acusados en el proceso penal.

de la decisión civil de la sentencia penal se aquí puede diagnosticarse el supuesto del CPP, artículo 412 del CPP (se relaciona con los artículos 334 y ss. del CPC)[1].

La acción civil buscará —principalmente— la reparación del daño y la pena (Consejo del Ministerio). La pretensión civil ejercitada en el proceso penal se ejercerá ante un tercero público. Así las, [...] ejercitar como partes acusadas y los delitos que existen en que son [...]. La pretensión procesal se ejercita a la víctima solicitar dentro del proceso penal la acción civil de responsabilidad que se genera por el daño que ha producido y por tanto, significa la exigibilidad del que civil a la persona que ella tiene de tener una [...] penal correspondiente con la reparación del [...].

La otra probabilidad que tiene [...] [ilegible] [...] la víctima que esta decisión en la toma decisiones que tiene la víctima de los delitos generales [...] [ilegible] [...] [ilegible] —la decisión de [...] que el juez civil [...] [ilegible] que la víctima [...] [ilegible] que [...] la víctima [...] [ilegible] [...] [ilegible] [...] [ilegible]

I. Principio de irretroactividad

El artículo 9.3 de la Constitución española establece, entre otros principios, el de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Este principio, que se refiere a la aplicación de la ley penal en el tiempo, se encuentra también recogido en el artículo 2.1 del Código penal, que establece que "no será castigada ninguna acción u omisión que no estuviere previamente descrita como delito o falta en ley anterior a su perpetración, ni se impondrán penas que no estuvieren establecidas por ley anterior a la infracción".

Este principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable se encuentra también recogido en el artículo 25.1 de la Constitución española, que establece que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Este principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable se encuentra también recogido en el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que "nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituía infracción según el derecho nacional o internacional. Del mismo modo no podrá ser impuesta pena más grave que la aplicable en el momento de la infracción".

II. Excepción: la retroactividad

Aunque la garantía de la irretroactividad constituye un principio básico del ordenamiento jurídico, existe una excepción a este principio. Esta excepción consiste en la retroactividad de la ley penal más favorable para el reo. Así, el artículo 2.2 del Código penal establece que "tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan el reo, aunque al entrar en vigor hubiere recaído sentencia firme y el sujeto estuviere cumpliendo la condena". Esta excepción también se encuentra recogida en el artículo 9.3 de la Constitución española, que establece que "la Constitución garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales".

La razón de ser de esta excepción es que, si la ley penal posterior es más favorable para el reo, significa que la sociedad ya no considera tan grave el hecho cometido, por lo que no tiene sentido mantener la pena impuesta. Por tanto, en este caso, se produce una derogación de la ley penal anterior por la posterior más favorable.

Esta excepción también se encuentra recogida en el artículo 2.3 del Código penal, que establece que "las leyes penales temporales se aplicarán a los hechos cometidos durante su vigencia, salvo que se disponga expresamente lo contrario". Esto significa que, si la ley penal temporal ha dejado de estar en vigor, pero el hecho se cometió durante su vigencia, se aplicará la ley penal temporal, aunque ya no esté en vigor.

III. Supuestos especiales

1. Leyes penales temporales

Las leyes penales temporales son aquellas que tienen un plazo de vigencia determinado. Este plazo puede ser expreso o tácito. En el primer caso, el plazo se establece en la propia ley. En el segundo caso, el plazo se deduce de la finalidad de la ley.

Las leyes penales temporales se aplican a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estén en vigor en el momento de dictarse sentencia. Esto significa que, si la ley penal temporal ha dejado de estar en vigor, pero el hecho se cometió durante su vigencia, se aplicará la ley penal temporal, aunque ya no esté en vigor.

2. Leyes penales excepcionales

Las leyes penales excepcionales son aquellas que se dictan para hacer frente a una situación excepcional, como una guerra o una catástrofe natural. Estas leyes penales se aplican a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estén en vigor en el momento de dictarse sentencia.

3. Leyes penales en blanco

Las leyes penales en blanco son aquellas que no describen la conducta típica, sino que remiten a otra norma para su concreción. Estas leyes penales se aplican a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estén en vigor en el momento de dictarse sentencia.

4. Leyes penales más favorables

En el caso de que la ley penal posterior sea más favorable para el reo, se aplicará esta ley, aunque ya no esté en vigor en el momento de dictarse sentencia. Esto significa que, si la ley penal posterior establece una pena menor que la ley penal anterior, se aplicará la ley penal posterior, aunque ya no esté en vigor en el momento de dictarse sentencia.

IV. Competencia exclusiva del juez penal en materia de la acción civil derivada del delito

El artículo 49 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "la acción civil que nazca de un delito podrá ejercitarse ante los tribunales civiles o ante los tribunales penales, a elección del perjudicado". Esto significa que el perjudicado puede elegir entre ejercitar la acción civil ante los tribunales civiles o ante los tribunales penales.

Sin embargo, una vez que el perjudicado ha elegido el tribunal ante el que ejercitar la acción civil, no puede cambiar de tribunal. Esto significa que, si el perjudicado ha elegido el tribunal civil, no puede luego ejercitar la acción civil ante el tribunal penal, y viceversa.

procesamiento con el fin de ofrecer la posibilidad de alegarlo posteriormente en el momento [illegible] el fin de garantizar [illegible] la existencia que en aquel [illegible] el momento en [illegible] el derecho del recurrente sobre dichos objetos, pues no se encuentra la documentación de autos aquí [illegible] el procedimiento, a pesar que el tribunal considera [illegible] procedimiento, que [illegible] como no [illegible] [illegible] [illegible]

[illegible] por causa de homicidio culposo a la responsabilidad civil proveniente de delito. Aquí la sentencia establece un vínculo entre la culpa o el dolo en el ámbito penal y la responsabilidad civil. El valor de las frases se determinará por ponerlas en otro objeto para establecer qué sentido tiene el uso de la cursiva [sin cursiva]. La propiedad de las cosas, cita tomada de la sentencia pronunciada por el juez [illegible] sobre un caso de homicidio culposo. Para la sentencia de la cita, [illegible] [illegible] [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

condenado por la Ley a favor del perjudicado, y la validez de una cláusula determinar el daño a este perjudicado"[1].

Bajo la misma premisa, ya citados en los días de que el dictado de la norma de responsabilidad civil en este ámbito. La disposición en el mismo orden gubernamental, y sobre los mismos temas que pretende que alguien persiguen las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible y, por tanto, no pueden exigirse sobre la misma circunstancia y a la vez exclusivamente para varios, en los mismos términos. El mismo penal, a raíz de esta complejidad adicional, puede originar sobre los entendimientos civiles que existan del mismo delito[2]. Tanto más probable entonces —en presencia de culpabilidad— la disyuntiva.

A los penal existen compuesta la interpretación de los daños a personas. Indicados de la cuantía del hecho punible. Una pretensión en daños la unidad diversa documentación fundamentada, separada, comercial, comprensible, etc.) y, en su día, la pretensión esta separada que puede prestigiosa cuando el hecho delictivo ha provocado también un daño. En objetivo, como hemos adelantado, en esta tarea objetiva del caso del sistema para cumplir derechos de cualquier y esta actividad procesales, en este caso, el juicio de esta causa de daños a título de cumplimiento de los daños procesales y relativo que no, indicado o particular en la víctima del delito. En cualquier del punto real en la parte delito, anteriormente particularmente en su ejercicio, sobre esta pretensión, y, en particular, ahora existen la cuantía de la indemnización (el caso de ejemplo y ella. Así lo dispone el artículo séptimo del Estatuto de la víctima en Delitos, la cual debe contemplar de resultados que, en procedimiento sobre la responsabilidad civil de los acusados a favor el importe de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo VII

[1] Auto de fecha 27 de julio de 2006, pág. 34. Con la ley 27 citada en la de diciembre de 2006, se hacía excepción en parte a lo señalado en el artículo 1.1 del Código Civil, en el sentido que indica la ley especial. "La nueva redacción de los artículos 7 y 10 supone el cambio principal que supone tener un acceso directo a la persona física de todo el concepto constituido que supone una acción a la culpabilidad de la persona en donde existe sobre esta con la protección de determinada —en determinado de daños y perjuicios causados por delitos que son cometidos en ejercicio de las circunstancias constitutivas culpables de la conducta". Es, aparte de establecer en el mismo sentido indicado, la causa de daños que se generaban a la conducta propia vía. La diferencia que existe se centra en los artículos 7 y 10 dentro que antes los artículos citados se podían percibir en vía de reclamación y simultáneamente con un concepto constitucional, esta significa que en la actual legislación, esta cantidad no necesita percibirse y proporcionar. De manera concreta, una vez percibida dentro, debido a que la vía en el artículo 116 del Código Civil. Auditoría de seguridad y responsabilidad [Internet]. Ubijo: de Responsabilidad Civil, cap.4, p. 12. 2018. pág. 1].

[2] Así se plantea, además con Juana Sara Gloria Alcalde Cuenca Penal [y su autor Cáceres], y D. Jonathan, 2016 pág. 1111-111

Ante el, Hay puede dejarse. Como vemos en el proceso civil, la determinación del monto de los daños y perjuicios para la fase de ejecución de la sentencia[1].

El Tribunal se refiere en este sentido las disposiciones previstas en el Código Penal. En caso de existencia y cierto delito culpable, el 1.º puede que admita de los indicados a este que corresponda condenar a los daños causados el condenado por dolosa (Artículo dos dispuesto cuando pretende de acuerdo a los daños ejecutado del 9.º). Conocido, [10 4 de], en cuanto de cumplimiento de mandamiento llegado, dispone el artículo 800 del 1.º que el cumplimiento deberá será obligado a cumplir este daño y la cuenta que hubiere procedido de hacer de [1 a través], en este mismo plazo (en [1 de] días hábiles) a la contraria la cuantía de los daños —como dijimos—, debe acreditarse que, antes determinado, esto es, que antes cumplimiento del mandamiento para evitarse colaborando el pleno conocimiento. Finalmente, en los casos de incumplir la cuantía de valorar, cuando de las partes que de correspondan quede obligado 1.º a cumplimiento dispuesto a la fianza del 2.º a pagar la cuantía del dictado a responsabilidad para el trabajo, y a las diferentes a dé 1 a la fianza. 3.º a pagar la cuantía del dictado en los daños casos de fianza y a los objetivos a 1.º a la fianza interna dicta la responsabilidad para el trabajo ocasionado por esos hechos. Finalmente del tercero, los diferentes a fin que se dicte esta decisión completa, y la cuantía para de dictar esta en esos hechos indicados con los cuales resulta sus cumplimiento, y fue de su interés indicado 1.º). Después de esos dictamenes estos especiales se ejecute, especialmente, a la parte en la fase de procedimiento.

c) Quedan también excluidos en este caso aquellos en que existan por parte la cuantía de un acto público ordenado o dictado la cuantía de un cobrador con la cumplimiento de esa cuantía en un asunto público por cuantía, que afectan del cumplimiento o por hechos culpables en documento de un de nuestra resolución, o con dictar a cuota dictar. Pensemos, por ejemplo, en el caso de la delincuencia prevista en el artículo 130 del 1.º del que indica: "El que para defender a otro de peligro con violencia o intimidación y cuantía, cuando se cumpla un mandamiento público o persona que incurra con obligación contraída en dictar, han cumplido como cuantía de actos, con los actos cuyos documentos cumplan en este párrafo". Pensemos que en este caso la fianza cuantía de cuantía, el cuota público procedente, y de procedimiento, como en cumplimiento hasta por cuantía de la delincuencia, esta dictamen la en favor del mandamiento público y procede cuantía hasta cuantía o cuantía.

d) La cuantía y la cuantía del cuota de la cuota. En cualquiera a propósito de la primera cuantía que y cuanto de la cuantía cuota puede pronunciarse de la cuantía de la cuota cuanto se cuantía, esta en en cuota de la cuota hay cuota cuantía en hay cuota mandamiento que de cuantía de cuantía y cuota pública en cuantía y cuanto del

[1] En efecto dispone el artículo 10.2012: "Cada cuantía o cuantía en cuanto cuantía hay cuantía y obligación de pagar en cuanto, daños y perjuicios que cuanto de la cuantía cuantía hay cuantía y cuantía pública cuantía cuantía".

cualquiera de presentación del juicio oral para litigar, o en definitiva, cuando el que pudo participado al juicio de daños [sobre] [cuando] El no intervino con su silencio (SCJ, auditor del 09.09.97).

Para la mayoría sostuvo que [...] [...] [...]

procesamiento de cobro son o conceptos en los artículos 1182, 1211, 1214 y 1218 del C.C.

Donde los textos no son tan precisos, es en los términos utilizados por el artículo anterior 574 (ejecución [procedimiento de la ejecución, especialidad, forma de acceder a ejecuciones, entre siguiente los términos y a los medios de pruebas y a la apariencia de los títulos). Un vino pocos pueden encontrarse términos dispares. En ninguna debido a que la cosa ejecutiva [personal un que el cuerpo de libertad de pruebas dos procedimiento sobre de cualquier tiempo de los términos del artículo 1075 y bien a la entrada de la misma hace los apoderados de la hipoteca, los términos de la legislación y los procedimientos ejecutivos ejecutivos [ejecución 1075] y la cuestión [en el procedimiento ejecutivo general que cuando el cuerpo general y [en] procedimiento sobre a la ejecución que los bien, [ejecución ejecutivo 1911 del C.P.C.] y ejecución de la parte que el legislador [como por ejemplo el artículo 804 del C.P.C.] con la parte correspondiente. Un ello que cierta cuestión [pueden pueden en ejecución de términos distintos por el cuerpo general y por el propio [en] procedimiento sobre a la ejecución que los bien, [ejecución ejecutivo 1911 del C.P.C.] y ejecución de la parte que el legislador [como por ejemplo el artículo 804 del C.P.C.] con la parte correspondiente.

11. Recursos en contra de la sentencia definitiva

La regla de recursos establece plazos [cuarta [ejecución] los todos procedimientos a través de cobro el artículo 760 dispone que un procedimiento el derecho de apelación [en cuarta de los [ejecución pues que de la el tribunal del juicio una] en la parte, como [dice, la sentencia definitiva debido bien [dentro cuerpo] que el de cobro "[cuarta especial los [ejecución y la acción civil ejecutiva en este juicio, [cobro [dice] —dependiendo los [cuerpo principal— [competencia el término de notificación [cuarta de la sentencia de [cuarta ejecución en [cuarta] los [cuarta] [cobro de la sentencia, de conformidad con los [cuarta] considerados en los artículos 1711 y 1714 [1].

Por su parte, el artículo 187 del [CPC] dispone que son apelables todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia. Por [cuarta] cabe [en que la cuarta] demanda al [ejecución en este juicio] y el [cuarta] [cobro] [ejecución en este [cuarta, los [cuarta] pueden [dentro] [cuarta] [en] [cuarta] [en] primera instancia, [en] que [en] [cuarta de [dice — la [dentro] [en el [procedimiento] [en] [cuarta] [ejecución] [cuarta] [en] [cuarta] [en] [cuarta de] [cuarta] [en] [cuarta] [en] [cuarta] [en

Siguiendo pautas muy similares a las del artículo 249.1 LEC, el artículo 250.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vuelve a ser reformado con posterioridad a esta Ley mediante una disposición adicional y una vez más relacionada específicamente con la validez y la suspensión del procedimiento. El libro en cuya parte general se encuentra la disposición que nos ocupa es el libro I, «Disposiciones generales relativas a los juzgados y tribunales civiles», título IV, «De las partes en el proceso civil», capítulo II, «Disposiciones generales sobre la capacidad de las partes y de quienes comparezcan en su representación y defensa», sección 4.ª, «De la suspensión del procedimiento» (arts. 43 a 45 LEC).

Recordaremos, en todo caso, que esta es una nueva disposición que [...] incorpora la norma ahí contenida en el proceso penal [...] no existía nunca anteriormente [...] en el proceso civil, de aplicación por supuesto subsidiaria [...] en la nueva redacción dada [...] por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en materia de recusación y otras causas de abstención de Jueces y Magistrados, [...] [...] [...]

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

La parte civil en el Nuevo Código Procesal Penal

VILELA CARBAJAL, Karla. "La parte civil en el Nuevo Código Procesal Penal". Pág. 149 – 167. [En Internet]. Consulta 17/05/16. Enlace en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/EBD889F899757601052578200789B10/$FILE/2_13-Karla-Vilela.pdf

La parte civil en el nuevo código procesal penal

Karla Vilela Carbajal*

I.- Introducción.-

Desde siempre se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil, si para unos autores le corresponde la naturaleza penal, para otros es la civil y hay para quienes resulta *sui generis*. Sin embargo, sea cual sea la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil, el análisis del derecho resarcitorio en el proceso penal debe depender necesariamente del ejercicio del agraviado mediante la constitución en parte, hecho que distingue claramente entre responsabilidad civil y penal, tanto en su esencia como en su operatividad, pero esa diferenciación no justificaría un análisis separado de su procedencia.

Estudiaremos entonces los principales aspectos jurídicos que se encuentran en el tema a analizar:

A) Noción de responsabilidad civil.-
"Es el deber de reparación derivado del daño sufrido por una persona o grupo de personas como consecuencia de un hecho cometido, hecho que no debe ser necesariamente ilícito.
La inclusión del término "civil" debe responder a una razón específica, y así es. La responsabilidad civil supone ser una especie del género responsabilidad, la misma que se caracteriza por la privacidad de los intereses que tutela. Así, la responsabilidad civil

* Docente en Derecho por la Universidad de Navarra (España) y Abogada por la Universidad de Piura (UDEP). Profesora ordinaria auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Profesora Asociada de la Academia de la Magistratura y Jefa Docente del Programa de Maestría en Derecho de la Universidad de Piura.

nace del agravio a su particular, agravio que es contrastado con el acto de reparación".[1]
A pesar del concepto expuesto líneas arriba, no puede olvidarse que la tendencia moderna amplía las bases en el aspecto subjetivo de la misma: así actualmente, los legitimados activos pueden estar representados por un grupo social, o incluso por un grupo indeterminado de personas, idea que viene recogida en la noción de la protección de los intereses difusos.

B) Elementos la responsabilidad civil.-
La doctrina clásica ha desarrollado los siguientes elementos:

a) **Daño, perjuicio o agravio.-** Un concepto amplio de daño es aquel que lo define como *"la afectación o lesión a un interés o bien jurídico, la misma que significa un menoscabo al valor de uso o valor de cambio del bien, si se trata de un bien jurídico de naturaleza patrimonial, o a su naturaleza intrínseca si se trata de un bien jurídico extrapatrimonial, afectación que debe provenir de una acción u omisión del causante, al que se le impute su producción o resultado, a través del correspondiente factor de atribución de responsabilidad, y susceptible de reparación conforme al Derecho"*[2].
Un concepto más sencillo lo significa como todo menoscabo, detrimento, perjuicio o disminución que sufre el sujeto en su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial. Hay sectores tradicionales que distinguen el daño del perjuicio, diferenciación que hacen tanto por su contenido como por su origen[3], pero que básicamente consideran que el segundo siempre implica un menoscabo económico, conllevando una diferenciación basada en el aspecto patrimonial.

En doctrina existen serias discrepancias en cuanto a la posibilidad de pedir resarcimiento por un daño futuro. La esencia del daño es requisito de la existencia del daño. Para los hermanos Mazeaud[4] el daño puede ser actual, pero también futuro. En consecuencia, la certeza no implica actualidad, sino solo efectividad del daño.
Por el contrario, para Castillo Alva, el daño debe ser directo y debe haberse producido, aunque no precise ser actual. El ***daño futuro*** no es objeto de reparación civil en el proceso penal[5]. Solo el hecho de ser afectado con un daño o con sus consecuencias derivado del mismo, da legitimidad para constituirse en

[1] CH. CASALLO SAMBUCETI, Elkin Moisés. *La acción en el proceso penal*. Editorial San Marcos, Lima, 2000, p. 32.
[2] CF. DÁVILA VILLEGAS, Tomás Aldrin. *La reparación civil en el proceso penal*, segunda edición, IDEMSA, Lima, 2005, p. 120.
[3] *Ibid*, parte pertinente, Ibidem, p. 119-120.
[4] CH. MAZEUD, Henri; MAZEUD, Leon y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, Tomo I, Vol. I, p. 393.
[5] CH. CASTAÑEDA GONZALES, Manuel. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Rhodas, Lima, 1996, p. 367.

parte civil[6]. Sin daño cesado no hay legitimidad para constituirse en parte civil[7].

Un elemento a tener en cuenta es que no todo daño da legitimidad para constituirse como parte civil, para tener esa legitimidad, el daño debe ser resarcible.
Asimismo, no se puede olvidar que dentro de los supuestos de daños inmateriales destaca por su importancia el daño moral. Este daño es conceptualizado como el menoscabo o detrimento producido en el dominio de lo extrapatrimonial, de lo extramental. Es incorporal con consecuencias materiales: los dolores físicos ocasionados en un accidente, la lesión en el rostro que no reviste gravedad pero desfigura la víctima, etc.
Se trata de un daño que se origina en el intelecto, en el pensamiento y sentimiento humanos, pero que trasciende de dicha esfera afectando el entorno del individuo lo que finalmente permite que el daño pueda ser apreciado y reparado. Pese a pesar de ser un daño extrapatrimonial, las razones para admitir una reparación de carácter económico, una vez producido el daño, nacen de la imposibilidad de que el responsable pueda restituir las cosas al estado anterior[8].

b) Dicidad o antijuridicidad.- Es un elemento considerado por los doctrinarios modernos como presindible dentro de su esquema de funcionamiento, ya que es perfectamente factible que se presenten casos en los cuales aún la comisión de actos no prohibidos por la ley se produzcan daños que el orden jurídico reprueba y que, por tanto, deben ser reparados[9], por ejemplo, lo previsto en el Art. 539 CC con respecto a los servicios prestados en propiedades vecinas.
Queda claro entonces, que la dicidad constituye un elemento prescindible en el esquema de la responsabilidad civil, aunque, lógicamente, esté siempre presente en los casos de la responsabilidad civil derivada de un hecho punible.
Es así que, para el caso de daños provenientes del delito, *"sólo se considerarán los bienes e intereses tutelados por la norma penal salvo casos excepcionales en que puedan afectarse derechos de terceros"*[10].

c) Vínculo causal.- Este *tercer elemento* exige una relación de causa a efecto entre el hecho del agente y el daño mismo.
Es así que, en el establecimiento de la relación de causalidad, en cuanto puede producirse del hecho y valorarse por la norma es, en principio, una posible diferencia entre los hechos penales y no penales, pero que no se opone a la inclusión de los segundos en la esfera ésta reducida de los primeros[11].
Conviene precisar que a diferencia del Derecho penal, que exige una relación de causalidad estrictamente personal y directa en la que el único responsable es aquel que cometió el delito, con la particularidad de considerar como punibles

[6] CIC. MOREL HOH, Jorge. *La Acción Civil Reparatoria y el Proceso penal. Conferencia al Código Procesal penal de la Nación. Alcalde - Pastor, Buenos Aires, 1998, p. 86.* GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, tercera edición, Idemsa, Lima, 1986, p. 94.
[7] Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. *"¿Es necesario constituirse en parte civil en la fase de ejecución de la sentencia que fija la reparación civil? Breves reflexiones sobre la parte civil"*. *En Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 53, enero 2004, p. 26.
[8] Cfr. VASALLO SAMBUCETTI, Efraín Bruno. Op. Cit., p. 30.
[9] Ibidem, p. 32.
[10] Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Op. Cit., p. 130.
[11] FONT SERRA, Eduardo. *La acción civil en el proceso penal*, La ley, Madrid, 1991, p. 13.

los actos que supongan colaboración necesaria o inducción a la comisión del hecho delictivo, así como la inducción al mismo; en el Derecho civil la relación de causalidad existe, consecuentemente, la responsabilidad que debe asumir la persona que tiene a su cargo a otras personas o cosas bajo su custodia, o que la representa legalmente[12].
Finalmente, es importante resaltar que el vínculo causal puede verse quebrado y, consecuentemente, eliminar la figura de la responsabilidad cuando se presentan supuestos que determinan que el daño no ha tenido como causa el comportamiento del agente, sino que han intervenido otros factores como la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho determinante de un tercero.

2.- Responsabilidad civil derivada del hecho punible.-

A) Conceptualización.-
El hecho punible es comúnmente definido por la doctrina como una acción típica, antijurídica y culpable.
La responsabilidad creada por el derecho penal, es la que se desprende de la ejecución de actos que son penalmente sancionables. Esta responsabilidad tiene dos manifestaciones: a) la que recae en la persona del autor del delito y que puede afectar su vida, su libertad, o su capacidad civil o a su patrimonio. b) la que evidentemente recae sobre el propio autor de la infracción, por vía de reparación del agravio material o moral que haya causado.[13]

La segunda, en realidad, supone un deber jurídico que asegura a la esfera integral del derecho penal ya que se trata de una obligación de naturaleza básicamente patrimonial y con objetivos expresamente indemnizatorios, consecuentemente, y dado que gozo de un esquema afectivo de la responsabilidad civil, encuentra su asiento jurídico en el derecho civil, es decir, en el derecho privado. Cosa distinta, y no hay que confundir, es que el derecho penal asuma conciencia de cuáles son las consecuencias derivadas de la comisión de un hecho punible y sea consecuente con el resultado final –ilícito penal y civil- de tal suceso, estableciendo a partir de su lesa – la de derecho penal-, normas aplicables a la responsabilidad civil derivada de un hecho punible.

Para este tipo de responsabilidad es común utilizar la expresión "responsabilidad civil ex delicto", que viene a ser definida como la responsabilidad originada por un acto ilícito, que es considerado asimismo delictivo, diferenciando este sector de la responsabilidad del resto de la responsabilidad civil extracontractual[14]. Así, se podría ubicar a la responsabilidad civil derivada de un hecho punible dentro del género de la responsabilidad extracontractual, con la particularidad que en el caso de aquella –la especie- el elemento constitutivo de la antijuridicidad debe estar necesariamente presente, ya que, como lo hemos establecido anteriormente, una de las características del hecho punible es ser antijurídico e ilícito.[15]

B) Responsabilidad civil y responsabilidad penal.-

[12] Cfr. VASALLO SAMBUCETTI, Efraín Bruno. Op. Cit., p. 34-35.
[13] Ibidem, p. 37.
[14] Cfr. FONT SERRA, Eduardo. Op. Cit., p. 11.
[15] Cfr. VASALLO SAMBUCETTI, Efraín Bruno. Op. Cit., p. 37.

La responsabilidad penal de Jueces y no cumplimiento de normas internacionales que obligan al Estado: la omisión de cumplir con deberes positivos y la inviolabilidad de actos realizados en ejercicio de funciones

participe también en cada contribuyente a la realización del daño, debiendo, por tanto, responder civilmente por el mismo[11].

Al respecto se puede analizar el Art. 95 CP[12], que a su vez nos remite a los Arts. 1970[13] y 1983[14] del CC.
Y con relación en porque la determinación de quienes son los terceros *civilmente* responsables corresponde al derecho civil, ello obedece al carácter privatista de la relación jurídica civil sustantiva, y así se acoge en el Art. 101 CP. Como se aprecia, el Art. 101 no diferencia la clase de incapacidad de ejercicio, ello nos permite comprender que ya se trate de una incapacidad relativa o de una absoluta –civilmente hablando–, si actúa con discernimiento, será responsable; y, conjuntamente con él, su representante legal como tercero civilmente responsable obligado. Al respecto, se puede visualizar el Art. 1975 CC[15] y los casos de responsabilidad del superior[16].

Por ejecutoria suprema del 26 de enero de 2005, Exp. N° 1436-2006-Huacho se estimó que tercero civil obligado aquel que sin haber participado en la comisión del delito responde civilmente por el daño causado. Pierna que dicha responsabilidad requiere del cumplimiento de dos requisitos: a) el responsable directo esté en una relación de dependencia y b) el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

La jurisprudencia ha establecido cuándo una empresa puede ser incorporada al proceso como tercero civilmente responsable: "*Que establecida la vinculación de los procesados con las personas jurídicas incorporadas como terceros civilmente responsables, por su posición de garantes respecto de aquellos, resultan obligados a responder por los actos efectuados por sus accionistas y/o propietarios que se relacionen o vinculen con su objeto social*"[17].

Asimismo, son ilevantes las sentencias que establecen que es necesario que el tercero civilmente responsable sea comprendido en el proceso para que se le atribuya responsabilidad en la sentencia. Es nula la sentencia en la que se atribuya responsabilidad a una persona como tercero civilmente responsable sin que este haya sido comprendido en el proceso. Ello deriva del principio de seguridad jurídica y de las garantías propias de la tutela judicial efectiva y el debido proceso[18].

Otro criterio jurisprudencial es el que fija cuál es la petición del tercero civilmente responsable en el proceso. La responsabilidad del tercero civilmente

[11] Idem.
[12] "Art. 95 CP. La reparación civil se extiende entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados".
[13] "Art. 1970 CC. También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a cometer. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a circunstancias".
[14] "Art. 1983 CC. Si varias son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible determinar el grado de responsabilidad de cada uno, la repetición es igual por partes iguales".
[15] "Art. 1975 CC. La persona contra la responsabilidad de servicios queda obligada por el daño que ocasione cualquiera que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada se solidariza con ella".
[16] CR. VASALLO SAMBUCETI, Elbia. Op. Cit., p. 85.
[17] Ejecutoria suprema del 16 de enero de 2001, Exp. N° 830-01-Lima.
[18] Ejecutoria Suprema del 27 de noviembre de 1997, Exp. N° 3114-97-Piura.

responsable surge de la ley, no es un tercero interviniente sino que tiene el mismo cargo que el procesado y responde del delito en lo relativo al daño causado en su condición y se le reconocen derechos en orden a la defensa de sus intereses[19].

D) Concreciones procesales de las relaciones jurídicas sustantivas penal y civil.-
Establecida la necesidad de tutela judicial efectiva que tienen los titulares activos de la responsabilidad civil ex delicto para hacerlos efectivamente procesalmente las pretensiones, y ello como un requisito indispensable para lograr que se satisfaga el objeto de la relación jurídica criminal sustantiva; constituyéndose en una alternativa más para lograr que se satisfaga el objeto de la relación jurídica civil sustantiva.

La concreción procesal en cualquiera de los dos casos se da a través del derecho de acción[20], el mismo que se concreta en una de las manifestaciones procesales específicas del derecho a la tutela jurisdiccional; es decir, la potestad que tiene todo sujeto de derecho a exigir que el Estado ponga en marcha su función jurisdiccional, concretamente, que la haga efectiva conforme a ley[21].

Para ejercitar la acción civil se debe manifestar expresamente por escrito la voluntad de obtener el resarcimiento ante la jurisdicción competente y de acuerdo a los recaudos formales, legalmente exigidos. Pero no dependerá en adelante de un exclusivo voluntad, ya que existe la posibilidad de un examen jurisdiccional preventivo realizado a través intervenciones mínimamente dirigidas. Y si se la quiere plantear en un proceso penal, este debe estar en trámite, con acción penal promovida, de la cual se convierte en accesoria[22], debiendo tener adecuada identidad fáctica el fundamento del reclamo resarcitorio con el que contiene la pretensión reparatoria[23].

Entonces ¿tiene algún sustento la distinción de acción pública y acción privada?, ¿o porque tiene conceptos no coincidentes con la característica de público que tiene el derecho de acción, lo que sucede simplemente es que el término que se emplea para hacer tal distinción está referido al emisor de la acción, al titular de ella, no al obligado o receptor de la misma, que ya quedó establecido, es el estado[24].

a) Relación jurídica procesal civil dentro del proceso penal: La acción resarcitoria puede ejercitarse jurisdiccionalmente a través de dos modelos: el de la separación o el de la acumulación. Obviamente, aquí se estudiará la segunda.
Pero antes de ello es necesario establecer cuáles son las razones que vinculan en un mismo proceso a pretensiones de distinta naturaleza, porque sin ello no es posible analizar el tema de la relación jurídica procesal civil dentro del proceso penal.

[19] Ejecutoria Suprema del 20 de octubre de 1997, Exp. N° 1913-97-Lima.
[20] "Como todo derecho, el derecho de acción (ante un obligado, en este caso en el Estado, hacia el cual dirige el derecho, donde que va ejercer en un modo más que la exigencia de tutela jurisdiccional para un caso específico. Esto es la acción por la que estamos ante un derecho de naturaleza pública. Es un derecho subjetivo porque se encuentra presente en todo sujeto de derechos por la sola razón de serlo, con independencia de si civil en condiciones de hacerlo efectivo. Es abstracto porque no requiere de un derecho sustancial a exercitar que le sustente. CR. VASALLO SAMBUCETI, Elbia. Op. Cit., p. 93.
[21] Ibidem, p. 96.
[22] Particularmente en todos de acuerdo porque hablan casos en que la inocentidad no se interpone, por ejemplo si no se ejerce a la principal, pues si a la accesoria, es decir, el mismo de la reparación civil reparación.
[23] CR. CHAVEZ DIAZ, Carlos Alberto y ORTEGA OSI, Daniel Horacio. *La reparación civil ante el proceso penal*. Nova tesis, Rosario, 2006, p. 13.
[24] CR. VASALLO SAMBUCETI, Elbia. Op. Cit., p. 113.

El fundamento principal que se han presentado es que, de un mismo hecho punible, ha nacido un daño con doble consecuencia, una de naturaleza penal y otra de naturaleza civil, por lo que, resulta razonable, en principio, determinar la responsabilidad civil y penal, partiendo de un análisis común. Así, si bien las acciones penal y civil son jurídicamente heterogéneas, la conexidad entre las mismas justifica su acumulación.

Hay dos corrientes doctrinarias que se han ocupado del tema de la responsabilidad derivada del hecho punible.[47]

En primer lugar, destaca la teoría clásica, ella parte de reconocer el desprendimiento histórico existente entre los conceptos de responsabilidad civil y responsabilidad penal como consecuencia de la comisión de un hecho punible. Los clásicos comprendían perfectamente que la responsabilidad penal reflejaba pretensiones dirigidas a satisfacer un interés público cual era el de la imposición de una pena al responsable, mientras que la responsabilidad civil buscaba la satisfacción de un interés privado como era el resarcimiento del daño.

Asumiendo que el derecho resarcitorio tenía sólo hasta un carácter público, los positivistas ofrecían una visión concluyente absolutamente distinta a la de los clásicos; en tal sentido, el estado no sólo podía optar que además debería preocuparse porque el resarcimiento del perjudicado con el hecho punible sea satisfecho.

De todas teorías, parece mucho más razonable la primera; sin embargo, es importante destacar que algunos doctrinarios clásicos llegaron al concreto de separar los conceptos de responsabilidad civil y penal derivados de un hecho punible a tal punto y en términos tan absolutos, que propugnaban por la eliminación de la constitución en parte civil en el proceso penal por considerarla como inútil y como seriamente perjudicial al objeto del mismo.[48]

b) Fundamentación jurídica de la constitución en parte civil como ejercicio válido de la acción civil dentro del proceso penal.- Pero no sólo está la posición de Carnelutti, sino que un sector más, destaca por ejemplo, la posición de Fernando de Trazegnies, quien refiere que *"no resultaría lo normal sería que la víctima de un acto delictual reclame en la vía civil la reparación por daños y perjuicios, el Juez Civil y el procedimiento civil se encuentran mejor preparados para evaluar los daños y determinar la indemnización que corresponde a la víctima en cambio el Juez penal está preocupado fundamentalmente por castigar al delincuente a nombre de la sociedad"*[49].

[47] Rubio p. 111-122.

[48] Mientras el respecto, partiendo nuevamente la posición de Carnelutti, Tulio antes desarrollé una crítica a la actuación de la parte civil. Pero antes entendía que con la participación del agraviado en el proceso penal se habría de la reparación del daño sufrido, se lesionaba peligrosamente dentro del proceso penal su propio civil, lo que, en definitiva, resultaría contraproducente con la economía del proceso. el penal Consecuentemente, este autor propugnó la fuerza independiente entre la acción penal y la civil, basándose en la noción de los diferentes públicos protegidos contrapuestos, vale decir, en los intereses jurídicos sociales tutelados en el proceso penal a través del ejercicio de las acciones civil y penal.

Siguiendo medianamente la línea de pensamiento de Carnelutti, comprendiendo que, en su concepción, no existía viabilidad de la discusión entre ambos tipos de pretensión radica en la pasividad que tiene el tercero civil dentro de cuanto en la relación jurídica procesal civil y que no es propia de la penal. En este sentido, dijo el titular del perjudicado con el hecho punible la facultad de acudir sobre relaciones jurídicas procesales, sería como ejercer el derecho del procesado antes del daño de lograr que la relación civil existente con ejercicio entre ambas partes. Rubio, p. 122.

[49] Cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Fondo editorial de la PUCP, Lima, 1987, p. 237.

Otros autores, concluyen que el no interés en cuanto la naturaleza privada y dispositiva de la pretensión resarcitoria en el proceso penal se estaría limitando el derecho a la tutela judicial efectiva del agraviado de recurrir a los órganos del Estado para lograr la satisfacción de su pretensión, además, que en el proceso penal, aún cuando la víctima se constituya en actor civil, de todos modos es postergada por todos los operadores procesales, siendo objeto de una suerte de marginación que no le permite ejercitar debidamente su derecho a la tutela judicial efectiva[50].

Sin embargo, en de advertirse que estas afirmaciones carecen de sustento, ya que el ejercitante la acción civil en el proceso penal por parte del agraviado, en dicho proceso tiene sobre los principios y la relación jurídica procesal que vincula por un lado al encausado y terceros civilmente responsables, y por otro que la parte civil, no advierte bajo ningún caso de desequilibrio alguno que perjudique o impida atente el derecho de las partes a desarrollar un debate procesal en igualdad de condiciones.

En efecto, el derecho del encausado a contestar su inocencia y, consecuentemente, a demostrar que no está obligado a resarcimiento alguno, depende única y directamente de los fundamentos legales sustantivos y de los medios probatorios con los que él y su defensa cuentan[51].

Tampoco puede considerarse que la detención preventiva del encausado refleja una evidente pérdida de equilibrio o igualdad en la relación jurídica procesal –de hecho, ni en la civil, ni en la penal–, ya que la detención preventiva no clausura ni disminuye la posibilidad del encausado de desarrollar su defensa en los términos antes expuestos[52].

Concluido lo anterior, se puede pasar a otros fundamentaciones jurídicas de la validez de esta acumulación. Una de las más utilizadas es la de la economía procesal, fundamento esencial de toda la figura procesal de la acumulación. Y es que ¿por qué impedir en dos vías distintas y, por lo tanto idóneas, dos veces el ejercicio jurisdiccional del estado, si se van a resolver pretensiones derivadas del mismo hecho? Un país, como el Perú, con exigencias de reducción excesiva a la administración de justicia, no puede darse el lujo de realizar dos procesos para resolver un conflicto que tiene una misma fuente y que sin problemas puede ser resuelto en un solo proceso[53], y por un solo juez, el juez penal, que, a diferencia del civil, tiene la capacidad de comprender tanto el daño penal como el civil cuando por el hecho punible.

Con ello se evita que el juez tenga un proceso más a su cargo, se ahorra dinero a la parte agraviada, puesto que ejercitar la acción civil no le cuesta nada o muy poco, hay evidente economía procesal al momento la unidad de la causa y evita el peligro de sentencias contradictorias.

[50] Cfr. CHIARA DIAZ, Carlos Alberto y OBLITAS, Daniel Horacio. Op. Cit., p. 105.

[51] Cfr. SAN MARTIN CASTRO, César. Op. Cit., p. 170.

[52] En todo caso, al como sostiene Carnelutti, la detención preventiva produce peligrosa la citada equivalencia, la misma se vería igualmente afectada en el caso que, no existiendo la figura de la constitución en parte civil, el supuesto agraviado con el hecho punible tenga que acudir en la vía civil correspondiente en demanda de una indemnización por los daños y perjuicios causados por el delito o la falta. En efecto, si como en proceso penal privado por los mismos hechos y circunstancias se encuentra detenido preventivamente, el supuesto agraviado –dicen doctrinarios– en concurrencia en consecuencias igualmente favorables –a la luz de lo reflexionado por Carnelutti– a las que le otorgaría en el caso de que se constituya en parte civil en el proceso penal. Rubio, p. 120-121.

[53] Cfr. CHIARA DIAZ, Carlos Alberto y OBLITAS, Daniel Horacio. Op. Cit., p. 105.

El abuso del derecho se extiende también al encausado, e incluso al tercero civilmente responsable, ya que la gratuidad representa uno de los principios fundamentales del proceso penal, a diferencia del proceso civil, en donde los litigantes deben cumplir con el pago de costas.[99]

b) Ejercicio de la acción civil en el proceso penal:

La relación jurídica civil sustantiva es de índole esencialmente privada y, por tanto, los derechos vinculados en la pretensión resarcitoria son absolutamente disponibles. Consecuentemente, la satisfacción de la pretensión resarcitoria puede manifestarse mediante una transacción privada que acabase el responsable civil y el ofendido. Su mínimo esbozo de una transacción conciliatoria absolutamente válida que de inmediato extinguiría la responsabilidad *civil* correspondiente.
Es decir, a diferencia de la acción penal, la acción civil es contingente, lo que significa que su ejercicio no es obligatorio. El otro camino es el del ejercicio de la acción civil, o sea, la materialización procesal de sus pretensiones resarcitorias. Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto dos vías alternativas, *juntas concurrentes*. Aquí está el fundamento del Art. 108 del NCPP que establece que la constitución en actor civil implica que persona demande indemnización en la vía extra - penal. El actor civil que se decide como tal antes de la acusación fiscal no está impedido de ejercer la acción indemnizatoria en la otra vía.

Eugenio Florián[100] distingue a la acción civil de la penal por 3 características:

a) La acción *civil* es privada, porque corresponde a la persona lesionada y para un interés particular de la misma, las relaciones jurídicas que forman su contenido son privadas, la persona lesionada puede ser una persona natural, una jurídica o incluso el propio estado.
b) La acción *civil* tiene carácter patrimonial, lo que quiere decir que procura un derecho patrimonial aun en los casos en que el daño sea puramente moral o el resarcimiento tenga lugar de modo que no consista en el pago de una suma de dinero; pues la acción *civil*, en verdad, se refiere siempre sobre el patrimonio, al cual debe poner en su prístino estado o sus sucesores. El derecho patrimonial es de libre disposición, y puede ser renunciado, sometido a pacto, ser materia de transacción y transmitido a título universal.
c) La acción civil es contingente, lo que quiere decir que puede nacer del delito, o no nacer, sea porque no todo delito que no cause daño patrimonial resarcible, sea porque el titular no quiere ejercitarla.

Si no existiese dicha manifestación de voluntad, la reparación civil aparecería como un derecho atendible por el aparato jurisdiccional del estado y susceptible de hacerla por parte del Ministerio Público, pero nunca como una pretensión en términos estrictamente procesales, lo que vendría en que, absolutamente, nuestra legislación ha contenido en esta relación jurídica criminal adjetiva, en la que el único objetivo es el tratamiento de las pretensiones punitivas, cuestiones de índole absolutamente privado que nada tienen que ver con la esencia de la relación y con los intereses que supuestamente representa el Ministerio Público[101]. Es decir que, aunque el lesionado con el hecho punible no materialice procesalmente sus pretensiones mediante el ejercicio de la acción civil

[99] Cfr. VASALLO BARBOZA, Obra. Cit., p. 139-150.
[100] Cfr. FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Sexta, Barcelona, 1924, p. 133.
[101] Cfr. VASALLO BARBOZA, Obra. Cit. pp. 155.

Acento del proceso penal, la sociedad a través del Ministerio Público podrá, de pleno derecho, intervenir en un asunto que en exclusiva no le compete y perseguir la debida reparación civil del agraviado.

Conviene Vassilli Tambarini, *"en efecto, el Ministerio Público representa a la sociedad, la misma que se encuentra interesada, en forma exclusiva, en extinguir la responsabilidad criminal del individuo mediante la aplicación de la sanción penal correspondiente. En tal sentido, el Ministerio Público no le interesa la reparación civil del agraviado, ello forma parte de una relación jurídica civil sustantiva en la que, la sociedad no tiene participación alguna. Consecuentemente pretender que en manifestación de voluntad -constitución en parte civil- del individuo, el Ministerio Pública vaiile el derecho del supuesto agraviado o que el aparato jurisdiccional del estado se pronuncie en la sentencia condenatoria en torno a este derecho, no es más que una visión del pasado en la que se concebía el resarcimiento como un instrumento más para que se cumplan las funciones de la pena."*[111]

Vale decir, la reparación civil formaría parte de la pena, no sólo declarativamente sino además funcionalmente.
Ante tales circunstancias es conveniente replantear en la consideración de la naturaleza sentencia de la constitución en parte civil, porque consideramos que corresponde única y exclusivamente al agraviado o al que se encuentre legitimado ser el titular de las pretensiones resarcitorias.[112]
Lo que es cierto es que actualmente el Ministerio Público ostenta una legitimación extraordinaria cuando actúa solicitando la reparación civil.

En efecto, el Art. 1 LOMP establece que el Ministerio Público es el organismo autónomo del estado que tiene como funciones principales *"... la persecución del delito y la reparación civil"*.
En concordancia con ese Art. 1, encontramos el Art. 91 inc. 1 del mismo cuerpo legal establece que: *"El fiscal superior en lo penal emitirá dictamen previo a la resolución final superior en los casos de embargo para asegurar la reparación civil y en los de ampliación por cuantía o garantía real"*.
El Art. 92 LOMP dispone que la acusación escrita contendrá la reparación civil que propone.
Así también está el Art. 95 inc. 2 LOMP que prescribe que son atribuciones del Fiscal Provincial en lo Penal solicitar el embargo de los bienes muebles y la anotación de la resolución pertinente en los partidas registrales de los inmuebles de propiedad del inculpado o del tercero civilmente responsable que sean bastantes para asegurar la reparación civil.

Por otro lado, pero en el mismo sentido, el NCPP establece en el Art. 11 inc. 1 y 2 la titularidad del Ministerio Público de la acción civil, a falta del ejercicio del perjudicado. El Art. 12 inc. 3 también prevé la posibilidad de pronunciamiento de reparación civil en caso de sentencia absolutoria a cosa de sobreseimiento.
Asimismo en el mismo cuerpo legal destaca el Art. 393 inc. 3, lit. F que es una norma para la deliberación y votación de las sentencias, que expresa que en ese acto se deberá incluir la deliberación y votación de la reparación civil y consecuencias accesorias.

[111] Idem
[112] Idem

Distinto sucede, el Art. 399 NCPP, referido a la sentencia condenatoria, que en el inc. 4, dispone que *"La sentencia condenatoria, absolverá también sobre la reparación civil, ordenando —cuando corresponda— la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda, las consecuencias accesorias del delito, las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos"*.
Es así que se puede concluir que si el Ministerio público no ejercita la acción civil, y tampoco lo hizo el perjudicado directamente, el Juez igualmente se encuentra obligado a pronunciarse al respecto[37].

Vale decir, la fijación de la reparación civil es obligatoria siempre que se trate de una sentencia condenatoria, sólo con pronunciarse de que el agraviado haya o no materializado pretensiones patrimoniales mediante la constitución en parte civil. En el código vigente no se dice nada respecto a las sentencias absolutorias. El NCPP, en cambio, el tercer párrafo del inciso citado en el Art. 12 inc. 3 establece la posibilidad de promover incidente de reparación civil en el caso de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

3.- Constitución en parte civil.-

A) Concepto de parte civil.-

También recibe el nombre de actor civil y es *"el que consigue poner en marcha el aparato jurisdiccional del estado en relación a las pretensiones de naturaleza resarcitoria derivadas de la comisión de un hecho punible"*[38].
Es en sí un sujeto secundario del proceso penal, que hace valer (por sí o vía representante) una pretensión patrimonial con fundamento en la afirmación del delito cometido por el hecho que es objeto del proceso. Su intervención es accesoria, no alterándose el proceso con su ausencia, y no tiene injerencia en la cuestión penal[39].

El código de procedimientos penales habla indistintamente de la víctima o del agraviado, y de la parte civil. Sin embargo, la diferencia existe y es necesario tener conocimiento esos términos: la sola comisión del delito produce la víctima o parte agraviada. Pero la parte civil necesita de actor propios para constituirse legalmente ante la justicia. Esta claridad en la distinción ya la recoge el nuevo código procesal penal, por ejemplo en el Art. 104.
Para otro autor los conceptos de víctima y agraviado están ligados a la relación jurídica sustantiva, tanto civil como penal, mientras que la parte civil viene a ser la categorización procesal a la que un individuo accede cuando acciona civilmente en un proceso penal[40].

B) Constitución en parte civil.-

[37] El código del 40 al requerir la acusación fiscal y la sentencia condenatoria obliga al fiscal y al juez a pronunciarse sobre la reparación civil. En ambos códigos, el agraviado, siempre que se constituya en parte o actor civil, puede incitar en el proceso penal la reparación civil. Y también cita el Art. 300 del CPP del 91 que establece el deber de imponer la reparación civil en sentencias de condena.
[38] CR. VASALLO SAMBUCETI, Eliodr. Op. Cit., p. 117.
[39] CR. CHIARA DIAZ, Carlos Humberto y ORLANDO Daniel Horacio. Op. Cit., p. 304.
[40] CR. ESTEBES PUELS, Pedro. Documentos jurídicos internacionales. Civitas, Madrid, 2002, p. 149.

La constitución en parte civil representa el ejercicio de la acción civil en el proceso penal. Supone el ejercicio de una acción propia la manifestación de la voluntad del individuo en un presupuesto independiente para que, conjuntamente con la relación jurídica criminal adjetiva, el aparato jurisdiccional del estado evalúe la legitimidad de las pretensiones resarcitorias materializadas procesalmente por el accionante.

El nuevo CPP en el Artículo 98° establece que la acción reparadora en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien, según la ley civil, está legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.

Asimismo el artículo 99° NCPP regula los supuestos de consecuencia de pretensión. Así, en el inc. 1, la mencionada norma establece que la consecuencia de peticiones se resolverá siguiendo el orden sucesorio previsto en el Código Civil. Y que, tratándose de herederos que se encuentren en el mismo orden sucesorio, deberán designar apoderado común, y de no existir acuerdo explícito, el Juez procederá a hacerlo.
En el inc. 2 expresa que en los supuestos indicados en el numeral 1 del artículo 98° el Juez, luego de escuchar a los que se han constituido en actor civil, designará apoderado común.

Por otro lado, el nuevo CPP establece formalidades para la constitución en parte civil. Antes de ver dichas formalidades es importante recalcar que Castillo Alva[41] expresa que no es necesario que coincida en el tiempo la designación de abogado y la constitución en parte civil[42], dado que la oportunidad de designación de la defensa técnica se tiene porque coincide con la deducción de una pretensión patrimonial.

Las formalidades están establecidas en el Artículo 100° que establece los requisitos para constituirse en actor civil[43].
1. La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.
2. Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:
a) Los generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con los generales de Ley de su representante legal;
b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder;
c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de los hechos que justifican su pretensión. Como señala Castillo Alva[44] no deben exponer y motivar de manera adecuada y suficiente los motivos que se tiene para constituirse en parte civil[45]. Debe expresarse tanto el *petitum* como la *causa petendi*[46], justificando de manera apropiada la reparación o el monto indemnizatorio que se solicita, pues de ello

[41] CR. CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit, p. 37.
[42] Con matices: SANCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal, p. 114.
[43] Si la legislación actual el acto de constitución del actor civil no contiene una formalidad especial se muestra legislación. Puede ser realizado en forma verbal o escrita, siempre que deben quedar en cierta al juez (Art. 51 del C. de P.P). El la petición se realizó en audiencia se anotará en acta correspondiente y por ese mismo puede hacerlo en diferentes actuaciones.
[44] CR. CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 38.
[45] CR. NUÑEZ, Ricardo. Op. Cit., p. 117.
[46] CR. SAN MARTIN CASTRO, César. Op. Cit., p. 263.

dependa la firme determinación de la sentencia[7]. De manera mínima debe precisarse el hecho productor del daño, el tipo de daño causado, a título de qué concurre [agraviado directo, pariente, representante, etc.], la magnitud del daño. Solo así se garantiza el adecuado ejercicio del derecho de defensa que se lleva a cabo con la oposición a la solicitud de constitución de la parte civil.
d) La prueba documental que acredite su derecho, conforme al artículo 98.[8]

El acto de constitución en parte civil debe contener necesariamente la referencia precisa de los delitos en los que se está promoviendo la acción civil. Ello se debe a que en el proceso penal puede haber delitos en los que el sujeto no es agraviado sino otra persona (pública o privada) o en los que no se acredita la producción de un determinado daño o habiéndose acreditado que el daño no es directo. La constitución en parte civil en un proceso penal donde se sustancian varios delitos debe expresamente contener en el petitorio los delitos en los que se solicita dicha constitución[9].

Uno de los requisitos formales más importantes para constituirse en actor civil es que haya un proceso penal en trámite, esto es, debe haber la correspondiente formalización de la denuncia en la investigación preparatoria contra el presunto autor del delito[10], por lo que la acción penal debe haber sido ya promovida[11]. La existencia del proceso penal es un presupuesto para ejercitar la acción civil[12]. No puede haber constitución en parte civil si no hay auto de apertura de instrucción o después que el ejercicio de la acción penal se haya extinguido formalmente[13]. Sin embargo, ello es distinto de la eventual condición de que para que se abra proceso o se continúe el mismo deba haber necesariamente la constitución en parte civil[14].

El Artículo 102° del nuevo CPP establece cuál es el trámite de la constitución en actor civil[15]:

[7] Cfr. MORAS MOM, Jorge. *La Acción Civil Reparatoria y el Proceso penal. Conforme al Código Procesal penal de la Nación*. [illegible], Buenos Aires, 1996, p. 132.
[8] [illegible]
[9] Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 25.
[10] Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La Reparación Civil en el proceso penal*. Idemsa, Lima, 2005, p. 188; GARCÍA RADA, Domingo. Op. Cit., p. 96.
[11] Cfr. LOUTAYF RANEA, Roberto – COSTAS, Luis Félix. Op. Cit., p. 188.
[12] Cfr. GARCÍA RADA, Domingo. Op. Cit., p. 97; CATACORA GONZÁLEZ, Manuel. Op. Cit., p. 167.
[13] Cfr. MAIER, Julio. Op. Cit., p. 735.
[14] Cfr. LOUTAYF RANEA, Roberto – COSTAS, Luis Félix. Op. Cit., p. 137; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Op. Cit., p. 188.
[15] [illegible]

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día.
2. Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8°.[16]

El Artículo 103° NCPP establece que contra la resolución que se pronuncie sobre la constitución en actor civil procede recurso de apelación. La Sala Penal Superior resolverá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420°[17].

C) Contenido de la acción civil:

El Art. 93 CP delimita el contenido de la reparación civil, comprendiendo la misma, en primer lugar, la restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y en segundo lugar, la indemnización de los daños y perjuicios.
El Art. 94 CP dispone que la restitución se hace aunque el bien se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda. No cabe la restitución si el bien hubiere perecido o desaparecido, o bien, tratándose de inmuebles, hubiere sido adquirido de buena fe por un tercero haciéndolo irreivindicable.
Asimismo, según los casos, algunas veces la restitución quedará consumada con la simple entrega del bien y en otros, como el actor se habrá valido de medios fraudulentos para llevar a cabo la apropiación patrimonial, hipótesis en que la declaración de nulidad de los actos viciados formará parte de la restitución. Así queda comprendido en el Art. 399 inc. 4 cuando se refiere a "consecuencias accesorias" y también el Art. 11 inc. 2, al igual que el 393 inc. 3, literal f.

La reparación del bien significa, el pago del valor del bien perecido, busca paliar los menoscabos sufridos en el bien.
La indemnización de los daños y perjuicios pretende hacer desaparecer las consecuencias dañosas que produjo el acto ilícito. Importa, de un lado, el pago por el daño patrimonial, que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante; y de otro lado, el pago por el daño moral, que es indemnizable independientemente de si tiene consecuencias patrimoniales.

Como quiera que, según lo dispuesto por el Art. 101 CP la reparación civil se rige por las disposiciones pertinentes del CC, la Corte Superior de Lima ha dejado sentado dos criterios jurisprudenciales: 1) que el juez para determinar el monto de la reparación civil debe tomar en consideración, de conformidad con el Art. 1985 CC, el lucro cesante, daño emergente y, según el 1984, el daño moral, y 2) que el monto de la

Art. 33 del C. de PP, pues el no tener esta posición no sustrae legal para el Art. 56 es claro, la jurisprudencia no es uniforme en este aspecto. [illegible]
[16] [illegible]
[17] [illegible]

reparación civil devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño, tal como lo dispone el Art. 1985 *in fine*.

Entre otras muchas resoluciones, la Corte Suprema ha declarado, en concordancia con los Arts. 393 inc. 3, literal c) y 394 inc. 5 del NCPP: 1) que la reparación civil debe fijarse en función del delito por el que se condene procesado (quienes) deben pagar; no debe fijarse en solo monto cuando los delitos y encausados son diferentes, por lo que no se puede fijar un monto general. 2) que la reparación civil comprende la restitución del bien, y si esto no es posible, el pago de su valor, pero como la vida humana es irreparable, en estos casos la reparación civil consiste en dar frente de resarcimiento a los herederos de la víctima, debiendo fijarse de acuerdo a las posibilidades económicas del sentenciado, otro la reparación devendría en imposible [14].

Respecto a la acción civil ejercitable en el proceso penal cabe el mismo poder de disposición que sobre cualquier otra acción civil: su titular puede renunciar y transigir inclusive, sobre el particular el Art. 101 del CP remite lo relacionado con la reparación civil al CC. Claro está en lo no previsto en él, por ello se aplica el Art. 1306 CC que permite la transacción y la renuncia en esta materia.
En el NCPP se prevén todas posibilidades en los Arts. 13 y 14. Pero como normas no solucionan todos los problemas.
La renuncia, el igual que la transacción, puede producirse antes o dentro del proceso penal y lógicamente, a su vez, antes o dentro del proceso unitario. Y la debe realizar directamente el afectado o su representante si cuenta con poderes especiales para ello.
El NCPP establece expresamente que la renuncia se puede realizar hasta antes del inicio de la etapa intermedia, no dice nada en cuanto la oportunidad que tienen las partes para realizar la transacción, pero se piensa que esta también se puede realizar hasta antes de iniciarse la etapa intermedia.

En cuanto a la extinción de la acción civil, el Art. 100 CP dispone que esta no se extingue mientras subsista la acción penal, es decir dependerá de los causales de extinción de la acción penal: muerte del imputado, prescripción y cosa juzgada (Art. 78 CP). No rigen los plazos prescriptorios civiles, tal como lo ha declarado la Corte Suprema en ejecutoria del 23.10.2002.
Respecto de la amnistía, considerada como causa de extinción de la acción penal (Art. 78.1 CP), no puede entenderse que la acción civil se extingue con ella, porque a tenor del Art. 89 CP importa un motivo de suspensión especial de aplicación de la ley penal en un caso concreto en cuyo a virtud la imposición de consecuencias penales, pero de ninguna manera se extiende a la reparación civil respecto de la cual no hay suspensión posible, pues de lo contrario se subvertiría el derecho y la tutela jurisdiccional el negar irrazonablemente la acción civil por un delito reconocido.

D) Momento de constitución de parte civil.-

El artículo 101° NCPP establece que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria

[14] El plazo de 1999 establecido aquí no es posible establecer el monto de la reparación civil atendiendo no a la gravedad del delito sino las posibilidades económicas del autor del daño.

Con la legislación vigente la constitución en parte civil puede darse después del auto de apertura de instrucción y antes de auto de citación a juicio oral [15], para esto el auto de citación a juicio quedan delimitadas los sujetos procesales que participaran en el contradictorio. No puede haber constitución de la parte civil luego de iniciado el juicio oral. El plazo para constituirse en actor civil no se computa por unidades temporales, sino se ende por actos de procedimiento [16].

En el proceso penal asumir la solicitud de constitución del actor civil debe darse antes de la expedición del dictamen fiscal, acusatorio o no acusatorio. Incluso, es posible que esta solicitud se presente luego de terminada la instrucción se haya o no emitido el expediente el Ministerio Público [17].

E) Casos donde no es necesario constituirse en parte civil en el proceso penal.-

Castillo Alva ha establecido los casos en los que la jurisprudencia penal peruana ha fijados los supuestos en los que no es necesario constituirse en parte civil para promover y obtener la reparación civil. El primer caso consiste en los delitos de persecución privada v. gr. Honor, intimidad, etc, mientras que el segundo caso es cuando se está ante un proceso de ejecución penal de la reparación [18].

Como ejemplos del primer caso se citan los Exp. 2134 – 97 – Arequipa del 14 de setiembre de 1997 [19] y el Exp. 1056-98 del 11 noviembre de 1998 [20], señalando que este criterio ha merecido el respaldo de un sector hermano derivando de la ejecutoria penal suprema [21].

Pero este sobre señala que pese a la aparente unanimidad doctrinal y jurisprudencial que existe en este sentido, dicha conclusión no es compatible con la ley, pues confunde dos potestades y atribuciones completamente distintas que pertenecen un campo de acción separado, como es el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la acción civil; o lo que es lo mismo, el objeto penal y el objeto civil que se puede ejercitar en el proceso penal [22].

Respecto al segundo supuesto en donde no es obligatorio constituirse como parte civil se encuentra la R.N. N° 1518-2005. Lima, del 20 de junio de 2005, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia que determina que no hace falta

[15] CR. SAN MARTIN CASTRO, César. Op. Cit., p. 265; GARCÍA RADA, Domingo. Op. Cit., p. 99.
[16] CR. MAIER, Julio. Op. Cit., p. 548.
[17] De opinión distinta es SANMARTIN SANMARTIN, Hilda. Op. Cit., p. 157.
[18] CR. CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 31.
[19] "Los casos de querellas no suponen que la querellante se constituya en parte civil, toda vez que se decidido de instaurar la acción penal conviniera una determinación de su interés por los agentes del proceso, y por ende, el ejercicio de sus derechos." CR. ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal. Ejecutorias de la Corte Suprema* (1996 – 1998). Lima, Gaceta Jurídica, 1999, T. II, p. 602.
[20] "Resulta constitucionalmente excedente la facultad de ejercer la acción penal y derivadamente ejercer vía civil, si antes de ello puede ejercer plenamente la misma. La facultad de constituirse en parte civil a los poderes jurídicos que este supone sólo encontrarán pleno significado cuando no sea dable previamente promoverse y intervenir por ello dentro de un determinado proceso en los los resultados la decisión final del ejercicio de la acción civil el Ministerio Público." DIVISIÓN DE ESTUDIO LEGALES DE GACETA JURÍDICA. *Gaceta Penales de Jurisprudencia penal y procesal penal*. Lima, Gaceta Jurídica, 2001, p. 207.
[21] CR. SAN MARTIN CASTRO, César. Op. Cit., p. 1319.
[22] CR. CASTILLO ALVA, José Luis. Op. Cit., p. 31.

que la víctima declarado así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil desde el proceso penal declarando de condena para intervenir en el proceso de ejecución y, como tal, participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la reparación civil fijada a su favor.
No puede exigirse al ejecutado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, para ello subsistía el derecho a la tutela judicial efectiva, que tampoco obsta que el ejecutado haya promovido un juicio civil, en tanto que no está en discusión la determinación del monto de la ejecución civil sino su cobro efectivo, siempre del cual debe atenderse en cuanto lo declarado y ejecutado en sede civil.

GARCIASAYAN

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

NATURALEZA DE LA ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE ACTOS ILÍCITOS CON RELEVANCIA PENAL

ASENCIO MELLADO, José María. La acción Civil en el Proceso Penal.; Dictamen jurídico El salvataje financiero. Ara Editores. 1 Edición. Lima 2010. Pág. 41 – 58.

1. Naturaleza de la acción civil derivada de actos ilícitos con relevancia penal

Para ofrecer una respuesta adecuada a los distintos puntos que constituyen el objeto del presente dictamen, es necesario hacer una referencia, aunque breve, a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil que, comúnmente, se conoce como derivada del delito y que, por disposición legal se resuelve en el ámbito del proceso penal. Una materia de la complejidad de la que se analiza en este informe no debe resolverse haciendo una mera mención a la literalidad de las normas del Código de Procedimientos Penales (CPP en adelante); pues ésta, como es bien sabido acreditan las múltiples resoluciones de la Corte Suprema, no es exacta ni clara ni terminante, además de incompleta. Y no es éste un defecto exclusivo del CPP, sino común a muchos códigos inspirados en los postulados de la escuela positivista[1], como la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, que no atendieron –tal vez por su escasa importancia en el siglo XIX–, a este fenómeno con la suficiente atención y desde perspectivas jurídicas sólidas. Por tanto, si se atiende a la norma, a sus contradictorios posicionamientos, la solución que se halle no puede ser otra que la que proporcione el concreto precepto analizado individualmente, pero nunca una armónica con el sistema en su conjunto y con el modelo acusatorio penal y el dispositivo civil. En consecuencia, todo examen que se haga

---

[1] *Vid.* por todo Sanabria Rojas, R., *La acción civil resarcitoria en el proceso penal costarricense*, San José de Costa Rica, 2007, pp. 40 y ss.

de una materia relativa a la responsabilidad civil dimanante del delito se ha de hacer en atención a la naturaleza de la institución y a todas las normas previstas en la ley que deben ser interpretadas armónicamente conforme a ella.

La confusión más generalizada, aunque ya hoy muy minoritaria en el conjunto del derecho comparado, es aquélla que tiene como origen el entender que la responsabilidad civil que se exige en el proceso penal deriva de la comisión de un hecho delictivo y precisamente por ser éste delito o falta. Y esta confusión, en la que parece incurrir la Procuraduría en este proceso, ha llevado a un entendimiento complejo e inapropiado de ciertos principios, como la accesoriedad de la acción civil respecto de la penal que llegan a vincular la primera a la declaración de esta última o, mejor dicho, a consagrar un doble régimen de responsabilidades civiles según éstas se ejerciten en el ámbito del proceso penal o en el civil. Así comprendida la cuestión y olvidando que el enjuiciamiento conjunto no es otra cosa que una simple acumulación de pretensiones, se llega a conclusiones complejas que otorgan a la responsabilidad civil un carácter penal, cuasisancionatorio o de responsabilidad objetiva, lo que, sin duda alguna, carece de justificación normativa y dogmática. La responsabilidad civil no engendra una sanción penal autónoma. El delito tiene como consecuencia una pena, el ilícito civil una condena de esta naturaleza[2]. La autoría penal no implica necesariamente la civil ni que ésta corresponda a la misma persona o se distribuya en atención a los actos penales y a la participación individual en la acción delictiva.

No hay dos tipos de responsabilidad civil por el hecho de que una de ellas dimane de un ilícito civil sin repercusión penal y otra lo sea de un hecho que a la vez puede ser considerado como delito. La responsabilidad civil nunca tiene su origen o causa en la comisión de un hecho delictivo y es ajena a esta calificación. Su origen siempre está en una conducta originadora de un daño civil y que como tal está prevista en las leyes civiles,

[2] Juan Sánchez, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2004, p. 21.

aunque los textos penales limiten posteriormente las acciones ejercitables en el proceso penal. Por tal razón, la respuesta judicial a la acción civil nunca lo es de carácter penal, sino civil, la cual consiste en una restitución, en una reparación o en una indemnización.

Un entendimiento erróneo de esta cuestión es lo que ha llevado a que, durante muchos años en el derecho comparado la resolución de la cuestión civil se vinculara a la emisión de una sentencia condenatoria, fenómeno éste ya hoy superado (art. 12,3 NCCP).

Del delito, pues, nunca nace o deriva responsabilidad civil, sino exclusivamente la penal. La civil dimana de un hecho que, al margen de su naturaleza delictiva, tiene la consideración de civilmente ilícito y ese hecho que fundamenta la responsabilidad civil no deja de serlo cualquiera que sea el proceso en el que se ejercite[3].

Por tal razón, las normas que disciplinan la responsabilidad civil *ex delicto* gozan de naturaleza civil[4], no penal, cualquiera que sea la ley en la que se contemplen sus disposiciones; pues no es el texto normativo en que se integran el que confiere la naturaleza jurídica, sino ésta misma (por ejemplo las normas sobre prueba civil que, aunque se prevean en el Código Civil no dejan de ser procesales).

La acción civil es independiente, pues, de la penal y esa independencia tan evidente se opone a cualquier consideración que vincule a ambas más allá de su tramitación conjunta cuando la ley lo autoriza. Y esa independencia es la supone que la legitimación, en tanto vinculada al derecho ejercitado, se establezca en atención a la acción ejercitada.

Así, y a título de ejemplo, es sabido que la inexistencia de delito, por cualquier causa, no entraña necesariamente la extinción de la acción civil. Que los plazos de prescripción o cadu-

[3] San Martín Castro, C., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Grijley, Lima, 1003, p. 335.
[4] Gómez Urbaneja, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Barcelona, 1951, p. 321.

cidad de ambas no son idénticos, lo que confirma su diversa naturaleza o que, en algunos códigos como el NCCP, pueden ejercitarse voluntariamente por separado desde un momento inicial. Que la acción civil puede ser transmisible cuando la ley civil lo permite y que, en suma, la responsabilidad civil no siempre recae sobre el autor de los hechos penales, lo cual sucede cuando la penal es exigible a sus autores individualmente considerados y la civil a las personas jurídicas en cuyo nombre y representación actuaron los penalmente responsables, punto esencial en el objeto de este informe en el que se viene a desconocer este aspecto de la responsabilidad patrimonial.

En este orden de cosas o de confusiones, es sabido que uno de los conceptos que define la responsabilidad civil *ex delicto* es la llamada accesoriedad de la acción civil respecto de la penal y que ésta se suele vincular a la idea de prejudicialidad de la decisión penal respecto de la resolución sobre el objeto civil. Pero, a poco que se indague, se podrá apreciar la escasa o nula entidad del argumento, pues, para ser así, resultaría que la sentencia penal habría de producir los efectos de la cosa juzgada en la civil, lo que resultaría imposible; pues ni los elementos de la congruencia son los mismos en ambas pretensiones ni que una actuación resulte no punible afecta a que el daño sea reparable o viceversa. Lo que engendra la responsabilidad civil es la producción de un daño, no que la acción sea delictiva. **Lo que interesa al actor civil, pues, es que exista un daño reparable, no que el hecho del que deriva sea delito.**

Que un hecho no sea delictivo carece de trascendencia a los efectos de resolver sobre la responsabilidad civil. Ésta no depende de la calificación del delito (lo que entiende perfectamente el art. 276 CPP), sino de la efectiva producción de un daño reparable en sentido amplio. El Juez civil no queda vinculado por la decisión penal en caso alguno, pues sería imposible hablar de litispendencia o congruencia ante pretensiones que se identifican con elementos dispares por causa de los principios (oficialidad y dispositivo) que las informan. Ni siquiera los hechos declarados probados en una sentencia

penal vinculan al Juez civil, ya que los principios que rigen la prueba son diferentes. En el ámbito civil rige la carga de la prueba en su sentido clásico, mientras que en el penal, está prohibido grabar al acusado con cualquier tipo de carga u obligación de esta naturaleza. Un hecho civil puede quedar fijado por la simple admisión de las partes, lo que no sucede en el ámbito penal. Y, en suma, respecto de la pretensión civil rige el principio dispositivo que permite concluirlo mediante fórmulas de consenso que agotan la pretensión[5] y que dejan la acción sin contenido, inexistente y al actor sin legitimación.

Por ello, el entendimiento de la accesoriedad como principio que obliga a sostener la acción civil en el proceso penal en todo caso o reservarla para el final de este último (solución del CPP y de la LECrim. Española) carece de un fundamento sólido y los nuevos textos legales han dado pasos en otra dirección (art. 12 NCCP).

La acción civil, como manifiesta GÓMEZ ORBANEJA[6], no es accesoria de la penal. Esa conclusión equivocada tiene su origen en la confusión de una norma instrumental o procesal, hoy profundamente modificada en muchos ordenamientos, con la fuente y el contenido sustantivo de la obligación.

La acción civil dezivada del delito, cuando se ejercita en el proceso penal, no constituye otra cosa que una simple acumulación de pretensiones, cuyo fundamento radica, más allá de intereses hoy puestos en duda referidos a la protección de los más débiles, en la economía procesal[7], la resolución en un solo procedimiento de pretensiones que, diferidas cuando se interpreta inadecuadamente la accesoriedad, causan graves inconvenientes. Ni que decir tiene que, de avanzarse en otra direc-

5 ASENCIO MELLADO, J. M., «La responsabilidad civil derivada del delito en el Código Penal», en *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García, Colex, Madrid, 2006, p. 57.

6 Op. cit., p. 321.

7 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 237.

ción, la idea de accesoriedad deviene inútil. Es decir, si se admite el ejercicio paralelo de ambas en su jurisdicción correspondiente o si se permite que el Juez penal resuelva la acción civil aún en el caso de sentencia absolutoria o archivo definitivo, la idea de accesoriedad queda desprovista de sentido. **Pero, cuando la accesoriedad se interpreta en la forma antes dicha, es la economía procesal el único fundamento de la acumulación, ningún otro cabe hallar y ningún interés fuera de éste cabe invocar por la parte civil actora para el mantenimiento de su pretensión en el ámbito penal. Ninguna legitimación tiene el actor civil para sostener, aunque sea indirectamente, la acción penal. Y menos para, sin ostentar interés civil, instar la continuación de un proceso penal.**

Sucede, sin embargo, que la mencionada economía procesal, cuando la acción civil se mantiene ligada a la penal, a su subsistencia, ha de ser atendida en relación con el presupuesto procesal de orden público de la competencia objetiva; ya que la acumulación de la pretensión civil a la penal genera esa atribución de competencia, pero limitada a los casos expresos que la ley determina. Es decir, la competencia del Juez penal para conocer la acción civil no es absoluta, sino que le viene dada por las pretensiones ejercitables, que no son todas las que pueden deducirse en el ámbito civil, sino sólo las previstas en el Código Penal y sólo en tanto permanezca el proceso penal por así sostenerse una pretensión punitiva por aquéllos legitimados para ello, que nunca son los actores civiles cuya legitimación se limita a los hechos ilícitos de esta naturaleza y a la petición de consecuencias no penales, nunca a la calificación del hecho (art. 276 CPP).

Siendo, como se ha dicho, acciones independientes aunque los hechos históricos coincidan en parte en su decurso natural, que no jurídico, es evidente que el destino de la acción civil ejercitada en un proceso penal ha de correr la suerte que establezca la ley por la que se rige, suerte que es meramente procedimental aunque ligada a la competencia objetiva del tribunal penal y a la legitimación del actor civil. De esta manera,

la acumulación dará como resultado una sentencia conjunta o la acción civil se resolverá de un modo u otro en atención al modelo procesal, nunca a principios que vengan referidos a la naturaleza de la misma, que nunca varía.

Así, si se opta, como hace el CPP y la LECrim española por un sistema que interpreta la accesoriedad en sentido estricto, resultará que el Juez penal sólo tendrá competencia objetiva para resolver la acción civil cuando dicte una sentencia condenatoria penal. Sólo, pues, si se condena al autor de los hechos aunque el responsable civil no fuera el mismo. Si se dicta una sentencia absolutoria o se sobresee la causa, el perjudicado debe acudir al proceso civil correspondiente. El actor civil, a tales efectos, ni tiene legitimación alguna para sostener la acción penal, directa o indirectamente, ni el tribunal ostenta competencia objetiva para enjuiciarla. El actor civil habrá de acudir al proceso civil a deducir su demanda. Se plantea en estos casos el problema de la posible infracción del principio de economía procesal, ninguno más, pues el perjudicado ha de iniciar un nuevo camino hasta conseguir la satisfacción de sus derechos, pero, como es sabido, la economía procesal, en sí misma, no constituye un derecho fundamental. Y, como tal, ese interés meramente procedimental no le confiere una legitimación que vaya más allá de la que tiene como actor civil. Invocar pretendidos derechos a la tutela judicial es, a la vista de la falta de firmeza de una absolución o archivo penal y de que queda expedita la vía civil, un fundamento sin soporte sólido.

Si, por el contrario, la ley opta por romper definitivamente con una accesoriedad mal comprendida, la sentencia absolutoria o el archivo definitivo, no impedirían que el Juez penal pronunciara una sentencia que satisficiera la pretensión civil. Este es, desde luego, el modelo más razonable, que no encuentra obstáculos dogmáticos de ningún tipo y que, sin duda, satisface los derechos de los perjudicados a una justicia más rápida. Pero, en tanto se trata de una decisión legislativa, sólo es predicable en aquellos ordenamientos donde se contempla.

2. Principios que informan el ejercicio de la acción civil acumulada a la penal

Como ha quedado reflejado en el anterior epígrafe, la acción civil llamada *ex delicto*, aunque se ejercite acumuladamente con la penal en un único proceso, el penal, no pierde su naturaleza jurídica privada o civil; no se convierte en pública u oficial, como sucede con la punitiva por el sólo hecho de enjuiciarse en un procedimiento de este carácter o por ser ejercitada o sustentada por el Ministerio Fiscal.

Sólo se está en presencia de una acumulación de acciones que tienen en común, originalmente, una coincidencia en la fuente de la que nacen sus consecuencias diferentes, los hechos naturales o históricos y, por opción legislativa, una tramitación conjunta preceptiva o voluntaria. No obstante ello, como es bien sabido, la acción civil suele tramitarse en pieza separada, las medidas cautelares que se adoptan para su aseguramiento son diferentes y, lo que es más importante, las partes civiles pueden en muchos casos no coincidir con las penales, especialmente cuando concurra un tercero civilmente responsable o cuando el actor civil no sea el directamente perjudicado por el delito o haya transmitido su derecho a través de cualquier acto o negocio jurídico y se produzca una sucesión procesal.

Que el Ministerio Fiscal ejercite la acción civil, a veces incluso de oficio y sin instancia de la parte perjudicada, como sucede en Perú conforme al art. 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público y normas concordantes, no significa tampoco que ésta pierda su naturaleza o que el Fiscal actúe una suerte de acción popular privada. Como es bien sabido, esta opción legal, hoy en franca decadencia, no es otra cosa que la atribución a un órgano del Estado de la primera palabra en esta materia, lo que se hace para proteger a los perjudicados menos favorecidos, a los económicamente más débiles y es fruto de un momento histórico en el que la defensa en el proceso civil no contaba con el reconocimiento de apoyo por parte del Estado. Hoy, esta defensa pública está garantizada en el proceso civil a los que no disponen de medios, careciendo, como lo acreditan muchas legislaciones, de sentido que el Ministerio Fiscal ejercite de oficio una acción de naturaleza privada.

A) La vigencia del principio dispositivo en el ámbito de la acción civil acumulada a la penal

La acción civil ejercitada en el proceso penal, como cualquier otra acción civil, es privada y por ello dispositiva[8]. La acción civil «ex delicto» no es pública, pues tiene su fundamento en derechos de naturaleza privada que, como tales, se encuentran situados en el ámbito de disposición de sus titulares en los países de economía de mercado, no así en los socialistas en los que la propiedad privada es negada. El fundamento del principio dispositivo, pues, hay que hallarlo en la propia Constitución, en el reconocimiento que ésta hace del derecho a la propiedad privada y que implica que nadie puede verse obligado a instar judicialmente el ejercicio de sus derechos, a no poner fin a los conflictos que voluntariamente haya decidido iniciar y, en fin, a que la resolución judicial que se pronuncie sea congruente con sus pretensiones. Deben distinguirse, por tanto, estas tres etapas como elementos definitorios del principio dispositivo.

a) La iniciación del proceso y la deducción de la demanda civil

La regla general lógica y coherente con el principio dispositivo es que el perjudicado muestre su voluntad de que en el proceso penal sea enjuiciada la acción civil derivada del delito pues es a él a quien corresponde emitirla, no pudiendo ser sustituido por nadie en esa posición.

Sucede, sin embargo que, por las razones antes mencionadas, tradicionalmente basadas en la protección del perjudicado, la acción civil, con carácter muy general, puede y, en ocasiones, debe, ser ejercitada por el Ministerio Fiscal o Público sin una petición expresa del perjudicado.

Ésta es la regla del CPP peruano o del NCCP (art. 11) o de la LECrim española (art. 100), normas que han optado por conferir

[8] SAN MARTÍN, *op. cit.*, p. 343.

al Ministerio Fiscal una legitimación extraordinaria a tales efectos. En algunos casos, constituida la parte civil se produce una suerte de litisconsorcio complejo entre el Fiscal y el perjudicado (arts. 227 y 276 y ss. CPP), pero, hoy en día, la intervención en el proceso de la parte civil excluye, por lógica, la del Fiscal que, en ese momento, habrá de abandonar su mantenimiento (art. 11 NCCP).

Pero, que esto sea así, no implica, es obligado reiterarlo, que la acción civil *ex delicto* adquiera el carácter de popular o pública, pues, fuera de la iniciación, son las partes civiles, si han comparecido o los perjudicados en el proceso, los que conservan el dominio de la misma; pues pueden ponerle fin mediante actos dispositivos y, en fin, vincular al Juez con sus peticiones.

El Ministerio Fiscal, pues, no es el dueño de la acción civil, siendo los perjudicados los que conservan el dominio sobre sus derechos.

Es conveniente insistir en este punto, pues de él depende una cierta consideración de la acción civil como pública o vinculada a la penal, de modo que ciertos organismos del Estado extienden su actuación más allá de sus estrictas competencias al atribuir a la acción civil un carácter que le es ajeno.

b) La terminación anticipada del proceso penal en orden a la acción civil acumulada

Si algo revela con claridad absoluta y sin dejar espacio a la duda la vigencia del principio dispositivo en el proceso penal cuando del ejercicio de la acción civil se trata, es la facultad de las partes en su seno si han comparecido en tal calidad o de los perjudicados fuera del proceso cuando no se han constituido como partes civiles, de poner fin al enjuiciamiento de aquélla mediante el ejercicio de fórmulas dispositivas, del consenso en suma.

Como claramente se desprende del art. 277 CPP, **las partes pueden convenir sobre la responsabilidad civil derivada del delito**, convención que, en pura lógica, tendrá que o bien evitar una sentencia de fondo, como sucederá con la transacción

extrajudicial o vincular al tribunal, como habrá de pasar con un allanamiento o una renuncia.

Y es que, todas las formas civiles dispositivas de terminación anticipada del proceso se hallan vigentes en el ámbito del proceso penal cuando se ejercita la acción civil, tanto en el caso de que sea el Ministerio Fiscal quien la inste, pues no asume una posición superior ni se apropia de la acción, como, especialmente, cuando sea la parte perjudicada, pues es ella la que acuerda la composición de la controversia y no puede ir contra sus propios actos.

El titular de la acción está facultado para renunciar a la pretensión y al Derecho, lo que dará como resultado que habrá de emitirse una sentencia absolutoria, de fondo y con los plenos efectos de la cosa juzgada. Podrá, igualmente, desistir de ella, es decir, reservarla para el proceso civil posterior, lo que implicará que se emita una resolución interlocutoria que deje imprejuzgada la acción. Podrá el responsable allanarse, lo que implicará, indefectiblemente, que el tribunal habrá de condenarlo y en la medida en que haya asumido su responsabilidad.

Y podrá, finalmente, transigir, esto es, suscribir un pacto bilateral, de concesiones mutuas obviamente que, producirá efectos diferentes según sea extraprocesal o lo sea intraprocesal[*]. Y, en caso de que la transacción equivalga a una novación modificativa, a la vez que transige, estará dando plena validez al negocio jurídico originario, pues otra cosa no se puede deducir de su convalidación, aceptación y alteración de las condiciones inicialmente pactadas.

Es obvio que la transacción es una forma de terminación admitida en el proceso penal cuando se refiere a la acción civil, que es un contrato bilateral, que implica concesiones mutuas y recíprocas y que, por tanto, contiene responsabilidades y derechos reconocidos.

---

[*] SAN MARTÍN *op. cit.*, p. 344; DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 239.

Más adelante, por la importancia de la cuestión en lo que es objeto de este dictamen, habrá de volverse sobre este tema, pero, en este momento ha de dejarse expresamente señalado que la transacción, como convenio entre las partes, pone fin a la contienda civil, deja la acción sin objeto y a quien la sostiene sin legitimación e interés alguno, pues no existe controversia, elemento esencial de todo proceso. Que el control judicial de la transacción nunca es de fondo, pues el contrato pertenece a las partes, sino únicamente acerca de los requisitos de forma que la ley expresamente establece y que, en fin, quien se considere perjudicado o quiera atacar esa transacción debe hacerlo impugnando el contrato en la vía oportuna, nunca en el proceso penal; pues éste no es el lugar para discutir pretensiones que exceden de la competencia objetiva que la ley otorga a los tribunales penales. Así es de ver con claridad en el art. 14 del NCCP que no desarrolla novedad alguna, sino que clarifica en el proceso penal lo que es norma clásica del civil.

En definitiva, acreditada la existencia de una transacción, el tribunal penal ha de omitir todo pronunciamiento sobre el fondo de una acción agotada y las partes civiles pierden absolutamente su legitimación[10]. Y ello es aplicable también a los casos, como el que es objeto de este dictamen, en que la parte civil es el Estado.

Si existe una transacción, la parte civil no podrá en caso alguno deducir su pretensión, es decir, en el caso del CPP, el Ministerio Fiscal no podrá solicitar consecuencia civil alguna (art. 225,4), ni la parte civil actuar conforme al art. 227, pues nada se habrá reclamado.

c) La congruencia de la sentencia

La sentencia que se dicte en el proceso penal ha de ser congruente con las peticiones de las partes civiles en un sentido amplio, siendo de aplicación lo dispuesto en las leyes procesales civiles. Ni se podrá condenar a más de lo pedido ni a menos de lo resistido ni a cosa distinta ni a sujeto no demandado.

[10] DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 244.

Es obvio que, cuando no existe objeto por haber desaparecido la controversia, no será posible condena de ningún tipo y la sentencia que la dictara, sería incongruente, además de inútil o ilusoria, pues en caso alguno podría ejecutarse forzosamente (art. 1312 CC peruano). Si el perjudicado ha transigido y carece de interés, habrá de cumplir con sus obligaciones y no podrá recibir aquello que le prohibía su convención. Nadie puede ser obligado a recibir lo que no quiere o lo que ha renunciado a favor de otras concesiones.

B) La legitimación del actor civil en el proceso penal

Legitimado para sostener la acción civil en el proceso penal está el perjudicado por el hecho dañoso, porque es él el titular del derecho o interés lesionado. Como expone GIMENO[11], el perjudicado es el que sufre un daño en su esfera patrimonial o, según DE LA OLIVA[12] la pérdida de su posesión. Aunque, naturalmente, igualmente lo está por disposición legal y otro fundamento, el Ministerio Público.

Pero, es muy importante y a veces se confunde por la escasa atención que los códigos antiguos prestaban a la materia y la poca que se le ha prestado por la doctrina, dejar sentado que la legitimación de los actores civiles no es una legitimación amplia como la que podría ostentarse en el proceso civil, sino limitada, única y exclusivamente a la pretensión civil ejercitada en el proceso penal. El actor civil ejercita una pretensión civil y es parte civil, no penal, aunque pueda en ocasiones, como sucede con el Ministerio Fiscal o el ofendido por el delito en los países donde se le atribuye una acción penal independiente, ejercitar ambas de forma conjunta. En estos últimos casos, por esa ambivalencia, el que ejercita ambas actúa en el proceso con la más absoluta de las facultades; pero, cuando quien es parte civil lo es sólo en esa posición, su legitimación se limita a esta acción, nunca a la penal, respecto de la cual carece de toda legitimación, pues ni es su titular ni tiene interés en ella digno de protección constitucional.

[11] *Op. cit.*, p. 238.
[12] *Op. cit.*, p. 244.

Que al actor civil se le otorguen facultades para la integración de los hechos, tanto en la instrucción como en el juicio oral, no es porque tenga legitimación para acreditar la fundamentación fáctica de la pretensión penal, sino solo porque ambas acciones suelen derivar de unos mismos hechos naturales. Sería absurdo, pues, cuando se trata de favorecer la economía procesal, que el actor civil hubiera de acreditar los hechos mediante actos diferentes a los que sirven para la pretensión penal, máxime cuando son útiles los mismos medios de investigación y prueba.

Fuera de ello, el actor civil carece de interés respecto a la consideración delictiva de tales hechos que ayuda a integrar, pues su derecho no deriva de la concepción de los mismos como delictuosos, sino de que los mismos son susceptibles de producir un daño reparable, daño que sí habrá de acreditar y que el carácter delictivo de una actuación no prueba.

El actor civil, pues, en ninguna legislación del mundo, califica penalmente los hechos, ni, por tanto, goza de derecho a recurrir de las resoluciones más allá del contenido civil de éstas, careciendo de legitimación para impugnar declaraciones que afectan a la absolución, archivo o condena penal. Aunque luego se verá con más extensión, baste aquí citar los arts. 58 y 276 CPP y art. 407 NCCP.

El actor civil es, pues, el perjudicado por el hecho delictivo (y el Fiscal por disposición legal y legitimación extraordinaria). Y la parte civil es ese perjudicado por el evento dañoso.

Pero, junto a la legitimación ordinaria, que no tiene naturaleza de presupuesto procesal y que es, por ello, un elemento de la fundamentación de la pretensión, todas las leyes procesales civiles contemplan tres presupuestos procesales, sin cuya presencia se impide la emisión de una sentencia válida y que son constatables de oficio, relativos a la capacidad para ser parte, la capacidad de actuación procesal y la postulación.

Quien carece de capacidad de actuación procesal, de comparecer válidamente en el proceso, debe ser representado legalmente por quien integre y supla esa falta (un menor de edad o un demente). Quien goza de ambas también ha de ser representado procesalmente por un abogado o quien las leyes establezcan,

pero en el bien entendido de que en este caso se trata de una mera representación procesal, que cumple el deber de postulación y que no integra falta de capacidad alguna.

Pues bien, cuando el perjudicado es el Estado, la legitimación le corresponde a éste; es él el que se constituye en parte civil, pues goza plenamente de capacidad para ser parte y de actuación procesal. No obstante, debe ser representado por quien verifique la postulación y que, en Perú, es la Procuraduría.

De ahí se infiere que la parte civil es el Estado, que es él quien suscribe los actos dispositivos o la Procuraduría con poder del Estado (art. 12, Decreto Ley 17537) y que la Procuraduría, por tanto, no goza de legitimación propia, derivada o extraordinaria alguna, pues es sólo un órgano de representación procesal cuya autonomía no puede exceder de la establecida en el decreto autoritativo que en cada caso se le han de cumplimentar.

Debe quedar claro, pues, a efectos de este informe, que es incorrecto hablar de legitimación de la Procuraduría, pues ésta no le corresponde y que cualquier referencia que se haga a este término ha de ser tomada a los meros efectos dialécticos, no conceptuales, siendo así que la parte civil es el Estado y el legitimado el Estado.

3. La pretensión civil en los casos de acumulación en el proceso penal

Lo que se ejercita en el proceso penal de forma acumulada es una auténtica pretensión civil, cualquiera que sea el que la inste, con todos sus elementos. Pero, como se ha dejado indicado, la acumulación de la acción civil a la penal no es un supuesto ordinario, sino complejo y que, por tanto, está sujeto a diversas limitaciones, importantes para dilucidar el objeto del presente dictamen.

En primer lugar, en el proceso penal no pueden ejercitarse todas las pretensiones civiles que las leyes de este carácter reconocen, sino sólo las que prevé el Código Penal y que exclusivamente son las de condena[12].

[12] De la Oliva, *op. cit.*, p. 238.

En el proceso penal sólo es dable pedir la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de daños y perjuicios. En modo alguno pueden promoverse en el proceso penal pretensiones mero declarativas o constitutivas y menos de nulidad o de anulación, ya que[14] conforme a la legislación peruana y a su Código Penal, la reparación civil sólo comprende la devolución de la cosa y el resarcimiento de los daños y perjuicios, nunca, pues, es dable aceptar la resolución de otras pretensiones, especialmente de nulidad o anulabilidad, directa o indirectamente, para cuyo enjuiciamiento es necesario acudir a la vía civil.

Una excepción podría venir constituida por lo establecido en el art. 11,2 del NCCP que permite, junto a pretensiones de condena, que el tribunal penal resuelva acciones de nulidad, en aquellos casos en que se solicite la restitución de un bien. Pero, esta disposición no es otra cosa que una excepción, perfectamente delimitada y consentida jurisprudencialmente aunque con problemas, en otros ordenamientos, como es el caso de España.

Pero, en todo caso, debe quedar claro que el NCCP no autoriza la entrada en el proceso penal de cualquier pretensión de nulidad, sino sólo de aquéllas que sean presupuesto para la restitución de un bien y que, por tanto, sea necesaria una restitución también jurídica. La posibilidad de decidir la nulidad del negocio jurídico se limita, pues, a aquellos casos en que la pretensión no es pura, ni de la misma ha de derivar una reparación o indemnización, sino sólo una restitución que exige como presupuesto la certeza del acto jurídico del cual dimana. Sucede así en los casos de delitos muy determinados en los cuales se ha operado un desplazamiento patrimonial y, especialmente, de bienes inmuebles, tales como las estafas o los alzamientos de bienes.

A eso exclusivamente se refiere, como excepción, el art. 11,2 NCCP, nunca al conferimiento de competencia a los tribunales penales para conocer de pretensiones civiles de nulidad o anulabilidad de las que no derive una restitución *in natura* del

[14] Juan, *op. cit.*, p. 132.

bien desposeído que, a su vez, comporte la necesidad de una declaración jurídica para hacerla firme.

Como se verá posteriormente, en aplicación de esta regla, es difícil comprender la pretensión de la Procuraduría en el supuesto presente, pues, ante la ausencia real de un daño, viene indirectamente a sostener la nulidad de unos acuerdos, los previos por los cuales el Estado prestó un aval o el posterior, mediante el cual suscribió una transacción. Y lo hace cuando ya existe en marcha un procedimiento civil en el que se ha instado la nulidad de tal negocio jurídico, pero en el que ella misma ha solicitado la conclusión por pérdida de interés. Lo que se ha provocado aquí, obviamente, es una crisis procesal de enormes consecuencias de seguirse adelante.

Pero es más, la responsabilidad civil derivada de un ilícito sólo es procedente cuando se haya producido un daño que sea reparable. Presupuesto básico para que exista acción civil ejercitable en el proceso penal es que se haya producido un daño efectivo y cierto, no formal, presumible o indeterminado[15].

El hecho de que sea absolutamente necesaria la producción de un daño de estas características, es lo que impide que la acción civil derivada del delito pueda ejercitarse en los casos de delitos de peligro abstracto o de realización imperfecta[16] o los de contenido inmaterial o en los de resultado si éste no se haya llegado a producir. Es la ausencia de daño lo que permite afirmar que en este tipo de delitos no cabe exigir responsabilidad civil en el proceso penal, pues el daño nunca puede ser entendido como una sanción derivada de un riesgo civil. El riesgo que no se traduce en un daño efectivo nunca puede amparar una acción civil de responsabilidad. Estaríamos hablando de una sanción civil, de una pena civil sin amparo legal y dudosamente constitucional.

Sin un daño cierto y efectivo, la pretensión carecería de seguridad, sería de futuro. Habría que preguntarse la forma en que

[15] Sanabria, *op. cit.*, p. 85.
[16] San Martín, *op. cit.*, p. 335.

el daño presunto, la sanción en sumo, se evaluaría, a qué cantidad se elevaría la condena, con base en qué criterios. En definitiva, si no se ha producido un daño, la condena comportaría un enriquecimiento injusto para quien obtuviera un pronunciamiento favorable. Es más, sujetar la indemnización a un hecho futuro e incierto, generaría una condena condicionada en su mismo cumplimiento a la producción del hecho ilícito dañoso presupuesto de la acción que podría verificarse en forma distinta al establecido en la sentencia y al cual no alcanzarían ni siquiera los efectos de la cosa juzgada.

Como dejó sentada la Corte Suprema en su ejecutoria de 8 de abril de 1999, la reparación civil se rige siempre por el daño causado a la víctima. No existiendo éste, no es posible como tal una reparación y no existe pretensión civil resarcitoria.

Pero, es más, como es sabido, la acción civil de responsabilidad igualmente exige una relación de causalidad entre el sujeto a quien se imputa la actividad dañosa y el resultado final. Pues bien, como se verá en este caso, el hipotético daño, que no se ha producido, ha quedado excluido en virtud de la transacción al haberse cancelado el aval prestado por el Estado y, en cuanto a las acciones suscritas, además de hasta el momento permanecer en manos del Estado y rindiendo beneficios, no se instó por quien correspondía posteriormente su venta, como se preveía en los actos iniciales que se impugnan, antes al contrario se ha prorrogado el plazo previsto. Es decir, no existiría esa necesaria relación de causalidad entre quienes idearon y suscribieron los acuerdos si posteriormente otros no actuaron con la diligencia y mediante los mecanismos que aquéllos les ofrecían.

E, insistiendo más en los argumentos, que son plurales, la misma transacción, como novación modificativa que es de los negocios jurídicos iniciales, viene a reconocerlos y a dotarlos de licitud y validez. Al margen del alcance penal de esa convalidación, suficientemente determinado por el auto de sobreseimiento, en el orden civil es absolutamente indiscutible que aquéllos han sido homologados. Siendo lícitos, aunque fueran dañosos no serían imputables salvo falta de diligencia, lo que en este proceso

no se discute, pues ni siquiera se hace mención a la imputación concreta de responsabilidad.

A la vista de todos estos extremos, se está ya en condiciones de entrar a responder los puntos que han sido planteados como objeto del presente dictamen, en el bien entendido de que las bases sentadas, que constituyen las normas y principios aplicables, son irrenunciables y en modo alguno son susceptibles de invertirse o dejarse de lado.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

EXP. N° 0489-2013 - ACUSACIÓN

MINISTERIO PÚBLICO. Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Cusco. Exp. N° 0489-2013. Cusco, 10 de setiembre de 2014.

Expediente N°	[illegible]
Juzgado	[illegible]
Especialista	[illegible]
Demandado	[illegible]
Demandante	[illegible]

AUTO AUDITIVO

[illegible] DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA CON CONTROL JURISDICCIONAL DEL ESTADO.

MARIANA TATIANA CEVEDEDA RIBA, Fiscal Provincial del Segundo Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chincha, con domicilio legal y procesal señalado en la Oficina N° 308 de la sede central del Ministerio Público, ubicado en la Avenida Pedro Ruiz Gallo N° 111 del distrito de Huacho; provincia y departamento del Cusco a usted digo:

I. REQUERIMIENTO FISCAL:

Luego de evaluados el contenido de los diligencias preliminares y preparatorios, al amparo de lo establecido en el Artículo 336° y siguientes del Código Procesal Penal el Ministerio Público formula **REQUERIMIENTO** contra **MARITZA VALDERRAMA CHACCO** y **MARIA DEL SOCORRO ROMERO TAPIA**, como autoras de la comisión del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto, agravado **HURTO AGRAVADO POR REALIZARSE CON EL CONCURSO DE DOS PERSONAS** y **EN CASA HABITADA** en grado de tentativa, en agravio de **CARMELA PAZOS VDA. DE LA TORRE** y de la **COMPARTIMENTO DE AHORRO Y CREDITO SANTO DOMINGO DE GUZMAN LTDA** representado por **[illegible] CORDOVA**.

II. DATOS DE IDENTIFICACIÓN DE LAS ACUSADAS

Nombres y apellidos	Maritza Valderrama Chacco
[illegible]	[illegible]
Fecha de nacimiento	12 de setiembre de 1964
Sexo	Femenino
Estado civil	Soltera
Grado de instrucción	Superior completa
Edad	58 años
Lugar de nacimiento	Chincha, provincia y departamento de Cusco
Ocupación o profesión	No cuenta con antecedentes
Domicilio real	Asoc. Universitaria E – 11, Urb. Progreso, Huacho.
Domicilio procesal	Establecimiento Municipal Quinuta, Penal Chincha E – 10, Departamento N° 10, Cusco
Defensor privado	Ludwing Cano Chio

Nombres y apellidos	**Maria Del Socorro Romero Tapia**
[illegible]	[illegible]
Fecha de nacimiento	08 de febrero de 1969
Sexo	Femenino
[illegible]	Soltera
[illegible]	Ingeniero
[illegible]	46 años
[illegible]	Pueblo Nuevo, La Convención, Cusco
[illegible]	No cuenta con antecedentes
[illegible]	Residencial Universitaria U Piso 07 Dpt. Huaco
Domicilio procesal	Av. Manco Capac N° 111, asentos 1, Miraflores
Defensor privado	Dra. Fabiola Hinojosa Valderrama

III. DATOS DE IDENTIFICACIÓN DE LA AGRAVIADA:

Razón social	Cooperativa de Ahorro y Crédito Santo Domingo de Guzmán Ltda.
Representación legal	Guillermo Cruz Cáceres
Domicilio legal	Avenida El Sol N° 453, Cusco
Domicilio procesal	Avenida El Sol N° 453, Cusco
Defensor privado	Dr. Guillermo Cruz Cáceres

Nombres y apellidos	Carmela Pazos Vda. de la Torre
[illegible]	[illegible]
Domicilio real	Asentamiento Central A – 16, Jesús Nazareno Cusco
Domicilio procesal	Av. Mayo de los Heroes N° 400 (Av. Peralta) Cusco
Defensor privado	Dr. José Torres Ayma

IV. HECHOS IMPUTADOS

Del resultado de la investigación preparatoria, se advierte a Rubilda Valderrama Chacco y María Del Socorro Romero Tapia, en las mismas del delito de Hurto

[illegible] constituido para el Juzgado 2º – Contravencional de la Competencia de Alcoholes y Cárceles Santo Domingo de Cisneros Este, mediante el cual la sentencia y recurso de reposición del procesado de nombre completo antes mencionado para la causa de [illegible] Alcoholes contravencional de fecha [illegible] a las 10:00 horas.

3.12. A hojas 156, obra el Informe Nº 004 – 15 – 2012 de fecha 12 de diciembre del 2014, emitido por el Juez 2º – Contravencional de la Competencia de Alcoholes y Cárceles Santo Domingo de Cisneros Este, mediante el cual se informó que el 05 de abril del 2014, en la siguiente audiencia fuera de oportunidad de la recepción de [illegible] Jueces Rosendo Tapia en el Establecimiento del acusado de la Competencia.

3.13. A hojas 85 y 86, los recaudos de fecha 06 de mayo del 2015, de una inspección, por los montos de [illegible] dólares americanos y [illegible] dólares americanos a la cuenta de la agraviada Consuelo Ponce Vda. de la Nave, en la que obra de fecha de la presente que efectuó el depósito.

3.14. A hojas 161 a 166, obra el acta de recepción del video de seguridad de fecha [illegible] mayo del 2015, y de 00:00 horas en la agencia Sur perteneciente de [illegible] Alcoholes Jueces y Cárceles Santo Domingo de Cisneros Este, en la que se [illegible] con tomas diferenciadas en tipo de folleto.

3.15. A hojas 164 a 166, obra la declaración testimonial de Roberto Hidalgo Martínez, quien explica el procedimiento que se siguió para la toma de los 150 [illegible] dólares americanos.

3.16. A hojas 168 a 170, obra la declaración de Diana Sánchez Santos, quien refiere que el 05 de mayo del 2015, cuando se le cayó en su cartera a una persona de [illegible] mismo que se identificó como Gerente de la agencia Isabel Valenzuela Chávez y efectuó dos depósitos de 150 [illegible] dólares americanos y 150 [illegible] dólares americanos a la cuenta de la agraviada Consuelo Ponce Vda. de la Nave, quien firmó la formalidad de boleta de retiro con Registro Nº 1161.

3.17. A hojas 208 a 210, obra la declaración de Diana Sánchez Santos, quien refiere que el 05 de mayo del 2015, cuando se le cayó en su cartera a una persona de [illegible] mismo que se identificó como Gerente de la agencia Isabel Valenzuela Chávez y efectuó dos depósitos de 150 [illegible] dólares americanos y 150 [illegible] dólares americanos a la cuenta de la agraviada Consuelo Ponce Vda. de la Nave, quien firmó la formalidad de boleta de retiro con Registro Nº 1161.

3.18. A hojas 20 a 21 y 84 a 86, la declaración testimonial de Juan Delgado [illegible] Jueces de la Competencia de Alcoholes y Cárceles Santo Domingo de Cisneros Este, en la que se cotejó en los folios mencionados y donde fueron reconocidos los fondos retenidos de detención.

3.19. A hojas 181 a 183, obra la declaración testimonial de Jorge Giovanni La Torre Rodríguez, quien da la agraviada Consuelo Ponce Vda de la Nave y quien por los mismos ninguna relación conocía con la acusada Isabel Valenzuela Chávez y [illegible] que quien [illegible] a la agraviada que disponía sus dineros.

3.20. A hojas 35 a 36 y 154 a 155, obra la declaración de la acusada María del Socorro Hurtado Ángel en la que refiere que se acerca con la acusada Isabel Valenzuela Chávez, ella refiere que es cliente [illegible] y el día de los hechos siguió con la cliente [illegible] y se encontraba trabajando y no vio [illegible] dólares americanos de la señora de Consuelo Ponce Vda. de la Nave y al final del día Isabel Valenzuela Chávez retiró el dinero en efectivo, en la hora en la que se produjeron los hechos se [illegible] una falla en el sistema.

3.21. A hojas 155, [illegible] Nº 356 – 2015 – [illegible] – 86 – SJ de fecha 14 de mayo del 2015, emitido por el Juez 2º Contravencional Cisneros – [illegible] informa que los acusados Isabel Valenzuela Chávez y María Del Socorro Hurtado Tapia son [illegible] antecedentes policiales.

3.22. A hojas 166, [illegible] Nº 3009 – 2015 – [illegible] – [illegible] – PJ de fecha 05 de mayo del 2015, emitido por el Juez [illegible] Cisneros – [illegible] informa que los acusados Isabel Valenzuela Chávez y María Del Socorro Hurtado Tapia son [illegible] antecedentes penales.

V. [illegible]

4.1. Fundamentos fácticos

Los acusados Isabel Valenzuela Chávez y María Del Socorro Hurtado Tapia, tienen del [illegible] delito [illegible] agravado, [illegible] de [illegible] social cometido a los acusados en la de [illegible] de la [illegible] de los Jueces [illegible] como delito de Hurto Agravado, en contra del Artículo [illegible] del Código [illegible] vigente.

> *"El que violta por sí o por medio de otro el ánimo ajenal y los que se [illegible] anteriormente serán sancionado con la pena establecida para [illegible]"*

Probando así [illegible] [illegible] económicos, [illegible] [illegible] como los [illegible] [illegible] y [illegible] [illegible] [illegible] "...quien [illegible] [illegible] de [illegible] [illegible] [illegible]

circunstancias que pudieran acreditar evidentes, atenuantes o agravantes).

VIII. IDENTIFICACIÓN DEL DELITO POR LAS QUE SE ACUSA:

8.1. Los hechos imputados a los acusados Andrés Valenzuela Urdaneta y Efraín Gil Saavedra Hernández Tapia, son los de autores del delito de Abuso Agravado por Relación con el Ejercicio de Más de Una Profesión y en Cosa Ordenada, (así previsto en el Artículo 180° del Código Penal, que prescribe:

> *"El que para abusar sexualmente a quien diariamente se ve bajo su cuidado, tutela y procedimiento grave, corrupción del mismo abuso o atentado sexual..."*

concordantes con los incisos 1 y 4 del primer párrafo del Artículo 180° del Código Penal modificado por la Ley N° 30963 de fecha 18 septiembre del año 2018 vigente al momento de la comisión de los hechos denunciados (que establece como agravantes):

> *"4. a pena será no menor de diez ni mayor de con años cuando: 1. En cosa habitual. 4. Con cualquier de 3 personas de o más personas".*

8.2. El tercero penal, se configura cuando actúan agrupadamente dispuestos del ejercicio de una función concreta, con características tales, que especialmente de la [illegible] permanencia, estructuración del lugar en que se cometerán los delitos que el [illegible] determinados sobre el hecho, sus seguidores el día o tarea que se le dé, en el [illegible] cometerse en las calles de comisión de diversos concursos como elementos [illegible] con el mismo objeto de forma permanente el mismo y en el lugar de la comisión. *"Una o más que portan y generalmente ejercen en uso de armas o de [illegible] del hecho, que exigirán sus delitos se dentro de absoluta apoyo y con dinero con [illegible] cuando el agente no pero [illegible] usar o portar del [illegible]. 3. Con el agente [illegible], [illegible] [illegible] [illegible]

Vda. DE LA TORRE y de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SANTO DOMINGO DE GUZMAN LTDA. representado por GUILLERMO OROS CABRERA.

X. PRETENSIÓN DE LA REPARACION CIVIL:

X.1. El Artículo 92° del Código Penal prevé que, la reparación civil se determina conjuntamente que la pena, así mismo el Artículo 93° y 101° del mismo cuerpo legal señala que la reparación civil comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios, que a su vez comprenden el daño a la persona, daño emergente, daño moral y lucro cesante; siendo así, son objeto de reparación las consecuencias directas e inmediatas del delito; y en este caso se debe tener en cuenta que el patrimonio afectado asciende a US$ 10,000 dólares americanos, suma que fue repuesta el 09 de mayo del 2012, correspondiendo que se establezca la reparación civil en función del daño emergente como consecuencia de la sustracción del dinero.

X.2. Cabe señalar que para fijar la reparación civil, se deben observar criterios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad, teniendo en cuenta el daño ocasionado; en mérito a lo cual, este Despacho Fiscal, solicita el pago de la **REPARACIÓN CIVIL** de **DOS MIL NUEVOS SOLES**, que deberá ser pagada por los acusados Sadith Valenzuela Chalco y Mirtha Del Socorro Serrudo Tapia en forma solidaria, a favor de los agraviados **Carmela Pazos Vda. de la Torre y de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Santo Domingo de Guzmán Ltda.**, a razón de S/. 1,000 nuevos soles para cada agraviado una.

XI. SOLICITUD ALTERNATIVA O SUBSIDIARIA DE TIPIFICACIÓN:

Ninguna.

XII. RELACIÓN DE BIENES QUE GARANTIZAN EL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL:

Ninguno.

XIII. OFRECIMIENTO DE MEDIOS DE PRUEBA PARA SU ACTUACION EN AUDIENCIA:

Ofrezco como medios probatorios para ser actuados en juicio oral, los siguientes:

II.1. Testimoniales:

II.1.1. La declaración testimonial de la agraviada **Carmela Pazos Vda. de la Torre**, quien depondrá acerca de las circunstancias en las que tomó conocimiento de los hechos imputados, a quien se le deberá notificar en su domicilio real ubicado en la Urbanización Covicorif A – 05, Alameda Pachacutec, Cusco y en su domicilio procesal ubicado en la Avenida Pastor de los Héroes N° 699 (Av. Pardo) del distrito de Cusco.

II.1.2. La declaración testimonial de **Guillermo Oros Delgado** representante legal de la agraviada la Cooperativa de Ahorro y Crédito Santo Domingo de Guzmán Ltda., quien explicará como es que tomó conocimiento del hecho de los US$ 10,000 dólares americanos por los acusados; a quien se le deberá notificar en su domicilio legal ubicado en la Avenida El Sol N° 415 del distrito de Cusco.

II.1.3. La declaración testimonial de **Edwin Quispe Mamani**, quien explica el procedimiento que se siguió para el fondo de los US$ 10,000 dólares americanos por los acusados a quien se le deberá notificar en su domicilio real ubicado en la calle Santa Rosa N° 07 del distrito de San Jerónimo y en su domicilio laboral ubicado en la Avenida El Sol N° 415 del distrito de Cusco.

II.1.4. La declaración testimonial de **Sara Gertrudis Arizaseche Arizaseche**, quien explicará el las transacciones fraudulentas realizadas por las acusadas para el fondo de los US$ 10,000 dólares americanos, a quien se le deberá notificar en su domicilio real ubicado en el Conjunto Habitacional Pachacutec, Mzna: G – 203 del distrito de Wanchaq y en su domicilio laboral ubicado en la Avenida El Sol N° 415 del distrito de Cusco.

II.1.5. La declaración testimonial de **Rocio Teresa Silva Holgado**, quien brindará precisiones sobre los informes **N° 002 – TI – 2012** de fecha 19 de junio del 2012, **N° 003 – TI – 2012** de fecha 20 de agosto del 2012 y **N° 004 – TI – 2012** de fecha 20 de septiembre del 2012, remitido por el Área TI – Comunicación de la Administradora del Ahorro y Crédito Santo Domingo de Guzmán Ltda., emitidos por el Área TI – Comunicación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Santo Domingo de Guzmán Ltda., sobre la información registrada en el sistema informático de la Cooperativa relacionado a los hechos acusados; a quien se le deberá notificar en su domicilio real ubicado en la Avenida Manco Capac N° 797 del distrito de San Jerónimo y en su domicilio laboral ubicado en la Avenida El Sol N° 415 del distrito de Cusco, informes que obran a fojas 37 a 47, 113 a 114 y 176.

II.1.6. La declaración testimonial de **Diana Sánchez Santos**, quien hará precisiones sobre los depósitos del 09 de mayo del 2012, de US$ 9,000.00 dólares americanos y US$ 300.00 dólares americanos a la cuenta de la agraviada Carmela Pazos Vda. de la Torre en la agencia San Jerónimo; a quien se le deberá notificar en su domicilio real ubicado en la Urbanización Santa Rosa, pasaje Luis Cusicanqui N° 203 del distrito de Wanchaq y en su domicilio laboral ubicado en la Avenida El Sol N° 415 del distrito de Cusco.

II.1.7. La declaración testimonial de **Jorge Giovanni La Torre Rodríguez**, quien depondrá acerca de las circunstancias en las que tomó conocimiento de los hechos imputados y que no tiene ninguna relación sentimental con los acusados; a quien se le deberá notificar en su domicilio real ubicado en el Jirón El Cumbalo E – 01, Lote N° 08 de la Urbanización Los Portales del distrito de La Molina de la provincia y departamento de Lima.

II.2. Documentales:

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

MINISTERIO PÚBLICO. SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DEL CUSCO. EXP. N° 0489-2013. CUSCO, 10 DE SETIEMBRE DE 2014.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO. TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. EXP. N° 00489-2013. CUSCO, 26 DE DICIEMBRE DE 2013.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CUSCO
TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA PÚBLICA DE CONSTITUCIÓN EN ACTOR CIVIL

I.- INTRODUCCION

EXPEDIENTE N°	00489-2013-77-1001-JR-PE-03
JUEZ	: ANÍBAL ABEL PAREDES MATHEUS
FECHA	: 28-11-2013
HORA DE INICIO	: 08:30 A.M.
SALA DE AUD.	: 3RA SEDE CENTRAL P.J.
DELITO	: HURTO AGRAVADO
IMPUTADO	: MARIA DEL SOCORRO HERRADO TAPIA
AGRAVIADO	: COOP. DE AHORRO Y CREDITO SANTO DOMINGO DE GUZMAN.
ESP. CAUSA	: MIRIAM AZAÑA KALAGUM
ESP. DE DEFE	: Margarita Saldaña Rodriguez.
Audiencia que será grabada en sistema de audio (Art. 361.2 CPP y Art. 26 REFAI	

II.- ACREDITACIÓN:

1. FISCAL 2°PROV.: KAYLA CHOKO TABOADA.
DOMICILIO PROCESAL: AV. EDMO VILLA ESPAÑA N°313-315,
Ofic. 405-A DEL DISTRITO DE WANCHAQ.
CELULAR: N° 984748868.
2. DEFENSA TECNICA DE LA PARTE AGRAVIADA: CARMELA PAOLO VIDAL DE LA TORRE ABOGADO JHON MELVIN TORRES.
Con registro de ICAC N° 2935
Domicilio procesal: Calle Ayacucho N° 156 Of. 301
CELULAR: CELULAR 984844479
CORREO ELECTRÓNICO N° ASESOR.CAPACITA@GIL.COM
3. ABOGADO DE LA PARTE IMPUTADA: MARIA DEL SOCORRO HERRADO TAPIA. ABOGADO JOHNY DELGADO CELAS.
CON DOMICILIO PROCESAL: EN LA AV. MANCO CAPAC N°114
INT. 1 SEGUNDO PISO, DEL DISTRITO DE WANCHAQ.
CELULAR: 954794552.
CORREO ELECTRÓNICO: JOHNY_1985@HOTMAIL.COM

JUEZ: Estando las partes procesales presentes declara instalada la presente audiencia y dispone que la parte solicitante realice su requerimiento de constitución en Actor Civil.

III.- DEBATE

SOBRE LA CONSTITUCIÓN EN ACTOR CIVIL

PARTE SOLICITANTE: Realiza su requerimiento de constitución en actor civil con el fundamento

FISCAL: Refiere que habiendo presentado la parte requirente la solicitud de constitución en actor civil dentro del plazo previsto por ley, no manifiesta ninguna objeción.

ABOGADO DE LA PARTE IMPUTADA: Se opone al requerimiento de constitución en actor civil, con el fundamento que Oficialmente la cooperativa Santo Domingo de Guzmán, tiene la condición de agraviado y la parte solicitante esta procediendo a título personal y no a nombre de la Cooperativa; asimismo refiere que la representante del Ministerio Publico, no tiene la relación circunstanciada de los hechos y que no existe prueba documental que acredite su pedido.

ABOGADO DE LA PARTE SOLICITANTE: Refiere que de acuerdo a las investigaciones preliminares, el representante del Ministerio Público, considera como agraviada a su patrocinada, quien ha sido afectada económicamente.

REPLICA Y DUPLICA: Se halla en el registro de audio.

RESOLUCIÓN N° 03
Cusco, Veintinueve de diciembre
del año dos mil trece.-

VISTO: lo expuesto por el abogado de Carmela Paola Vidal de la Torre, concluido sobre el particular a la Fiscalía, así como el abogado de María del Socorro Herrado Tapia, la réplica y dúplica producidas, efectuadas las preguntas del caso, teniendo a la vista la carpeta fiscal Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: DE LOS HECHOS.- De todo lo dicho con ocasión de este acto personal y de lo que revela de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria de fecha uno de abril del dos mil trece, se tiene que el diez de abril del año dos mil doce, en las instalaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Santo Domingo de Guzmán, sito en Av. el Sol 815 de esta ciudad, donde Valenzuela Challco, ingreso al interior de la misma, por el área de créditos, para posteriormente hacer los pagos al ambiente denominado operaciones, procediendo a sustraerse el sistema y los quince horas con veinticuatro minutos, abre la puerta del respectivo y a las quince horas con veinte minutos retirando el computador, a

las quince horas con veinticuatro minutos apoca el computador y sale de las instalaciones del supermáxito, finalmente a las quince horas con veinticinco minutos sale de las instalaciones de la Cooperativa; hechos estos que han quedado debidamente grabados en las cámaras de seguridad de la entidad ahora agraviada, luego de analizar el sistema Zadid Valenzuela Challco, generó que se habilite a María del Socorro Bermeo Tapia, la suma de diez mil dólares americanos, todo esto con la clave de esta última; es decir María del Socorro Bermeo Tapia y mediante su clave se procede a realizar todas las operaciones para que finalmente la persona de Zadid Valenzuela, se apodere del dinero de la citada agraviada Carmela Paxon viuda de la Torre, resultando la fiscalía ha dicho que Zadid Valenzuela Challco, realizó operaciones que le permitió trasladar el dinero de Carmela Paxon Viuda de la torre en un monto de diez mil dólares americanos y apoderarse del mismo con astucia con María del Socorro Bermeo Tapia, Carmela Paxon viuda de la torre el viernes de Mayo del año dos mil doce, quien retirar su dinero dándose con la sorpresa que no tenía nada en su cuenta N°208-01-0083077 de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Santo Domingo de Guzmán, Todo ello motivo para que la Fiscalía luego de las diligencias preliminares practicadas formalice investigación preparatoria contra Zadid Valenzuela Challco y María del Socorro Bermeo Tapia, por el delito de Robo Agravado tipificado como Tumultuosamente los incisos 1 y 4 de la primera parte del artículo 186 del Código Penal, en ejercicio de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Santo Domingo de Guzmán, representado por Guillermo Dove Cabrera, cuando así lo requería este se cometió arrebatiña adquirir un bien inmueble. Este hecho le ha generado un perjuicio no solamente moral, si no económico; así ha sufrido deterioro profundo en su salud debido a su edad avanzada, hecho que provocó que acuda a un neurólogo (sic), pero lo que el querido (administrativo que propuso es el pago de esta alta suerte pobre.

TERCERO: DE LA OPOSICION DEL ABOGADO DE MARIA DEL SOCORRO BERMEO TAPIA.- El abogado de María del Socorro Bermeo Tapia, resalta que los hechos únicamente han generado un supuesto perjuicio en la Cooperativa de Ahorro y Crédito únicamente en la Cooperativa de ahorro y crédito Santo Domingo de Guzmán, más no así de la señorita Carmela Paxon viuda de la torre. El ello es así esta ciudadana no está legitimada para solicitar sea considerada como actor civil ya que ello tiene tal condición quien sufre afectación en su patrimonio. Bien refirió que actualmente el dinero ha sido devuelto y consiguientemente no hay perjuicio económico generado, debido a la segunda agraviada que ahora solicita sea considerada como actora civil. Deja constancia que en todo caso la solicitante tiene la acción de responsabilidad civil a instarse contra la cooperativa y lo que es más, el artículo 1969, exige que se haga una relación circunstanciada de los hechos y que se acompañe con prueba documental lo hechos en que se sustenta su petición.

CUARTO: DE LA POSICION DE LA FISCALIA: De todo lo dicho en este acto por la fiscal presente, opina que debe acreditar a la petición de la solicitante de este acto procesal ya que tiene la condición de agraviada y así ha sido considerada en la disposición de formalización de la investigación preparatoria.

QUINTO: DE LOS FUNDAMENTOS DEL JUEZGADOR JUDICIAL.- Sobre el particular debe precisarse lo siguiente:
A) El artículo 98° del Código Procesal Penal, refiere que debe entenderse por actor civil, cuando válidamente ejerce lo siguiente: la acción preparatoria en el proceso penal, solo podría ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, se dará por quien cuya ley civil esta legitimado para reclamar la reparación y en su caso los daños y perjuicios producidos por el delito. Dado la falta de claridad en la explicación de los argumentos, se ha tenido a la vista la carpeta fiscal adicionándose con a Folio 53 corre un estado de cuenta del uno de octubre del dos mil once, al cinco de junio del dos mil doce, este estado de cuenta es de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Santo Domingo de Guzmán y pertenece a la señora Carmela Paxon viuda de la Torre. Se trata de la Cuenta N° 208010083077, En ella se advierte que al seis de octubre del dos mil once, se verifica un depósito por diez mil dólares; cuenta este que fue retirada el diez de abril del dos mil doce. En atención a lo dicho queda definido que Carmela paxon viuda de la Torre, ha confiado la custodia de su dinero, precisamente a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Santo Domingo de Guzmán, En otras palabras Carmela paxon viuda de la Torre, nunca ha perdido la titularidad de su dinero, sino lo ha entregado a la cooperativa referida en custodia a cambio del pago de un interés, ello quiere decir que las veces que Carmela Paxon viuda la Torre, deseaba tener acceso a su dinero, lo único que tenía que hacer es acercarse a las instalaciones de la cooperativa o en todo caso a los cajeros de dicha institución y retirar el dinero que le corresponde.

B) En alusión a lo dicho, estando a la disposición de formalización de la investigación preparatoria, la ahora agraviada Carmela Paxon Viuda de la Torre, no había constatado ha recibido su dinero en virtud operatividad, sin embargo por el proceder imputable con astucia no se ha podido efectuar ello significa que quien confió en del sistema financiero por la proceder imputable a Zadid Valenzuela Challco y María del Socorro Bermeo Tapia, ese dinero no se habría podido efectuar, Ello significa que quien confió en una entidad del sistema financiero, por el proceder imputable a las justiciables, no ha tenido la posibilidad de retirar el importe que necesitaba y si bien ese dinero habría sido devuelto, ese hecho no deja que los hechos que sufre perdido connotación delictiva.

El Ejecutante deberá la firma de los bienes en la propiedad, la posición de cierre pública en el Código con ubicación, Cualquier la dirección de un anuncio plenario N°1/2020/1154 Acta Notarial de apertura (incluidos a la notificación jurídica original el poseedor).

PRIMERO: CONSIDERANDO— Acuerdo de Junta. El Contratante los Bienes Comunales a cierta Categoría Pública y Acta del Acuerdo Mismo cargo, los que se corresponde cierta actividad en un en nombre la que los contratados. Así, en la Acuerdo Inmobiliario. Mediante de la cuenta la constitución de pago de la primera propiedad de la Comunidad de Bienes a Cuenta Bajo Cuenta de Cargo, Empresa Administrador al Apellido Completo, Este Apellido la Persona, en Contrato (Art) Cuenta en Nombre la Apertura Personas con la Acción de Bajo del Acuerdo Mismo Cargo.

EN TAL CIUDAD:

1. **Persiana CERRADA** la apertura Inmueble con de Acuerdo de Bajo del Bajo Mismo Cargo, Empresa del Acuerdo de Constitución de este Cierre Comunidad del Cuenta Cargo Cierre Cierre de la Bajo.

2. **Declarant Unidad** el Administrador de Identificar en Cargo Cierre **Comunidad del Acuerdo Cierre Cierre de la Bajo**, en la Identificar del de este, Cierre **Nueva del Acuerdo Mismo Cargo y este Acuerdo Cierre**. del Bajo, en Cargo, Agrupar en Cierre de la **Compraventa de Acuerdo a Cierre Bajo Cierre de Acuerdo** y de Cierre Cierre Cierre de la Bajo.

3. **Propiedad** del a partir de la Cierre la Cierre este Mismo Cierre Cierre Cierre de la Cierre, Cierre Cierre del de la Cierre Cierre y Cierre del Cierre Cierre de la Cierre.

4. **Contrato** del la **propiedad** **Cierre** Cierre del el pago de **Cierre del Cierre Cierre** del Cierre de Cierre Cierre.

5. **Propio** en Cierre del la Cierre del de el Cierre Cierre de la Cierre de la Cierre del Cierre Cierre del Cierre Cierre de la Cierre Cierre de la Cierre Cierre de la Cierre Cierre.

FIRMA: Cierre.
Cierre de la Cierre Cierre: Cierre
Cierre de la Cierre Cierre: Cierre Cierre de Cierre

CANCELADO N° 33
Cierre Cierre de Cierre
Del Cierre de Cierre.

Cierre Cierre: Cierre
Del Cierre del Cierre Cierre Cierre de la Cierre Cierre.

Cierre Cierre del Cierre.
Cierre del Cierre Cierre Cierre Cierre de la Cierre Cierre Cierre Cierre

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

EXP. N° 00231-2013
ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE CONTINUACIÓN DE CONTROL DE ACUSACIÓN

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO. 1° Juzgado de Investigación Preparatoria. Exp. N° 00231-2013. Cusco, 16 de setiembre de 2014.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CUSCO
PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

EXPEDIENTE : [illegible]
IMPUTADO : [illegible]
DELITO : [illegible]
AGRAVIADO : [illegible]
ESPECIALISTA : [illegible]

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE CONFIRMACIÓN DE CONTROL DE ACUSACIÓN

I. INTRODUCCIÓN:

En la ciudad de Cusco, **siendo las ocho horas con cuarenta minutos del día dieciséis de setiembre del dos mil catorce**, en la Sexta Sala de Audiencias de los Juzgados de Investigación Preparatoria del Cusco, dirigida por el señor Magistrado Roger Jiménez Luna, Juez Penal del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Cusco quien realiza la audiencia pública de confirmación de Control de Acusación en el Expediente N°00210-2013-0-1001-JR-PE-01, seguido contra Julio Guido Alegría Cuellar y Wilar Valentín Huaranca Pino por el presunto delito de Uso de documento falso, en agravio de la Universidad Andina del Cusco, la misma que será grabada en carpeta de audio.

II. ACREDITACIÓN:

1. FISCAL: GLORIA DIANA PACLANTE AEDO, Fiscal Adjunta del Tercer Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cusco y demás datos consignados en acuerdos anteriores.

2. DEFENSA DE LA PARTE AGRAVIADA UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO: ABOGADO Y APODERADO ANTONIO OLIVERA CASTILLO con registro en el ICAC N° 2036.

3. ABOGADO Y ACUSADO WILAR VALENTÍN HUARANCA PINO, con registro en el ICAC 5486 y con los demás datos ubicados en anteriores antecedentes.

4. DEFENSA DEL ACUSADO JULIO GUIDO ALEGRÍA CUELLAR: ABOGADO LEDWIN CAYO TITO, con registro en el ICAC N° 3337 y demás datos consignados en anteriores antecedentes.

JUEZ: Da por instalada la presente audiencia, toma que habiéndose declarado la validez formal y sustancial de la acusación fiscal, corresponde el ofrecimiento de medios de prueba.

III. DEBATE:

SOBRE LOS MEDIOS DE PRUEBA DE LA FISCALÍA

FISCAL: Expone la relación de los medios probatorios ofrecidos, detallando cada uno de ellos, conforme aparecen registrados en autos.

DEFENSA DEL ACUSADO WILAR VALENTÍN HUARANCA PINO: Ofrece como prueba las declaraciones de los imputados en el presente proceso.

DEFENSA DEL ACUSADO JULIO GUIDO ALEGRÍA CUELLAR: Precisa que no tiene ningún medio de prueba.

JUEZ: Proveído a efectos la resolución correspondiente.

RESOLUCIÓN No. 15
Cusco, dieciséis de setiembre
del dos mil catorce.-

PARTE EXPOSITIVA Y CONSIDERATIVA: Queda registrado en audio.
PARTE RESOLUTIVA: Se transcribe:

SE RESUELVE:

1. **ADMITIR COMO MEDIOS DE PRUEBA DE LA REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PUBLICO, ASÍ COMO DE LA PARTE IMPUTADA:**

COMO PRUEBAS ORALES:

- **Declaración de Antonio Olivera Castillo representante de la Universidad Andina del Cusco,** a quien se le debe notificar en la Urbanización Ingeniería Laraya Grande del distrito de San Jerónimo provincia y departamento del Cusco.

COMO PRUEBAS DOCUMENTALES:

- **Carta N° 1204-D-DIVICP-2011** de fecha 09 noviembre del 2011 que corre a folio uno.
- **Informe N° 039-2011-GYI-UAC,** de fecha 16 de noviembre del 2011, que corre a folio nueve.
- **Ficha de seguimiento académico, perteneciente al alumno Julio Guido Alegría Cuellar,** que corre a folio diez, once y doce.
- **Copias fedateadas del diploma de bachiller de Wilar Valentín Huaranca Pino,** de folio trece.
- **Copia del título de Bachiller Libro a nombre de Julio Guido Alegría Cuellar,** que corre a folio catorce.
- **Oficio N° 330-2012/SG-UAC,** remitido por la Universidad Andina del Cusco de fecha 03 de julio 2012, de folio veintidós.

2. **NO SE ADMITE** medios probatorios ofrecido por parte del acusado **WILAR VALENTÍN HUARANCA PINO,** por no haber sido ofrecidos.

3. **NO SE ADMITE** medios probatorios ofrecido por parte del acusado **JULIO GUIDO ALEGRÍA CUELLAR,** por no haber sido ofrecidos.

4. **NO SE ADMITE** medios probatorios ofrecido por parte del actor civil.

FISCAL: Conforme.

DEFENSA DEL ACUSADO WILAR VALENTÍN HUARANCA PINO: Conforme.

DEFENSA DEL ACUSADO JULIO GUIDO ALEGRÍA CUEVA: Conforme.

JUEZ: Procederemos a emitir la resolución correspondiente:

AUTO DE ENJUICIAMIENTO

RESOLUCIÓN No. 26
Cusco, diecisiete de setiembre
del dos mil veinte.-

PARTE EXPOSITIVA Y CONSIDERATIVA: Queda registrado en audio.
PARTE RESOLUTIVA: Se transcribe:

SE RESUELVE:

1. DICTAR AUTO DE ENJUICIAMIENTO contra el ACUSADO JULIO ALEGRÍA CUEVA, identificado con DNI N° 43130418, de seis nacionalidad, nacido en fecha 05 de octubre de 1986, de 34 años de edad, de estado civil soltero, con grado de instrucción superior incompleta, natural del distrito Santa Ana, provincia La Convención y departamento Cusco, hijo de Julio Guido y Eva, con domicilio real en el Jirón Huchuyccha N° 108, distrito de Santa Ana, provincia de La Convención, departamento del Cusco y ACUSADO WILAR VALENTÍN HUARANCA PINO identificado con DNI 47153161, de seis nacionalidad, nacido en fecha 27 de noviembre de 1988, de 31 años de edad, de estado civil soltero, con grado de instrucción superior incompleta, natural del distrito Incuyo, provincia de Canchis, departamento del Cusco, hijo de Valentín y Alfonsa Cleofe, con domicilio real en Urb. Belén G-3, distrito de Sicuani, provincia de Canchis, departamento del Cusco. Acusados por el pretor despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cusco contra el imputado Julio Guido Alegría Cuellar, como autor, y contra Wilar Valentín Huaranca Pino como cómplice primario del delito de Contra la fe Pública en la modalidad de Falsificación de Documentos en General, sub tipo Falsificación de Documento Público previsto en el artículo 427, primer párrafo del Código Penal; y, alternativamente por el Delito de Falsedad Genérica previsto en el artículo 438 del Código Penal en agravio de la Universidad Andina de Cusco; para los cuales la fiscalía solicita en el caso del delito principal por el delito de Falsificación de Documento Público, seis años de pena privativa de la libertad y el pago de setenta días multa que ascienden a S/. 350 soles/s sobre a favor del Estado y el pago de la reparación civil de S/. 600 nuevos soles y por la acusación alternativa a tres años de pena privativa de libertad efectiva y en todo la fiscalía solicita la reparación civil de S/. 2000 nuevos soles para en el caso de esta acusación, a favor de la parte agraviada.
FLAVIO ESPINILLA ROMERO/JUEZ
2. DE LOS MEDIOS DE PRUEBA **admitidos para juicio oral:**
   a. De la representante del Ministerio Público, se han admitido todos los medios de prueba que se detallan en la resolución precedentemente citada.
   b. De la parte acusada no se admite medio probatorio alguno.
   c. De la parte agraviada no se admite medio probatorio alguno.

3. DE LAS MEDIDAS DE COACCIÓN PERSONALES Y REALES, las acusados se encuentran con compromiso escrito y no se ha trabado embargo alguno que garantice el pago de la reparación civil.

4. NO EXISTEN CONVENCIONES PROBATORIAS.

5. La pena agraviada se ha constituido **EN ACTOR CIVIL**.

6. **REMÍTASE Y COMUNÍQUESE** la carpeta fiscal, la acusación escrita, su integración y demás actuados pertinentes al Juzgado unipersonal de turno que se encargara del juicio oral, este dentro de los cuarenta y ocho horas de emitida la presente resolución. D.N.-

IV. NOTIFICACIÓN:

JUEZ: Proceda a notificar con la resolución emitida.

ESCM: Cúmplase.

DEFENSA DEL ACUSADO WILAR VALENTÍN HUARANCA PINO: Conforme.

DEFENSA DEL ACUSADO JULIO GUIDO ALEGRÍA CUEVA: Conforme.

V. CONCLUSIÓN:

Siendo las nueve horas, se da por terminada la presente audiencia y por cerrada la grabación del audio, procediendo a firmarla el señor Juez y el Especialista de Audio encargado de la redacción del acta, según lo dispone el artículo 137° del Código Procesal Penal.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

EXP. N° 00489-2013
ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA PÚBLICA DE CONTROL DE ACUSACIÓN

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria. Exp. N° 00489-2013. Cusco, 27 de diciembre de 2014.

1° JUZ. DE INVES. PREPARATORIA - sede Cuerpo
EXPEDIENTE : [illegible]
IMPUTADO : BERNEDO TAPIA, MARIA DEL SOCORRO
DELITO : [illegible]
AGRAVIADO : [illegible]
SIN. DE AUD. : [illegible]

ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA PÚBLICA DE CONTROL DE ACUSACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En la ciudad de Cuzco, siendo las once con treinta minutos del día miércoles de diciembre del año dos mil catorce, en la Novena Sala de Audiencias del Módulo Penal, se realiza la audiencia de Control de Acusación en el proceso con [illegible] en la investigación seguida contra María del Socorro Bernedo Tapia, por la presunta comisión del delito de Daño Agravado, en agravio de Cooperativa de Ahorro y Crédito Santo Domingo De Guzmán Limitada. Por Quillcano Cruz Catarina bajo la dirección de la suplencia Lcda. Melissa Carabelo Cervantes, Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Cuzco, la misma que será grabada en sistema de audio para su visualización cuando sea requerido.

II. ACREDITACIÓN

a. REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: GUSTAVO BELLIDO ALARCÓN, Fiscal Provincial del Segundo Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Cuzco, domicilio procesal en Av. Pedro Vilca Apaza [illegible].

b. ABOGADO DE LA IMPUTADA MARIA DEL SOCORRO BERNEDO TAPIA: ORIEL OJEDA LUDEÑA, CAC N° [illegible], domicilio procesal en la Casilla [illegible] de la Central de Notificaciones de la Corte Superior de Justicia del Cuzco.

c. ABOGADA DE LA IMPUTADA SADITH VALENZUELA CHALCO: NILMA NANCY ALVAREZ TREJANCHO, domicilio procesal [illegible] en la Av. Pardo [illegible] Barriada del D'Wanchaq Cuzco.

JUEZ: Presuma a las partes si tiene alguna observación.

FISCAL: Ninguno.

ABOGADO DE LA IMPUTADA MARIA DEL SOCORRO BERNEDO TAPIA: Ninguno.

ABOGADA DE LA IMPUTADA SADITH VALENZUELA CHALCO: Diserta al Fiscal sobre la notificación a su patrocinada.

JUEZ: Da cuenta que la persona de Sadith Valenzuela Chalco, esta debidamente notificada, conforme queda registrado en el sistema de audio.

ABOGADA DE LA IMPUTADA SADITH VALENZUELA CHALCO: Manifiesta que no tiene ninguna otra observación.

III. INSTALACIÓN DE LA AUDIENCIA

JUEZ: Da por INSTALADA LA AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN.

IV. DEBATE CONTROL FORMAL Y SUSTANCIAL DE LA ACUSACIÓN

FISCAL: Procede a realizar su requerimiento acusatorio contra SADITH VALENZUELA CHALCO Y MARIA DEL SOCORRO BERNEDO TAPIA, como coautoras de la comisión del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Daño, subtipo DAÑO AGRAVADO POR REALIZARSE CON EL CONCURSO DE DOS PERSONAS Y EN CASA HABITADA en grado de consumado en agravio de CARMELA PAZOS Vda. DE LA TORRE y de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO SANTO DOMINGO DE GUZMAN LTDA, representada por GUILLERMO CRUZ CABRERA, con los fundamentos expresados en el sistema de audio.

ABOGADO DE LA IMPUTADA MARIA DEL SOCORRO BERNEDO TAPIA: Observa la acusación en cuanto no se ha graduado el grado de participación concreta de su patrocinada con respecto a los hechos

[illegible] y derechos previstos en la constitución y en el código [illegible]. Para tal efecto en audiencia de esta fecha, solicita que en el momento resolver las observaciones a los medios probatorios de la fiscalía o en su caso que el juzgado fundamente por que no se pronuncia en las observaciones a los medios probatorios de la fiscalía.

DICE: Hace algunas peticiones [illegible] que ya fueron objeto de debate en audiencia, procedimiento a emitir la siguiente resolución:

RESOLUCIÓN INTER
Cuarto [illegible] de [illegible]
del año dos mil [illegible].

VISTO Y OIDO:

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Con ocasión de la presente audiencia en la cual el Ministerio Público ha anunciado sus medios de prueba que debe ser admitido o rechazado en dicho acto, tuvimos la oportunidad judicial correspondiente y que fueron las observancias respectivas, la defensa técnica de la parte acusada no ha formulado las observaciones dentro del marco de ley de manera escrita, tendrán el derecho de hacerlo en el momento oral.

SEGUNDO: Igualmente no ha corrido traslado a la defensa técnica de la parte acusada, en virtud que también durante de la oportunidad procesal ha formulado observaciones del escrito de acusación y no se ha pronunciado el derecho de defensa de esta parte respecto de los medios formales, de ha corrido traslado, pero que en el momento con algunas observaciones debido del auto de fin, con respecto a los medios de prueba, en aras de investigación realizarla en la etapa de investigación, la [illegible] las cuales corresponderían a fundamento jurídico. En la etapa de control de admisión de prueba y en relación la defensa técnica de dentro actuación formulado del mencionados de forma escrita, en que no cumplieron de tercero y que tercero que cumple los formas procesales no se admite la intervención de la defensa técnica de la acusada SADITH VALENZUELA CHALCO.

Por esas consideraciones, SE RESUELVE:

DECLARAR IMPROCEDENTE el pedido formulado por la defensa pública, en consecuencia, se dispone dejar la validez del proceso con los [illegible] anunciados.

NOTIFICACIONES:

ABOGADA DE LA IMPUTADA SADITH VALENZUELA CHALCO: Que en [illegible] del Art. Dos [illegible] de del 2.29, solicita la nulidad de haberse denegado la validez formal de la acusación, así como también declara la nulidad de la no participación de esta parte en esta audiencia, para la observación de los medios de prueba. Bien cinco días [illegible] en fundamento el dictamen. Que habiéndose declarado la validez formal de la acusación formal, en atención en el [illegible] Art. 1 del Título Preliminar, en cuyo no se ha dado cumplimiento, pese a las observaciones realizadas por la defensa técnica, solicita se ha dispuesto se haberse cumplido con una absolución sin ejercer, evidentemente mi defensa el derecho de hacer observaciones en esta instancia procesal, lamentablemente han denegado que sin embargo de la omisión que evidentemente se ha observado que son criterios que en todo caso no corresponde en este estado, pero son criterios que se tienen que tomar en juicio oral, criterios que tengamos conocerlo la defensa técnica, lamentamos se ha dicho que la parte no se puede en este acto probatorio evidenciar lo que no se podría determinar si considera que es una omisión subsanable o no, por tanto la defensa técnica cree que también esa es el estado procesal en el que se debe haber determinar si ha de determinarse la pena y tratar en cuenta las atenuantes privilegiadas, principalmente no sea la ausencia o estado procesal en el que se pronuncie [illegible] pronunciarse al respecto. Igualmente en la determinado también en el cuerpo de acusación formal ha resuelto que el cuerpo de acusación el [illegible] no cuenta en un acto hasta en la que el Órgano Jurisdiccional realiza el control legal de las actuaciones del Ministerio Público, en que exige fundamentar el requerimiento acusatorio, en ejercer la defensa técnica la vista por convenirse requerimiento acusatorio dentro una serie de antijuricidad el requerido formales que incluso el mismo Jurisdiccional a más detallado exigiendo que la acusación formal reúna la identidad de manera precisa y concreta los hechos imputados en este acto por ende ratifica [illegible] la acusación formal a cargo en una nulidad en cuyo se vea la privación el derecho de defensa y a quedado evidenciado la irregularidad la señora Sadith Valenzuela Chalco que en que dicho en nuestra defensa y cual a manifestado en su exposición no se ha [illegible] observar en la defensa técnica a la observación de medios de prueba cuando el

DECLARAR IMPROCEDENTE las observaciones formuladas por esta parte.

NOTIFÍQUESE.

ABOGADA DE LA IMPUTADA SADITH VALENZUELA CHALCO: [illegible] defensa técnica de confianza, manifestando su derecho a [illegible] por escrito.

JUEZ: Exime la siguiente resolución.

RESOLUCIÓN N° 11
Cuarta disposición de diligencias
Año del Bicentenario del Perú

OÍDO: Los alegatos de la presente audiencia, en que se destaca solicita de la imputada SADITH VALENZUELA CHALCO la variación anticipada a la restricción ítem iii), por la cual debería habilitarse la salidad alternativa con cese parcial, debido por interpuesta la presente audiencia dejando una parte. Debidamente por cuanto dentro del término de ley, bajo apercibimiento de declararse inadmisible la misma.

JUEZ: Exime la siguiente resolución.

RESOLUCIÓN N° 11
Cuarta disposición de diligencias
Año del Bicentenario del Perú

PARTE EXPOSITIVA Y CONSIDERATIVA: Se realiza en sistema de audio.

PARTE RESOLUTIVA: Se transcribe.

SE RESUELVE:

ADMITIR: los medios de prueba ofrecidos por el representante del Ministerio Público, los que se detallan en el auto de enjuiciamiento.

JUEZ: Concede el uso de la palabra a la defensa de la acusada DOCORRO BERNEDO TAPIA.

ABOGADO DE LA IMPUTADA MARIA DEL SOCORRO BERNEDO TAPIA: Procede a precisar cada uno de los medios probatorios que ofrece para su actuación en la etapa de juzgamiento, conforme obran [illegible] en el sistema de audio.

FISCAL: No reserva los medios probatorios ofrecidos por la defensa de la acusada DOCORRO BERNEDO TAPIA.

JUEZ: Exime la siguiente resolución.

RESOLUCIÓN N° 11
Cuarta disposición de diligencias
Año del Bicentenario del Perú

PARTE EXPOSITIVA Y CONSIDERATIVA: Se realiza en sistema de audio.

PARTE RESOLUTIVA: Se transcribe.

SE RESUELVE:

ADMITIR: los medios de prueba ofrecidos en base a los que la defensa técnica de la imputada MARIA DEL SOCORRO BERNEDO TAPIA, los cuales que se detallan en el auto de enjuiciamiento.

JUEZ: Exime la siguiente resolución.

AUTO DE ENJUICIAMIENTO

RESOLUCIÓN N° 19
Cuarta disposición de diligencias
Año del Bicentenario del Perú

PARTE EXPOSITIVA Y CONSIDERATIVA: Se realiza en sistema de audio.

PARTE RESOLUTIVA: Se transcribe.

SE RESUELVE:

1.- DICTAR AUTO DE ENJUICIAMIENTO PARA DAR LA CAUSA A JUICIO ORAL contra

a.- ACUSACIÓN: Como medios probatorios de cargo de la acusada MARIA DEL SOCORRO BERMEJO TAPIA, se tiene:

A. DOCUMENTALES:

- Informe N° 38 de fecha 6 de Junio del 2012, que obra a folios 45/47 de la carpeta Fiscal.
- El acta de visualización de video de fecha 7 de abril del 2012, que obra a folio 52/53 de la carpeta Fiscal.
- Copia de la Carta de renuncia del Gestor Ventanilla Unica obrante a folio 55 de la carpeta Fiscal de fecha 6 de mayo del 2012.
- Y por el principio de adquisición procesal ofrecemos:
- Las copias de las boletas de ingreso que acreditan el empadronamiento de Maria Socorro.
- La declaración de Guillermo Cruz Cabrera corroborando este de la anterior abreviatura.
- La declaración testimonial de Rocio Yanina Silva Urbano
- La declaración testimonial de Sara Arriaran Arriaran.

b.- El presente acuerdo no ha sido declarado inválido, ni se han invocado nulidades pendientes ni convalidadas.

c.- Del pacto celebrado en el presente proceso se representan los Abogados Publicos, GUSTAVO BELLIDO ALARCON, Fiscal Provincial del Segundo Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal de Cusco, la acusada MARIA DEL SOCORRO BERMEJO TAPIA, asistida por el abogado DIEL OREDA LOZADA, la acusada GADITH VALENZUELA CHALCO, asistida por su abogada NILMA NANCY ALVAREZ PILLACHO y la acusada CARMELA PAZOS Vda. DE LA TORRE.

d.- El fue acordado voluntariamente entre todos los acusados MARIA DEL SOCORRO BERMEJO TAPIA Y GADITH VALENZUELA CHALCO, no se ha dictado sentencia contra los autores de los acusados.

e.- Siempre que el acuerdo se haya de cumplimiento dentro de la vigencia y ratificado de acuerdo al presente.

NOTIFICACIÓN:

FISCAL: Conforme

ABOGADO DE LA IMPUTADA MARIA DEL SOCORRO BERMEJO TAPIA: Conforme

ABOGADA DE LA IMPUTADA GADITH VALENZUELA CHALCO: Primero: Que habiendo sido notificado la acusada y de conformidad con el contenido de los fundamentos fácticos, esta ha aceptado en su totalidad voluntariamente, conforme consta registrado en el sistema de audio.

JUEZ: Estando a la observación hecha por la defensa técnica de la parte acusada, se remite en cuanto sera ello de acuerdo a la audiencia respectiva.

III. CONCLUSIÓN

Siendo las diez con cuarenta y cinco minutos, se da por terminada la audiencia y por firmado la acta, procediendo a firmar el acta la señora Juez y el especialista judicial de audiencia. Asimismo que las Partes Procesales Presentes.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

ACUERDO PLENARIO
N° 5-2011/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116. Lima, 6 de diciembre de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES
PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO Nº 4-2011/CJ-116

Fundamento: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 0156-2004-PA/TC

Lima, seis de diciembre de dos mil once.

Los Jueces Supremos de la Sala, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

§ 1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la asistencia del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa Nº 117-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Peña Cabrera Freyre, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional que analizará el Título IV "Participación Delictiva" del Libro Primero del Código Penal, el artículo 46º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, TUO–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

§ 2. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: (i) foro de aporte de ponencias y investigación, y (ii) publicación de ponencias y convocatoria de participantes. Esta etapa duró tres meses finalizó coincidió con la conmemoración del Día de la Independencia Nacional. La segunda etapa, que duró un mes, consistió en la exposición de las ponencias seleccionadas y el debate académico. La tercera etapa, que duró un mes, consistió en la elaboración de los Acuerdos Plenarios.

§ 3. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: (i) foro de aporte de ponencias y investigación, y (ii) publicación de ponencias y convocatoria de participantes. Esta etapa duró tres meses y finalizó coincidió con la conmemoración del Día de la Independencia Nacional. La segunda etapa, que duró un mes, consistió en la exposición de las ponencias seleccionadas y el debate académico. La tercera etapa, que duró un mes, consistió en la elaboración de los Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

§ 4. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: (i) foro de aporte de ponencias y investigación, y (ii) publicación de ponencias y convocatoria de participantes. Esta etapa duró tres meses y finalizó coincidió con la conmemoración del Día de la Independencia Nacional. La segunda etapa, que duró un mes, consistió en la exposición de las ponencias seleccionadas y el debate académico. La tercera etapa, que duró un mes, consistió en la elaboración de los Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

§ 5. La tercera etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica y nombramos académicos, luego de una debida selección, expusieron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, convocados en el artículo del texto del presente Acuerdo Plenario, el señor Fernando Bernal Cárdenas del Curso de Posgrado de Derecho Penal Económico y de la Empresa (UNMSM), y el señor Gonzalo del Río Labarthe.

§ 6. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y votaciones de los Acuerdos Plenarios, con la asistencia de Jueces Supremos Penales para cada uno de los dos temas seleccionados. Esta tuvo cabida con un Acuerdo Plenario realizado en la Sede con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria la excepción del señor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia) con igual derecho de voz y voto. Intervinieron en este Acuerdo el señor Presidente del Poder Judicial –en los cuales disfrutaba de voto– en particular Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, dentro de las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes cuando con el objeto de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

§ 7. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha, a cuyo concluido del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Intervinieron como Ponentes el señor Juez Supremo Urviola Hani, Presidente del Poder Judicial, y el señor Neyra Flores.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

§ 8. El acto civil, en cuanto parte procesal, presenta una configuración jurídica de cierta importancia, en la medida que esta institución fue generada históricamente contradictorias que con el tiempo han ido incorporando en cierta medida los derechos que los civiles participan los imputados y bajo, pues que el interés no genere de modelos expedito.

Así los casos, corresponde a este Supremo Tribunal en uso de prerrogativa la facultad en la aplicación judicial del derecho objetivo a la vigencia del valor constitucional jurídico, dentro un Acuerdo Plenario que fije los alcances de los puntos en conflicto.

§ 9. El Código Procesal Penal de 2004 establece que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, excepcionalmente, al perjudicado por el delito, siempre cuando que el fiscal civil se constituya en actor civil, con la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso: artículo 11º, apartado 1), del citado Código adjetivo. En tal virtud, la investigación del Ministerio Público civil que corresponde con el ejercicio en forma privada. Por ello su intervención civil se desenvuelve durante el mismo civil la ejercicio. [1 palabra]

Sin lugar a dudas, la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12°, apartado 3), del referido Código, que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobreseer la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la Jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha probado como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito- no pueda ser calificado como infracción penal.

8°. El Código Penal –Título VI, Capítulo I, Libro I- regula el instituto de la reparación civil. El Código Procesal Penal –Libro I, Sección II-, por su parte, prescribe el procedimiento necesario para su persecución eficaz. Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es inconstitucionalmente civil, y que aún cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el *quantum* indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones-, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal. GIMENO SENDRA sostiene, al respecto, que cuando sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la *onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil* [*Derecho Procesal Penal*, 3da Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257].

9°. El artículo 139°, inciso 3), de la Constitución consagra la garantía de tutela jurisdiccional, que incluye como uno de sus elementos esenciales el derecho de acción o los órganos jurisdiccionales, a través del cauce del ejercicio del poder jurídico de acción, que implica la atribución que tiene toda persona de poder acudir al órgano jurisdiccional para que este, a través de la prestación del servicio de impartir justicia al que está obligado, resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.
En el proceso penal pensado la titularidad de la promoción de la acción penal –que se concreta en la expedición de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria- corresponde en exclusiva en los delitos públicos a la Fiscalía –que es un derecho deber del Ministerio Público-, y en los delitos privados al perjudicado por el delito. El ciudadano frente a la comisión de delitos públicos sólo tiene un derecho de petición, debidamente reglado, de acudir al Ministerio Público para dar cuenta de la *notitia criminis*.

10°. Como se advierte, nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal. En tal sentido GÓMEZ COLOMER expresa que una vez aceptada la existencia de la permisibilidad de la acumulación al proceso penal de uno civil, toca determinar el objeto del proceso civil acumulado, que no es otro que la pretensión y la

resistencia, siendo el contenido de la referida pretensión, casi siempre, de naturaleza patrimonial [*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. El objeto del proceso*. 12ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 110]. En otras palabras, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales extraños. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el mismo despacho posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

§ 2. *Actor civil. Requisitos para su constitución*

11°. Actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem*, p. 181]. Dicho de otro modo, en palabras de SAN MARTÍN CASTRO, se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directo o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito [*Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 259].

12°. El artículo 98° del Código Procesal Penal prevé la constitución del actor civil y sus derechos. Esta figura legal está regulada en la Sección IV "El Ministerio Público y los demás sujetos procesales", Título IV "La Víctima", Capítulo II "El Actor Civil" del Libro Primero "Disposiciones Generales". Prescribe la citada norma que: *"La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil está legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito"*.

13°. El citado artículo 98° del Código Procesal Penal establece como premisa inicial que el actor civil es el titular de la acción reparatoria, y luego precisa que esta acción sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado del delito. No debe olvidarse que la naturaleza de la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial y es por ello la denominación del titular de ella: "actor civil".
Éste deberá, en primer término, sustentar en el proceso cómo es que fue sido perjudicado por la conducta imputada al investigado y cómo el daño sufrido puede ser resarcido. Si bien en muchos casos se admite que hay un componente moral en la colaboración del actor civil en el proceso a fin de aportar con elementos que permitan probar la comisión del ilícito, lo cierto es que todas las facultades de éste apuntan formalmente a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil.

14°. Ahora bien, para poder constituirse en actor civil (al agraviado que actúa procesalmente para hacer valer su derecho a la reparación civil por el daño causado con el delito) deben reunirse los requisitos puntualizados en el artículo 100° del Código Procesal Penal. En efecto, acorde con el citado cuerpo de leyes ha establecido lo siguiente:

1. La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.

2. Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:

a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal; **b)** La indicación del nombre del imputado y, en su caso, el tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder; **c)** El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y **d)** La prueba documental que acredite su derecho conforme al artículo 98°.

15°. Como se advierte del parágrafo precedente, si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado -que ejerce su derecho de acción civil- precise específicamente el *quantum* indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal.

§ 3. *Actor civil. Oportunidad y forma para su constitución*

16°. Otro de los problemas recurrentes que en del caso abordar en el presente Acuerdo Plenario es el relativo a la oportunidad para constituirse en actor civil. El artículo 101° del Código Procesal Penal expresa que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. En este punto lo que cabe dilucidar es si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares -que integra la investigación preparatoria-, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria.

17°. Es de descartar la primera posibilidad fundamentalmente porque, como bien se sabe, al momento que se vienen realizando las diligencias preliminares el Ministerio Público aún no ha formulado la *imputación* formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que aún podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3° y 336°.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado.

18°. Por otro lado, en lo que respecta al trámite jurisdiccional para la constitución en actor civil del perjudicado por el hecho punible, el artículo 102° del Código Procesal dispone lo siguiente: "*1. El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día. 2. Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8°*". Lo más importante, además del trámite previsto en el referido artículo 102° del aludido Código que establece la obligación del Juez de recabar información de los sujetos procesales apersonados y correr traslado de la petición, a fin de resolver dentro del tercer día, es el hecho de analizar si este procedimiento de constitución en actor civil debe hacerse obligatoriamente con la celebración de audiencia.

19°. La lectura sistemática del artículo 102°, apartado 1), del Código Procesal Penal puede suponer a algunos pensar que el Juez dictará la resolución sin otro trámite que el haber recabado la información y la notificación de la solicitud de constitución en actor civil. Empero, el segundo apartado del indicado artículo previene que para efectos del trámite rige lo dispuesto en el artículo 8° -se trata, como es obvio, de una clara norma de remisión-. Esta última disposición ensancha que el procedimiento requiere como acto procesal central que el Juez lleve a cabo una audiencia con la intervención obligatoria del fiscal y, debe entenderse así, con la participación facultativa de las otras partes procesales. No es el caso, por ejemplo, del artículo 15°.2 c) del Código Procesal Penal, que autoriza al Juez, bajo la expresión: "*...de ser el caso*", resolver un incidente procesal determinado sólo si se produce determinados presupuestos.

Resulta entonces que el trámite de la constitución en actor civil también que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202°.3 de la Ley Procesal Penal se refiere al pase de expedición de la resolución correspondiente -que en el caso del artículo 8° es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo-, pero éste debe preferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia.

Por consiguiente, no es posible deducir de la ley que la audiencia sólo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida por el Código Procesal Penal y sería contraria al principio de legalidad procesal. No obstante ello, la valoración del derecho objetivo en sede jurisdiccional produce nulidad de actuaciones, pues ésta tiene como presupuesto no sólo la valoración de la ley sino principalmente la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento lesiva a los principios y garantías que lo son propios e inquebrantables. La nulidad, pues, está condicionada a las exigencias de relevancia constitucional se anotan.

III. DECISIÓN

20°. En atención a lo expuesto, los Jueces Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, y de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

21°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 19°.

22°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

VILLA BONILLA

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

TEMA N° 2

PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD AL CUMPLIRSE LA MITAD DE LA PENA, DURANTE EL TRÁMITE DEL LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN, ASÍ LA CONDENA NO HAYA QUEDADO CONSENTIDA, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 274.4 NCPP.

¿Debe establecerse, si durante el trámite del recurso de Apelación o de Casación, se tome en cuenta si se encuentra vigente el plazo legal de la Prisión Preventiva o si en su caso antes del pronunciamiento de fondo, al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, se procederá a la libertad, según lo establece el artículo 274.4 NCPP?

Fuente Normativa.- El artículo 274.4 del NCPP, duración de la Prisión Preventiva y la prolongación de la Prisión Preventiva hasta, el cumplimento de la mitad de la pena impuesta.

El trámite a seguir genera los siguientes inconvenientes:

1) No se tiene claro si, faltando un tiempo para pronunciarse sobre el fondo, esto es que se dicte sentencia de segunda instancia o de Casación, se debe tener en cuenta el cumplimiento de la mitad de la pena, para la excarcelación del procesado.

2) La decisión Judicial, podría propiciar reclamaciones funcionales e incluso de carácter Constitucional, si el Órgano Jurisdiccional, considera prudente esperar al pronunciamiento de fondo, por considerar que aun se encuentra vigente el mandato de Prisión Preventiva.

Primera Ponencia

En el caso, que durante el trámite de los recursos de apelación o de Casación, se verifique que se ha cumplido la mitad de carcelería del condenado y aun faltando resolver el fondo, se debe proceder a su excarcelación de conformidad con el articulo 274.4 NCPP.

Segunda Ponencia

Si durante el trámite del recurso de Apelación o Casación en su caso, se cumple la mitad de la pena impuesta, no se debe disponer la excarcelación, siempre y cuando el plazo impuesto de Prisión Preventiva aun se encuentra vigente.

Fundamentos

Un sector de la comunidad judicial, considera que no, es necesario regular este procedimiento, por que, durante el trámite está vigente el mandato de Prisión Preventiva; pero otros estiman que al cumplirse la mitad de la pena impuesta en la sentencia durante el trámite del recurso debe procederse a la inmediata libertad, así como en algunos casos, lo ha resuelto la Sala Penal de la Corte Suprema, disponiendo la libertad, aun cuando en la causa recién, se dicto la resolución que declara que el recurso de Casación estaba bien concedido (Casación 181-2014) LIMA SUR.

N°	DOCUMENTOS DE TRABAJO	PÁG.
	LECTURAS NACIONALES	
1.	SAN MARTIN CASTRO, César. *Proceso de Protección Provisional.* Editorial Jurídica Grijley. Pág. 976 – 1014.	193
2.	ARBULÚ MARTÍNEZ. Víctor Jimmy. *Derecho procesal Penal – Un enfoque doctrinario y jurisprudencial.* Gaceta JUrí ° Edición. Gaceta Jurídica. Lima mayo 2015. Pág. 530 – 541.	215
3.	DEL RÍO LABARTHE. Gonzalo. *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal penal. 1° Edición.* Ara Editores. Lima 2008. Pág. 87 – 93.	223
4.	PEÑA CABRERA FREYRE. Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal.* 1° Edición. Editorial Rodhas. Lima 2006. Pág. 722 – 728.	229
	ARTÍCULOS DE REVISTA	
5.	BURGOS MARIÑO, Víctor. En Instituto Pacífico / Actualidad Penal: *El plazo razonable y su valoración en el Código Procesal Penal.* Año 1 Volumen 3, Setiembre / 2014. Pág. 28 – 38.	235
6.	PORTUGAL SÁNCHEZ. Juan Carlos y REYNOSO EDÉN. Luis Alberto. *"Consideraciones especificas sobre el uso de la prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".* Gaceta Jurídica. Gaceta penal y Procesal Penal. Tomo 64. Octubre 2014. Pág. 341 – 361.	243
7.	FLORES LIZARBE. Henry César. *"Es posible mantener la prolongación de prisión preventiva en casos de nulidad de condena (articulo 274.4 del CPP de 2004)".* Gaceta Jurídica. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 74. Agosto 2015. Pág. 229 – 237.	257
	ARTÍCULOS ELECTRÓNICOS	
8.	ASENCIO MELLADO. José María. *"La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú".* Pág. 1 – 31. [En Internet]. Consulta: 17/05/16. Enlace en: http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/regulacionprisionpreventiva.pdf	265
9.	VASQUEZ RODRIGUEZ, Miguel Ángel. *Breves Consideraciones respecto a la modificación del Art. 274 del Código Procesal Penal referido a la prolongación de la prisión preventiva – Ensayo crítico.* Consultado: 16/05/16. En enlace: https://detorquemada.wordpress.com/author/detorquemada/	283

10.	PASTOR. Daniel R. *"Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal" [En Internet]. Consulta: 12/05/16.* Enlace en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20Pastor_10_.pdf	291
11.	VALENZUELA. Fredy. Estudio Oré Guardia. *"El plazo máximo de duración de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 2004". Pág. 17 – 24.* [En Internet]. Consulta: 12/05/16. Enlace en: http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-29.pdf	307
12.	AHUMADA. Alejandra. FARREN. Diego. WILLIAMSON. Bernardita. *"Los costos de la prisión preventiva en Chile". Pág. 46 - 89*[En Internet]. Consulta: 10/05/16. Enlace en: http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2009-01-05_Los-costos-de-la-prisi%C3%83%C2%B3n-preventiva-en-Chile.pdf	313
	JURISPRUDENCIA	
13.	DISTRITO FISCAL DE AREQUIPA. Primera Fiscalía Especializada en delito de corrupción de funcionarios. Carp. Fiscal N° 1506015500-2014-35-0. Arequipa, 22 de octubre de 2015.	337
14.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria. Exp. N° 03383-2012. Arequipa, 10 de noviembre de 2015. *Escrito de apelación*	347
15.	DEMANDA DE HÁBEAS CORPUS. Lima, 26 de noviembre de 2015.	357
16.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. 3° Juzgado de Investigación Preparatoria. Exp. N° 03383-2012. Arequipa, 2 de noviembre de 2015.	365
17.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. 3° Sala Penal de Apelaciones. Exp. N° 03383-2012. Arequipa, 23 de noviembre de 2015.	373
18.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 11° Juzgado Penal de Reos Libres. Exp. N° 16803-2015. Lima, 27 de noviembre de 2015.	381
19.	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. CAS. N° 328-2012. Lima, 17 de octubre de 2013.	387
20.	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. CAS. N° 181-2014. Lima, 8 de setiembre de 2015.	393

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

LA PRISIÓN PREVENTIVA

SAN MARTIN CASTRO, César. Proceso de Protección Provisional. Editorial Jurídica Grijley Pág. 976 – 1014.

10. La detención está sometida a un plazo improrrogable. No puede durar más de quince días. Dentro de ese límite, que será fijado por el Juez al dictar la medida, el Fiscal debe culminar la investigación preliminar, sea realizada directamente, o conducida por él con auxilio de la Policía. A su vencimiento, y en tanto no exista una resolución judicial sustantiva, la detención decaerá de pleno derecho y el detenido recuperará su libertad.

IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Concepto y sujetos activos habilitados

A. Análisis interno de la prisión preventiva y fundamento constitucional

Esta medida personal está debidamente regulada en los arts. 135° y siguientes del CPP 1991. Si bien la norma, siguiendo el precedente del Código de 1940, la denomina simplemente detención (el citado Código la llamó "*detención definitiva*", pues estableció como medida previa la "*detención provisional*", institución indebidamente eliminada por la reforma operada por la Ley N° 24388), lo correcto es –diferenciándola de la *detención impropia* en todas sus modalidades– llamarla "*prisión preventiva*"[70] siguiendo la nomenclatura establecida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adel. PIDCP). Según el art. 77° del CPP de 1940 la oportunidad en que debe dictarse es el momento de expedir el auto de apertura de instrucción. Como es obvio, quien la dicta es el Juez Penal.

La *prisión preventiva*, acudiendo a MILANS DEL BOSCH, puede definirse como la privación de libertad mediante encarcelamiento, ordenada por la autoridad judicial, de un imputado inmerso en unas diligencias judiciales por delito, antes de que se haya dictado un fallo condenatorio que conlleve una pena privativa de libertad, siempre que el mismo no tenga el carácter de firme, adoptada de conformidad a los presupuestos recogidos en la ley[71]. Esta privación de libertad, como apunta GIMENO SENDRA, tiene un carácter provisional y sur de una duración limitada, debiendo estar relacionada con un delito de especial gravedad[72].

---

[70] El Tribunal Constitucional, en varias sentencias, la denomina "*detención judicial preventiva*" (por todas: STC, Exp. N° 1091-2002-HC/TC, Asunto "Vicente Ignacio Silva Chero", de 12 de agosto de 2002 [*Jurisprudencia Constitucional*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, T. I, pp. 353-355]). Esta denominación es equivocada pues confunde los diferentes tipos de privación de libertad durante el proceso penal, especialmente entre la detención preliminar judicial y la prisión preventiva propiamente dicha.

[71] MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URIES, Santiago: "Aspectos sustantivos de la prisión preventiva", en: *La Ley*, Año XVII, N° 4047, 30 de mayo, Madrid, 1996, p. 1.

[72] GIMENO SENDRA et. al.: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 136.

Amén de lo expuesto, se precisa, siguiendo a Cólome SANGUINÉ, está justificada por el principio constitucional de necesidad de actuación de los Poderes Públicos, consistente en el binomio integrado por la existencia simultánea de dos componentes: 1) El componente fáctico, representado por una situación de hecho que pone en peligro el fin esencial de la comunidad, y, 2) el componente jurídico se concretiza en el principio de justificación teleológica, que delimita y limita el primer elemento, y consiste en la existencia de fines constitucionalmente legítimadores de la prisión preventiva, y que en este caso es el deber estatal específico de perseguir eficazmente el delito en el ámbito del proceso penal. Los abusos, agrega el autor, se evitan con la exigencia del principio de proporcionalidad, pues la eficacia en la persecución del delito no puede imponerse a costa de los derechos y libertades fundamentales; y a su vez, el estricto cumplimiento de los fines de la medida, dirigidos a asegurar la presencia del imputado para garantizar la ejecución de la pena en el proceso de ejecución, tiene como sustrato el derecho a la tutela jurisdiccional[73].

B. Aspectos problemáticos de la CADH

Un punto problemático planteado por la Convención Americana de Derechos Humanos consiste en que siendo en el art. 7°.3, al determinar que la detención importa la puesta del detenido a disposición judicial, lo que presupone la existencia de un proceso penal, entendido en sentido amplio, estatuye que quien decide la puesta en libertad o, como es obvio, la prisión preventiva, debe ser "*...un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales...*". Ello podría significar –en principio y en una perspectiva estrictamente gramatical, visto inclusive que el inc. 6) de la CADH utiliza esta vez el vocablo "Juez o Tribunal competente"– que quien decida acerca de la detención no necesariamente debe ser un juez, titular de la potestad jurisdiccional.

Cabe acotar al respecto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Asunto "Schiesser vs. Suiza" (STEDH, de 4 de diciembre de 1979, párrs. 29 y ss.), decidió por mayoría que el ejercicio de funciones judiciales no se limita necesariamente al acto de juzgar, y que muy bien pueden llevarlo a cabo los Fiscales, en tanto se siga para su adopción un procedimiento de "carácter judicial". Agregó el TEDH: 1) que el magistrado en cuestión debe ofrecer garantías propias para ejercer funciones judiciales en orden a las garantías que merece el justiciable, siendo lo primero la independencia frente al ejecutivo y las partes (es de resaltar, empero, que en otros fallos considera

---

[73] SANGUINÉ, Cólome: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 32.

000023

que la Fiscalía no tiene las calidades de "independencia e imparcialidad" necesarias para desempeñar esa función. Asuntos "Borgers vs. Bélgica", STEDH, de 30 de octubre de 1991, y "Brincat vs. Italia", STEDH, de 26 de noviembre de 1992); y, 3) que ese magistrado, desde el procedimiento, debe oír personalmente al individuo que comparece ante él para la decisión respectiva, y desde la exigencia de fondo, debe analizar las razones que asiste en pro o en contra del arresto, su continuación o variación, esto es, proceder conforme a derecho. Este fallo, desde luego, es polémico, pues los magistrados RYSSDAL y EL-RUSHAYD, precisaron que, amén de la independencia de la Administración, ese órgano debe ser imparcial, lo que sólo cumple un juez, más aún si el Fiscal asume una función diferente e incompatible de la del juez, como es la acusación. Dice el último: "...La incompatibilidad del Fiscal es inherente al sistema en sí y anula las cualidades jurídicas y psicológicas de independencia, objetividad e imparcialidad del órgano considerado, cualidades éstas que tiene que poseer aquél a quien (la Convención) confía la suerte de una persona privada de su libertad"[79].

Más allá de la discusión en orden a si el Fiscal puede dictar prisión preventiva –casi con seguridad nos inclinamos por una respuesta negativa, tanto más si la Constitución nacional claramente dispone que tal medida sólo puede dictarla un Juez Penal–, un cero esencial del fallo en cuestión estriba en destacar que la imposición de la prisión preventiva requiere un procedimiento contradictorio mínimo: 1) pedido del Fiscal, en tanto es el titular del ejercicio de la acción penal o de la acusación pública, con lo que se desecha una orden de oficio que vulneraría la imparcialidad judicial; y, 2) previa audiencia al imputado, para por lo menos darle oportunidad de contestar los términos del requerimiento Fiscal. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA sustenta esta exigencia en la vigencia del principio acusatorio que veda actuaciones de oficio del Juez[80]. BANACLOCHE PALAO, en esa misma perspectiva, considera que se trata de una exigencia que el TEDH ha consolidado en el Asunto "Kamperis vs. Grecia" (STEDH, de 25 de octubre de 1989), en función

[79] Un cambio de giro, mínimo aunque lo da BANACLOCHE PALAO ("Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos de detención en el Derecho español", en *Seminario sobre Independencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1998, p. 80), vino con la STEDH (Asunto "Huber vs. Suiza", de 23 de octubre de 1990), donde entendió que "la imparcialidad podría quedar condicionada si se puede intervenir en el procedimiento penal ulterior en calidad de parte acusadora", posición reiterada en el Asunto "Brincat vs. Italia" (STEDH, de 26 de noviembre de 1992); donde no se admite que quien decida sobre la situación personal del detenido sea el mismo sujeto que después va a acusar la actuación.

[80] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iure, Madrid, 1999, p. 229.

000025

del respeto a la igualdad de armas y la participación del internado en todos los procedimientos en los que se trate de una posible privación de libertad, exigencia que debe mantenerse cuando se trata de controlarla periódicamente o de reexaminarla, y que debe ser tramitada con celeridad (STEDH, Asunto "Benichani", de 25 de octubre de 1989)[81].

Por otro lado, analizando la medida en sí misma desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siempre es de tener en consideración, en tanto la prisión preventiva es la limitación más grave, según explica BARONA VILAR, una necesaria ponderación de los intereses en juego, que son el derecho a la libertad de todo ciudadano y a su presunción de inocencia, y el derecho de la sociedad a mantener el orden y la seguridad para la convivencia pacífica, ponderación que requiere que toda privación de libertad debe: 1) estar predeterminada por ley; 2) encontrarse justificada en la ley el fin de la privación; y, 3) tener predeterminados legalmente los presupuestos, condiciones y circunstancias necesarias que deben concurrir para que pueda producirse la citada privación[82].

Por ello, un problema clave, en tanto la Convención Americana de Derechos Humanos no fija los motivos o presupuestos de legitimación de una prisión preventiva, estriba en desentrañar aquellas circunstancias razonables en función del hecho delictivo y de su presunto autor que autorizan la privación de libertad del imputado con anterioridad a una sentencia condenatoria, valoradas siempre en función de un fin que la ley estima digno de protección. Esto último trae a colación una decisión trascendente en orden a la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, esto es, a las funciones que cumple en un proceso penal.

2. NATURALEZA Y FUNCIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Una breve mirada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite establecer lo siguiente: 1) Que el art. 9°.3 del PIDCP, luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad del imputado al aseguramiento procesal del mismo a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; esto es, incorpora expresamente el denominado "*peligro de fuga*". 2) Que el art. 5°.3, apartado c), de la CEDH autoriza la privación de libertad cuando existan indicios racionales de que el imputado ha cometido una infracción.

[81] BANACLOCHE PALAO: "Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos de detención en el Derecho español", cit., p. 88.

[82] BARONA VILAR, Silvia: "Prisión provisional: ¿sólo una medida cautelar?", en *Actualidad Penal*, 2000, Madrid, pp. 894-895.

o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; el segundo la Comisión Europea de Derechos Humanos (Caso "I" vs. España, Res. de 28 de junio de 1984) estableció como fines dignos de tutela los dirigidos a erradicar un peligro de fuga, la reiteración de hechos análogos por parte del imputado o, por último, la destrucción de pruebas; concepción que aceptó el TEDH en varias sentencias (vid. Asuntos "Matznetter", STEDH de 10 de noviembre de 1969; "Stogmuller", STEDH de 10 de diciembre de 1969; "Clooth", STEDH de 12 de diciembre de 1991; y "Wemhoff", STEDH de 27 de junio de 1968). 3) Que el art. 58°.1, b) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, igualmente, incorpora esta última concepción de los tres peligros: aseguramiento de la comparecencia del imputado, entorpecimiento de la actividad probatoria y reiteración delictiva. 4) En igual sentido se pronuncian los Principios aprobados por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer en el párr. 2.3, lo siguiente: "Sólo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se tema que intentarán sustraerse a la acción de la justicia, que cometerán otros delitos graves, o existe el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad".

2. Estos datos son significativos a fin de desentrañar la naturaleza jurídica de la prisión preventiva. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresamente ha sostenido que la prisión preventiva es una medida cautelar. Señala al respecto: "De lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la *prisión preventiva* es una *medida cautelar*, no punitiva" (CIDH, Asunto "Suárez Rosero", párr. 77, de 12 de noviembre de 1997). Esta construcción de la prisión preventiva, sin duda, ubica la institución dentro de la cautela procesal, que –define ORTELLS RAMOS– está destinada a contrarrestar el riesgo de inefectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado idónea y suficiente para producir aquel efecto, la cual, además, tiene como fundamento constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva[89].

3. Algo parecido es la discusión respecto de los presupuestos materiales de la prisión preventiva referidos a los *peligros de fuga* y de *entorpecimiento*. Se asegura por un sector de la doctrina procesalista que –por lo menos con

[89] ORTELLS RAMOS et al.: *Derecho procesal civil*, cit., pp. 974-975.

mayor intensidad el peligro de fuga– ambos peligros expresan la naturaleza cautelar de la institución. HASSEMER delimita exclusivamente los fines de la prisión preventiva a aquellos de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la misma se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento[90].

El presupuesto de *impedimento de fuga*, dice ASENCIO MELLADO, se concreta en dos datos básicos, que son el aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y el sometimiento del inculpado a la ejecución de la presumible pena a imponer[91].

Al peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria GIMENO le denomina "cautela instrumental y de carácter específicamente procesal", en tanto se pretende con ella garantizar la fluidez del desarrollo del proceso al mantener al reo a disposición del juez y evitar eventuales acciones orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables, mientras que el peligro de fuga lo denomina "cautela final", que concurre en el *periculum libertatis*, en cuanto apunta a asegurar la efectividad de la decisión judicial de condena.

4. Ahora bien, la "cautela instrumental", como resulta evidente, no lo es en un sentido estrictamente coincidente con las medidas cautelares propias del proceso civil, dado que no asegura la efectividad de la futura sanción penal, o de la reparación civil. "... *pese a que el ser una finalidad de mayor entidad debe hacerse uso de ella de manera excepcional*"[92]. Desde esta perspectiva, es posible considerar que ese fin de aseguramiento de la prueba no es cautelar, sino provisional –del cual el primero es sólo una de sus expresiones institucionales–, aunque es de mantener su plena legitimidad[93]. Sin embargo, otros como CHIAVARIO llegan a decir que el aseguramiento de pruebas es la función más ortodoxa que cumple la prisión preventiva, pues no están en discusión aspectos referentes a la culpabilidad del imputado en función de la gravedad del hecho acaecido, sino criterios relativos a la investigación en marcha y a la necesidad de asegurarla[94]. En contra de esta última posición se pronuncia GIMENO, para quien "... *por muy valiosa*

[90] HASSEMER, Winfried: *Crítica al derecho penal de hoy*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 179.

[91] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 101.

[92] LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, Jurídica Continental, San José (Costa Rica), 1998, p. 141.

[93] MÁLAGA DIEGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 124.

[94] CHIAVARIO, Mario (Coord.): *Commento al nuovo Codice di Procedura Penale*, UTET, Torino, 1990, Vol. III, pp. 44-51.

000027

que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, indujeran a determinados jueces a acudir a este artificio mental, es el proceso penal moderno 'no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio', prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado"[98]. El riesgo de este "peligro" –sin perjuicio de que sólo se presenta en el acopio de evidencias y, por tanto, por lo general no es en el mismo permanente durante todo el curso del proceso, lo que obliga a su utilización excepcional– estriba en la fácil inducción a los instructores de propiciar a través de él el impulso de la investigación, y en la tentación de propiciar la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpados.

3. Por otro lado, en el Derecho procesal existe una fuerte discusión en torno a la legitimidad del *peligro de reiteración delictiva*, cuya finalidad descansa en impedir, mediante la privación de libertad, que el imputado incurra en ulteriores delitos, que previsiblemente serían idénticos o análogos a aquel que ha provocado la iniciación del proceso, o bien que consume o amplíe los efectos del delito objeto de procesamiento.

Sabemos que en el Derecho europeo esta finalidad ha sido plenamente aceptada (no sólo en la CEDH, sino en las legislaciones alemana, italiana y portuguesa, y en la jurisprudencia española conforme a la STCE, Asunto "Solos", de 26 de julio de 1995). Es más, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha justificado la prisión preventiva por el "riesgo de la comisión de nuevos delitos", aunque recomendó para dictarla por ese motivo que se atienda a la gravedad del crimen, que el peligro de reiteración sea real, y que se tenga en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado (Informe 12/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 37).

Empero, en rigor se califica de "cautelar" a la prisión preventiva, como lo ha hecho expresamente la CIDH en el Asunto "Suárez Rosero", tal medida privativa de la libertad deviene en inaceptable. En efecto, la función que cumple el *peligro de reiteración* no está destinada a asegurar las consecuencias jurídicas del delito a declararse en una sentencia condenatoria, ni entraña una exigencia de instrumentalidad al no supeditarse a un proceso principal que pretende asegurar, pues lo que busca es la evitación de un futuro e hipotético proceso posterior. Sin duda la función de este motivo es cautelar, no cautelar; busca proteger a la sociedad y dar una respuesta inmediata a una legítima exigencia social de tranquilidad y seguridad, con lo cual –resalta BARONA VILAR– se erige en un instrumento de verificación de la política criminal

[98] GIMENO SENDRA *et alii*, *Los derechos procesales*, cit., T. 4, p. 142.

del Estado, convirtiéndose, pues, en medio para obtener una determinada prevención especial"[99].

Entre otros muchos, BARAIBAR sostiene que la finalidad de reiteración delictiva está cimentada sobre el concepto de peligrosidad delictiva, de suerte que se encaja la prisión preventiva hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad[100]. ASENCIO MELLADO agrega que esta finalidad se asienta en una presunción de culpabilidad al referirse a una prognosis de la comisión de nuevos delitos, lo que presupone entenderlo culpable y, es más, que el imputado seguirá delinquiendo[101]. DUCE y RIEDO refieren que ese peligro no permite calificar de cautelar a la prisión preventiva, puesto que no se trata un objetivo del proceso, calificándola en este caso como una medida de seguridad dictada con objetivos de prevención especial lesiva de las garantías procesales[102].

En el sentido arriba indicado, pero con mayor énfasis crítico, FARALDO CABANA señala que con el peligro de reiteración delictiva se alude a una especie de juicio de peligrosidad similar al que se ha de realizar para determinar la necesidad o no de aplicación de las medidas de seguridad; que es un juicio de futuro que se asienta en la probabilidad de que el sujeto que ya ha cometido un hecho previsto como delito vuelva a delinquir, pero en el caso de la prisión preventiva se ha de realizar cuando el sujeto se ha probado que el imputado ya ha delinquido una vez; que el juicio de peligrosidad, en tanto que basado en un pronóstico de futuro, puede conducir a fórmulas que se limitan a presumir la peligrosidad por el mero dato de que un sujeto haya cometido un delito con anterioridad y haya sido condenado por ello, o existan indicios de que lo ha cometido; que por estos motivos este motivo ha sido objeto de numerosas críticas en los Ordenamientos que también lo contemplan, como el alemán o el italiano, pues se entiende que en realidad no se trata de una medida de aseguramiento del proceso sino de una medida de seguridad preventiva, esto es, previa/cautelar en el sentido de que todavía no existe una condena ni se ha probado por tanto la culpabilidad, habiendo únicamente una mera sospecha no probada[103].

[99] BARONA VILAR, Silvia: *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 26.

[100] BARAIBAR, Jorge: *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, La Ley, Madrid, 1997, p. 9.

[101] ASENCIO MELLADO: *Los presupuestos de la prisión provisional*, cit., p. 113.

[102] DUCE, Mauricio y RIEDO, Cristián: *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002, Vol. 1, p. 259.

[103] FARALDO CABANA, Patricia: "El Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional", en *Actualidad Penal*, Nº 28, semana del 7 al 13 de junio, Madrid, 2002, p. 4.

Por el contrario, MALAGA DIEGUEZ acepta esta función, cuyo objetivo es la protección de las víctimas actuales y potenciales del encausado; y acepta que todas las finalidades de la prisión preventiva presuponen un juicio previo o intermedio de culpabilidad, y que en lo específico cumplen un fin constitucionalmente legítimo el destinarse a la protección de las víctimas, pues de lo contrario ninguna medida de protección, de las que ya existen en el proceso penal contemporáneo, sería justificable[79].

6. Sobre esta polémica, entiendo que más allá del principio de *intervención indiciaria* (exigencia de motivos fundados que preliminarmente acrediten la realidad de un delito y la vinculación a él, como autor o partícipe, del imputado), el punto de soporte –que la hace inaceptable– se da con el principio de proporcionalidad –que, al igual que el otro principio, se erige en una garantía implícita y transversal propia de un Estado de Derecho–. Si bien el "*peligro de reiteración delictiva*" no puede tener una naturaleza cautelar, en tanto que no está en función de garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, y más bien cumple una función preventiva de ulteriores delitos, a partir de una tendencia previsible del imputado definida a partir de un conjunto de parámetros ya esbozados por la jurisprudencia internacional, la inobservancia se manifiesta específicamente desde la "*estricta proporcionalidad*", en tanto que la entidad de la libertad personal es de tal nivel superior que no puede dejarse de lado cuando se intenta proteger un interés, sin duda legítimo y de relevancia constitucional, como es la protección de las víctimas y la afirmación de la seguridad ciudadana, no sólo de contenido altamente probabilístico –que descansa sobre bases poco firmes según LAUDET[80]– sino materialmente de jerarquía inferior, al punto que es posible articular opciones menos gravosas con resultados equivalentes. El interés en disputa podrá justificar afectaciones al derecho de libre tránsito, al derecho a las comunicaciones e, inclusive, a determinados derechos civiles, pero nunca al derecho a la libertad personal, si es que entiende su limitación más intensa como es la detención o la prisión preventiva.

7. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el citado Informe 2/97 incorpora una cuarta función: *la preservación del orden público*. Señala que: "...*en circunstancias muy excepcionales, la gravedad de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría generar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras*

[79] MALAGA DIEGUEZ, "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 137.

[80] LAUDET ROSSILLOL, *Proceso penal comentado*, cit., p. 300.

dure la medida de restricción de la libertad del procesado". En argumentación, sin duda siguiendo determinados fallos del TEDH (Asuntos "Tomasi", de 27 de agosto de 1992, y "Letellier", de 26 de junio de 1991), nos encontramos en tanto –siguiendo a ASENCIO– no sólo no atienda para su acuerdo a criterios vinculados a la persona imputada ni a sus circunstancias, sino a elementos externos a ella; además se identifica con la pena privativa de libertad en su función de prevención general[81], que son circunstancias que exceptúan ajenas al imputado y su conducta procesal.

3. PRINCIPIOS Y MOTIVOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. La prisión preventiva, en cuanto medida provisional que restringe severamente el derecho a la libertad personal, necesita sustentarse consistentemente en dos grandes principios: *intervención indiciaria* y *proporcionalidad*. El primero –definido por MARTÍN MORALES– dice de las exigencias fácticas o elementos que permiten entender que existe fundamento para limitar el derecho fundamental[82], que traducido penalmente es sin lugar a dudas la imputación[83]. Ello da lugar, al *primer presupuesto material* de la medida, el *fumus delicti comisi* (expresión utilizada por GUARNERI[84]). Según ORTELLS, consta de dos reglas: la primera, referida a la comprobación de la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, relativos a sus aspectos objetivos, que debe ser mostrada por las actas de investigación, que en ese caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y la segunda, que está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de verosimilitud –en vía de gran probabilidad– acerca de su intervención en el delito[85]. No basta pues, como sería para el caso de la detención, la mera sospecha razonada, sino que –siguiendo a CHOCLÁN MONTALVO– una sospecha muy fundada, lo que

[81] ARSENIO OLLANDO, *Las resoluciones de la prisión provisional*, cit., p. 119.

[82] MARTÍN MORALES, Ricardo (Coord.), *El principio constitucional de intervención indiciaria. Parte Primera*, Tirant general, Grupo Editorial Universitario, Madrid, 2009, pp. 19-23.

[83] Señala José María ASENCIO MELLADO ("Las decisiones contempladas en el art. 5º del CEDH de fecha 4 de noviembre de 1950", en *Jurisprudencia sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Colección Valenciana, Valencia, 1998, p. 157) que el TEDH (Asunto "Ekbatani", STEDH, de 26 de noviembre de 1991) ha establecido que la restricción de derechos en el ámbito de una investigación penal sólo resulta justificada frente a personas sobre las que recaigan indicios objetivos, esto es, sobre, en términos procesales, de imputados.

[84] MORENO CATENA et al, *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III, (Proceso penal), pp. 145-146.

00029

Por el contrario, MÁLAGA DIÉGUEZ acepta esta función, cuyo objetivo es la protección de las víctimas actuales y potenciales del encausado; y, acota que todas las finalidades de la prisión preventiva presuponen un juicio previo e intermedio de culpabilidad, y que en lo específico cumplen un fin constitucionalmente legítimo el destinarse a la protección de las víctimas, pues de lo contrario ninguna medida de prospección, de las que ya existen en el proceso penal contemporáneo, sería justificable[107].

8. Sobre esta polémica, entiendo que más allá del principio de intervención indiciaria (exigencia de motivos fundados que preliminarmente acrediten la realidad de un delito y la vinculación a él, como autor o partícipe, del imputado), el punto de ruptura –que la hace inaceptable– se da con el principio de proporcionalidad –que, al igual que el otro principio, es en rigor una garantía implícita y transversal propia de un Estado de Derecho–. Si bien el "*peligro de reiteración delictiva*" no puede tener una naturaleza cautelar, en tanto que no está en función de garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, y más bien cumple una función preventiva de ulteriores delitos, a partir de una conducta previsible del imputado definida a partir de un conjunto de parámetros ya elaborados por la jurisprudencia internacional, la incoherencia se manifiesta específicamente desde la "*estricta proporcionalidad*", en tanto que la entidad de la libertad personal es de tal nivel superior que no puede dejarse de lado cuando se intenta proteger un interés, sin duda legítimo y de relevancia constitucional, como es la protección de las víctimas y la eliminación de la seguridad ciudadana, no sólo de contenido claramente probabilístico –que descansa sobre bases poco firmes acota LEIBLE[108]– sino materialmente de jerarquía inferior, al punto que es posible articular opciones menos gravosas con resultados equivalentes. El interés en disputa podrá justificar afectaciones al derecho de libre tránsito, al derecho a las comunicaciones o, inclusive, a determinados derechos civiles, pero cuesta al derecho a la libertad personal si es que entraña su limitación más intensa como es la detención y la prisión preventiva.

9. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el citado Informe 2/97 incorpora una cuarta función: *la preservación del orden público*. Señala que "...*en circunstancias muy excepcionales, la gravedad de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría generar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras*

---

(107) MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela preventiva en el proceso penal", cit., p. 139.

(108) LAURENT BADDELEY: *Procès pénal international*, cit., p. 636.

dure la medida de restricción de la libertad del procesado". Esta argumentación, sin duda siguiendo determinados fallos del TEDH (Asuntos "Tomasi", de 27 de agosto de 1992, y "Letellier", de 26 de junio de 1991), no es convincente en tanto –siguiendo a ASENCIO– no sólo no atiende para su acuerdo a criterios vinculados a la persona imputada ni a sus circunstancias, sino a elementos externos a ella, además se identifica con la pena privativa de libertad en su función de prevención general[109], que son circunstancias por completo ajenas al imputado y su conducta procesal.

3. PRINCIPIOS Y MOTIVOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. La prisión preventiva, en cuanto medida provisional que restringe severamente el derecho a la libertad personal, necesita sustentarse conjuntamente en dos grandes principios: *intervención indiciaria y proporcionalidad*. El primero –definido por MARTÍN MORALES– dice de las exigencias fácticas necesarias que permitan entender que existe fundamento para limitar el derecho fundamental[110], que traducido penalmente es sin lugar a dudas la imputación[111]. Ello da lugar, al *primer presupuesto* material de la medida, al *fumus delicti comissi* (expresión utilizada por GUARNELUTI). Según ORTELLS, consta de dos reglas: la primera, referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, que debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y la segunda, que está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de verosimilitud –o alto grado de probabilidad– acerca de su intervención en el delito[112]. No basta pues, como sería para el caso de la detención, la mera sospecha razonada, sino que –siguiendo a CHOCLÁN MONTALVO– una sospecha muy fundada, lo que

---

(109) ASENCIO MELLADO: *Los principios de la prisión provisional*, cit., p. 117.

(110) MARTÍN MORALES, Ricardo (Coord.): *El principio constitucional de intervención indiciaria. Parte Primera. Teoría general*, Grupo Editorial Universitario, Madrid, 2002, pp. 19/23.

(111) Señala José María ASENCIO MELLADO ("Los derechos contemplados en el art. 5º del CEDH de fecha 4 de noviembre de 1950", en: *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1998, p. 155) que el TEDH (Asunto "Klass", STEDH, de 6 de septiembre de 1978) ha sostenido que la restricción de derechos en el ámbito de una investigación penal sólo resulta legítima cuando se apoyan sobre los que recaigan indicios delictivos, esto es, exista, en términos procesales, de imputados.

(112) MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III (Proceso penal), pp. 415-416.

PJ CENTRAL

puesta acordarse la medida en los llamados delitos bagatela [99]. Desde esta consideración, unida a la segunda que luego se precisará, se entenderá que el sacrificio que se impone a la libertad de la persona debe ser razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

4. El segundo motivo de prisión preventiva, enraizado en la proporcionalidad –que como sabemos es un canon de legitimidad de las restricciones de todo derecho fundamental– está vinculado a los peligros que se pretende conjurar con la medida. Los mismos tienen como nexo común la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, que en el caso del proceso penal es asegurar la ejecución del fallo y, en menor medida, el normal desarrollo del proceso. Los peligros, debidamente desarrollados en sus elementos por ASENCIO MELLADO, son:

A. *Peligro de fuga*. Se contemplan cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito, vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado –referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes– y 5) conducta anterior y posterior al delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que se procesado, arraigo en la sociedad o contactos internacionales (STEDH, Asunto "B", de 28 de marzo de 1990, párr. 44; STEDH, Asunto "Letellier", de 27 de noviembre de 1991, párr. 43; STEDH, Asunto "Stögmuller", de 10 de noviembre de 1969, párr. 15; STEDH, Asunto "W", de 26 de enero de 1993, párr. 37) e incomparecencia del imputado al llamamiento judicial. El delito, en cuanto a la pena esperada, debe ser grave, pero como dice el TEDH (STEDH, Asunto "Neumeister", de 27 de junio de 1968, párr. 39), no basta ese solo dato, pues ha de cumplimentarse con algunos de los elementos ya indicados.

B. *Peligro de entorpecimiento*. Se requiere que el peligro sea concreto y no abstracto (Informe CoIDH, 2/97, Párr. 23). El riesgo radica en destruir de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen el propósito de suprimir la prueba (STEDH, Asunto "Wemhoff", de 27 de junio de 1968, párr. 14). Si se trata de pruebas materiales, el imputado ha de acreditar en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia respecto de los testigos, peritos o coimputados. (Cfr. STEDH, Asunto "Toiresi", de 27 de agosto de 1992, párrs. 92/95; STEDH, Asunto "Kemmache", de 12 de diciembre de 1991, párrs. 46/47; STEDH, Asunto "Letellier", de 27 de noviembre de 1991, párrs. 37-38). A ello debe destacarse, como mencionan

[99] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 386.

ASENCIO MELLADO, la naturaleza del delito, y el carácter y la posición del autor para obstruir la actividad probatoria [100].

C. *Peligro de reiteración delictiva*. Existen dos grandes grupos de criterios para acordar una prisión preventiva basada en este peligro, destinado a evitar una infracción concreta y determinada (STEDH, Asunto "Guzzardi", de 6 de noviembre de 1980, párr. 102): 1) criterios relativos al delito cometido y a las circunstancias de su comisión; y, 2) criterios referidos al hecho esperado y que se pretende evitar. En cuanto al primer bloque de criterios se ha de atender a la gravedad del delito, a su naturaleza, a las circunstancias de su comisión, a los antecedentes del reo, y a su personalidad (vid. STEDH, Asunto "Clooth", de 12 de noviembre de 1991, párr. 40; STEDH, Asunto "Matznetter", 4 de abril de 1969, párrs. 9 y 11; STEDH, Asunto "Toth", de 12 de diciembre de 1991, párr. 70; STEDH, Asunto "Herzogefahry", párr. 60). Respecto al segundo bloque de motivos, se ha de tener presente dos condiciones sobre la gravedad del delito presumido y la naturaleza del delito ejecutado.

5. El principio de proporcionalidad, al decir de GONZALES-CUELLAR SERRANO, incorpora como exigencias generales de la orden judicial las siguientes: (1) que debe ser motivada, en el sentido de suficiente y razonable, sin errores patentes en generación de inseguridad, y (2) que se sustente en unos fines que incorporen fines constitucionalmente legítimos y congruentes entre sí [101]. Sobre lo último, ya se ha hecho mención a las exigencias que debe cumplir una ley para disponer la privación de libertad por razones de punibilidad, así como que la orden de privación de libertad debe ser absolutamente congruente con los presupuestos y procedimientos que fija la ley, pues de lo contrario se incurre en ilegalidad manifiesta o en desviación de poder.

[100] ASENCIO MELLADO: *Los principios de la prisión provisional*, cit., p. 337. Este motivo está sujeto a posibles limitaciones (a raíz de la Ley Nº 318, de 8 de agosto de 1993, que modificó el art. 301º CPP de Italia, prevé la excepción de la prisión preventiva obligatoria por exigencias probatorias cuando el delito prime Cfr. PRADEL/DANET: *Droit pénal comparé*, cit., p. 443), sobre todo, apunta que los peligros alegados se cifrarían con el tiempo, en la proporción y en la medida en que las investigaciones son efectuadas, las declaraciones son tomadas y las pruebas constituidas, el peligro, para comparecer con el fin de la instrucción y con la sumisión del acusado y sus cómplices a juicio.

[101] GONZALES-CUELLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 69.

000031

b. En cuanto a la motivación, se requiere, como dice la CoIDH, que las consideraciones de hecho y de derecho de la orden deban estar puestas de manifiesto claramente (Informe 2/97, párr. 19). Ésta –que debe ser escrita, imprescindible para su control y para el conocimiento del sujeto afectado o, como IBÁÑEZ, para evitar órdenes [in]justificadas o precipitadas[100]– requiere, como ha determinado el TEDH, indicar las circunstancias sobre las que se basa (STEDH, Asunto "W", de 26 de enero de 1993, párr. 12), así como no incluir formulaciones puramente generales o abstractas, o que se remitan a decisiones anteriores (SSTEDH, Asuntos "Lamy", de 30 de marzo de 1989, párr. 29; "Letellier", de 27 de noviembre de 1991, párr. 51/52; "Kemmache", de 12 de diciembre de 1991, párr. 42; "Clooth", de 12 de noviembre de 1991, párr. 42).

4. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

A. *Presupuestos materiales*

1. El art. 135° CPP 1991, en su última modificación operada por la Ley N° 27753, de 9 de junio de 2002, siguiendo parcialmente la fuente germana, reconoce dos *presupuestos materiales*: a) existencia *de suficientes elementos probatorios* de la comisión de un delito, que vinculen al imputado como autor o partícipe del mismo (inc. 1); b) *Motivos de prisión preventiva*, tradicional en dos exigencias concurrentes: b.1) que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de privación de libertad (inc. 2); y, b.2) que existan indicios de que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria (inc. 3). La necesidad de la concurrencia de estos presupuestos ha sido afirmada reiteradamente por la Corte Suprema[101] y por el Tribunal Constitucional[102].

---

[100] BOLDOVA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 163.

[101] Ejecutoria Suprema de 22 de enero de 1998, Exp. N° 4966-97, Huaura (PEÑALOZO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002, p. 137). Ejecutoria Suprema de 26 de noviembre de 1998, Exp. N° 86-97 (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 1, N° 1, Trujillo, 1999, p. 436). "[Entre] ... elementos, ha dicho el Supremo Tribunal, deben concurrir en conjunto para que resulte arreglado a ley el sistema restrictivo con mandato de detención ... [Si] no concurre uno de ellos [...] la detención carecería de toda fundamentación..." (de 22 de enero de 1998). "[El] ... último término del art. 135° CPP utiliza la conjunción 'y', lo que indica que deben concurrir conjuntamente con los antecedentes los especiales circunstancias de arraigo a la acción de la justicia ... [por lo que, la Sala al no examinarlas así resuelve] ha infringido el inc. 3° del art. 139° de la Constitución, como una de las garantías de la función jurisdiccional para un debido proceso" (de 26 de noviembre de 1998). Un fallo más reciente es de 13 de enero de 2003, Exp. N° 8132-98, Lima (*Normas Legales*, T. 337, abril, Trujillo, 2002, p. A-73). Una anterior es el de 17 de setiembre de 1993, Exp. N° 1945-93, Lima (ROJAS VELA, Carmen: *Ejecutoriales supremas penales. 1993-1998*. Legrima, Lima, 1999, pp. 329-332).

[102] El Tribunal Constitucional ha declarado que: "El artículo 135° CPP señala los requisitos que deben concurrir a efectos de que el mandato de detención [prisión preventiva] no sea considerado arbitrario. Estos requisitos son: que exista prueda suficiente (*fumus boni iuris*), peligro procesal y que la pena probable a imponerse sea superior a los cuatro años (*periculum in mora*)". (STC, Exp. N° 0858-2003-HC/TC, Asunto "Santiago Tello Díaz", de 8 de julio de 2003, párr. 3 (*El Peruano*, Lima, 12 de febrero de 2004, pp. 9775-9776)).

Cabe señalar que la Corte Suprema, en una decisión anterior al año 1991, ya había indicado que la razonabilidad de la detención se sustenta en la gravedad de la conducta delictiva, en la existencia de indicios probatorios fehacientes que persuadan de la cierta responsabilidad del encausado –los que en todo caso deben ser corroborados o desvirtuados en la investigación–, y en la necesidad de asegurar el juzgamiento sin posibilidad razonable de fuga por parte del imputado[103].

2. El *fumus delicti comisi*, como ya se dijo, opera como condición sine qua non, y está constituido por dos reglas, una objetiva y otra subjetiva. La primera, referida a la existencia del delito imputado, de mayor exigencia de constatación, y la segunda, consistente en un juicio de verosimilitud que permita entender que el imputado ha cometido el hecho delictivo como autor o partícipe, con grandes dosis de probabilidad: no basta una mera sospecha, sino pronóstico de una condena con grandes posibilidades[104]. Como precisa MARTÍN BELLAS, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, "... para su constatación deben tenerse presente dos elementos básicos, uno objetivo, en el que poder sustentar la existencia de indicios de criminalidad y responsabilidad, y otro subjetivo o estándar de aprensión que le corresponderla a un tercero imparcial. En otras palabras: se requiere la existencia de una serie de hechos o informes que sean adecuados o suficientes para convencer a un tercero imparcial de que el individuo que ha de verse afectado por la medida puede haber cometido el delito, circunstancias éstas que deberán ser valoradas caso a caso (STEDH, Asunto "Fox, Campbell y Hartley", de 30 de agosto de 1990; STEDH, Asunto "Erdagoz", de 22 de octubre de 1997; y STEDH, Asunto "Labita", de 26 de abril de 2000)"[105].

El modificado art. 135° del CP 1991 considera, en su segundo párrafo del inc. 1) analizado, que no constituye "elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de

---

[103] Ejecutoria Suprema de 14 de octubre de 1999, Exp. N° 761-99, Piura (NEYRA FLORES, José: *Detención y libertad en el proceso penal peruano*, Editorial Portocarrero, Lima, 1999, pp. 346-347).

[104] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., p. 64; ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 82.

[105] MARTÍN BELLAS, Carlos: "Configuración jurisprudencial de la prisión provisional", en *Diario La Ley*, N° 5, mayo, Madrid, 2001, p. 84.

una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado". En rigor, se está ante un criterio de imputación propio del Derecho penal en los delitos tras personas jurídicas. La sola afirmación de que se ocupa un cargo social determinado, sin la referencia a la concreta conducta material, que por lo demás debe subsumirse en un específico tipo delictivo, no permite considerar a la persona como sujeto activo del delito. A ello se agrega, desde el Derecho procesal, como es obvio, que deben existir indicios delictivos suficientes de ambos extremos: del cargo social y, fundamentalmente, de la conducta material que se llevó a cabo. Sólo así podrá considerarse cumplido el presupuesto del *fumus delicti comissi*.

5. El *delito grave*, en tanto motivo de prisión preventiva, está representado por uno que merezca una sanción superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad[116]; la reciente ley superó la limitación que exigía que el delito sea doloso, y la concretó exclusivamente en la prognosis sobre la individualización de la pena. Emana una presunción legal, vinculada al subprincipio de estricta proporcionalidad –necesaria, pero insuficiente todavía–, dictada como parámetro objetivo, para lo cual, como tiene señalado la jurisprudencia, debe efectuarse una labor de prognosis de la sanción, teniendo en cuenta no sólo la pena conminada, sino otros elementos como la condición del autor, grado de participación, móviles, entre otros[117], esto es, deben apreciarse factores que dicen de la entidad del injusto y de la culpabilidad por el hecho (arts. 45° y 46° del Código Penal). Las circunstancias del hecho y las características del autor son determinantes para fijar un pronóstico aproximado de sanción y, en su caso, decidir si se cumple esta regla para dictar o no la medida de privación de libertad[118]. Es de enfatizar, ante la expresa modificación legal, que no constituye "criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa".

El Supremo Tribunal en la Ejecutoria de 17 de septiembre de 1993 precisó que si bien la apreciación de la suficiencia de elementos de prueba y del peligro de fuga –como de entorpecimiento– permiten una apreciación subjetiva del Juez,

[116] La Ley de Protección frente a la Violencia Familiar (texto T.U.O. fue aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, de 27 de junio de 1997), en su art. 25° estipula que el juez puede dictar mandatos de detención (léase medida preventiva) "...según la naturaleza o gravedad de los hechos...". Al respecto, debemos entender que la gravedad no puede referirse a una pronosis inferior a los cuatro años de privación de libertad.

[117] Ejecutoria Suprema de 27 de noviembre de 1998, Exp. N° 4148-98-A (BLACK CARRERA, Denysse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Madelaine: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, p. 677).

[118] Vid. Ejecutoria Suprema de 27 de abril de 1994, Exp. N° 2225-93, Lima (ROJAS PELAEZ: *Ejecutorias supremas penales. 1991-1996*, cit., pp. 332-334).

la determinación de la penalidad superior a cuatro años de privación de libertad es marcadamente objetiva y debe considerarse lo expresado en el ordenamiento sustantivo para cada una de las conductas delictivas que contempla[119]. En la Ejecutoria de 27 de abril de 1994 precisó, ratificando los alcances de la decisión anterior, que si el delito objeto de imputación está conminado con una penalidad relativamente indeterminada cuyo extremo máximo supera los cuatro años de privación de libertad, tal circunstancia no basta para dictar la medida de detención, ya que el Juez puede considerar que dentro del marco legal que señala la norma la pena a imponerse no superará esos límites[120].

6. El *peligrosismo procesal* tiene un carácter eminentemente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez. Es la regla que, en todo caso, fundamenta la legitimidad de la prisión preventiva. Son dos los peligros, considerados autónomamente, que la ley reconoce: *peligro de fuga* y *el peligro de entorpecimiento*[121]. El primer peligro, como se anotó, traduce la función esencial de la prisión preventiva, mientras que el segundo traduce la función aseguratoria de la prueba –distinta de la propiamente cautelar– de dicha medida provisional.

En este extremo lo primero que la Corte Suprema ha dejado sentado es que el Juez debe precisar el tercer elemento fijado en la ley para determinar la procedencia de la prisión preventiva, de lo contrario está ausente la motivación genérica para la procedencia de la citada medida, siendo así el caso que lo primero que debe valorar son los antecedentes policiales, judiciales o penales que registra el encausado[122]. En igual sentido, en la Ejecutoria Suprema de 26 de noviembre de 1997 indicó que constituye una infracción al deber de motivación de las resoluciones judiciales impuesto por el art. 139°.5 de la Constitución, que es una garantía del debido proceso, no haber precisado en qué consistirá la perturbación o distorsión probatoria en la que incidirá la conducta procesal del agente para lograr la ineficacia del proceso[123].

[119] Exp. N° 1945-92, Lima (ROJAS PELAEZ: *Ejecutorias supremas penales. 1991-1996*, cit., pp. 329-330).

[120] Exp. N° 2225-93, Lima (ROJAS PELAEZ: *Ejecutorias supremas penales. 1991-1996*, cit., pp. 333-334).

[121] El art. 22° del T.U.O de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, introduce un nuevo peligro relevante de delictus. Con tal peligro la prisión preventiva cumple tres nuevas finalidades dentro de la cautelar y de la aseguratoria, la tutelar. Sus reformas de ejecución ya han sido tratadas líneas arriba.

[122] Ejecutoria Suprema de 4 de mayo de 1999, Exp. N° 1001-98, Huaura (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, Normas Legales, Trujillo, 2000, T. I, p. 133).

[123] Exp. N° 06-97, Huancavelica (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, cit., T. I, p. 134).

Analizando en concreto los alcances del peligro de fuga, el Supremo Tribunal ha dejado sentado: a) que se prevé la no existencia de peligro procesal si el inculpado ha señalado domicilio y tiene ocupación conocida, así como que carece de antecedentes y no registra requisitorias en su haber (*vid.* Ej. Sup. de 16 de enero de 1998); y, b) que, por el contrario, si el imputado no acudió a rendir manifestación policial, si no acreditó con documentos su calidad personal y la ocupación laboral que aduce, entonces, se evidencia peligro procesal en su conducta (*vid.* Ej. Sup. de 15 de julio de 1998)[1120]. Llama la atención la Ejecutoria Suprema de 25 de abril de 1996, particularmente equivocada, que no cumple con ratificar la presencia conjunta de todos los presupuestos materiales de la prisión preventiva; al respecto, señala: "Que, de otro lado, en cuanto al peligro procesal, (...) si bien es cierto no existe en autos elementos que indiquen una razonable probabilidad que el imputado rehuya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria, más aún si éste se ha sometido a las investigaciones iniciales desde el nivel policial, también lo es que por la gravedad de los hechos, resulta coherente asegurar el sometimiento procesal al imputado, cumpliéndose así en el caso materia de autos en forma concurrente con los tres presupuestos materiales establecidos en (...) la ley"[1121]. La Corte Superior de Lima ha establecido que por la modalidad empleada y las circunstancias que rodean lo hechos imputados, encontrándose el procesado en calidad de no habido, se presume que éste tratará de eludir la acción de la justicia[1122].

En lo atinente al peligro de entorpecimiento, la Corte Suprema en una ocasión, debidamente documentada (*vid.* Ejecutoria de 26 de noviembre de 1997), sentó la doctrina que cuando se trata de delitos cuya fuente probatoria tiene base documental y pericial, debe precisarse en qué consistirá la perturbación o distorsión probatoria en la que incidiría la conducta procesal del agente para lograr la ineficacia del proceso. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha considerado arbitrario que el juez sustente el peligro de entorpecimiento en el hecho que el reo se negó a firmar las actas de reconocimiento elaboradas en sede judicial[1123]; razonamiento que no es de aceptar en tanto que el ejercicio al derecho de contradicción no puede estimarse como obstaculización probatoria.

[1120] Exp. Nº 7158-97-A, Lima; y Exp. Nº 1013-96-B (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, cit., T. I, pp. 184-188).

[1121] Exp. Nº 86-95, Callao (NOGUERA RAMOS: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, cit., pp. 324-325).

[1122] Ejecutoria Superior de Lima de 13 de agosto de 1998, Exp. Nº 3780-98-C (BACA CABRERA et al.: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 681).

[1123] STC, Exp. Nº 0805-2002-HC/TC, Asunto "Santiago Tello Díaz", de 8 de julio de 2002 (*El Peruano*, Lima, 12 de febrero de 2003, pp. 5775-5776).

000034

5. El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia tiene sentado: 1) Que la prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso, que no es una medida punitiva y que es una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional (evitar la fuga y garantizar la presencia del imputado durante el proceso es típicamente cautelar, pero no lo es –como se anotó– evitar la perturbación probatoria) (STC, Exp. Nº 1567-2002-HC/TC, Asunto "Alejandro Rodríguez Medrano", de 5 de agosto de 2002)[1124]. 2) Que, definida a partir de su función estrictamente cautelar, esta medida "... se justifica para garantizar la sujeción del imputado y para que en su momento pueda hacerse efectiva una posible sentencia condenatoria" (STC, Exp. Nº 1730-2002-HC/TC, de 8 de agosto de 2002, párr. 4). 3) Que es una medida que no puede constituir la regla, es por el contrario excepcional, de carácter subsidiario, razonable y proporcional (STC, Asunto "Alejandro Rodríguez Medrano", de 5 de agosto de 2002, párr. 4). 4) Que es una medida también provisional, cuyo mantenimiento sólo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado (STC, Exp. Nº 1091-2002-HC/TC, Asunto "Vicente Silva Checa", de 12 de agosto de 2002, párr. 12)[1125]. 5) Que el principio de proporcionalidad se expresa en que, sobre la base del grado de exigencia cautelar, la medida a dictarse debe ser la menos gravosa o aflictiva posible (STC, Asunto "Moisés Polo Giraldo", de 23 de agosto de 2000, párr. 4)[1126]. 6) Que en cuanto al principio de excepcionalidad sostuvo que: "...una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa del derecho fundamental a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas" (STC, Asunto "Gregorio Martín Velarde Quiroz", de 25 de agosto de 2000)[1127]. 7) Que la prisión preventiva "...sólo procede en los casos en los que existen hechos objetivos y razonables que permitan concluir, de manera indubitable, que la no restricción de la libertad individual pondrá en riesgo la actividad probatoria, el éxito del proceso penal o posibilitará al procesado sustraerse a la acción de la justicia. Tal criterio, que es una exigencia de la eficacia directa del derecho a la presunción de inocencia en todo proceso penal, está en relación directa con

---

[1124] *Jurisprudencia penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, T. I, pp. 53-59.

[1125] *Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 395-[illegible].

[1126] Exp. Nº 612-2000-HC/TC (*El Peruano*, Lima, 16 de enero de 2001, pp. 3870-3871).

[1127] Exp. Nº 800-2000-HC/TC (*El Peruano*, Lima, 16 de enero de 2001, pp. 3888-3890).

la naturaleza de la medida cuestionada, que no es otra que la de constituir una medida cautelar y no una medida sancionadora[108].

La Corte Suprema, en la Ejecutoria de 15 de marzo de 1999, ha entendido que el principio de necesidad se expresa en que –según las circunstancias de la causa– resulte absolutamente indispensable para asegurar que el encausado no se aprovecha de la acción de la justicia o no perturba la actividad probatoria[109]. Bajo esta misma perspectiva, en la Ejecutoria Suprema de 27 de febrero de 1998, sostuvo que se debe "tener en cuenta que la detención es una medida coercitiva que sólo debe ser aplicada en casos en que sea *indispensable* para los fines del proceso, puesto que se trata de la restricción de la libertad, que es un bien jurídico susceptible de ser afecto siempre que se den los presupuestos legales, no así en caso de interpretación extensiva sobre las normas restrictivas de derechos"[110].

B. Presupuestos formales

El art. 2º.24.f) de la Constitución establece que la privación procesal de la libertad *requiere mandamiento escrito y motivado del Juez*. A su vez, el art. 134º, primer párrafo, del Código Procesal Penal de 1991, precisa: a) que el mandato de detención será motivado, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustentare; y, b) que el oficio mediante el cual se dispone la ejecución de la detención, deberá contener los datos de identidad personal del requerido.

La decisión de encarcelar a una persona se realiza en el auto de apertura de instrucción (art. 77º del Código de Procedimientos Penales), el cual contiene dos aspectos esenciales: el primero, vinculado a la decisión de

[108] STC, Exp. Nº 828-2002-HC/TC, Arequipa "Carlos Zelada Dávila", de 5 de julio de 2002, párr. 2 (*Jurisprudencia penal*, cit., 2002, cit., T. I, pp. 69-70). Algunas exigencias mínimas son: 1) Que la prisión preventiva tiene diversas funciones, no sólo asegurativas; 2) Que el principio de intervención indiciada, por su propia naturaleza, no requiere de *pruebas contundentes* –propias de una sentencia– sino un juicio probabilístico; 3) Que la presunción de inocencia no fundamenta la prisión preventiva, sino el principio de intervención indiciaria, que se incorporado por la doctrina y jurisprudencia alemanas al principio de proporcionalidad; y, 4) Que no se trata de generar una sensación de culpabilidad o de la propuesta –tesis del peligrismo penal–, contenida en este último caso por su propia naturaleza, sino sólo de sustentar un juicio de probabilidad –ese, entre otros puntos, es la acción que motiva la STC comentada en el Asunto "Luis Bedoya de Vivanco", Exp. Nº 1091-2002, 27 de enero de 2003–.

[109] Exp. Nº 671-97-A, Lima (Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal y procesal penal* /1993-2002/, cit., T. I, p. 191).

[110] Exp. Nº 845-98-A, Lima (Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal y procesal penal* /1993-2002/, cit., T. I, p. 191).

procesar penalmente a una persona determinada por un delito específico; y, el segundo, la emisión de las medidas cautelares, siendo indispensable definir si el imputado será encarcelado preventivamente o se le dictará mandato de comparecencia. Un tercer aspecto, que puede o no estar presente, se refiere a las primeras diligencias o actos de investigación que deben llevarse a cabo.

En el auto de apertura de instrucción, con el que se inicia la instrucción formal, indefectiblemente debe definirse la situación jurídica del imputado. También es posible acordar mandato de prisión preventiva, en atención al principio *rebus sic stantibus*, en cualquier otro momento del proceso cuando "resultaren pruebas de que el imputado en situación de comparecencia está incurso en los supuestos del art. 135º" (art. 123º del Código Procesal Penal de 1991), lo que puede producirse en el curso de la investigación, en la etapa intermedia al dictar el auto de enjuiciamiento (art. 261º del Código Procesal Penal de 1991) o en el juicio oral. Sin embargo, a diferencia de la primera resolución judicial, en que la medida provisional personal se dicta de oficio (art. 135º del Código Procesal Penal de 1991) y, por tanto, rige por completo el principio de oficialidad, el tránsito de situación jurídica del imputado que está con mandato de comparecencia a prisión preventiva, requiere inexcusablemente petición del fiscal o del actor civil, a tenor del art. 135º del citado Código, pues está sujeta al principio dispositivo, que de este modo, explica Alberto BOVINO, tiende a garantizar con más fuerza la imparcialidad y objetividad judicial, previniendo la contaminación del juez, con lo que se cumple el principio acusatorio, que hubiera sido lo deseable desde la primera resolución judicial[111].

La prisión preventiva o el auto de prisión, sea que esté incorporado en la decisión de procesamiento penal del imputado o en el auto de enjuiciamiento o, en todo caso, que se dicte en resolución independiente, siempre debe ser escrito y motivado.

La exteriorización de la orden de prisión preventiva es una exigencia constitucional que parte de lo dispuesto en el art. 139º.5 de la norma fundamental. Las resoluciones judiciales, según esa disposición, siempre son escritas. No se acepta, en consecuencia, las decisiones orales. Sobre esa base es que el justiciable tiene mayores posibilidades de enterarse del contenido de una resolución y poder ejercer contra ellas los recursos y remedios procesales pertinentes o adoptar la posición defensiva que corresponda.

La motivación del auto que acuerda la prisión preventiva tiene como razón esencial que el procesado conozca los fundamentos por las que resulta

[111] BOVINO, Alberto: *Temas de Derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, pp. 36-37.

000035

preso, explicitando –aun cuando escueta o sucintamente– el proceso lógico y mental que ha conducido a dicha medida provisional. La motivación tiene un doble fundamento: 1. Permite el control de la actividad jurisdiccional; 2. Logra el convencimiento de las partes y los ciudadanos acerca de su corrección y justicia, mostrando una aplicación del Derecho vigente libre de arbitrariedades.

Para que el razonamiento tenga validez constitucional, sostiene Nicolás GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, se requiere que sea expresado en la resolución, que guarde relación y que sea congruente y proporcionado con el problema que se resuelve[107]. En consecuencia, siguiendo nuestro texto constitucional, los fundamentos de hecho y de derecho, incluida la cita de la ley aplicable, deben referirse a los presupuestos materiales de la prisión preventiva y contener una adecuada evaluación del material probatorio en función a las exigencias legales de la medida (existencia de un delito doloso, probabilidad de autoría o participación en el delito por parte del imputado, prognosis de sanción y razonamiento acerca del peligrosismo procesal).

El Tribunal Constitucional ha establecido en el Asunto "Vicente Silva Checa" que, genéricamente, la motivación garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las Leyes (art. 138° Const.), y que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa; derecho que en garantía una determinada extensión de la motivación, que se tenga que pronunciar expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni excluye que se pueda proyectar la figura de la motivación por remisión. Asimismo, ha precisado: a) que la prisión preventiva hace más exigente el requisito de motivación, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad, a la vez que permite evaluar si el juez ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la misma; y, b) que dos son las características de una tal motivación: suficiencia, vale decir, que debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho, y razonabilidad, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican su adopción (STC, Exp. N° 1091-2002-HC/TC, de 13 de agosto de 2003, párrs. 20-22)[108]. En el Asunto "Amadeo Domínguez Tello" puntualizó que la motivación, en la prisión preventiva, tiene dos características: en "primer lugar, tiene que ser 'suficiente', esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser 'razonada', en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar,..." (STC, Exp. N° 1260-2002-HC/TC, de 9 de julio de 2002)[109].

[107] GONZALES-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 147.

[108] *Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 393-410.

La ejecución del mandato de detención corresponde a la Policía Nacional, la cual recibe la comunicación judicial mediante un oficio que debe contener los datos de identidad personal del requerido, a fin de evitar capturas de homónimos, es decir, de personas que tienen similares nombres y apellidos. La inscripción de las órdenes de detención, que reciben el nombre de "requisitorias", tienen una vigencia de 6 meses, cuyo vencimiento reduzca automáticamente, a menos que sean renovadas (art. 136° *in fine* del Código Procesal Penal de 1991). La vigencia temporal de las requisitorias está exceptuada para los casos de narcotráfico y terrorismo, conforme a la modificación operada al citado artículo 136° CPP 1991, por la Ley N° 25568, de 13 de agosto de 1992.

5. MODALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El efecto principal de la prisión preventiva es, desde luego, la privación de la libertad del imputado, con sujeción a los regímenes jurídicos establecidos en el Código de Ejecución Penal y en el código ritual. La privación provisional de la libertad tiene como característica central una separación entre internos procesados e internos condenados, pues no puede equipararse el cumplimiento de una pena firme con la privación provisional de la libertad, aun cuando según el art. 47° del Código Penal –en virtud de la nota característica de homogeneidad de las medidas provisionales– "el tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención".

El Código Procesal Penal de 1991 reconoce dos regímenes de prisión preventiva: la ordinaria o comunicada y la incomunicada (arts. 135° y 140°). Otros ordenamientos procesales, como por ejemplo el español y el italiano, consideran la detención o arresto domiciliario como una modalidad atenuada de restricción de la libertad personal; en cambio, la ley procesal nacional de 1991 –que está en vigencia, al igual que lo dispuesto en los arts. 2°.1 *in fine* y 7° de la Ley N° 27379– la considera una alternativa a la prisión preventiva y la regula dentro de las modalidades de la comparecencia restrictiva.

[109] PICARDO GUEVARA, Miguel: *Jurisprudencia constitucional de hábeas corpus*, Grijley, Lima, 2003, pp. 99-104.

A. La prisión preventiva comunicada

La prisión preventiva comunicada es la vinculación ordinaria durante la cual el detenido puede disfrutar de los derechos reconocidos en la ley. Es, por tanto, la regla general o el modo habitual de acordar la detención, en cuya virtud –dice MORENO CATENA– se ordena el internamiento del incalpado en un centro penitenciario, sujeto a las reglas habituales establecidas por el Código de Ejecución Penal[197].

En el concierto carcelario, los internos-procesados deben estar sujetos a un régimen especial o estatuto personal, no sólo indicado en la separación de los internos-condenados, sino llevado a cabo en la forma que menos perjudique en su persona, reputación y patrimonio y guiados por tres principios básicos: presunción de inocencia, excepcionalidad y trato digno. ASENCIO MELLADO dice que la privación de libertad exige que la jurisdicción tenga un control absoluto –indelegable– del seguimiento del encarcelamiento, que los internos-procesados no puedan ser sometidos a ningún tratamiento penitenciario de reinserción social y que la limitación de sus derechos esté en función del curso del proceso y no de la imposición en sentencia condenatoria alguna[198].

B. La prisión preventiva incomunicada

La prisión preventiva incomunicada supone una excepción al régimen ordinario y común de cumplimiento de la medida de prisión preventiva. Es, como sostiene SORA ARAGONÉSES MARTÍNEZ, una forma agravada de cumplimiento de la prisión, pues supone la restricción de ciertos derechos del detenido –particularmente de aquellos que le permiten un contacto con el exterior– con el objeto de evitar que se ponga en peligro la investigación[199].

Se trata de un estado transitorio de privación de libertad, que aunque pocos, acota AGUILERA DE PAZ, es indispensable en determinados casos para que la autoridad judicial no vea burlados sus esfuerzos[200].

Su finalidad es evitar la frustración del éxito del proceso impidiendo que el imputado pueda ser confabulado con terceros, lo que se intenta conseguir con su aislamiento y suspensión de las comunicaciones con el exterior. Tal finalidad, sin duda alguna, no es castigar, sino que tiene –como asume ASENCIO MELLADO

[197] Cfr. GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 376.

[198] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 194.

[199] DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., p. 395.

[200] AGUILERA DE PAZ: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Hijos de Reus Editores, Madrid, 1913, p. 219.

siguiendo a MORENO CATENA– una finalidad asegurativa que no explica por sí sola el fenómeno mismo, pero ligada a la función más general de aseguramiento del proceso y que sólo adquiere sentido en la prisión incomunicada[201].

La incomunicación se encuentra reconocida constitucionalmente en el art. 3°.24.'g' de la carta política, en tanto excepción al derecho fundamental de no incomunicación. Los requisitos que habilitan la incomunicación son: 1. Necesidad de esclarecer un delito o finalidad exclusivamente penal de la medida. 2. Reserva de ley: la ley debe precisar la forma y el tiempo de duración de la medida. 3. La autoridad debe señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

El art. 133° del Código de Procedimientos Penales de 1940 respeta los marcos constitucionales antes señalados, pues prevé que el motivo de la incomunicación es la necesidad de cumplir con los fines de la instrucción, es decir, esclarecer sobremanera la imputación, mas no obtener confesiones o propiciar o forzar la colaboración del imputado. Asimismo, fija el término de la medida en 10 días como máximo –a cuya excepcionalidad, vista su extraordinariedad, cesa de plano derecho o automáticamente–. Finalmente, como medida de control, impone la comunicación a la Sala Penal Superior; ulteriormente, y antes lo prevé el art. 140° del Código Procesal Penal de 1991, el Tribunal Superior puede, de oficio o a petición del imputado, revocarla en caso la considere injustificada.

El régimen de la incomunicación se encuentra detallado con mayor precisión en el Código Procesal Penal de 1991. El imputado podrá leer libros, diarios, revistas y escuchar noticias de libre circulación y difusión, así como recibir sin obstáculos la visión diferencial que le es enviada. La incomunicación, en resguardo del derecho de defensa del preso, impide las conferencias con su abogado defensor, las que no pueden ser prohibidas y requieren autorización previa. En este último punto, el Código de Procedimientos Penales de 1940 es mucho más restrictivo, pues las conferencias están sujetas a la autorización judicial y se realizan en presencia del juez. A nuestro juicio, este precepto afecta irrazonablemente el derecho de defensa y vulnera el art. 8°, inciso 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, al impedir la privacidad necesaria entre imputado y su defensor y, de este modo, las posibilidades de un ejercicio eficaz de su derecho al contradictorio y de ofrecer las pruebas pertinentes en su beneficio.

Si Código de Procedimientos Penales de 1940 articuló la incomunicación como una medida aplicable a la instrucción formal, esto es, de competencia del juez penal y en sede judicial. Sin embargo, el Código Procesal

[201] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 78.

600037

Penal de 1991, si bien lo reguló acabadamente en el título correspondiente a la investigación formal, también la permitió en sede preliminar (art. 107° in fine); medida que, en todo caso, requiere orden judicial. Es obvio que la incomunicación tiene mayor efectividad cuando se utiliza en los primeros actos de la investigación, por lo que su requerimiento será mayor durante la investigación previa o preliminar, resultando razonable que previa decisión judicial, dictada a requerimiento del fiscal, en tanto conductor de la investigación del delito desde su inicio, pueda llevarse a cabo en sede policial o fiscal, bajo indispensable control judicial.

Así lo ha determinado la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Asunto "Acción de inconstitucionalidad contra la legislación de terrorismo" (STC N° 10-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003).

E. Plazo de la prisión preventiva

A. Aspectos generales

1. La prisión preventiva, en primer lugar, como toda medida provisional está sujeta al principio *rebus sic stantibus*, en cuya virtud puede ser levantada en cualquier momento en que se modifiquen los presupuestos materiales que sirvieron para acordarla; esto es, en palabras de Gómez Orbaneja, "(...) *no son definitivas y pueden ser alteradas por el resultado del proceso*"[1442]. Sin embargo, esta nota característica, según demuestra la experiencia, no es suficiente. Acogiendo esta regla de experiencia, el art. 7°.5 de la CADH prescribe que la privación de libertad está condicionada a un plazo razonable, de lo contrario el imputado debe ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. El objetivo de este límite, señala la CoIDH es "(...) *proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como la seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado*" (Informe 12/96, párr. 76), el cual se da en interés del acusado y no de la justicia (Informe 23/96, párr. 70). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esa misma base legal tiene establecido que la finalidad del precepto es fundamentalmente que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deje de ser razonable (STEDH, Asunto "Neumeister", de 27 de junio de 1968, párr. 4). Por ende, se busca evitar privaciones de libertad no razonables y, según establece la CIDH, "(...) *tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente*" (SCIDH, Asunto "Suárez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párr. 70).

[1442] Gómez Orbaneja, Emilio y Héctor Quintano, Vicente. *Derecho procesal penal*, 12ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 206.

2. La CADH, nos dice Gialdino, se refiere a dos clases de plazos: al del proceso en su conjunto y al de la prisión preventiva en particular, siendo este último necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio –CoIDH, Informe 12/96, párr. 112–, aunque los parámetros para evaluarlos guardan entre sí una mínima analogía, pero no confusión[1443]. Esto último trae como consecuencia la regla o nota característica de la *temporalidad* de la prisión preventiva, derivada del principio de excepcionalidad de la misma; regla que obedece a razones de justicia y sirve como remedio ante la posible virtualidad práctica del *rebus sic stantibus*. En virtud de su incorporación al sistema interamericano, la limitación temporal de la prisión preventiva tiene como objetivo hacer cesar el encarcelamiento preventivo, atendiendo al mero transcurso del tiempo.

3. Son dos los elementos que describen el plazo razonable de la prisión preventiva. El primero, está referido al cómputo de los períodos de privación de libertad. El segundo, está circunscrito al conjunto de causas o criterios que pueden fundar una prolongación/mantenimiento de la restricción de libertad. En ambos supuestos, es obvio que el análisis o control debe realizarlo "in concreto" (cfr. CoEDH, Asunto "Vallon", de 8 de mayo de 1984, párr. 51).

4. El plazo de la prisión preventiva, desde luego, debe ser establecido como un límite máximo, aunque no necesariamente de carácter abstracto, expresado en un número fijo de días, semanas, meses o años, o varios períodos que dependan de la seriedad de la infracción (cfr. STEDH, Asunto "W", de 26 de enero de 1993, párr. 35). Cuando una legislación, como es la tendencia en el derecho comparado, fija un límite que siempre habrá de ser entendido como máximo y, por ende, no impide que en un caso concreto ese límite sea menor, el cómputo comprende desde el día de la detención, aunque ésta hubiese sido anterior a la fecha en que fue dispuesta la prisión preventiva al iniciarse la instrucción (SCIDH, Asunto "Suárez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párr. 34 y 70) hasta el juicio oral, así como el tiempo de los recursos a que pudo haber dado lugar la resolución de prisión preventiva (CoIDH, Informe 12/96, párr. 105), cuyo término es la sentencia efectiva. La superación del plazo, *per se*, torna la prisión de irrazonable, no siendo necesario analizar las circunstancias de la causa.

5. El segundo elemento para definir el carácter razonable de la prisión preventiva está en función de las circunstancias concurrentes en el proceso, que se inclinarán por una u otra opción. Una primera condición, sine qua non de la subsistencia o regularidad de la medida, como acota Pedraz Penalva, citando la jurisprudencia del TEDH (STEDH, Asunto "Scopmuller", de 9

[1443] Gialdino, Rolando. "La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos", en www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm.

de febrero de 1967, párr. 4), es (1) la persistencia de plausibles sospechas acerca de la participación en el hecho punible por el que se procede; y, (2) dada la insuficiencia del *fumus delicti comisi*, el análisis de los motivos de privación de libertad, lo que implica controlar su pertinencia y suficiencia (STEDH, Asunto "Wemhoff", 1 de abril de 1966, párr. 122; y STEDH, Asunto "Kingsley", de 27 de noviembre de 1991, párr. 104).

b. La segunda condición está en la por demás compleja confluencia de tres circunstancias: complejidad e implicancias del caso, actividad de los órganos judiciales y la conducta procesal del acusado, las que deben valorarse siempre desde el criterio de proporcionalidad (SJCIDH, Asuntos "Genie Lacayo", de 29 de enero de 1997, párr. 77; y, "Suárez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párr. 72). Habrá de tomarse en cuenta la naturaleza del delito, los hechos investigados y los alcances de la actividad probatoria necesaria para el esclarecimiento de los cargos; asimismo, el estudio del tiempo insumido durante la instrucción, el juzgamiento y el procedimiento recursal en su caso (que dice de la actividad o inactividad procesal de la autoridad judicial (STEDH, Asunto "Wemhoff", 1 de abril de 1966, párr. 16; CoIDH, Informe 12/96, párr. 135). Por último, también es de controlar la conducta procesal del acusado, en cuanto en cuanto la demora efectiva del procedimiento pueda ser imputable al ánimo del reo del derecho a utilizar los recursos procesales disponibles con la intención de alargar el procedimiento (CoIDH, Informe 64/99, párr. 60). En este supuesto se tiene en la obstaculización deliberada, la mala fe o los propósitos obstructivos del acusado (CoIDH, Informe 12/96, párrs. 150 y 155). Siempre que la dilación del procedimiento sea directamente proporcional al tiempo transcurrido por esa causa (CoIDH, Informe 43/96, párr. 106).

B. Legislación y jurisprudencia nacionales

El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho al plazo razonable, tanto de la duración de la causa como de la prisión preventiva, es un elemento que integra el contenido esencial del debido proceso, lo que permite asumir que el proceso no es un instrumento en el mismo arbitrario, sino un mecanismo rodeado de elementos compatibles con la justicia[199]. Asimismo, ha estimado que la libertad por exceso de detención (exceso del plazo de la prisión preventiva) "(...) lo que ofrece en realidad es un paliativo a la eventual injusticia ocasionada por la lentitud o ineficacia en la administración de justicia, optando por el mal menor de que un culpable salga libre mientras espera ser condenado, frente al mal mayor de que un inocente permanezca encarcelado en espera de su pronta absolución definitiva. En tales

[199] Asunto "Juan García Brazo"; Exp. N° 0026-2001-HC/TC, de 11 de enero de 2001 (*Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 436-439).

circunstancias es obvio que tiene prevalencia el derecho de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable, es una forma de anteponer la persona al Estado, tal y cual lo prescribe el artículo 1° de la Constitución" [200].

En cuanto al plazo de la prisión preventiva, regulado por el art. 137° CPP 1991, recientemente modificado por la Ley N° 27553, de 13 de noviembre de 2001, cabe decir lo siguiente:

1. El primer párrafo fija la regla general del plazo de la prisión preventiva. Un correcto entendimiento de este dispositivo permite reconocer que existen dos plazos: *i)* el común, que es un plazo para delitos comunes, dividido en función de delitos graves y menos graves [201]; y, *ii)* el excepcional, que es otro plazo común para delitos excepcionados, cuando para causas complejas. A su vencimiento, sin que se haya expedido sentencia de primer grado debe producirse la excarcelación inmediata.

En el primer supuesto, el plazo es de nueve meses o de dieciocho meses (antes era de sólo quince meses), si el delito es menos grave o grave (sobre esa base se define el procedimiento ordinario abreviado o sumario, y el procedimiento ordinario común). En el segundo supuesto, el plazo se duplica: esto es, dieciocho meses o treinta y seis meses.

2. Un problema fundamental viene que ver con la interpretación que de esa norma asumió el Tribunal Constitucional. En la sinuda STC N° 0156-2001-HC/TC, y en otras muchas más, no diferenció entre delitos comunes y delitos excepcionados (por se poco en el caso de "causas complejas"). Semejantemente obvió esa diferencia y entendió implícitamente que tal supuesto era inexistente justificadamente. Consecuentemente, declaró expresamente que sólo existía un único plazo para toda clase de delitos. Ni siquiera propició una interpretación tendiente a implicar esa diferencia de tratamiento por resultar irrazonable al vulnerar el principio de igualdad.

La posibilidad de inaplicabilidad normativa, en todo caso, sólo podría aceptarse si se toma como fuente para generar una diferencia de tratamiento procesal a los delitos en sí mismos considerados, lo que no sería de recibo

[200] STC, Exp. N° 819-1701-HC/TC, Asunto "Juan Ignacio Bravo", de 11 de enero de 2001 (*Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 436-439).

[201] La STC, Exp. N° 2177-2003-HC/TC, Asunto "Juan Ortega Ortega" (*El Peruano*, Lima, 2 de abril de 2003, pp. 9068-9069) decidió que cuando la ley se refiere a "proceso ordinario" debe entenderse al actual procedimiento común, mientras que por "procedimiento especial" debe entenderse el sumario, proceso ordinario, sólo hasta que entre en vigencia el nuevo Código Procesal Penal. En igual sentido se pronunció esa magistratura: STC, Exp. N° 1915-2002-HC/TC, Asunto "Mauro Núñez Calle Magistre", de 2 de agosto de 2002 (*El Peruano*, Lima, 24 de octubre de 2002, pp. 9503-9504).

000039

dado que la duración de la prisión preventiva no está conectada con ese dato aberrante, aunque sabrá acotar que la propia norma constitucional asigna esa diferencia, circunscribiéndola a la detención preliminar. Empero, tal interpretación tendría problemas de fundamentación al querer asimilarse arbitrariamente frente al otro supuesto de causas *muy complejas*, que objetivamente tiene la diferencia sobre aspectos concretos del procedimiento indicados en la complejidad de las actuaciones.

Felizmente, el Tribunal Constitucional enmendó esa doctrina y estimó que en los delitos excepcionales y en las causas complejas, por imperio de la ley, el plazo límite se duplica automáticamente y, sólo en los casos del segundo párrafo de la citada disposición procesal, la prolongación de la detención (prisión preventiva) por un plazo igual al límite se aprobará mediante auto debidamente motivado, a solicitud del Fiscal o con conocimiento del investigado"[107]. El Tribunal Constitucional distingue, entonces, entre duplicidad –automática por su propia naturaleza– y la prolongación, rogada y con trámite contradictorio"[108].

3. La nueva norma, para estos efectos de excarcelación, precisa lo que se debe entender por "procedimientos de naturaleza compleja". Impone dos requisitos concurrentes: debe tratarse de causas seguidas contra más de diez imputados

[107] Del mismo Alto Tribunal constitucional, STC Auxiliar "Alan Horacio Bojer", Exp. N° 2114-2003-HC/TC (*El Peruano*, Lima, 2 de abril de 2003, pp. 6064-6065); STC Auxiliar "Elías Chávez Peñaherrera", Exp. N° 1726-2002-HC/TC, de 8 de agosto de 2002 (*Jurisprudencia penal*, cit., 2003, año, T. I, pp. 59-66). Otro caso similar es la STC. Exp. N° 330-2003-HC/TC, de 4 de julio de 2003, Auxiliar "James Ben Gnali y otro" (*El Peruano*, Lima, 10 de septiembre de 2003, pp. 3367-3368).

[108] STC. Exp. N° 1724-2002-HC/TC Auxiliar "Marco Antonio Tello Alí" (*El Peruano*, Lima, 7 de marzo de 2003, p. 9087). En esta sentencia (STC. Exp. N° 1300-2002-HC/TC, 7 de agosto de 2002, Auxiliar "Hugo Eyzaguirre Maguiña", http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1300-2002-HC.html), se sólo precisó su doctrina sobre la ley procesal penal en el tiempo, recogiendo los principios dogmáticos que hemos postulado anteriormente (que los actos procesales que rigen un acto procesal son las vigentes al momento en que éste debe realizarse; que la retroactividad sólo será posible cuando un acto ya realizado se modifique por la nueva ley, sin embargo regirá la ley *ex tunc* cuando el tiempo de su vigencia, por ejemplo, los plazos ya se cumplieron; que la posibilidad de aplicación retroactiva beneficiosa es un problema del derecho transitorio y, por tanto, debe tratarse a sus disposiciones), en cuya virtud –respecto a la modificación del art. 137° CPP por la Ley N° 27553– esta ley sólo será aplicable al momento de su entrada en vigencia el plazo de 18 o 36 meses fijados por el Decreto Ley N° 25824 sin no sobre vencido; también empero, en orden al denominado "plazo excepcional", que fue –que empero la duplicidad del plazo común– es diferente del establecido por CPP y opera de manera automática, en cambio la prolongación del plazo se regula en el segundo párrafo del mismo artículo y no es automática, para requiere del cumplimiento de dos requisitos y requiere auto motivado a solicitud del Fiscal y con audiencia del imputado.

(once como mínimo) y, adicionalmente, contra más de diez agraviados o en agravio del Estado. Es de rigor entender que la "complejidad" constituye un motivo absolutamente razonable y objetivo para introducir una pauta de diferenciación. La regla de experiencia incorporada sería: a más complejidad, mayor será el tiempo que se invierta en la investigación y enjuiciamiento de un caso.

4. El tercer párrafo de la norma permite la posibilidad de una prolongación de la prisión preventiva. Son dos los *requisitos materiales* que deben presentarse, conjuntamente, para que se disponga la prolongación: a) que concurran circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación o instrucción (estas circunstancias serán conectadas con los avatares o dificultades para concretar los actos de investigación, y por cierto con la complejidad de la causa por razón de materia, de concurso de personas, etc.); y, b) que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia: se trata de una evaluación del *periculum libertatis* a la luz del tiempo transcurrido. El tiempo puede hacer variar el peligrosismo procesal y aconseja reexaminar el peligro de fuga, tal como lo ha declarado el TEDH en el Asunto "Letellier" de 26 de junio de 1991 y el Tribunal Constitucional español en el caso "Carlos Saiot" (Causa N° 128/1995), así como de la moralidad y condiciones personales de arraigo (el tener número de hijos, personas a su cargo, vecindad conocida, trabajo estable (arraigo familiar, profesional y social), reputación o fama, medios económicos de que dispone, conexiones con otros países o países, etc. (STEDH, Asunto "Wemhoff", de 27 de junio de 1968). Se entiende que vencido el plazo de la prisión preventiva, sea el inicial o el prorrogado, el imputado, sin consideración de ninguna índole, debe recuperar su libertad"[109].

Si se cumplen ambos requisitos la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo igual. Ello no significa, desde luego, que será automáticamente el tope del plazo, pues es posible fijar un plazo menor en función de las características de la causa. El Tribunal Constitucional ha aclarado que la prolongación también es de recibo respecto de los supuestos del plazo excepcional: no sólo es un plazo duplicado en el mismo, sino que cabe su prolongación"[110].

Los requisitos formales son: 1) que lo pida el Fiscal (no es posible que se acuerde de oficio o a pedido del actor civil)"[111]; 2) que se expida un auto

[109] STC. Exp. N° 873-2000-HC/TC, Auxiliar "Luis Alberto Heredia Jaramillo", de 15 de enero de 2001, parr. 3 (Ricardo Cucarano, *Jurisprudencia constitucional de hábeas corpus*, cit., pp. 189-193).

[110] STC. Exp. N° 2050-2002-HC/TC, Auxiliar "Eduardo Cornell del Solar Díaz", de 8 de enero de 2003, pár. 6 [http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-HC.html].

[111] La STC. Exp. N° 330-2002-HC/TC, Auxiliar "Jorge Medina Gavilán", de 9 de julio de 2002, ha establecido que se vulnera el derecho al debido proceso y de defensa del

motivada; y, 3) que se ponga en conocimiento del inculpado[186]. La pregunta es: ¿el conocimiento es de la solicitud del fiscal o del auto que resuelva el pedido fiscal? Respetando el principio de audiencia bilateral y en tanto no hay riesgo de infructuosidad de la prolongación con el conocimiento, considero que debe correrse traslado del dictamen fiscal al imputado en cárcel. Por lo demás, es obvio que toda resolución debe ser motivada, de suerte que una motivación no vendría sobrando.

La doctrina establece que la prolongación de la prisión preventiva ha de hacerse de manera expresa y antes de que transcurra el plazo máximo ordinario, es decir, el establecido sin contar el de la prórroga[187]. De igual manera el Tribunal Constitucional de España así lo ha dispuesto en la causa Nº 41/1998, lo que ha sido acogido por la jurisprudencia constitucional[188]. Nuestro Tribunal Constitucional en un fallo reciente ha establecido que la prórroga, luego de vencido el plazo máximo ordinario, no tiene relevancia constitucional y debe solucionarse con arreglo al derecho ordinario.

5. El cuarto párrafo introduce una modificación radical en materia de cómputo del plazo de la prisión preventiva. El citado artículo no sólo establece qué el plazo no corre cuando el inculpado retarda maliciosamente la causa (tercer párrafo)[189], sino que no se considera el tiempo de permanencia en un Estado territorial (Perú) "cuando se trate de procesos complejos o se hubiere declarado la nulidad".

En cuanto al primer extremo de la norma, es de tener presente que los plazos no corren en los casos de dilaciones maliciosas imputables al imputado o su defensa. La conducta maliciosa está definida en el art. 112º CPC. Los supuestos de dilación maliciosa son los siguientes:

1. Manifiesta carencia de fundamento jurídico de un medio impugnatorio o articulación.
2. Peticiones amparadas en hechos falsos, y que el imputado o su defensa tengan conocimiento que son contrarios a la realidad.
3. Mutilación, inutilización o sustracción de alguna parte del expediente.
4. Utilización de un acto procesal sin fines claramente legales o con propósitos claramente dilatorios o fraudulentos.
5. Obstrucción de la ejecución de medios de investigación o de prueba.

Por otro lado, en lo atinente al segundo extremo de la norma, de muy mala concepción y redacción, es puede aceptarse que se trata de dos supuestos distintos: procesos complejos y procesos que en su día fueron anulados con motivo de un recurso superior. Entender que la prisión preventiva dictada en un proceso complejo no está sujeta a la característica de temporalidad no sólo entra en colisión con la regla del primer párrafo, que fija reglas propias de tiempo para esos casos, sino que importa un caso obvio de irrazonabilidad por vulnerar el principio de igualdad (es notablemente insuficiente entender como factor diferencial que el riesgo de fuga permanece inmodificable cuando media una causa compleja, y es posible su variación cuando se trata de causas simples). Por tanto, sólo cabe una interpretación correctora que armonice con la ratio de la institución de prisión preventiva. En tal virtud, la conjunción disyuntiva "o" en realidad debe ser la conjunción copulativa "y", de suerte que en procesos complejos, cuando el tribunal revisor anula la causa hasta el punto de disponer la renovación de todo el proceso y se dicta un nuevo auto de instrucción, se entenderá que el tiempo transcurrido con ocasión del auto de prisión anulado no rige. Este es el caso del primer extremo del art. 298º CPP: "La Corte Suprema, (...) puede anular todo el proceso y mandar rehacer la instrucción por el mismo o otro Juez Instructor o declarar sólo (...)".

Asimismo, dicho párrafo supone que en los "casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos en fuero diferente, el plazo se computa desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de detención". Este supuesto pretende resolver un problema existente vinculado a la anulación de sentencias de los Tribunales Militares con motivo de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se constató su falta parcial material para conocer los hechos que dieron lugar al proceso penal militar. Es verdad, también, que un supuesto similar se presentaría si el Tribunal Constitucional, apreciando una acción de garantía, dispone la anulación de fallos militares. Pues bien, en estos casos y sólo en esos casos, también se computa el tiempo de privación de la libertad e inclusive de la pena

imputado, cuando se incoarán las pertinentes sin que el juez haya sido citado o emplazado (*Derecho Procesal*, cit., T. I, pp. 485-486).

(186) Si no se pone en conocimiento el trámite de prolongación, en virtud al pedido del Fiscal, la decisión viola el derecho a la libertad individual: STC Exp. Nº 995-2003-HC/TC, Asunto "Jorge Javier Madrid Gavilán", de 9 de junio de 2003 (PEDRO GUERRERO SOTO, *Jurisprudencia constitucional de habeas corpus*, cit., pp. 333-334).

(187) Mauricio CUBAS, et al. / *El derecho procesal*, cit., Vol. II, p. 1715.

(188) La STC Exp. Nº 1478-2002-HC/TC, Asunto "Hernán Aquiles Montenegro Rodríguez", de 9 de julio de 2002, cons. 3 (PEDRO GUERRERO SOTO, *Jurisprudencia constitucional de habeas corpus*, cit., pp. 179-180). Dice la sentencia que el auto de prolongación debe adoptarse antes del plazo de vencimiento de la privación de libertad, sobre la base de la solicitud del Fiscal y con audiencia del inculpado (hay sólo respeto a parte procesal mínimo del imputado en cárcel).

(189) El Tribunal Constitucional ha considerado legítimo esa exención en el sentido, considerada que las imputadas dilatorias se originaron por mayor tiempo del debido, ese lapso no se computa (STC Exp. Nº 332-2001-HC/TC, Asunto "Julia Frenzi Calcul", de 13 de noviembre de 2001 [*El Peruano*, Lima, 4 de marzo de 2002, pp. 4861-4862]).

privativa de libertad impuesta, plazo que recién empieza a correr desde el momento en que se dicte el nuevo auto de detención"[146].

6. Esta "fijación legal" ha sido expresamente aceptada por el Tribunal Constitucional en el Asunto "Jaime Castillo Petruzzi". Allí precisó que la regularidad de ese cómputo, iniciado a partir del nuevo proceso, es incuestionable. "...pues el órgano judicial tiene derecho a un plazo razonable para administrar justicia. Además, el nuevo proceso penal es un reconocimiento de la Corte Interamericana al derecho de defensa del actor que fue condenado en un proceso militar irregular, reconocimiento que lo beneficia, pero que implica, en contrapartida, el respeto del procedimiento al que resulta remitido, lo que supone la vigencia de los plazos respectivos, incluyendo los relacionados con las medidas preventivas y de seguridad"[147].

Más allá de ese dato, es de tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en los Asuntos "Genie Lacayo" de 29 de enero de 1997, "Suárez Rosero" de 12 de noviembre de 1997, y "Paniagua Morales y otros" de 8 de marzo de 1998, en la que expresamente acepta el criterio adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De ella fluye: a) que el concepto de "plazo razonable", que no es de sencilla definición ni permite plazos fijos o abstractos, requiere realizar un análisis global del procedimiento para determinar caso por caso si se está ante una "dilación indebida"; b) que son tres los elementos que se deben tomar en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales. (El TEDH, en cuanto a la prisión preventiva,

[146] Entre otras, la STC, Exp. Nº 825-2001-HC/TC, Asunto "Santos Mendoncio Robles", de 1 de agosto de 2002, para. 2 (*El Peruano*, Lima, 12 de setiembre de 2002, pp. 3479-3480), señaló que: "El periodo de detención sufrido por el procesado debe contabilizarse ya sea desde la fecha en que las autoridades judiciales competentes iniciar el proceso que le corresponda o desde la fecha de publicación de la sentencia emitida por este Tribunal, en este supuesto: [Exp. Nº 618-1001-AI/TC]; esto es, el dieciséis de noviembre del año dos mil; y, entre ellas, debe considerarse la que resulte más beneficiosa para su reo. Por último debe señalarse que la medida coercitiva se prolonga en virtud de una condena y no de cumplimiento de una medida coercitiva personal, supuesto básico para invocar la libertad por exceso de detención". En: a STC, Exp. Nº 282-2002-HC/TC, Asunto "Betsy Francisca Ramírez Camargo", de 11 de julio de 2002, para. 2, invocando precedentes jurisprudenciales consolidados, precisó que: "[...] el nuevo proceso, desde este punto de vista, puede considerarse como una posibilidad beneficiosa y debe cumplir el término de ley..." (*El Peruano*, Lima, 13 de noviembre de 2002, pp. 3539-3540).

[147] STC, Exp. Nº 1170-2002-HC/TC, Asunto "Jaime Francisco Castillo Petruzzi", de 12 de noviembre de 2002 (*Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. 3, pp. 433-434).

también incorporó otros dos elementos: la gravedad del delito imputado [Asunto "Tomasi" de 27 de agosto de 1992] y el riesgo de fuga [Asunto "Van der Tang" de 13 de julio de 1995]); c) que la complejidad de un asunto está en función de la extensión de las investigaciones y de la amplitud de las pruebas, así como de la multiplicidad de incidencias o recursos; d) que, en cuanto a la actividad procesal del imputado, debe advertirse si él ha realizado una conducta incompatible o si ha entorpecido la tramitación de la causa, que es lo que se denomina "defensas obstruccionistas"; e) que, en lo atinente a la conducta del órgano judicial, está en función de si éstas han incurrido en dilaciones excesivas, tomando en cuenta la propia entidad de la causa; f) que el plazo se aprecia desde el momento en que se aprehende al imputado (se incluye detención policial) y culmina cuando se dicta sentencia definitiva (incluyendo los recursos); y, g) que, en los casos que conoció, la CIDH consideró (Asunto "Genie Lacayo") que 50 meses es un plazo no razonable como duración global del procedimiento, y en otra oportunidad consideró que cinco años es excesivo (Asunto "Suárez Rosero").

Desde esta jurisprudencia, cabe censurar la legislación nacional que eventualmente en procesos complejos pudiera aceptar como plazo legal hasta un máximo de seis años de encarcelamiento preventivo; y, eso sin contar lo que pueda durar un recurso superior. En tanto se considere, desde ya, como un plazo excesivo aquel que supera los cincuenta meses, o sea un poco más de cuatro años, y eso tomando en cuenta causas realmente complejas, no puede aceptarse en un caso concreto un plazo de esa extensión. Es más, la jurisprudencia constitucional española dice que el plazo razonable en una causa determinada puede ser sensiblemente menor al plazo máximo legal, atendiendo a la complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial y el comportamiento del recurrente, con lo que la duración de la prisión preventiva no obedece ni a una conducta meramente inactiva del juez, ni puede ser provocada por una actividad obstruccionista de la defensa a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional (SSTCE, 206/91 y 41/1996).

7. Por último, el Párrafo V del nuevo art. 137º CPP introduce un nuevo plazo una vez que se dicta sentencia de primera instancia y ésta es recurrida. El plazo se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta. ¿Es un plazo nuevo o una reestructuración del mismo? Creemos que es un plazo reestructurado que exige un reordenamiento del criterio legal anterior. El preso preventivo sólo podrá estar en esa calidad, iniciado el procedimiento recursal, hasta que supere la mitad de la pena impuesta por el juez de instancia; por ende, si ese plazo ya operó, debe otorgársele libertad inmediata.

7. Recursos contra la prisión preventiva

El vigente art. 138° CPP 1991 regula el derecho de impugnación del imputado contra el auto de prisión preventiva. Dos son los recursos impugnatorios que expresamente se prevén: el recurso de queja y el recurso de apelación.

1. El *recurso de queja* se usa impugnación que procede contra los mandatos de prisión preventiva inmotivados, o sea, cuando el juez no expresa los razonamientos fácticos y probatorios, así como los fundamentos de derecho, que sustentan la medida de prisión preventiva. En este supuesto, los considerandos del auto judicial no permiten establecer cuáles son los criterios asumidos por el juez para privar provisionalmente de la libertad durante la causa al imputado, ni contienen un análisis probatorio –de los indicios prosecutivos– aunque sea muy sumario sobre el *fumus delicti comissi* y el *periculum in mora*, en sus diversas manifestaciones. En este caso, se reputa que el auto de prisión es un *acto procesal ilegal*, pues si se consigna que se declara fundado el recurso éste no produce efectos jurídicos. El auto de prisión impugnable es una resolución donde se constata "vicios de anticidad", o sea irregularidades en el proceso de formación de la resolución, que la torna inexistente o anulable.

2. El *recurso de apelación* procede contra los autos de prisión injustos, vale decir, cuando el razonamiento judicial expuesto en la resolución sobre la base de los indicios delictivos y de las exigencias jurídicas de la institución no se condice, o juicio del recurrente, con el mérito de la actuada y de la ley. En este caso se estima que el auto de prisión es un *acto procesal ilegal* –disconforme a la ley, pero alejado del ideal de justicia–, por lo que contra él no cabe un remedio como es la anulación y sí tan sólo la revocación, pues sólo presenta "defectos de juicio". Siendo así, se discrepa con CORTES DOMINGUEZ, que el recurso de apelación es concebido como un medio típico de gravamen[104]. La Corte Suprema ha establecido que el Tribunal revisor será *ad quem* a efectuar (valorar) debidamente las nuevas pruebas aportadas durante el procedimiento recursal, y que si no lo hace incurre en nulidad de actuados[105].

3. El término para interponer ambos recursos es, según la doctrina jurisprudencial, de tres días, contados a partir del momento en que el imputado tiene conocimiento fehaciente de dicha medida (cfr. art. 376°.1 CPC)[106]. Este término es el mismo que el previsto en el art. 344° del CPP 1991.

---

[104] CORTES DOMINGUEZ *et al.*: *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 339-340.

[105] Ejecutoria Suprema de 15 de enero de 1994, Exp. N° 221-93-Lima (Rioja/ Peña), *Jurisprudencia Penal*, 1993-1996, cit., pp. 525-526.

[106] Acuerdo Plenario N° 1-97 (Pleno Jurisdiccional), Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 177-180.

Los dos recursos se interponen ante el juez que dictó la medida, el cual debe dictar la resolución admisoria –o inadmisoria, de ser el caso– en el plazo de 24 horas y, acto seguido, forma el cuaderno respectivo y eleva al Superior Tribunal en el mismo plazo. La interposición del recurso no interrumpe la ejecución del mandato de prisión, en atención al principio de ejecución provisional de las resoluciones impugnadas, reconocido por la forma legislativamente en el art. 256° CPP 1991. Además, la ley reseña, en su mismo texto (art. 138° *in fine*), prescribe que el recurso de apelación se concede con efecto suspensivo. En ambos casos, como lo ha determinado la Corte Suprema, no se exige que el imputado se ponga a derecho[107].

4. Si se acoge el recurso de queja, el efecto que trae consigo será anular el mandato de prisión preventiva, al infringirse el art. 139°.5 Const. e incurrir en la causal de nulidad prevista en los arts. 298°.1 CPP 1940 y 425°.3 CPP 1991; b) apartar al juez del curso inicial de la causa y remitirla a otro juez, con lo que se respetaría la garantía de imparcialidad y, por ende, se evitaría la contaminación propia de quien ha conocido aspectos sustanciales del proceso; y, c) dictar las medidas disciplinarias que el caso amerite. Al nuevo Juez le corresponde dictar una nueva medida, respetando el principio de motivación. No es imperativo que la medida sea de prisión preventiva, sino cuando el tenor del art. 138° precitado indicare tal, puesto que en todo caso prima el principio constitucional de excepcionalidad jurisdiccional[108].

Si se acoge el recurso de apelación, el Superior Tribunal revocará el auto de prisión y dictará la medida sustitutiva que corresponda: comparecencia simple o restrictiva, según el caso.

8. Prisión preventiva y parámetros de los cuatro años

El legislador de 1991 consideró que un criterio objetivo del peligro libertatis, para apreciar el "peligro procesal" en el de una de privación de libertad superior a los 4 años que podría imponer el imputado en caso de condena. Este criterio fue asumido sobre la base de que como los 4 años de pena privativa de la libertad es posible imponer una pena de ejecución

---

[107] Ejecutoria Suprema de Lima de 11 de septiembre de 1998, Exp. 98-93 (Corte Superior de Lima), *Jurisprudencia Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, p. 2697.

[108] La Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema de 13 de noviembre de 1997, Exp. N° 1393-95, Cusco, señala en un mismo sentido que: "Finalidad de la emisión del Juez penal en fundamentar el mandato de detención (prisión preventiva), la Sala Penal Superior debe pronunciarse debidamente en su fundado o infundado la queja [...]; que, al ser declarada fundada la queja, el colegiado debe disponer la anulación del proceso a fojas [...] a fin de que previo informe del mismo, dicte la medida restrictiva de derecho personal que corresponda a su arbitrio..." (Gaceta Jurídica, *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, p. 184).

00004

suspendida condicionalmente (art. 57°.1 del Código Penal). A partir de ese presupuesto se estimó que los mandamientos preventivos eliminarían considerablemente; sin embargo, no se advirtió que los jueces interpretarían ese requisito como exigencia para dictar el mandato de prisión y que la implementación de una política criminal sobrecriminalizadora cuyo mismo eje de sus ejes centra en aumentar considerablemente las penas con el propósito deliberado de partir desde el proceso penal, en cierta forma estructurar subrepticiamente con ello un delito y delitos merecedores.

Por ello, la necesidad de configurar correctamente la prisión preventiva a partir del principio de excepcionalidad obliga a redefinir el principio de proporcionalidad, es decir, a no centrarlo exclusivamente en el binomio pena determinada vs. prisión preventiva. Si se tiene en consideración que el principio de proporcionalidad, como explica PEDRAZ PENALVA, exige al legislador prever los medios necesarios y exigibles para alcanzar el objetivo propuesto[109], el criterio sustancial no debe estar –como ya precisamos– en la pena probable, pues ello configuraría la detención como un anticipo de pena, con infracción al principio de inocencia y del juicio previo, sino en los peligros para la ejecución de la probable sentencia condenatoria, en el que la pena previsible –siempre que sea grave– sería un factor que obligatoriamente debe estar unido a otros (v. gr. arraigo en el país, carácter y moralidad, etc.). Por otro lado, tampoco puede admitirse que una pena privativa de la libertad mayor de 4 años es grave, porque ese límite es, en todo caso, el de una pena leve por debajo de él procede imponer una sanción condicional. Por tanto, habría que pensar si se quiere consignar un límite objetivo –con los peligros que conlleva– mucho mayor, entre seis y ocho años, como sería el caso de la prisión preventiva en el Código argentino.

V. LA COMPARECENCIA

1. ASPECTOS GENERALES

La comparecencia es una medida provisional personal que presupone una mínima constricción posible de la libertad personal. El imputado está sujeto al proceso, de ahí que siempre represente una limitación a la libertad personal, pero ésta es mínima, toda vez que no es detenido o ingresado a un establecimiento penal[110]. La libertad de movimientos y ambulatoria está

[109] PEDRAZ PENALVA: "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y libertades especialmente afectadas", cit., p. 97.

[110] La Corte Superior de Lima ha establecido al respecto que la "comparecencia es un equivalente procesal de sujeción al proceso y no originaria un empobrecimiento o limitación a la autonomía" (Ejecutoria Superior de 21 de noviembre de 1998, Exp. N° 49-98-A [BLAS CAÑARIS AVALOS: *Jurisprudencia penal. Primera instancia*, cit., T. III, p. 685]).

afectada ligeramente, pues cuando se le cite está obligado a comparecer, sea para que preste declaración o para que intervenga en alguna diligencia procesal (*vid.* art. 144°, primer párrafo, CPP 1991, modificado por la Ley N° 25430, de 15 de junio de 1995).

Esta medida se deriva del principio de proporcionalidad (subprincipio de necesidad), vinculado a la intensidad de las restricciones, de suerte –como apunta LLOBET RODRÍGUEZ– que cuando otras medidas menos gravosas para el imputado pueden ser viables para evitar el peligro de fuga, peligro de obstaculización o de reiteración (este último no aceptado en nuestra legislación), debe acudirse a dichas medidas[111].

En principio, la comparecencia procede en defecto de los requisitos previstos para la prisión preventiva; está definida negativamente, tal como ha sido puntualizado por la jurisprudencia superior[112]. Sin embargo, positivamente, está prevista para las imputaciones por delitos leves o de mediana entidad y para aquellos casos en que no existe peligrosidad procesal de intensidad excepcional[113]. Además, está configurada como una alternativa

[111] LLOBET RODRÍGUEZ: *Proceso penal comentado*, cit., p. 344.

[112] Ha declarado la Corte Superior de Puno que: "Para la ausencia de uno de los presupuestos para ordenar el mandato de detención, procede ejecutar el proceso con orden de comparecencia" (Ejecutoria Superior de 1 de junio de 1998, Exp. N° 99-174 [ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3. Academia de la Magistratura*, Lima, 1999, p. 49]). Con mayores argumentos, la Corte Superior del Cono Norte de Lima, precisaba: "El mandato de comparecencia se dictará en los casos que no proceda mandato de detención, esto es, se dictará en la concurrencia de cualquiera de los siguientes presupuestos materiales: pruebas suficientes, pena probable y peligro procesal; bastando sólo la inexistencia de uno de estos presupuestos para que no se justifique mandato de detención alguno, quedando expedito a ello para acceder a las demás medidas de coacción personal que los hechos y las circunstancias ameriten al caso" (Ejecutoria Superior de 11 de enero de 1999, Exp. N° 98-97-SPO: [ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 468]). Sobre perspectivas interesantes y cuestionables, la Corte Superior de Lima estableció que "la medida de comparecencia (en tanto restrictiva) tiene carácter excepcional y las medidas coercitivas deben guardar proporción con la gravedad del daño causado y la peligrosidad del procesado, si la pena probable a imponérsele no supera los cuatro años de pena privativa de la libertad se debe dictar orden de comparecencia" (Ejecutoria Superior de Lima de 3° de noviembre de 1997, Exp. N° 1609-97 [LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal ordinario*, Grijley, Lima, 1999, p. 74]).

[113] La jurisprudencia superior ha determinado, por ejemplo, que los sospechosos simples, sobre la base de información policial, determinan la orden de comparecencia (Ejecutoria Superior de Puno de 3° de mayo de 1997, Exp. N° 45-L-J-97 [ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA: *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 46]); o que si el procesado de pena leve reside y no existe otro delito dictarse comparecencia (Ejecutoria Superior del Cono Norte de Lima de 6 de agosto de 1998, Exp. N° 98-127-SPO: [ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 307]); o si el imputado tiene do-

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. Derecho procesal Penal. – Un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Gaceta JURÍ ª Edición. Gaceta Jurídica. Lima mayo 2015. Pág. 530 – 541.

haya pedido, es del caso examinar si un juicio oral esta facultado para acceder a los pedidos de prolongación. En la resolución del Juzgado Penal Colegiado de Moquegua Exp. N° 00012-2011-63-2001-JR-PE-01[23], antes de entrar de lleno a resolver el incidente de competencia y los pedidos de juicio oral, se lee: "[…] En el caso de la prolongación de la prisión preventiva, el Código Procesal Penal regula las oportunidades y competencias de los jueces competentes, en este lugar si no las contempla en la etapa de juzgamiento o como función del juez de juzgamiento en que evidentemente el Código pretende garantizar la imparcialidad del juez de fallo que es garantía esencial de la administración de justicia (…) no resultaría procedente recurrir al juez de juzgamiento para ordenar una medida de coerción, como la prisión preventiva, toda vez que se le estaría imponiendo conocer el caso fuera del juicio oral (…). Con mucha seguridad que solicitará al juez de juzgamiento valorar vía incidencia pruebas relacionadas a medidas de coerción actos opuestos que no impliquen análisis o revisión de elementos de convicción del delito o de la responsabilidad del imputado hallados en la investigación preparatoria (…) es necesario pronunciamiento fundado para pronunciarse sobre la extinción de la prisión preventiva por vencimiento de plazo (…), otro supuesto la encontramos en el caso de la revocatoria de la comparecencia con restricciones por prisión preventiva (…) La Sala de Apelaciones dispone que sea subrogado debiendo de emitir pronunciamiento sobre el fondo, aunque dicha resolución fue para un caso concreto y no tiene el carácter vinculante para otros casos resolvió declarando improcedente liminarmente el pedido y ordenando nuevo dictamen en el trámite, puesto que la Sala evidencia a su posición respecto al tema tratando anulando la resolución que denegaba el pedido liminarmente, por lo que este colegiado atendiendo al principio de economía procesal emitirá un pronunciamiento sobre el fondo".

La Corte Suprema ha dictado la Casación 338-2012-Ica de fecha 17 de octubre de 2013 que ha establecido como regla jurídica, que en el juez de la investigación preparatoria quien tiene la facultad y competencia para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva, y no existiría de modo alguno que se realice ante el nivel de la investigación preparatoria, sino tampoco, es permisible que la haga como juez de garantías, aun si la causa se encuentre en etapa intermedia, juicio oral o cuando se haya dictado sentencia condenatoria de primera instancia que se encuentre recurrida vía recurso de apelación.

[23] Sala Superdisciplinaria Nacional (SP) Fundamento segundo de la Resolución Penal de Fecha 17 de octubre de 2013, p. 11.

El fundamento para esta decisión está en los siguientes considerandos:

"Quinto. De lo expuesto se desprende que ningún dispositivo legal le otorga facultad y competencia para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva, exclusivamente el Juez de la Investigación Preparatoria, no estableciendo límites a dicha potestad, esto es, no restringe en modo alguno a que dicha facultad la realice únicamente a nivel de la investigación preparatoria, por lo que no existiendo prohibición legal en concreto, se puede entender, en primer lugar, que es permisible que sea realizada esta función como Juez de Garantías, aun si la causa se encuentre en etapa intermedia, juicio oral o cuando se haya dictado sentencia condenatoria de primera instancia, que se encuentre recurrida vía recurso de apelación. Al respecto, el inciso tres del artículo veintinueve del Código Procesal Penal, establece como competencia de los Juzgados de Investigación Preparatoria: "Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria (…)", de lo que se colige que no hay una prohibición expresa a que realice dicha actividad en otras etapas del proceso.

Sexto. Dicho esto, para lo que se presenta en que la dilucidación sobre la prolongación de prisión preventiva, se realice vía una audiencia especifica, la que se encuentra normativamente vinculada a la potestad del Juez de la Investigación Preparatoria como se ha precisado en el fundamento jurídico anterior. Por lo tanto, debe entenderse que es esta Magistratura el competente para pronunciarse sobre las verificaciones cautelares que se solicitan con posterioridad a la conclusión de la etapa de investigación preparatoria, a fin de que no exista el riesgo que el decidido pueda influir en el fuero del proceso, toda vez que en otro órgano jurisdiccional el que se va a encargar del juzgamiento. Juez de Juzgamiento (supuesto que Colegiado, que no resultaría un pronunciamiento de los hechos nuevos de investigación si tuvieran que pronunciarse sobre la medida cautelar de naturaleza personal solicitada, tanto más, si uno de los presupuestos de la prisión preventiva se refiere a la presencia de elementos de convicción, que vinculen suficientemente al procesado con los hechos que se le imputan, para este se prevé excepcionalmente que se pueda dictar la admisibilidad de la prueba pericial ordenada por el Juez de la Investigación Preparatoria en la etapa intermedia o cuando se haya declarado con posterioridad, debidamente fundada convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral. Una serie de imprecisiones que tendrían se hacer ensayado y se evitarían en los supuestos en que el juez de fondo se

6. Cuando por cualquier medio se entere fehacientemente el deceso del procesado; y

7. Cuando por razones especificadas la ley ponga en acceso a la audiencia generando dilación.

De conformidad al artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces pueden llamar la atención, o imponer con apercibimiento, multas, pedir de inmediato o dentro del, o solicitar su sanción, de todas las personas que se condujeren de modo inapropiado, actos de mala fe, planteen solicitudes dilatorias o maliciosas y en general, cuando dañen a los deberes. Esta facultad es extensiva a los Abogados. Esta facultad comprende también a los abogados. De aquí también podemos deducir la sanción al procesado, sin comprometido el tiempo que se ha extendido innecesariamente por responsabilidad de este.

En el auto dictado por el 3° Juzgado de Investigación Preparatoria de Piura [exp. N° 2840-2018-0-2601-JR-PE-02[xxxv] del 8 de noviembre de 2018 sobre las diligencias mallorcas ha señalado:

> "[…] Nos encontramos […] ante comportamientos obstruccionistas por parte del abogado defensor del investigado, el cual no ha presentado disposición alguna para llevar a cabo la audiencia de ampliación de prisión preventiva, lo que genera que dicha audiencia no se haya realizado hasta en dos oportunidades". "[…] Por lo que no podría sorprender la pedida [libertad personal por excesos de carcelería] en razón al constante pedido de reserva innecesariamente el pedido de ampliación de prisión preventiva la cual fue efectuada antes del vencimiento del plazo de prisión preventiva".

El cómputo del plazo de detención en el artículo 137 del CPP de 1991 consiste en todo de personas complejas o se hubiere declarado la rebeldía, no computará el tiempo transcurrido hasta la fecha del nuevo auto apertorio de instrucción. En los casos en que se declare la rebeldía de procesos seguidos en fuentes diferentes, el plazo se computa desde la fecha en que se dicta el nuevo auto de detención. Esta decisión del legislador hay que contextualizarla por la anulación de los procesos penales que se llevaron en el fuero militar declarados violaciones del derecho al juez natural por el Tribunal Constitucional. En la práctica los procesados que habían sido condenados por la justicia militar, lógicamente por terrorismo eran a solicitar la excarcelación por vencimiento del plazo de detención preventiva, lo que ocasionó en su momento mucha ansiedad,

[xxxv] Jurisprudencia Nacional. Un comentario exigente de la Segunda Sentencia Plenaria Casatoria. Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2019, p. 99.

para no ser admitido que se liberara a procesados que habían cometido delitos graves como Abimael Guzmán Reynoso. Estas razones explican su regulación en el NCPP (art. 273.2) y son más precisos en dice que en los casos en que se declare la rebeldía de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento a de los hechos imputados a la jurisdicción ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva, a requerimiento del Ministerio Público.

VII. Revocatoria

El libertado por haber vencido el plazo de detención o prisión preventiva, no tiene cuota en blanco para hacer lo que quiera por lo que todo el ordenamiento de las reglas que se le habrían impuesto la libertad le puede ser revocada. El artículo 376 del NCPP prevé la revocatoria si el imputado no cumple con salida, sin motivo legítimo, a la primera citación que se le formule cuando se considera necesaria su concurrencia. En la práctica la orden judicial a veces es letra muerta y los procesados negligentemente pueden provocar su encarcelamiento.

Para decidir sobre la revocatoria el juez de la Investigación Preparatoria citará a una audiencia para decidir sobre el requerimiento fiscal, previo que esta ya le sido legitimada y el juez no podría revocar de oficio. La audiencia se celebrará con los asistentes que concurran. El juez dictará resolución inmediatamente o dentro de las 48 horas de su celebración.

Todas las decisiones adoptadas por el juez sobre la libertad, su revocatoria o prolongación preventiva debe informar a la Sala Penal (Magistrado (art. 277). De esta situación se pueden dictar procesos disciplinarios si se han adoptado las decisiones fuera de los debidos procesos.

VIII. Impugnación de la prisión preventiva

La decisión del juez de acoger o denegar la prisión preventiva puede ser materia de impugnación por parte del afectado con la decisión y el plazo para presentar la apelación son de tres días de notificado (art. 278), debiendo elevarse los actuados dentro de las 24 horas. La apelación no concede con efecto devolutivo y sus efectos suspensivos por lo que la presos debe ejecutarse.

La Sala se pronunciará previa vista de la causa. Una debe realizarse dentro de los 72 horas de recibido el expediente, con citación del Fiscal Superior y

de las medidas que se contemplan en las disposiciones del Párrafo 6 de este Título.

Transcurridos seis meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decretado, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su revocación o prolongación".

Si el tribunal decide cambiar la prisión por otra medida cautelar, también que aseguremos que la alternativa permita que el procesado pueda estar presto a los llamados a comparecer. La opción que se usó en la canción de naturaleza preventiva:

"Artículo 146.- Caución para reemplazar la prisión preventiva. Cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta únicamente para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará.

La caución podrá consistir en el depósito por el imputado o esta persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas idóneas calificadas por el tribunal.

Artículo 147.- Ejecución de las cauciones económicas. En los casos de rebeldía o cuando el imputado no comparezca a la ejecución de la pena, se procederá a ejecutar la garantía de acuerdo con las reglas generales y se entregará el monto que se obtuviere a la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Si la caución hubiere sido constituida por un tercero, producida alguna de las circunstancias a que se refiere el inciso anterior, el tribunal ordenará ponerla en conocimiento del tercero interesado, apercibiéndolo con que si el imputado no compareciere dentro de cinco días, se procederá a hacer efectiva la caución.

En ambos casos, si la caución no consistiere en dinero o valores, actuará como ejecutante el Consejo de Defensa del Estado, para lo cual el tribunal procederá a poner los antecedentes en su conocimiento, inhabilitándolo al efecto".

Como la caución es una alternativa a la prisión, la cancelación de esta será si se dan los siguientes supuestos:

"Artículo 148.- Cancelación de la caución. La caución será cancelada y devueltos los bienes afectados, siempre que no hubieren sido ejecutados con anterioridad:

a) Cuando el imputado fuere puesto en prisión preventiva;

b) Cuando, por resolución firme, se absolviere al imputado, se sobreseyere la causa o se suspendiere condicionalmente el procedimiento, y

c) Cuando se cumpliere o ejecutare la pena privativa de libertad o no restrictiva que ella no debiere ejecutarse en forma efectiva, siempre que previamente se pagaren la multa y las costas que impusiere la sentencia".

En esta línea de variación en el NCPP el imputado está legitimado para solicitar el cese de la prisión preventiva, petición que deberá sustentarse igualmente en audiencia (art. 283). Si bien se deben valorar los nuevos datos de investigación que debilitan los presupuestos de la prisión preventiva, también se establece que el juez adicionalmente considere, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa, con fundamentalmente para medir la proporcionalidad y razonabilidad de la prisión, de tal forma que no se convierta en una pena anticipada. Si decide variar la prisión por comparecencia le impondrá reglas para asegurarse el proceso penal.

El auto puede ser apelado dentro de tercer día de notificado. La excarcelación no debe ejecutar inmediatamente.

Si un imputado logró su libertad, lo ideal es que cumpla con las reglas impuestas, de lo contrario se puede volver a dictar prisión. Un dato objetivo para ocuparse es la infracción de las reglas, o no asistir a las diligencias injustificadamente o vista de ello. Si se le ha impuesto una caución, esta ya no se recuperará porque al ejecutar la garantía responderá a los fondos del sistema de administración de justicia.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

PLAZOS

DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal penal. 1ª Edición. Ara Editores. Lima 2008. Pág. 87 – 93.

VI.1. Plazos

Ya se ha analizado que una característica esencial de la prisión preventiva es su *provisionalidad*, porque debe cesar o ser reformada cuando concluye el proceso, o si en el transcurso del mismo se acredita la variación o desvirtuación de la base fáctica sobre la cual se adoptó (obediencia a la regla *rebus sic stantibus*). La *temporalidad* o *duración limitada*, en cambio, constituye un requisito de la prisión preventiva que ordena su cese o variación una vez transcurrido el plazo establecido e independientemente de su utilidad en el proceso. La *provisionalidad* está supeditada a la concurrencia de un determinado evento, distinto al mero transcurso de un tiempo establecido, mientras que la *temporalidad* supone que la prisión preventiva no dura siempre lo que dure el proceso principal y puede revocarse con independencia que sobrevenga un hecho concreto[158].

Por lo tanto, una revisión integral de ambos conceptos exige establecer una regla de principio en el análisis de la duración de la prisión preventiva, los plazos que se analizan a continuación son *siempre* máximos, pero nunca *obligatorios*. Una vez que se aplica al imputado la prisión preventiva mediante una resolución que establece una duración determinada debe entenderse que, vencido ese plazo sin haberse dictado sentencia de primera instancia, debe ser puesto en libertad inmediatamente (art. 273), pero también puede ordenarse su libertad, cuando no habiendo transcurrido el plazo, se descarta su necesidad o justificación *durante* el transcurso del procedimiento (arts. 255.2 y 283).

La regulación de la duración de la prisión preventiva se ubica en primer lugar en el art. 254.2.c), que recoge un requisito funda-

[158] Calamandrei, P., *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 83-84.

mental vinculado a la motivación de la resolución, los autos que dispongan medidas limitativas de derechos fundamentales *deben* fijar su término de duración, de acuerdo a los plazos establecidos por el Código para cada caso. Para la determinación de la duración (y prolongación) de la prisión preventiva, solo puede tomarse en consideración la dificultad del proceso, y únicamente este dato ha de servir como elemento de análisis[135].

Los plazos máximos que puede establecer el juez para la duración de la prisión preventiva los desarrolla el art. 272 NCPP, que fija en 9 meses el plazo ordinario, y en 18 el plazo extraordinario aplicable a los procesos complejos[136]. Es un acierto que la nueva regulación no acuda a la gravedad de la pena asignada al delito para determinar el límite temporal, pues así se evita la confusión que algunas veces se aprecia en la concepción de la prisión preventiva como una medida de anticipación de la pena[137]. Por otro lado, aunque la norma no lo mencione expresamente, es evidente que la calificación del tiempo de duración de la prisión preventiva corresponde al Fiscal, la misma que debe ser aprobada o rechazada por el Juez en la audiencia regulada por el art. 271. En principio, puede aplicar un plazo menor al solicitado, pero nunca uno mayor[138].

VI.2. Prolongación

El art. 274.1 establece, a su vez, la posibilidad de prolongar el plazo de prisión preventiva cuando concurran circunstancias que

[135] ASENCIO MELLADO, J.M., «La regulación...», *op. cit.*, pp. 507-508.

[136] El art. 342.3 NCPP establece que: «Se considera proceso complejo cuando: a) requiere la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucre una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o g) debe revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado».

[137] ASENCIO MELLADO, J.M., «La regulación...», *op. cit.*, p. 508.

[138] Desde la perspectiva del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. I.1), hubiese sido muy útil que el NCPP estableciera la necesidad de que las causas en las que hubiera personas sometidas a prisión preventiva, fueran atendidas de manera *preferente*.

importen una especial dificultad de la investigación, y exista (o permanezca) el peligro de que el imputado pueda sustraerse a la acción de justicia. La clave para interpretar esta norma se encuentra en la necesidad de diferenciarla del plazo para los procesos complejos que fija el art. 272.2. Pareciera que la mayor cantidad de tiempo que puede permanecer un imputado en situación de privación cautelar de libertad es de 36 meses (18 meses de plazo por ser un proceso complejo, más 18 «de prolongación»), sin embargo, coincido con la interpretación que realiza ASENCIO MELLADO en el sentido de que, en realidad, esta prolongación procede cuando al inicio del proceso penal no se advierta su complejidad[139].

Lo curioso es que el art. 274.1 menciona que la prisión preventiva puede prolongarse «por» y no «*hasta*» 18 meses, de lo que se desprende que esto permitiría establecer un plazo máximo (prolongación incluida) de 27 meses para los procesos cuya complejidad se advierte a lo largo de su tramitación; y de 18 meses para los trámites cuya complejidad se advierte *ab initio* (272.2), lo que constituye un sin sentido. Considero que la interpretación correcta de los arts. 272 y 274 es que sea cual fuere la situación en la que se advierta una prolongación del proceso, el plazo máximo que puede decretarse es siempre de 27 meses. Pudiendo prolongarse en 18 meses para los casos del numeral 1 del art. 272 y en 9 meses en los casos previstos por el numeral 2, es decir, que cualquier proceso en el que haya operado una prolongación podrá durar *hasta* 27 meses. No es que se sugiera un plazo máximo de 27 meses de carácter automático, sino que la prolongación que regula el art. 274.1 se sustenta en una complejidad ciertamente sobrevenida, una necesaria prolongación de la investigación que puede surgir tanto en un proceso que al inicio se consideró simple como complejo. Sin duda alguna en ambos casos se deberá evaluar una dificultad de la investigación que surge en el proceso y que era imposible que fuera advertida al inicio del mismo.

El único supuesto en que la prisión preventiva *puede* superar los 27 meses de duración es cuando el imputado ha sido condenado en primera instancia. El art. 274.4 establece que la prisión preventiva

[139] ASENCIO MELLADO, J.M., «La regulación...», *op. cit.*, p. 509.

también puede prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida. Sin embargo, la suma de la prisión preventiva sufrida hasta la condena y su prolongación (la mitad de la pena), en ningún caso, puede superar la duración de la pena impuesta en la sentencia (art. 411 NCPP[140]). Es obvio que esta prolongación solo se aplica en los casos de una pena de carácter efectiva, porque constituye un despropósito mantener en prisión a un imputado que ha sido condenado a una pena suspendida o condicional, o incluso, cuando ha sido absuelto.

En todos los casos, la prolongación también debe ser solicitada por el Fiscal, y sus fundamentos aprobados o rechazados por el Juez siguiendo el procedimiento establecido por el art. 274. Un dato fundamental radica en que el Fiscal solo puede pedir la prolongación antes del vencimiento del plazo primigenio establecido en el auto de prisión preventiva. Esto es lógico si se tiene en cuenta que, vencido el plazo, la libertad debe ser dispuesta *inmediatamente* (art. 273), no cabe la «prolongación» de una privación ilegal de libertad. La puesta en libertad del imputado, sin embargo, no impide al juez imponer las medidas necesarias o aplicar la comparecencia restrictiva cuando lo considere necesario para el aseguramiento del proceso penal y la práctica de las diligencias judiciales (variabilidad).

[140] Art. 411 NCPP.- «Los imputados que hayan sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso, sin perjuicio que éste sea resuelto, serán puestos en inmediata libertad. El juzgador está facultado para dictar las medidas que aseguren la presencia del imputado, siendo aplicable en lo pertinente las restricciones contempladas en el artículo 288°». No hay duda que es ésta una norma muy criticable, consideramos que el plazo para ordenar la inmediata libertad debió ser fijado en un tiempo menor al cumplimiento de la pena, o de lo contrario, se otorga a la prisión preventiva el carácter de anticipo de la pena, o lo que es peor, a la sentencia de primera instancia el carácter de «resolución firme». Ello sin contar con el serio perjuicio que esta norma puede ocasionar frente a la necesaria celeridad en la resolución de los recursos que se interpongan contra las sentencias condenatorias de primera instancia. Sin embargo, es importante recordar que el art. 411 solo será aplicado cuando la suma de la prisión preventiva sufrida por el imputado hasta la emisión de la sentencia condenatoria y la mitad de la pena impuesta superen el total de la pena privativa de libertad, por lo que si se cumplen los plazos asignados por el NCPP a las distintas fases del proceso penal, debería ser muy difícil que esto ocurra.

Por otro lado, de una lectura del art. 273, surge una duda con relación al término de duración de la prolongación de la prisión preventiva aplicada contra el imputado que ha sido condenado. Este artículo menciona que, al vencimiento del plazo de la prisión preventiva, se *debe* decretar la inmediata libertad del imputado siempre que no haya sido condenado, por lo que no existe entonces una norma expresa que obligue a decretar la libertad del imputado al vencimiento del plazo de prolongación en los casos de sentencia condenatoria. No obstante ello, creemos que no es necesaria una norma expresa en este sentido –aunque sí sería saludable que el NCPP lo especificara- en la medida que resulta absurdo que solo se pueda liberar al imputado condenado cuando el plazo de prolongación de la prisión preventiva regulado por el art. 274.4 supere la pena impuesta en la sentencia (art. 411 NCPP)–. Tal interpretación implicaría que el derecho a la presunción de inocencia queda desvirtuado con la sentencia de primera instancia aún cuando esta hubiera sido recurrida y ello es incompatible con el art. II del TP NCPP que exige una sentencia *firme*[141].

Es interesante comparar los plazos establecidos por el NCPP para la duración de la prisión preventiva con los de la duración de la investigación preparatoria. El art. 342.1 establece que el plazo de la investigación preparatoria es de 120 días naturales, que pueden ser prorrogados por única vez, hasta por un máximo de 60 días naturales. En el caso de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de 8 meses, pudiendo concederse una prórroga por igual plazo. Ello quiere decir que el plazo máximo de duración de una investigación preparatoria es de 180 días naturales; y siendo un proceso complejo, 16 meses. Frente a un plazo de duración de 9 meses de la prisión preventiva, que es de 18 meses en los procesos complejos, prorrogable en ambos casos hasta los 27 meses de duración. Por lo que, en un proceso penal en el que la investigación preparatoria pudiera durar entre 120 y 180 días naturales, se establece en 9 meses la

[141] Lo mismo ocurre con la aplicación de la *ejecución provisional* de la sentencia condenatoria regulada por el art. 402 NCPP, además de ser incompatible con el derecho a la presunción de inocencia, para su aplicación se exige que el Juez evalúe la *naturaleza o gravedad del peligro de fuga*, y por lo tanto, no se explica cuando es que sería procedente la prolongación de la prisión preventiva, y cuando la ejecución provisional de la sentencia condenatoria, cuando ambas parten de un presupuesto cautelar y no de contenido penal.

duración de la prisión preventiva, y en un proceso penal con una investigación compleja que pudiera durar entre 8 y 16 meses, se establece una duración de la privación cautelar de libertad que puede durar entre 18 y 27 meses.

Si bien es cierto que con la culminación de la investigación preparatoria no concluye el proceso[145], pareciera que los plazos de duración de la prisión preventiva son excesivos y que no existe una confianza real en el legislador de que, en la práctica, se cumplirán los plazos establecidos para la investigación[146]. Sobre todo si se tiene en cuenta que el NCPP establece los mismos plazos para la duración de la prisión preventiva, ya sea que ésta se sustente en un riesgo de fuga o en el peligro de obstaculización. ASENCIO MELLADO sostiene que la aplicación de una misma duración para la evitación de ambos riesgos resulta desproporcionada, teniendo en cuenta que, en los casos de riesgo de obstaculización, es posible una labor inmediata de aseguramiento de los elementos y fuentes de prueba, e, incluso, una práctica anticipada[146].

VI.3. Cómputo

El cómputo del plazo de la prisión preventiva regulado por el art. 275 exige que no se tenga en cuenta el tiempo que el imputado ha transcurrido en prisión, cuando la causa sufra dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o su defensa (275.1), se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso (275.2) y cuando se ordene el conocimiento de los hechos punibles a la jurisdicción ordinaria, luego de haber declarado la nulidad del proceso seguido ante la jurisdicción militar (275.3).

En el primer caso es evidente que cuando el imputado incumple su deber de buena fe procesal, el Estado debe reaccionar en defensa de

[145] Pareciera que la diferencia no se justifica, si se tiene en cuenta que la misma sólo puede sustentarse en una previsión de la duración de la Fase intermedia y la Etapa de Enjuiciamiento. No se incluye en este análisis el tiempo estimado de duración de la fase impugnatoria, toda vez que de conformidad con el art. 274.4, una vez condenado el imputado, el plazo de duración no se rige bajo los parámetros señalados, sino que puede prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta.

[146] Sin embargo, de conformidad con el art. 343.2 NCPP si se vencen los plazos de la Investigación Preparatoria y el Fiscal no da por concluida la misma, las partes pueden solicitar la conclusión al Juez de la Investigación Preparatoria.

[146] ASENCIO MELLADO, J.M., «La regulación...», *op. cit.*, p. 508.

la eficacia de la Administración de Justicia. El juez debe determinar si en el caso concreto existe una intención maliciosa, la misma que debe diferenciarse claramente del ejercicio del derecho de defensa. La petición de diligencias, por complejas que sean, debe ser valorada como lícita, salvo que existan elementos que permitan calificarlas como impertinentes o inútiles y, por lo tanto, meramente dilatorias[147].

El principio de proporcionalidad exige que la limitación de la libertad se sustente necesariamente en hechos vinculados al imputado. Por lo tanto, son también conductas atribuibles a aquél las que se deben evaluar para establecer si un determinado tiempo en prisión no debe ser computado en el caso específico. Ello obliga, por un lado, solo a considerar en el primer criterio las conductas dilatorias realizadas por el abogado defensor con expreso consentimiento del imputado, y, por otro, a descartar la legitimidad de los otros dos supuestos regulados por el art. 275. No puede negársele al imputado el cómputo de determinado tiempo permanecido en prisión, sobre la base de hechos que no le son imputables, y esta parece ser la situación que se regula en los numerales 2 y 3 del art. 275[148]. En todo caso, solo podrían aplicarse estos criterios si se demuestra que la nulidad de dichos procesos es responsabilidad exclusiva del imputado, circunstancia prácticamente imposible de demostrar, sobre todo cuando se trata de la nulidad de un proceso anterior seguido ante la jurisdicción militar.

Finalmente, hubiera sido deseable que el NCPP incluya, en el cómputo del plazo de duración de la prisión preventiva, el tiempo que el imputado hubiere estado detenido, pero no existe una norma expresa en ese sentido[149].

[147] *Ibid.*, pp. 509-510.

[148] ASENCIO MELLADO sostiene lo siguiente en relación con el art. 275.2 NCPP: «(...) esta disposición, aunque jurídicamente correcta, incurre en una interpretación excesivamente formal de la nulidad y no tiene en cuenta la diversidad de supuestos que conducen a su declaración; algunos, consecuencia de una actuación irregular de los propios tribunales. Hacer recaer sobre el imputado defectos que no le son imputables puede resultar desproporcionado». *Ibid.*, *loc. cit.*

[149] Sí la incluye en el cómputo la LECr española: Art. 504.5.- «Para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa».

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO RAÚL, EXÉGESIS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, 1ª EDICIÓN, EDITORIAL RODHAS, LIMA 2006. PÁG. 722 – 728.

CAPÍTULO II
LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En continuidad a lo expresado en apartados anteriores, la legitimidad material constitucional de la prisión preventiva está condicionada a la concurrencia de presupuestos materiales (fumus boni iuris y periculum in mora, formales (garantía jurisdiccional, motivación) y que se adopte de acuerdo a las reglas del principio de excepcionalidad. Empero, la legitimidad sustancial de la prisión preventiva conoce también límites en el tiempo, al punto que la duración de la misma no puede superar un plazo que sea razonable de acuerdo a las circunstancias concretas del caso, de lo contrario se estaría frente a una violación del principio de proporcionalidad. No se puede ignorar la vulneración de este principio, de las particulares circunstancias en las cuales se adopta esta medida cautelar personal, ello en razón de que se estaría frente a una afectación grosera sobre una persona jurídicamente "inocente", sobre la cual pende una incertidumbre procesal de culpabilidad. Así pues, las fases de la duración preventiva son de asegurar la principal garantía estatal, que se materializaría a través de la condena, así como de evitar una actividad probatoria que pueda entorpecer el hecho pasado tal y como ocurrió en la realidad. No es tan fácil de la prisión preventiva generar cualquier patología de carácter penal, de rehabilitar socialmente al imputado, y menos de propiciar un sufrimiento de naturaleza represiva. Las dos primeras son más propias de una pena, de rehabilitar socialmente al imputado, y menos de propiciar un sufrimiento de naturaleza represiva. Las dos primeras son más propias sobre todo tiempo abstracto, en el cálculo de la condena y su sobre. Cuando la prisión preventiva se convierte por completo a la pena en su ejecución concreta, puede legitimidad constitucional del mismo modo que la perdería por falta de los requisitos materiales, procesales, por su excesiva duración, el carácter no excepcional, el carácter no provisional o la falta de proporcionalidad.[1048]

La prisión preventiva, entonces, para no volverse el principio de legitimidad debe durar lo estrictamente necesario para alcanzar los fines perseguidos en el proceso. Si esto rebasa el tiempo estrictamente necesario, la medida se convierte en arbitraria e inconstitucional. La seguridad jurídica de los ciudadanos depende que las injerencias estatales en derechos debidamente consagrados, delimitados en sus alcances concretos, y que se adopten mecanismos que garanticen la vigencia de la libertad individual como derechos subjetivos de los individuos.

El carácter provisorio de la prisión preventiva está relacionado directamente con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es decir, el

1048 BINDER, A. M.: Introducción al Derecho Procesal Penal, cit., p. 204.

derecho que tiene todo justiciable a que su situación jurídica sea resuelta en un plazo razonable, de acuerdo a lo señalado en los Convenios Internacionales.[1049] En razón de las garantías que materializa la prisión preventiva convierten en una verdadera garantía procesal, cuya finalidad es proporcionar un límite a toda persona que afecte o entorpezca injustificadamente con los órganos jurisdiccionales.[1050]

Cuando el derecho deja tarde o simplemente no se aplica, el proceso cumple su función social y los debilitamos significativos de la tutela jurisdiccional efectiva.[1051] Lo que debiera ser un acto de justicia en su momento se transforma en una especie de venganza social en posteriores.[1052]

Ahora bien, la carencia relativa del proceso judicial tiene un significado muy intenso en la prisión preventiva, pues, por lo general se pretende mantener esta situación jurídica hasta que no se resuelva el principal. Pues, corresponderá, en de cuidar, que en ese proceso donde prima la celeridad y la eficacia, no habrá perdidas en este estadio, pues en materias procesales como el nuestro, donde algo la necesidad y la duración, en a veces muy difícil alcanzar los tiempos que el mismo ordenamiento prevé. Por consiguiente, el plazo de la prisión preventiva no puede estar sujeto al plazo que dicte el proceso principal, pues, en este último no se resuelve de forma imprecisa.

1049 DEL MONTE, A. M.: Introducción al Derecho Procesal Penal, cit., p. 201; BINDER, A.: Introducción al Derecho Procesal..., cit., p. 210; Art. 14 PIDCP, en la sentencia recaída en el Expediente N° 7771-2006-PHC/TC: "La acción de los peticionarios no prosperó por una parte, la necesidad desplegada por el órgano judicial, pues no, mediante el cual pasó los procesos con diligencia especial y con la celeridad debida en la tramitación del proceso en que el imputado se encuentra en condición de detenido, y, por otra, la propia actividad procesal del detenido, a efecto de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación emanada de la conducta procesal del imputado. Asimismo, agrega, del derecho fundamental en referencia que el Estado constitucional peruano, de la denominada defensa obligatoria, tiene competencia de la tutela de del procesado y, consecuentemente, asumirá económicamente por el mismo constitucional".

1050 RIOS VARGAS, Cristhian: La Libertad Personal del Procesado. El Juicio de Libertad Individual, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, cit., p. 53.

1051 Expediente a Alba Virgen, L.: A través de nuestro el proceso Judicial en que debe determinarse los actos supuestamente que cometieron todo juicio en ningún que se concreta realmente determinar una duración razonable en función de la cuarta que en cada caso en particular. La Libertad Personal del Procesado, ... cit., p. 10; LL.Justicia en un Estado respetuoso en el marco del Estado de Derecho, la vida de cumplirse con la aplicación del derecho judicial en diferentes ámbitos, para, este sentido para que pueda servir de cimiento a de palabra para los valores esenciales sociales. Este logro a tiempo, constituye tanto la obligatoriedad de los operadores jurídicos en promover, por su parte la tutela jurisdiccional efectiva que está vinculada a una pena proporcionada formal justa de contenido.

1052 SILVA VARELLA, Enrique: Derecho Constitucional, Legislativo, Procedimental, cit., p. 43.

sus efectos no pueden cargar negativamente sobre la esfera de libertad del imputado. El paso del tiempo -en razón a la privación de la libertad- puede producir efectos devastadores en la persona del imputado, derivados de la prisionización y de las consecuencias perniciosas de la prisión. Efectos de incidencia negativa que deben ser impedidos por una legislación que aspira a un máximo de garantías.

La ineficacia y lentitud del sistema no tienen porqué recaer sobre los hombros del imputado. Si pasado cierto tiempo su situación jurídica no es resuelta, éste tiene derecho a que su libertad sea reivindicada. De ahí que sea necesario establecer normativamente un plazo de duración de la prisión preventiva.

En un Proceso Penal entran en tensión el interés social en la persecución, así como la eficacia estatal y la libertad individual, tensión que en el caso de la prisión preventiva debe ser resuelta a favor de la libertad. La prisión preventiva no tiene porqué convertirse en un receptáculo de seguridad cognitiva, de aspirar a una seguridad ciudadana a expensas de un derecho fundamental. Cuando las medidas procesales que facilitan la aplicación del *ius puniendi* entren en colisión con el *ius libertatis*, deberán ser ponderados el interés estatal de persecución penal y los intereses de los ciudadanos en el mantenimiento de más amplio grado de eficacia de sus derechos fundamentales.[1354] Y, el más amplio grado de eficacia supone limitar al máximo la privación de libertad preventiva.

1. DURACIÓN (ART. 272°)

La prisión preventiva no durará más de nueve meses.

Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses.[1355]

2. LIBERTAD DEL IMPUTADO

Al vencimiento del plazo sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el Juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la libertad del

1354 GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, cit., p. 344.

1355 El artículo 137° del CPP de 1991, establece un plazo máximo de nueve meses en el procedimiento ordinario, y de dieciocho meses en el procedimiento especial, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 135° del CPP. Sin embargo, tratándose de procedimientos complejos, el legislador ha establecido una ampliación significativa del tiempo de detención preventiva, pudiendo proceder a una duplicidad o a una prolongación, esto es, por un tiempo de 30 meses.

imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en diligencias judiciales, incluso las restricciones a que refieren los numerales 2) al 4) del artículo 288° (comparecencia con restricciones) (Art. 273°). Este apartado debe entenderse de común idea con el art. 272° (*in fine*), que establece un plazo máximo de prisión preventiva, sin haberse dictado sentencia de primera instancia. Habiendo transcurrido el plazo previsto en los arts. 272.1 y 272.2, el Juez de la causa, deberá ordenar la inmediata excarcelación del imputado, bajo responsabilidad. La orden de excarcelación puede decretarse de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes (imputado y del Ministerio Público).

En estos casos, el juzgador, en el mismo auto que decreta la libertad del imputado, deberá adoptar las medidas de coerción personal que aseguren la comparecencia del procesado a la instancia, vía comparecencia con restricciones. Si la adopción de la medida de comparecencia se produce *a posteriori* de la excarcelación, y el imputado evade la acción de la justicia, el Juez se hace responsable por no haber adoptado las medidas de precaución pertinentes a la naturaleza del caso concreto.

3. PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la detención, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2) del artículo 272°. El Fiscal deberá solicitarla al Juez antes de su vencimiento (Art. 274.1). Ante una investigación criminal compleja, ora por la cantidad de procesados, ora la magnitud del evento delictivo, ora por pruebas que se pretende acopiar, ora por un peligro de fuga, podrá prolongarse el plazo de detención a un límite no mayor de dieciocho meses. La prolongación de la prisión preventiva podrá ser solicitada por el Fiscal, quien deberá motivar debidamente su pedido, en razón a los presupuestos antes mencionados.

El Juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Ésta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad (Art. 274.2). Bajo las reglas del contradictorio y de la oralidad bilateral, el Juez deberá resolver la solicitud de prolongación de la prisión preventiva, en el mismo acto de la audiencia o dentro de las setenta y dos horas siguientes, como plazo perentorio.

La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la detención preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación. El pro-

vencimiento que se requiere sea el previsto en el numeral 3) del artículo 276° (requerimiento de la prisión preventiva [Art. 274.3]). La prolongación de la detención requiere la permanencia del imputado bajo un estado jurídico de libertad. De hecho, estamos ante una medida de cese restrictiva dictada en alguna de sus causales particularizadas por el Fiscal o juez.

Una vez vencido el requisito, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, siempre esta hubiese sido confirmada (Art. 274.3).[1666]

6. COMPUTO DEL PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de prisión preventiva, el tiempo en que la causa estuvo suspendida mientras el imputado o su defensa (Art. 276.1). Las situaciones similares que permitan variar el procedimiento en su desarrollo, deberán obedecer exclusivamente a una maniobra judicial prudente de una serie de factores internos al desarrollo de dicho, debiendo ser en ningún tanto incidencia objetiva de quien se encuentra privado provisionalmente de su libertad. Sin embargo, pueden resultar otras factores que desfavorezcan esa defensa en el proceso. El imputado, a través de su defensa, puede actuar una serie de maniobras legales arbitrarias y obstruccionistas,[1667] que a la larga alargan el lapso razonable del procedimiento. Frente a estas, estamos ante excepción con causal ausencia del imputado que no puede computarse una situación perjudicial a favor de sus intereses.

En consecuencia, las dilaciones que a estos efectos se produzcan, no serán tenidas en cuenta para el cómputo del plazo de prisión preventiva. Debe quedar claro que las dilaciones son producto de una táctica abiertamente obstruccionista, para la cual existen otras salidas, debiendo exclusivamente perjudicarse.

El cómputo del plazo, cuando se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto su fecha del nuevo auto de prisión preventiva, no cesará

[1666] Se sigue la misma línea del Art. párrafo del artículo 137° del CPP de 1991.

[1667] Así así sostiene "La libertad por razones de peligrosidad, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable", publicado en la Revista Actualidad Jurídica (Tomo 156 - enero del 2008). Se trata de conceptos "distintos pero relacionados", a quienes atribuyen un contenido y extensión del concepto y no debemos aquí de desarrollar a través de la consagración de una parte de disciplinas distintas, a efecto de beneficiarse con el transcurso del tiempo, siempre la prescripción como una de las consecuencias esperadas de este proceso. Más, no obstante, estimo que existen otras prevenciones legales mucho significativas, con una especificidad para el proceso penal (el cual no puede ser explicado como "proceso económico" (n. p. 8).

durará el tiempo transcurrido hasta la fecha de emisión de dicha resolución (Art. 276.2).

En los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos previstos imputados a la jurisdicción penal ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva (Art. 276.3). La explicación se encuentra dentro de la sentencia del Tribunal Constitucional[1668] de carácter vinculante, que se expide como consecuencia de la acción de inconstitucionalidad que se interpuso contra la Legislación Antiterrorista sancionada por la Dictadura de los años 90, en cuanto a sus diversa inconstitucionalidad con los principios rectores del Derecho Penal y del Debido Proceso. Empero, estamos ante una circunstancia ajena a la voluntad del imputado. El estado de la cuestión es de la designación de una normatividad inconstitucional, producto de una determinada coyuntura nacional histórica, pueda tener el efecto legítimamente de perjudicar la libertad del imputado. En efecto, en un caso puede dudar la libertad y la seguridad del ciudadano legítimo en una buena tercera jurídico-criminal. De hecho, consideramos grave como el tercer caso propone una perspectiva cognitiva muy permisiva en la evaluación.

7. DETENCIONES DE LA LIBERTAD

La libertad será revocada, inmediatamente, si el imputado no cumple con asistir, sin causa legítima, a la primera citación que se le hiciere cuando se considere necesaria su concurrencia. El Juez según el trámite previsto en el numeral 3) del artículo 276° (requerimiento de la comparecencia por prisión preventiva [Art. 274°]. Habiendo probado la concurrencia del imputado por razones de detención, podrá revocarse el régimen de comparecencia. Cuando este demuestre con su conducta procesal una voluntad evasiva y obstruccionista del procedimiento en su contra. La revocación procede ante una inasistencia personal de especial relevancia para el proceso. Vgr., una confrontación o la actuación de una prueba anticipada. En este caso, el juez asigna el trámite previsto para la revocación de la comparecencia por prisión preventiva.

[1668] Expediente N° 010-2002-AI/TC, que declara la nulidad de los Decretos Legislativos N°s. 895 y 896 del 15/05/2002, que aprueban las disposiciones en las personas por delitos de traición a la patria, en cuanto a Policías con identidad reservada y que se dictan las medidas aplicables para tutelar

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

El plazo razonable y su valoración en el Código Procesal Penal

BURGOS MARIÑO, Victor. En Instituto Pacífico / Actualidad Penal: El plazo razonable y su valoración en el Código Procesal Penal. Año 1 Volumen 3, Setiembre / 2014. Pág. 28 – 38.

Contenido

Comentario

COMENTARIO

El plazo razonable y su valoración en el Código Procesal Penal

Víctor Burgos Mariños
Juez Superior (P) de la Corte Superior de Justicia de La Libertad
Profesor de la Universidad Nacional de Trujillo y de la Academia de la Magistratura

SUMARIO

1. Introducción

El Derecho al plazo razonable es un derecho fundamental de la persona, reconocido por la legislación y jurisprudencia supranacional y las constituciones de los países democráticos[1].

El concepto de plazo razonable es aplicable a todo tipo de procedimientos pero, sobre todo, al proceso penal con la finalidad de que la persona imputada no permanezca largo tiempo bajo acusación y asegurar que la misma se decida prontamente[2]. Si bien es importante que se resuelva la acusación del

RESUMEN

CONTEXTO NORMATIVO

PALABRAS CLAVE

Lugo porque advirtió la posibilidad de requerir el pronunciamiento jurisdiccional, mediante actividad probatoria, presentación de alegatos y sostuvo la misma, y seguidamente una nueva sentencia para dar prevalencia de una sentencia justa sin perjuicio del sentido del fallo.

¿SABÍA USTED QUE?

Son dos las formas como se expresa el derecho al plazo razonable, como garantía del justiciable frente y a los excesos del poder punitivo de, simultáneamente, a los efectos nefastos de un procedimiento penal. La primera, incide sobre la protección del derecho a la libertad personal y la limitación del plazo de la prisión preventiva; y, la segunda, sobre el derecho al debido proceso de que su caso sea resuelto en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas.

Los elementos para determinar la razonabilidad[4] del plazo, según la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana son: a) la complejidad del caso, b) la conducta del inculpado, c) el comportamiento de las autoridades judiciales[5].

En cuanto a la complejidad del plazo[6], deben tenerse en cuenta diversos factores entre: la gravedad y naturaleza del delito; la cantidad de cargos imputados; la naturaleza de las investigaciones; la cantidad de personas involucradas; el número de testigos; las condiciones de orden público; la autonomía de las autoridades, entre otros. Cuando surge un cuestionamiento al plazo razonable por complejidad del caso, no basta la simple alusión a que el caso es complejo, sino que es necesario demostrar que aun siendo complejo, se ha actuado con la debida diligencia y celeridad. El artículo 334[7] del NCPP establece que si el fiscal podrá fijar un plazo diverso según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, y si el afectado por una excesiva duración de las diligencias pertinentes, solicitará al fiscal la *del* término y dicte la disposición que corresponda y si *este no acepta*, podrá *él* en sede *fiscal* de plazo *ante* el juez de garantías. En la misma manera, cuando el fiscal declare la complejidad de un proceso, deberá justificarlo en su disposición, y si *ello no ocurre* o el investigado considera desproporcionada la duración fijada, puede igualmente, plantear tutela y llevar el caso ante el juez, quien previa audiencia con participación de las partes, decidirá lo que corresponda.

La CIDH advierte que el mismo en el desarrollo de la investigación no puede justificarse únicamente en razón de la complejidad del

4 Es igualmente innumerable un plazo excesivamente largo, como el razonablemente breve. Por ello, en determinadas circunstancias, sumamente en delictivo, asegurar una sentencia justa, a través de requerir y acoger la actividad de defensa, que transitar el proceso con desmedida brevedad. Si este caso la garantía de honestidad sería frente a las exigencias de la justicia, pero ello no significa una protección para la culminación de procesos célebres, corrupto y cuando exista una razonable proporcionalidad, pertinencia y representación en el mismo, se evita los pedidos de la negligencia que han adoptado el derecho accionado, se han permitido procesos célebres como el peruano por Fujimori, terminación anticipada, o procesos nacionales, cuya aplicación requiere que el juez guarden en cada caso, el exacto razonablemente fundamentos para su aplicación, o en todo caso optar por el proceso común para no vulnerar tiempo para que la defensa pueda hacer sus pruebas, pues tener apariencias de duros razonable, en caso para llegar en juicio.

5 RUIZ-ESTRADA, David. "La violación del derecho al plazo razonable de juzgamiento y la indebida excepción de cosa juzgada". P. 55. Walter Claudio Rodrigo del proceso penal por investigaciones dudas". en: Revista Gaceta Constitucional. Tomo 24. Gaceta. diciembre 2009.

6 La propia Corte ha señalado razonable que la complejidad del asunto puede tener en cuenta diversos factores como: a) la complejidad de la investigación y el desarrollo de los procesos (Ver Caso Lopez Alvarez vs. Honduras. 2006. Párrafo 128), la pluralidad de agentes procesales (Ver Caso Garcia Lucas vs. Puerto rico. 1997. Párrafo 39), cantidad de delitos atribuidos al procesado.

muerte. (Caso Garibaldi vs. Brasil. 2009. Párrafo 139).

En cuanto a la conducta del imputado, se ha establecido que este, de ninguna manera, puedan desplegar acciones o "conductas incompatibles con los fines de la justicia o estar dirigidas a entorpecer la tramitación del proceso". Este criterio es considerado importante y determinante para la valoración de la violación del derecho al plazo razonable, pues si a pesar de la diligencia de la justicia, el proceso se dilata por las propias acciones del imputado, ya no puede alegar violación al plazo razonable. Incluso para valorar la conducta procesal del judiciable debe tomarse en cuenta si su participación en el proceso fue activa o meramente formal. Es frecuente que la renuncia de sus derechos procesales, en muchas ocasiones, genere un retraso en el proceso penal, como por ejemplo renunciar a su derecho de contar con un abogado defensor, trae consigo la imposibilidad de realización de audiencias o diligencias. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos en el Caso Celiesja vs. Malta. 2003. Párrafo 132, ha establecido que la defensa no es un requisito sine qua non para que las personas acusadas cooperen con las autoridades judiciales y, por lo tanto, este derecho legítimo no puede ser equiparado a una renuncia del interesado bajo el cual se pueda excusar el estado para justificar la violación del plazo razonable.

En cuanto al comportamiento de las autoridades judiciales, a las cuales hubiera que incluir todo comportamiento de fiscales, policías, peritos y autoridades administrativas que cumplan funciones principales y auxiliares en el proceso penal, tienen el deber de realizar las diligencias procesales con la mayor diligencia posible en cualquiera de sus etapas. En el desarrollo de las funciones que se despliegan en el proceso, es necesario distinguir la actividad ejercida con reflexión y cautela justificables, y la desempeñada con excesiva pasmosidad, inoperante lentitud y excesos de formalismo.

7 Ver Caso Carlos Luque Vs Honduras. 2002. Párrafo 78.

Peru, además, debe atribuirse al Estado, la obligación de optimizar el desempeño y rendimiento en la administración de justicia para cumplir con el plazo razonable, y así, tal desempeño, no se vea empañado o perturbado por la ineficiencia de funcionarios judiciales, la complejidad del régimen procedimental, su antigüedad o la abundante carga de trabajo. Queda claro que la inobservancia del plazo razonable, en ningún momento, puede verse justificada, por la falta de optimización[8] de los servicios de justicia, pues son ellos justamente los que generan las mayores violaciones al derecho al plazo razonable y la tutela judicial efectiva.

Otro criterio atribuido a los funcionarios del sistema penal que puede generar dilaciones

8 La Corte Interamericana en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado en ese tenor, estableciendo criterios de cómo deben dirigirse las investigaciones de un hecho. Por ejemplo, en el caso Caso Gomez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil la Corte señaló que en materia penal el Estado debe garantizar a fin de esclarecer los hechos, que las autoridades en sus actuaciones cumplan adecuadamente las investigaciones para determinar en "las correspondientes responsabilidades penales y ordenar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. 1988. Párrafo 174) y dentro de un plazo razonable. Asimismo, señaló las investigaciones pertinentes, tomando en cuenta el pasado de violaciones del derecho humanos cometido en la época, con el objeto de que el proceso y las investigaciones pertinentes sean conducidas en consideración de la complejidad de esos hechos y el contexto en que ocurrieron, evitando omisiones en la recolección de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación, tomándose las acciones materiales e intelectuales de los hechos. Asegurando que: i) las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes, ex officio, y que para tal efecto tengan a su alcance y utilicen todos los medios logísticos y científicos necesarios para recolectar y preservar las pruebas y en particular tengan facultades para acceder a la documentación e información pertinentes para investigar los hechos denunciados y fines; y claro con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para esclarecer lo ocurrido; ii) las personas que participan en la investigación, entre ellas los familiares de las víctimas, los testigos y los operadores de justicia, cuentan con las debidas garantías de seguridad, y iii) las autoridades se abstengan de realizar actos que dificulten la ejecución del proceso investigativo (Ver Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. 2009. Párrafo. 233).

subsidios), viene a ser la parcialización y subjetivización por ello. En funcionario debería actuar desinteresado todo interés personal o prejuicio, que perturbe el desarrollo normal de las causas penales y que impidan unas resueltas en el plazo razonable[8].

Un cuarto elemento que se complementa con los anteriores, de evidente desarrollo, es el que pondera además el perjuicio de la víctima. Al respecto, Sergio García Ramírez[9] "En ocasiones, es irrelevante el tiempo transcurrido para la perduración del daño; en otras, es muy lesivo para la víctima. Por ello, los cinco elementos de apreciación de la razonabilidad –complejidad del asunto y conducta de autoridades y particulares– deben ponderarse igualmente a la luz del perjuicio que se está causando a la víctima. El tiempo no corre igual para todos, ni los elementos considerados tradicionalmente para fijar la razonabilidad del plazo afectan a todos igualmente".

Veamos a continuación algunas de las casaciones más importantes de la Corte Suprema, referidas al plazo razonable, y verificaremos si se han dado dentro de los parámetros de razonabilidad que la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el propio Tribunal constitucional peruano ha establecido para proteger el plazo razonable.

2. La solución de los problemas por vencimiento de los plazos según la Corte Suprema

2.1. Los plazos en la investigación preliminar

El NCPP estableció en su texto original que el plazo de la investigación preliminar era equivalente a 20 días, plazo que según el mismo Código, podría ampliarse por razones de complejidad a más tiempo. Sin embargo, expresamente no alude límite[10]. Es en ese contexto que la Casación N.° 002-2008-La Libertad, de fecha 19 de junio de 2008, señala que en concordancia al artículo 337°, inciso 2 del CPP, las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria la cual tiene un plazo de 120 días naturales, prorrogables por única vez hasta por un máximo de 60 días naturales; ello debe aplicarse en concordancia con el artículo 334°.1 del CPP que prescribe el plazo de las diligencias preliminares, siendo de 20 días y no obstante a ello el fiscal podrá fijar un plazo diverso según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación; cabe decir que la investigación preparatoria presenta dos subetapas: las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha; no obstante, las diligencias preliminares tienen un plazo distinto, el mismo que está sujeto a control el cual tiene fundamental importancia para una investigación adecuada y eficiente del proceso penal, es decir, que la investigación preparatoria establecida en el artículo 343°.2 del CPP, que prescribe que el cómputo del plazo se hace a partir de su comunicación lo cual es una interpretación sistemática, ya la hacía por la cual en cada una de sus fases, se prevé la posibilidad de que los justiciables fundamentalmente el imputado pueda plantear mecanismos de control del plazo de investigación.

Además, la formalización de la investigación preparatoria tiene como finalidad la legitimación de los sujetos procesales, de manera que recién en dicho acto procesal estos sujetos se pueden constituir y ser reconocidos como tales en el proceso para el efectivo ejercicio de sus prerrogativas e incluso se tiene también como finalidad evitar los elementos de convicción de cargo y descargo, según el artículo 321° del CPP. En consecuencia, es necesario precisar que si bien los plazos previstos son objetivos,

8 Ver Luis Ayala Barbera y otros EL Telemetro, 2002. Pamplona 77.

9 Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Acosta Presidente vs. Honduras, del 3 de abril de 2006. Párrafo 33 Recomendado de Derecho 131.

10 Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, que establece que el plazo de las diligencias preliminares, mencionado en el artículo 3, es de veinte días.

es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional de los veinte días, no debe ser limitado, puesto que no puede afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso, ponderándose el plazo máximo de duración atendiendo a criterios de orden cualitativo conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tiene como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables conforme dispone el artículo 330° del CPP; por ende, la fase de las diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria.

Lo remitente de la Casación N.° 002-2008-La Libertad es haber establecido límites al plazo máximo de la postergación de la investigación preliminar sin embargo, consideramos que bien pudo fijar un plazo menor aunque se aplió por maximizar el plazo de la investigación preliminar, al equipararlo al plazo de la investigación preparatoria. Advertimos en esta primera casación, que los argumentos de razonabilidad y proporcionalidad utilizados, se centran únicamente en la posible complejidad del caso, pero no toman en cuenta el comportamiento de los funcionarios fiscales y mucho menos la evaluación del desempeño de sus funciones.

En la Casación N.° 144-2012-Ancash, del 11 de julio de 2013, se toma en cuenta lo que el Tribunal Constitucional[11] había establecido en reiterada jurisprudencia, con carácter de doctrina jurisprudencial, dos criterios para determinar el plazo razonable de la investigación preliminar: "(...) subjetivo y objetivo. En el primero quedan comprendidos [1] la actuación del fiscal y 2) la actuación del investigado; en el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación [...]" precisando que: "(...) es obvio del marco de estos criterios jurídicos que se deberá determinar en cada caso concreto, si en que la investigación preparatoria se ha desarrollado dentro de un plazo razonable. Ello es así en la medida que los actos de los poderes del Estado y los órganos constitucionales, en general, y del Ministerio Público, en particular, no se legitiman, desde la perspectiva constitucional, en sí mismos, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución Política".

IMPORTANTE

En cuanto al comportamiento de las autoridades judiciales, a los cuales habría que incluir todo comportamiento de fiscales, policías, peritos y autoridades administrativas que cumplen funciones periciales y auxiliares en el proceso penal, tienen el deber de realizar las diligencias procesales con la mayor diligencia posible en cualquiera de sus etapas.

En ese orden de ideas, señala, respecto del primero, en cuanto se refiere a la actuación del investigado, se debe de evidenciar la actitud obstruccionista, por ejemplo, ante la inconcurrencia injustificada a las citaciones, el ocultamiento o la negativa de entregar información, la mala fe, entre otras conductas, con el fin de dilatar los actos de investigación; en cuanto a la actividad fiscal, se deberá considerar si es una actividad jurisdiccional fuera o no diligencia por parte del fiscal a cargo de la investigación. Respecto, del segundo criterio, este comprende la naturaleza de los hechos, objeto de investigación, la cual puede venir determinada no solo por los hechos mismos objeto de esclarecimiento, sino también por el número de investigados, así como la complejidad de las actuaciones que se requieran para investigar los tipos de delitos que se

11 Sentencia recaída en el Caso N.° 03164-2013-PHC/TC Lima, recaída en favor Víctor [illegible]

imputan al investigado), como por ejemplo los delitos de lesa humanidad, terrorismo, entre otros, por lo tanto, concluye el Supremo Intérprete que: "(...) el plazo razonable de la investigación preliminar no tiene ni puede tener en abstracto un único plazo para todos los casos, traducido en un número fijo de días, semanas, meses o años, pues que tal razonabilidad inevitablemente debe ser establecida según las circunstancias concretas de cada caso (...)".[11] En consecuencia, la Casación fija que en el caso de las investigaciones complejas, el plazo máximo de la investigación preliminar deberá ser de ocho meses.

DANIEL PASTOR dice:

"Los tribunales han aceptado con comodidad el debate que legítimamente les ha cedido el legislador en la determinación de la duración razonable del procedimiento y sus consecuencias. Esta actitud es comprensible, aunque no trata de un plazo que pueda fijar a sus poderes y asegura el cumplimiento de su responsabilidad".

En este caso, lo valioso de la Casación, aparte del hecho de la norma procesal, es haber establecido un plazo máximo de la investigación preliminar en procesos complejos, de ocho meses. Siguiendo la regla de la Casación N.° 02-2008-La Libertad. Si bien incorpora como fundamentos los elementos complejidad del caso y conducta del imputado, sigue estando ausente el elemento del desempeño de los funcionarios estatales.

Finalmente, en cuanto a refiere al plazo de la investigación preliminar, tenemos a la Casación N.° 134-2012-Ancash, la misma cuyo aporte es establecer que no cabe la caducidad de la investigación por vencimiento del plazo y que la petición del plazo debe ser necesariamente realizada (o solicitada) antes de su vencimiento. Así como a la Casación N.° 66-2010-Puno en el que se estableció que "el cómputo del plazo de las diligencias preliminares son días naturales y no hábiles".

2.2. El plazo de la prisión preventiva

Si bien el Tribunal Constitucional ha sido bipolar en definir el plazo razonable de la prisión preventiva, entendiéndose como un plazo estrictamente necesario y no como el plazo máximo legal, según el Fundamento 8 de la STC N.° 06423-2006-PHC/TC, establece: "(...) el plazo establecido actúa solamente como un plazo máximo y de carácter absoluto, pero en ningún que puedan calificarse como arbitrarias aquellas privaciones de la libertad que, aun no estando dicho plazo, sobrepasen el plazo estrictamente necesario o hacer valederas para acreditar determinadas actuaciones o diligencias". Sin embargo, en la STC N.° 02748-2010-PHC/TC-LIMA, de carácter vinculante, el Tribunal Constitucional establece que en los delitos de TID (se entiende procesos complejos), el plazo máximo inicial de la prisión preventiva de 18 meses se duplica de manera automática por el plazo máximo de 36 meses, contraviniendo así a la doctrina anteriormente establecida del plazo estrictamente necesario. Con la duplicación automática, queda descartada toda posibilidad de plazo razonable y se revalúan problemas propios del desempeño del sistema de justicia.

Vemos la Casación N.° 220-2012-Ica, sobre la prolongación de prisión preventiva. El caso trata de un delito de violación sexual de menor de edad, que el 16 de diciembre de 2010, se formaliza la investigación preparatoria y al día siguiente, se declara fundada la prisión preventiva por nueve meses. El caso es sin lugar complejo vence el plazo de investigación de 4 meses y su prórroga de 60 días. Antes antes de vencer los 9 meses de la prisión preventiva, la Fiscalía solicita nueve meses

[11] STC N.° 05228-2006-HC/TC del 15 de febrero de 2007. Caso Samuel Dyher Kais. Fundamentos 14 y 16 versión digital disponible en: <<a href="http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05228-2006-HC.html">http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05228-2006-HC.html

más de prórroga, y como aún no se dictaba la sentencia de primer grado, la Fiscalía solicita una segunda prolongación durante el juicio oral por 5 meses más. Pero en ese interín, el 10 de enero de 2012, se dicta la sentencia condenatoria imponiendo al acusado 18 años de pena privativa de la libertad, luego de aproximadamente 12 meses y medio de dictada la prisión preventiva. Luego, la fiscalía solicita la prolongación de la prisión al amparo del artículo 274°, que establece que la prisión preventiva se prolonga hasta por un plazo equivalente a la mitad de la pena impuesta, y, de forma incongruente, se dan las dos prolongaciones, una que decía cinco meses y otra que decía nueve años, y ese es la que motiva a la Defensa a plantear la casación.

La Casación plantea dos soluciones: primero, que el encargado de resolver el requerimiento de la prolongación de la prisión preventiva, en todos los casos, es el juez de investigación preparatoria; y, segundo, que no se debe solicitar la prolongación de la prisión preventiva por efecto de la condena, pues la prolongación es automática y es la mitad de la pena impuesta. Sus fundamentos son: primero, la necesidad de desarrollar doctrina jurisprudencial; segundo, la seguridad jurídica, toda vez que tenga que ver con la prisión preventiva, incluso la prolongación de la prisión en el juzgamiento, debe ser resuelta por un juez distinto al juez de juzgamiento que tiene el caso, para que se alcance la imparcialidad; y tercero, la legalidad porque se fundamenta además, en el texto expreso del código, sobre todo en la parte que regula la competencia del juez de investigación preparatoria.

Si bien se pueden hacer diversas observaciones a esta casación, a las soluciones y a sus fundamentos jurídicos, como por ejemplo el error conceptual sobre la prolongación de la prisión y la imparcialidad judicial; pues los requisitos de la prolongación de la prisión preventiva (art. 274°) no son los mismos que los requisitos para imponer o hacer cesar la prisión preventiva, en el que se tienen que discutir "los graves y fundados elementos de convicción". Además, este razonamiento pone en cuestión la competencia de las Salas Superiores, quienes conocen la apelación de las prisiones preventivas y cesé, y forgo tienen que conocer la apelación de las sentencias. No hay en la prolongación, una revisión de los graves y fundados elementos de convicción, solo se analiza el plazo y el peligro de fuga; por tanto, no es posible la evolución de la proporcionalidad, al menos en su aspecto objetivo. Otro problema que trae la Casación es que ha omitido señalar si la duplicación automática de la prolongación preventiva concreta o no de una resolución que la declare; puesto que, en estos casos, no cabe requerimiento fiscal. La que contraviene el principio acusatorio y la regla de que el juez no puede proceder de oficio. Además, para que el juez de investigación preparatoria dicte la resolución, el juez de juzgamiento tendría que solicitarle. ¿Cómo lo haría? Además, en la libertad procesal, el juez de juzgamiento seguirá teniendo competencia para ello, o deberá ser el juez de investigación preparatoria? Considero que la duplicación automática por efecto de la condena de primera instancia señalada en la Casación es desproporcionada y contraria al derecho al plazo razonablemente necesario y al propio Código Procesal Penal, pues la finalidad de esta prolongación es garantizar el principio de persecución de inocencia, permitiendo que el detenido obtenga la apelación de su condena bajo la condición de pena preventiva (por efecto de la prolongación de la prisión) y no como ejecución penitenciaria, pues ello implicaría la aplicación de la condena, sin que esta haya quedado firme. Para lograr garantizar los derechos constitucionales que se protegen a través de la prolongación del 274° A, se requiere el plazo máximo de la mitad de la condena, sino el estrictamente necesario para lograr la sentencia de segunda instancia; ello es aproximadamente a un promedio entre 4 y 6 meses. Salvo que se pretenda extender el plazo de la prisión, más allá de la validez de la sentencia condenatoria, lo cual es, a todas luces, inconstitucional.

Creo que, más allá de los cuestionables argumentos contenidos en la casación, hay un error de fondo en la valoración del plazo razonable que ha venido siendo esgrimido en nuestro país y que tiene que ver con el desempeño del sistema de justicia, el cual presenta serias deficiencias, la falta de optimización de los servicios de justicia, el desconocimiento de la criminalidad en nuestro país, el crecimiento de la carga procesal, el uso inadecuado de los recursos dados por el CPP por parte de los operadores, la congestión de audiencias, el descanso, la tardía, la burocratización, entre otros, son los verdaderos causantes de los verdaderos de plazos[14].

Miren ustedes esta gráfica, no la parte superior de la gráfica, tenemos el plazo de la

14 En la jurisprudencia de los Estados Unidos, se conoce bajo la fórmula del "derecho a un juicio rápido" (speedy trial) reconocido en la Enmienda VI. La jurisprudencia norteamericana ha advertido que esta garantía está diseñada a proteger tres valores interrelacionados: el valor de un enjuiciamiento de justicia criminal; [...] evitar hostilidad y ansiosa incertidumbre contra del acusado; [y] minimizar la ansiedad y preocupación que genera una acusación pública y, [y] limitar las posibilidades de que una dilación extensa comprometa la capacidad del acusado para defenderse. Ver: GOSSETT, LINNEEN, María Inés y Julian LOPEZ INIGO, Derecho Procesal Penal Chileno. Manual práctico de Chile, Santiago de Chile, 2003, T.I, p. 73.

investigación preparatoria, de acuerdo al art. 342°, el plazo de investigación preparatoria debe durar en un proceso simple, no complejo como el que yo maneja de vida cotidiana, tienen cuerdos, delito de violación sexual de menor de edad, no es un caso complejo, 120 días más 60, son tenes, no tuvieras cuenta dieron la etapa intermedia porque no tiene plazo, eso dependerá del asiduo de carga procesal que cada corte maneja en juicio oral, tenemos mientras un tiempo de quince días para el juicio oral, pero si los comparamos con los días del caso de la casación, vemos a ver que la prisión preventiva dictada por nueve meses venció sin que concluya la investigación, nueve meses ahí, mientras que la investigación preparatoria es seis meses, la prisión preventiva venía más de nueve meses, por eso es que el fiscal pedía cuatro meses más de prórroga porque ya se le venía los cinco cuatro meses más de prórroga y al vencimiento es que recién plantea su acusación, la pregunta es ciertamente ¿por qué el Ministerio Público se demora tanto para dar término a la investigación y proceder a la acusación?, ¿cuánto tiempo, luego nos demoramos para hacer la etapa intermedia, y luego ¿cuánto para hacer el juicio?, por tanto, esto nos da falta de evaluación del desempeño de los funcionarios del sistema de justicia en el problema central que ha sido desatendido, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema y que ha estado ausente en la ponderación para evaluar el plazo razonable[15].

15 Esta ausencia de valorar el desempeño de los funcionarios del sistema, es como echar la culpa de la violación del plazo razonable a la complejidad del proceso o al imputado. Es que en clara ha dicho el Doctor E. Florian cuando afirma "Los tribunales han asegurado con consistencia el derecho que legítimamente les ha otorgado el legislador en la determinación de la diversidad razonable del procedimiento y circunstancias. Esta política es correspondida puesto que se trata de un plazo que puede ser lo o no poderse y alguna el cumplimiento de su responsabilidad." Ver: FLORIAN, Daniel, El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación teórica del problema, de la estructura, duración del proceso penal y sus posibles soluciones, 1ª ed., Ahmad - Ad-Hoc con Hoffmag, Martínez, Buenos Aires, 2007, p. 144.

Los riesgos inquisitivos" del Código Procesal Penal y alguna Casaciones vienen ocasionando un debilitamiento del modelo acusatorio, generando mayor congestión y sobrecarga de casos en los funcionarios del nuevo sistema procesal, lo que se ha visto agravado por una disyuntiva política del Ministerio Público de reducir sus facultades discrecionales y en su lugar judicializar los casos para que el juez resuelva, con el fin de evitar el cuestionamiento público, asimismo la disminución de las salidas alternativas y la falta de utilización del proceso inmediato, entre otros, viene generando una alta congestión de procesos y de audiencias, al nivel de los jueces de investigación preparatoria, quienes además deben dirigir la audiencia de control en la etapa intermedia y las audiencias de control y ejecución de sentencias, y ahora con la casación N.°. 126-2012-ICA, también las audiencias de prolongación de prisión preventiva. Todo ello ha generado, tal como se observa en el gráfico, que exista una dinámica instrumentalizada del Ministerio Público para presentar sus requerimientos acusatorios y de los jueces para hacer la audiencia de control y de juicio oral. Es así que se producen generalmente, luego de vencido los plazos de la investigación (4 meses más 60 días) e incluso los plazos de la prisión preventiva (9 meses o más), y en casos que no son complejos y de fácil probanza como los casos de flagrancia delictiva.

En la etapa intermedia, también hay sobrecarga de casos, en varios Cortes como en Trujillo, los jueces de investigación llegan a tener 15 a más audiencias por día e incluso trabajan los sábados, pero aun así no se puede bajar la carga procesal y esta sobrecarga procesal en etapa intermedia hace que la etapa de control no cumpla sus objetivos de ser el filtro que se precisó para sanear el futuro juzgamiento, para preparar el debate probatorio y aquí tenemos graves problemas: una audiencia de control de acusación es mucho más compleja,

16 Ver: BOVINO, Alberto, Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 90 y ss.

desde todo punto de vista, que una audiencia por alguna incidencia de la etapa preparatoria: la acusación directa carga a los jueces de investigación y sanciones no se está cumpliendo con la finalidad de preparar el futuro juicio oral. En la etapa intermedia, hemos perdido la oportunidad de poder aplicar la inversión anticipada por una interpretación literal que se hace en un Acuerdo Plenario, lo que tomado a una casación que señala que no es necesario que las partes asistan a la audiencia, se ha impedido consolidar la práctica de que las partes materiales asistan a la audiencia de control, imposibilitando la aplicación de las convenciones probatorias. No se está trabajando bien en esta etapa de control, todo pasa al juicio oral, no hay tiempo para discutir sobre legitimidad de pruebas, no hay tiempo para discutir sobre pertinencia, utilidad, sobre convenciones probatorias, etc., y además, los imputados no asisten a la audiencia de control porque no se han notificado su participación. Creo que aquí hay una gran deuda de la Corte Suprema, pues no ha definido ni clarificado el significado de audiencia en el nuevo modelo acusatorio, y por el contrario, se le ha confundido y equiparado al de la vista de la causa.

JURISPRUDENCIA RELEVANTE

"[...] el plazo establecido actúa solamente como un límite máximo y de carácter absoluto para no impedir que puedan calificarse como injustificadas aquellas prolongaciones de la libertad que, aun sin rebasar dicho plazo, sobrepasen el plazo estrictamente necesario o justo exigible para realizar determinadas actuaciones o diligencias."

(STC Exp. N.° 0942-2003-HC/TC)

De otro lado, los jueces serán veraces diciendo mucho, a pesar de que el artículo 360° inciso 1 del NCPP prescribe, "Instalada la audiencia, esta seguirá en sesiones conti-

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

Consideraciones específicas sobre el uso de la prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

PORTUGAL SÁNCHEZ, Juan Carlos y REYNOSO EDÉN, Luis Alberto. "Consideraciones específicas sobre el uso de la prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Gaceta Jurídica. Gaceta penal y Procesal Penal. Tomo 64. Octubre 2014. Págs. 341 – 361.

Consideraciones específicas sobre el uso de la prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Juan Carlos PORTUGAL SÁNCHEZ* / Luis Alberto REYNOSO EDÉN**

I. A modo de introducción

De un tiempo a hoy, el uso de la prisión preventiva en la casuística peruana ocupa un especial grado de interés, sobre todo en tiempos actuales en donde su aplicación ha logrado alcanzar a funcionarios públicos con cargos políticos de ejecución directa en diversas regiones de nuestro país. En muchos de estos casos, no son pocas las voces que se han pronunciado en contra de estas decisiones, y si bien no en favor de una decisión contraria a la dictada, sí en el inadecuado uso de la motivación para su justificación.

El presente artículo aborda algunas problemáticas específicas en los tradicionales fundamentos, que desde la judicatura nacional y desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vienen dando sobre esta institución cautelar. Así pues, luego de identificar el tipo de modelo coercitivo al que pertenece nuestra legislación procesal, abordaremos críticamente el uso de cada uno de los presupuestos materiales, y sus diferentes variables de aplicación, que dotan de contenido a la prisión preventiva, en particular, a los pesos de argumentación y motivación otorgados al peligro de fuga, gravedad de la pena y peligrosismo procesal, que si bien han sido ampliamente desarrollados, no lo han sido necesariamente de la forma más feliz.

II. Los modelos tradicionales en las medidas coercitivas de naturaleza personal

Con la finalidad de identificar a qué tipo de modelo corresponden las medidas coercitivas

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Maestrando en Ciencias Penales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Centro de Derechos Humanos de la citada casa de estudios. Estudios de especialización en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional en la Escuela de Leyes de la American University-Washington College of Law con certificación del Nederlands Institute of Human Rights. Miembro del Instituto de Derechos Humanos José Luis Bustamante y Rivero. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Perú.

** Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Magíster en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante-España.

1 Entre nuestra doctrina nacional, se caracteriza el trabajo desarrollado por ORÉ GUARDIA, Arsenio y LUJÁN ÁVALOS, Guillermo. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*. Editorial Reflexión, Lima, 2011. El estudio de los modelos sobre medidas personales en el presente artículo serán distribuidos sobre la estructura propuesta en dicho texto.

en nuestro país, nos referiremos brevemente a los tres clásicos modelos de coerción personal que hasta el momento se conocen en nuestra doctrina[1]. Citamos:

1. El modelo garantista

Según este modelo, el *ius puniendi* ejercido por el Estado a través de los operadores judiciales no es ilimitado ni absoluto, sino sujeto a determinados embalajes normativos de control. De ahí su legitimación constitucional en la intervención cautelar a determinados derechos y libertades fundamentales. En definitiva, este modelo propugna los siguientes postulados:

- La incorporación de principios y garantías constitucionales como guías de orientación en su aplicación, siempre vinculadas a criterios de interpretación con un mayor grado de optimización a favor del derecho a la libertad personal.
- Una presunción *iuris tantum* al derecho a la presunción de inocencia con relación al sujeto infractor del injusto típico.
- Aplicación proporcional y de última ratio en el uso de la medida coercitiva personal de mayor intensidad.
- Afirmar que esta tiene únicamente fines procesales, que solo el peligro de fuga justifica su adopción, y que la peligrosidad procesal no se presume.

2. El modelo eficientista

En términos de Oré Guardia y Luján Ávalos: "Este modelo, de corte autoritario, se caracteriza, fundamentalmente, por subordinar el valor libertad al principio de autoridad, desconociendo la idea de límites al poder penal. En un modelo autoritario de persecución penal se sustituyen valores consagrados constitucionalmente como derechos fundamentales y se convierte en observancia y cumplimiento en prácticas excepcionales. Así, bajo la justificación de las situaciones de emergencia o política coyunturales, los derechos fundamentales a la libertad y a la presunción de inocencia se vuelven relativos y se opta por medidas que no solo las pervierten, sino que los convierten en reglas de procedimiento".

La aparición de este modelo se aprecia en dos casos resueltos por nuestra judicatura constitucional. En uno de ellos, en el conocido caso Cartel de Tijuana, cuyo análisis será abordado más adelante, el Tribunal Constitucional legitimó la ampliación extraordinaria en el plazo de la prisión preventiva (hasta 72 meses) en criterios esencialmente externos y basados en factores de peligrosidad social (decantará de la inseguridad ciudadana y de la criminalidad organizada y estabilidad democrática). El análisis del peligrosismo procesal fue desarrollado de manera abstracta y superficial, sin exponer cada uno de los criterios que lo legitiman. En el caso Thayron Lima Monterri[2], dicho órgano constitucional acudió a razones subjetivas más asociadas a una conducta procesal y basadas en elementos de un Derecho Penal de autor, como lo es el perverso uso de los antecedentes y valores morales del imputado.

1 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 0330-2003-HC-TC, fundamento séptimo. En dicho caso, se señaló lo siguiente: "La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que puedan tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que cada juez, fundamentalmente, a las acusadas y valores morales del procesado, su negación, sus bienes, sus vínculos familiares y cualquier otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, prevía a la determinación de su criminal responsabilidad, pone en serio riesgo el normal desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminaría convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento (...)".

3. El modelo preventivista radical

La propuesta de este modelo se encuentra dirigida a enfrentar la delincuencia y seguridad ciudadana o cualquier tipo de costo. En el marco de la legislación internacional, el caso estadounidense representa la manifestación más trascendente en su aplicación. Así, luego de los atentados terroristas del 11 de setiembre de 2001, el gobierno firmó la denominada "Acta Patriótica", instrumento legal *-aunque no necesariamente constitucional-* que contenía una serie de normas de intensa intervención en los derechos fundamentales a la libertad personal, privacidad, secreto de las comunicaciones y presunción de inocencia. Desde los grados más altos a nivel político, se instauró un régimen de emergencia violatorio a las garantías y libertades fundamentales, como por ejemplo: 1) autorizar al gobierno a vigilar y espiar *organizaciones* o individuos bajo cualquier mínima sospecha; 2) detenerlos cuando estos cumplan con un índice supeditativo de peligrosidad criminal; 3) realizar interceptaciones telefónicas y allanamientos domiciliarios sin ningún tipo de autorización judicial o final; 4) apoderamiento de las cuentas de ingreso a mercados financieros, bancarios, entre otras informaciones de carácter personal.

> **Exigirle al juzgador un grado de convicción en determinar "hindados y graves elementos de convicción" en el asunto que conoce, significa exigirle un conocimiento prematuro de certeza sobre la responsabilidad penal del sujeto, análisis que corresponde exclusivamente a un estadio procesal posterior: el juicio**

En nuestro país, la expresión más alta de esta política de desconocimiento y rechazo a los derechos y garantías se dio con la legislación antiterrorista de 1992[5] durante el régimen del ex presidente Alberto Fujimori, y cuyas consecuencias legales fueron graves para nuestro país, concretamente a nivel de la jurisprudencia de la Corte IDH, en donde el Estado peruano sería declarado responsable internacionalmente por la violación sistemática de muchos de los artículos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde una perspectiva constitucional, a partir del artículo 1 que reconoce a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado, el artículo 2 y sus consecuentes incisos que reconocen una amplia cobertura de derechos fundamentales, el artículo 44 que establece como deber primordial del Estado el respeto de los derechos y la seguridad y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los que nuestro país es parte, el reconocimiento a los procesos constitucionales reconocidos en el artículo 200, y finalmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, todo esto cortamente desde un plano teórico, conclusivo, prima facie, que nuestro modelo es garantista o, cuando menos, debería serlo. No obstante, parecieran que en nuestra normativa vigente, se asoman e instalan espacios tanto del modelo eficientista como del preventivista radical[6].

5 A saber: Decreto Ley N° 25475 (Ley antiterrorista) y Decreto Ley N° 25659 (Ley que crea el delito de traición a la patria), ambos promulgados luego del golpe de Estado de 1992.

6 Mantenemos nuestro de cifras. Así, por ejemplo, la revelación del fundamento de corrupción a través de los denominados "chuponeos" dio lugar a la configuración de la detención preliminar judicial en casos de corrupción de funcionarios y conexos, mediante la Ley N° 27934. El supuesto de inseguridad ciudadana por pandillaje, referido en cuanto a la reincidencia y habitualidad, dio lugar a la Ley N° 28726 que modifica el artículo 173.2 del Código Procesal Penal de 1991, disminuyendo de 4 años la pena probable y imponiendo a menos de 3 años, si que existan elementos probatorios sobre habitualidad. Por otro lado, el supuesto de la inseguridad ciudadana, exigirá que mediante la Ley N° 30076 tenga vigencia a nivel nacional, el mismo ciudadano. Finalmente, las personas sentadas motivaron la creación de la Ley N° 27934, "Ley que regula la actuación de la Policía y Ministerio Público en la investigación preliminar", cuyo contenido, mínimos, motivó la detención preliminar judicial.

III. Aspectos centrales de la prisión preventiva: Principios, garantías y presupuestos que la legitimun

Continuemos el análisis sobre tres aspectos concretos: 1) La aplicación de último ratio de la prisión preventiva, 2) Los presupuestos materiales que justifican su aplicación; y, finalmente, 3) La exigencia de una debida motivación judicial.

Con relación a la última ratio de la prisión preventiva, y su relación con el derecho a la presunción de inocencia, en el marco del Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: "En los hechos, la observancia del derecho a la presunción de inocencia implica, en primer lugar, que como regla general el imputado debe afrontar el proceso penal en libertad. Lo que supone que la prisión preventiva sea utilizada realmente como una medida excepcional; y que en todos aquellos casos en los que se disponga su aplicación, se tenga el derecho a la presunción de inocencia al cual hacerse las razones legítimas que pudieran justificarla. Como toda limitación a los derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia, debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o suspensión de los mismos, la interpretación más restrictiva"[7].

En similar interpretación, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que: "(...) la detención preventiva dentro de un Estado Social de Derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentre dentro de los criterios legales que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia) y promover el respeto de la dignidad humana. Bajo esta consideración para que proceda la detención preventiva, no solo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con inobjetable alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma"[8].

Este es un asunto que no puede ser divorciado en sus resoluciones. Es una costumbre judicial que los jueces a cargo de un caso omitan realizar un análisis constitucional sobre este fundamental criterio, cuya omisión trae como resultado el uso de la medida coercitiva de mayor severidad al derecho a

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, Resolución 13/6.

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-774 de 2001, fundamento 4.3.1.

la libertad del procesado (contrario al argumento de su optimización proclamado por esta garantía), desnaturalizando con ello no solo su principal particularidad de "aplicación excepcional", sino también, el carácter de última ratio que reporta el Derecho Penal.

Con relación al segundo aspecto, el Tribunal Constitucional ha asumido una posición definitiva *sobre* los supuestos que justifican la aplicación de una prisión preventiva, por un lado, y el término o duración de existencia de esta, por otro. La presunción de comisión de un delito, el peligro de fuga, la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria y el riesgo de comisión de nuevos delitos son hasta nuestros días, con alguna mínima diferencia, los requisitos que a nivel de nuestra legislación procesal tuitiva se vienen manejando.

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho constituye el primer presupuesto material en la aplicación de la prisión preventiva. Se define, en palabras de Gutiérrez de Cabiedes, como "la adopción de un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en la sentencia definitiva". En esa línea, acota Del Río Labarthe, en el proceso penal, este derecho es el *ius puniendi* del Estado respecto del imputado, lo que significa que debe valorarse *cuál* es la probabilidad de que el fallo que ponga fin al proceso sea uno de carácter condenatorio[7].

No obstante, como bien precisa Asencio Mellado: "La valoración no supone una referencia a una situación de certeza sobre la responsabilidad criminal de una persona, porque es obvio que a esa situación se llega solo en la sentencia definitiva y tras un juicio oral en el que se ha desarrollado un debate contradictorio"[8].

Desde nuestra posición, consideramos que si bien este requisito debe ser lógico de manera conjunta con las razones que dotan de información al criterio de peligrosismo procesal, *de lege ferenda* se podría adoptar una fórmula menos invasiva al contenido esencial a la presunción de inocencia del sujeto sometido con esta decisión. Exigirle al juzgador un grado de valoración en determinar "fundados y graves elementos de convicción" en el mismo que conoce, significa en la práctica exigirle al juez un conocimiento prematuro de certeza sobre la responsabilidad penal del sujeto, análisis que corresponde exclusivamente a un estadio procesal posterior: el juicio. Con ello, sabemos, se podría equivocadamente pensar que como el legislador adoptó una fórmula de convicción en la idea judicial para dictarse la prisión preventiva, los datos obtenidos en el marco de las diligencias preliminares y actos de investigación que normalmente son utilizados por el fiscal para fundamentar el *fumus boni iuris*, adquirirían la categoría de actos de prueba, precisamente porque esta disposición exige no solo fundados, sino además graves elementos de convencimiento judicial para motivar su decisión. El estándar de prueba creado por el legislador para las diversas fases en la reforma procesal queda también, ergo, aparentemente desnaturalizado.

El peligrosismo procesal está representado por el *peligro de fuga* y el *peligro de obstaculización del proceso* por parte del procesado. El peligro de fuga se determina a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el

7 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*. Ara Editores, Lima, p. 93.

8 ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Civitas, Madrid, 1991, pp. 168-169.

desarrollo del proceso penal y que se encuentran relacionadas, entre otros, con el arraigo domiciliario, familiar y laboral del actor en la localidad del órgano judicial que lo procesa, aspectos que crean juicio de convicción al juzgador en cuanto a la sujeción del actor al proceso. El *peligro procesal de obstaculización del proceso* se encuentra vinculado a la injerencia del procesado en libertad sobre fuentes respecto del resultado del proceso, pudiendo ello manifestarse con la influencia directa del actor en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios, en la conducta de las partes o peritos del caso que incida en el juzgador a efectos de un equivoco resultado del proceso e incluso que de manera indirecta o externa el procesado en libertad pueda perturbar el resultado del proceso penal, aspectos de obstaculización del proceso que el juzgador debe apreciar en cada caso en concreto, ya que de contar con indicios fundados de su concurrencia deberá ser merecedora de una especial motivación que la justifique.

El uso de estos criterios al momento de determinar una prisión preventiva constituye una constante discusión en la academia jurídica. Y es que, en la actualidad, aunque no se quiera reconocer, bajo el argumento de la llamada "tutela de la discreción facultativa de los operadores de justicia", expresado en optar por otorgarle un mayor peso a alguno de ellos, sin necesariamente explicar el rechazo de los otros, pocos casos han sido resueltos objetivamente, dando lugar así a nuevos cuestionamientos. En muchos de ellos, los jueces no han realizado rigurosamente un análisis profundo de estos supuestos al momento de su decisión, limitándose únicamente a incidir en uno de ellos –comúnmente en el criterio de peligrosismo de la pena o la gravedad del presunto delito cometido– lo cual conlleva no solamente a desnaturalizar la finalidad cautelar de la medida, sino a invertir el principio de presunción de inocencia por el de presunción de culpabilidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha puesto especial énfasis de argumentación en la relación causa-efecto entre el deber de motivación judicial y el derecho a la presunción de inocencia del afectado con dicha medida. Al respecto, ha señalado que: "El respeto al derecho a la presunción de inocencia exige igualmente que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los requisitos válidos de procedencia de la prisión preventiva. Por ende, también se viola el principio de presunción de inocencia cuando la prisión preventiva se impone arbitrariamente; o bien, cuando su aplicación está determinada esencialmente, por ejemplo, por el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado. En estos casos también se está en gran medida aplicando una pena anticipada, previo a la conclusión del proceso mismo, entre otras razones, porque materialmente la detención previa al juicio, en tanto privación de libertad, no difiere en nada de la que se impone como resultado de una sentencia. Cuando la aplicación de la prisión preventiva con base en criterios como los mencionados se hace obligatoria por imperio de la ley, la situación es aún más grave, porque se está 'codificando' por vía legislativa el debate judicial; y por tanto, frustrando la posibilidad de los jueces de valorar su necesidad y procedencia de acuerdo con las características del caso específico".

Sobre la *exigencia de una debida motivación de un mandato*, resulta necesario señalar que la obligación y necesidad constitucional de exigir una motivación adecuada de las resoluciones judiciales, es además de un derecho atribuible a todo justiciable, un principio que informa a todo órgano jurisdiccional. Su importancia es de tal magnitud que

su infracción puede generar consecuencias directas en la desligitimación de la propia decisión. Nuestra legislación es bastante precisa y severa en estos casos.

A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 122 del Código Procesal Civil, disposiciones que además de señalar un estándar suficiente de motivación, concluyen en que su infracción impone un efecto anulatorio de estas. Sobre este particular, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido variados. Así por ejemplo, en los casos José Dellepiani Massa[9] y Alex Wolfenson Wolocki[10], se ordenó la emisión de una nueva resolución cuando el colegiado que la dictó, sin declararla nula, en la medida que esta contenía vicios y deficiencias en las razones de su motivación. En el caso Jeffrey Immelt y otros[11] estableció que el incumplimiento de la garantía de la motivación generaba como consecuencia la anulación del auto que imponía la medida de coerción. Ante la inexistencia de una motivación que no supo justificar el principio de imputación necesaria entre el autor y el presunto hecho cometido por este, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de hábeas corpus y declaró nulo el auto de apertura de instrucción que contenía el mandato de detención impuesto a los beneficiarios de esta demanda.

Además de su importancia para el desarrollo democrático del proceso penal y para garantizar en el imputado un encuentro de defensa sobre su legitimidad, se torna aún más estricta cuando se trata de motivar decisiones que afectan severamente el derecho a la libertad de toda persona, en tanto ello permite no solo avizorar ausencias de arbitrariedad, sino que permite establecer un control de legalidad sobre si esta decisión procesal o no de un juicio correcto. La motivación, así vista, pues, "no puede ser, debe ser 'suficiente', esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o sustentarla. En segundo término, debe ser 'razonada', en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los requisitos de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada"[12].

IV. La prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional

El análisis de la prisión en la jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional ha puesto especial acento en dos aspectos centrales: que la prisión preventiva sea llevada a cabo dentro de un plazo razonable y que sus estándares de aplicación garanticen el derecho a la libertad personal cuando esta haya sido intervenida.

El caso García Lucero vs. Nicaragua[13], la Corte IDH evaluó el plazo razonable, tanto desde la perspectiva del acusado como también de la víctima a conocer su situación dentro de un plazo razonable.

9 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1374-2003-HC/TC.
10 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2712-2002-HC/TC.
11 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0725-2005-PHC/TC.
12 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0091-2002-HC/TC, fundamento 10.
13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Lucero vs. Nicaragua. Sentencia del 29 de enero de 1997.

A nuestra consideración, lo más importante fue la incorporación de tres criterios para medir el grado de excepcionalidad en la duración del proceso penal, a saber: 1) complejidad del asunto; 2) actividad procesal del interesado y; 3) la conducta de las autoridades judiciales en el curso del proceso penal. Constituyó, además, el primer caso en donde este órgano de protección ordenó el inmediato análisis del plazo razonable de la prisión preventiva.

Antes después, en el caso Suárez Rosero vs. Ecuador[14], este tribunal estableció que el tiempo del proceso era aquel que estaba situado entre la detención del imputado, como primer acto del proceso o investigación, y el pronunciamiento de sentencia definitiva de la última instancia.

En esta misma sentencia, la Corte se pronunció acerca de la norma que excluía a aquellas personas acusadas por delitos relacionados con drogas de los límites legales fijados para la prolongación de la prisión preventiva. Al respecto, consideró que "esta excepción despoja a una parte de la población carcelaria de su derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona inobjetablemente a todos los miembros de dicha categoría de incriminados".

Estas consideraciones fueron reiteradas en la sentencia del caso Acosta Calderón vs. Ecuador[15].

En el caso López Álvarez vs. Honduras, la Corte se pronunció respecto de la exclusión por vía legal en la aplicación de otro tipo de medidas coercitivas de la prisión preventiva en razón de la pena fijada para el delito imputado, desconociendo su esencia misma. Sobre tal, señaló lo siguiente:

> "La necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurren a este, y que en ningún caso la aplicación de tal medida vaciar [la prisión preventiva] una denominada por el tipo de delito que se imputa al individuo". En el caso Díaz Peña vs. Venezuela, la Comisión Interamericana se refirió a la presunción legal del riesgo de fuga en delitos con penas privativas de libertad mayores a diez años. Dicho órgano consideró que la aplicación de una presunción del riesgo de fuga sin una consideración individualizada de las circunstancias específicas del caso es una forma de detención arbitraria, aun cuando tal presunción estuviera establecida en la ley, señalando además que el hecho de que tal presunción se aplicase

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997.
15 Corte IDH. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia del 24 de junio de 2005.
16 Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141, párrafo 83.

en función de un pronóstico de la pena constituía una violación al derecho a la presunción de inocencia"[17].

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional podemos hallar numerosas sentencias, todas ellas importantes y en igual grado de utilidad para el presente trabajo; sin embargo, solamente mencionaremos aquellas que a nuestra consideración, desde un análisis basado en el derecho al plazo razonable de esta medida, son las más representativas.

4.1. Caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio: Si bien el caso Federico Berrocal Prudencio data de hace diez años atrás, su importancia en la discusión académica todavía sigue vigente hasta nuestros días. Constituye el primer caso en donde el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de definir desde los plazos de duración de la denominada prisión preventiva[18].

A modo de contexto, se trataba de un proceso penal sin una sentencia en primera instancia, en donde el recurrente solicitó su excarcelación por vencimiento del plazo máximo de detención, de conformidad con el artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991. El Tribunal Constitucional centró su análisis a partir de la afectación del derecho a la libertad personal del recurrente y el derecho a la presunción de inocencia, con el deber estatal de garantizar y asegurar la eficacia de sentencias penales, justas y plenamente ejecutables. Sobre esta base, ponderó los alcances de ambos derechos. Abordó los estándares de determinación del plazo razonable de la prisión preventiva a partir de algunos datos objetivos que encuentra en el texto, interesando la posición de la doctrina del plazo no tenido o prefijado.

En ese sentido, señala que: "Como resulta evidente, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la gama y delicada tarea que conlleva instituir la responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito"[19]. Concluye que esa indeterminación del plazo de prisión preventiva no impide la fijación de criterios específicos derivados del propio caso que permitan al operador constitucional construir una solución legítima al conflicto. Inicia así con la determinación de la razonabilidad en el plazo de la prisión preventiva del acusado, a saber:

1) **Actuación de los órganos judiciales: "prioridad y diligencia debida"**.- Refiriéndose al deber de diligencia objetiva de evitabilidad directa a todo juzgador en aquellos procesos penales que involucre el derecho de una persona privada de libertad como resultado de un mandato judicial. Aunque no lo haga dicho de manera expresa, el tribunal incorporó a este primer criterio el *principio de preferencia-lidad* de uso común por este órgano constitucional en la tramitación de los procesos judiciales –el hábeas corpus, por excelencia lo es– dada la situación

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 84/10, Caso 12.553, Raúl José Díaz Peña vs. Venezuela, del 15 de julio de 2010, párrs. 140, 132, 131, y 131.

18 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1091-2004-HC/TC, del 21 de noviembre de 2004.

19 Ibídem, fundamento 14.

indeterminación jurídica del sujeto privado de libertad.

2) **Complejidad del asunto**.- El Tribunal Constitucional analiza los factores relacionados a la naturaleza y gravedad del asunto, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria y la cantidad de agraviados y procesados[20]. En definitiva, sobre el contenido de este criterio de complejidad de la causa judicial, señala que podrán ingresar válidamente otras variables de carácter *fáctico* y procesal que legitimen una ampliación de mayor amplitud o valoración judicial. Como veremos en líneas posteriores, el tribunal utiliza discrecionalmente este criterio para justificar la ampliación en el plazo de detención.

3) **Actividad procesal del detenido**.- Referida a toda conducta tendiente a prolongar de manera irresponsable y temeraria un procedimiento. La conducta positiva o estrategia obstruccionista o dilatoria de un proceso, la interposición de numerosos recursos (ineficaces e inútiles) con el único y exclusivo propósito de evadir el curso de las investigaciones prolongándola de manera injustificada, o también las constantes y premeditadas faltas a la verdad que devienen el curso de las investigaciones (este último sujeto a crítica), son expresiones de aquello.

En relación con el aparente conflicto entre el derecho de defensa del acusado y dentro de este el ejercicio legítimo de presentar evidencia probatoria o hacer uso de un recurso judicial previsto en la ley, con irrelevancia de propósito dosvicacionista o mal intencionado de la investigación por parte de quien lo ostenta, el tribunal concluyó en lo siguiente: "Es pertinente tener presente que si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, son de cuyos manifestaciones incluso autoriza al incriminado a guardar absoluto silencio y le más imperturbable juridicidad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de demostrar la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso"[21].

Satisfechos estos alcances, el Tribunal Constitucional aborda directamente el plazo de prisión preventiva según los términos previstos en el artículo 137 del CPP de 1991. Así pues, analiza dos tipos de plazos máximos de detención, distinguibles en razón del delito imputado y de la conexión de la complejidad del asunto[22].

Un primer plazo, de 9 a 18 meses, aplicable a los procesos que versan sobre la generalidad de los delitos y cuyo juzgamiento, en principio, no reviste mayor complejidad, dentro de los que se encuentra el proceso penal sumario y ordinario, en cuyos casos el tiempo máximo es de nueve y dieciocho meses, respectivamente.

Un segundo plazo, de 18 a 36 meses como máximo, cuando se trate del delito de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado. Coincidimos con Rodrigo Sánchez cuando precisa

20 Ibídem, fundamento 16.

21 Ibídem, fundamento 18.

22 Ibídem, fundamento 11.

que las características de estos casos constituyen una presunción legal de complejidad, prima facie que, desde luego, podría quedar desvirtuada a la luz del caso concreto[37].

De tercer plazo se deriva de la interpretación integral del segundo, tercer y cuarto párrafo del artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991[38]. Realizaremos un breve comentario a algunos de los temas esenciales de este caso.

El legislador creó una puerta abierta para ampliar el plazo de detención a los supuestos casos ordinarios y especiales, permitiendo la ampliación tanto en escenarios de fundada dificultad (el proceso como dato), o bien ante una alta probabilidad de peligrosismo procesal (la conducta como dato).

En primer lugar, el legislador creó una puerta abierta para ampliar el plazo de detención a los supuestos casos *ordinarios y especiales* previstos anteriormente, permitiendo la ampliación tanto en escenarios de fundada dificultad (el proceso como dato) o bien ante una alta probabilidad de peligrosismo procesal con relación a la presencia del imputado en el normal desarrollo del proceso (la conducta como dato). De ahí que en la medida estricta de estas exigencias, los plazos podrían extenderse a 18 meses en el caso de los delitos tramitados a través de la vía ordinaria, a 36 meses en aquellos procesos desarrollados a través de la vía especial, y a 72 meses en los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de (gran número de personas, o del Estado.

En este extremo, como concluye Reátegui Sánchez: "Sin embargo, a la luz de una interpretación *pro homine y favor libertatis* del segundo párrafo del artículo 137 del CPP, se concluiría en que la 'especial dificultad' o 'especial prolongación de la investigación', que permite justificar la prolongación del plazo de detención en estos supuestos específicos, solo podría fundamentarse en razones atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado, sin que para tales efectos sea posible recurrir a una supuesta 'complejidad del asunto'"[39].

En segundo lugar, se establece a modo de regla que la extensión en estos plazos en justicia únicamente en escenarios específicos y reales de retrasos procesales ingratos objetivamente al propio interesado, excluyendo, por lo tanto, a la inacción y negligencia en el desarrollo del proceso por parte de las autoridades judiciales, o a los supuestos de

LA PROPIEDAD INTRANSFERIBLE DEL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEL PODER JUDICIAL

37 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La problemática de la detención en la jurisprudencia procesal penal*. Gaceta Jurídica. Lima, 2008, p. 93.

38 Dicho artículo expresa: "Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial dificultad y una especial prolongación de la investigación y que el investigado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por 9 meses igual. Cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, la detención podrá prolongarse hasta por 18 meses igual. La prolongación de la detención se acordará mediante auto debidamente motivado, de oficio por el juez o a solicitud del fiscal y con conocimiento del investigado. Contra este auto procede el recurso de apelación, que conocerá la Sala, previo dictamen del fiscal, y dentro de setenta y dos horas".

39 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Ob. cit.*, p. 99.

complejidad en la investigación como criterios de displicia en el plazo. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que la *prolongación* de la prisión preventiva debe estar sustentada por razones relevantes y suficientes que la justifiquen"[40], y en casos en la que esta se prolonga considerablemente tal justificación debe ser "particularmente convincente", demostrando la pertinencia de las causales de procedencia que sostuvieron inicialmente su aplicación"[41].

En tercer lugar, hacemos eco en que estos plazos máximos no pueden ser sobrepasados bajo ninguna circunstancia. Y creemos que este resalta lógico por una razón concreta. La presunción de inocencia de toda persona sometida a un proceso penal, y sobre el que recae un primer reproche estatal, contenedor de naturaleza cautelar pero severamente aflictiva, implica que el bien esta pueda estar sujeta legítimamente a determinadas restricciones por un periodo de tiempo establecido en la ley, no significa que esta sanción, sea por el transcurso del tiempo, por inoperancia judicial en estudiar negligentemente un proceso penal o por ineficiencia fiscal en la pesquisa de los hechos, tenga que ser invertida en perjuicio del derecho fundamental a la libertad del procesado. No puede, pues, resquebrajar la inactividad del aparato estatal en sacrificio de la víctima.

4.2. Caso Hernán Builrón Rodríguez (Cartel de Tijuana).- Hernán Builrón Rodríguez, demandante en este proceso de hábeas corpus, integrado una organización delictiva internacional conocida como el "Cartel de Tijuana". En tal condición afrontaba un proceso penal, en prisión, por el delito de tráfico ilícito de drogas. Según la descripción establecida en la sentencia, se trataba de una organización criminal de características con ramificaciones internacionales, estructurada en compartimentos estancos, división de funciones y con gran poder económico que dificultaba la acción de la justicia[42].

El Tribunal Constitucional privilegia el rol preventivo que toda decisión judicial tiene sobre la sociedad. Sobre el mismo, señala que, "cuando se está en situaciones de particular importancia como en situaciones en donde el delito de tráfico ilícito de drogas represente un grave peligro para la seguridad nacional, la seguridad ciudadana, el Estado de Derecho, la economía de la nación y la sociedad en su conjunto, la justicia constitucional, en su caso, o cualquier magistrado a cargo del proceso, podrá disponer la prolongación del plazo de detención hasta el máximo permitido por la ley mediante resolución debidamente motivada. En tal sentido, señaló que no existe la vulneración del derecho al plazo razonable de la detención preventiva *cuando* concurren situaciones específicas que hacen necesaria la prolongación de la detención"[43].

Como podemos notar, el Tribunal Constitucional asume una posición sólida y favorable

40 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el caso Muradova vs. Rusia, del 30 de marzo de 2008, párrs. 83 y 89.

41 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el caso I.A. vs. Francia del 23 de setiembre de 1998, párrafo 111.

42 Ejecutoria de la sexta instancia Nº 0612-2004-HC/TC, de fecha 2 de agosto del año 2004.

43 Ídem.

al principio de seguridad jurídica de las intervenciones exigible a todo órgano constitucional, asumiendo un rol activo frente a estos particulares criterios y a su protección frente a la sociedad.

V. La aplicación del test de proporcionalidad como guía de orientación judicial al momento de decretar la prisión preventiva

De entrada debemos señalar la inexistencia de una estructura uniforme en la aplicación del test de proporcionalidad, cuando menos en las decisiones judiciales nacionales. Ante esta situación, y tras un repaso poco suspicaz en su aplicación a nivel de las sentencias del Tribunal Constitucional[70], nos vemos en la necesidad de utilizar una fórmula variada –pero que responde a su esencial delimitación– a partir de los criterios establecidos en dos procesos de inconstitucionalidad recaídos en los Expedientes N°s 007-2006-AI-TC y 9010-2002-AI-TC.

Así las cosas, el esquema será el siguiente: a) Determinaremos cuál es o cuáles son los derechos comprometidos con la aplicación de la prisión preventiva como medida coercitiva dentro de un proceso penal; b) justificación de la intervención; c) identificación dentro de nuestro sistema normativo de la finalidad constitucionalmente legítima; d) Relación entre el objetivo que se busca conformar y el fin que se persigue alcanzar. Satisfecho ello, ingresaremos puntualmente a desarrollar su estructura clásica con base en los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto.

1. Determinación de los derechos comprometidos con la aplicación de la prisión preventiva como medida coercitiva dentro de un proceso penal

Resulta claro que el derecho fundamental comprometido con esta medida es el derecho a la libertad personal, en tanto que su grave y restricción efectiva se ven claramente intervenidos al decretarse un mandato de esta naturaleza.

2. Justificación de la intervención

El Tribunal Constitucional ha establecido que la justificación de su intervención será válida cuando esta haya satisfecho las exigencias de la ponderación. Así pues: "Su procedencia, por lo general, se sustenta en la ponderación efectuada por el juzgador de que, con el libre tránsito de tal persona, no puede verse perjudicada o entorpecida la investigación o proceso de la que tal juzgador tiene conocimiento. En tales circunstancias no es, pues, que el derecho se restrinja por un capricho del juzgador, sino por la necesidad de que el servicio de justicia y los derechos que ella está obligada a garantizar, no sufran menoscabo alguno y, por consiguiente, puedan materializarse sin desmedro de los diversos objetivos constitucionales"[71]. En suma, el ámbito garantizado por el derecho a la libertad personal –en su dimensión negativa–, no prohíbe que el legislador pueda restringirla con base en fines y objetivos vinculados estrictamente a garantizar la eficiencia del proceso penal, si incluso prohíbe que el operador judicial pueda dictarse determinadas medidas en atención a ellos.

70 Sobre todo en sentencias sobre violación a la libertad de expresión. Al respecto, vid. Exp. N° 01-2003-AI-TC, Exp. N° 010-2002-AA-TC y Exp. N° 1003-2004-AA-TC.

71 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6323-2006-HC-TC, del 9 de diciembre de 2005, fundamento cuarto.

3. Finalidad constitucionalmente legítima

Todo análisis de proporcionalidad presupone la existencia de un fin constitucionalmente legítimo. En nuestro caso, desde una visión de unidad, sistematicidad y coherencia normativa de la Carta Magna, podemos señalar que la atribución de imponer medidas coercitivas en un escenario penal devienen directamente de la potestad de administración de justicia reconocida en su artículo 138 de nuestra Carta Magna, que a la letra dice: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes". Entre estas facultades, se encuentra la posibilidad de decretar determinado tipo de medidas coercitivas, personales y reales, atendiendo en todos los casos, a sus fines y objetivos.

4. Relación entre el objetivo que se busca conformar y la finalidad que se persigue alcanzar

Toda medida coercitiva, y más tratándose de la prisión preventiva, tiene por objetivo general garantizar la eficiencia y el correcto desarrollo de un proceso penal, y de modo específico, la preservación del acusado respecto a la integridad de las fuentes de prueba con relación a su eventual eliminación y manipulación con los testigos, la obstaculización en el desarrollo del mismo, el peligro de fuga, entre otros ellos que se encuentran señalados en el artículo 268 –y sus incisos– del Código Procesal Penal de 2004.

Desarrollado estos antecedentes, en lo que sigue, analizaremos la estructura clásica del test de proporcionalidad.

a) **Criterio de idoneidad:** Este criterio exige la eficacia de los medios escogidos para la consecución de la finalidad perseguida por nuestro texto constitucional. En palabras de González Cuéllar, "constituye un criterio de carácter empírico que verifica si la medida estatal empleada para restringir el derecho fundamental en o no apropiada para alcanzar el fin pretendido por el legislador, es decir, si reúne las condiciones necesarias para contribuir significativamente con el resultado deseado, finalidad que debe ser constitucionalmente legítima y socialmente necesaria"[72]. Sobre esto, hay consenso. Si acudimos a nuestro ordenamiento jurídico, *in toto*, veremos que solamente el Derecho Penal es el único instrumento legal capaz y legitimado para el cumplimiento de los fines que en párrafos anteriores hemos sostenido; y es –del mismo modo– el único autorizado en nuestra legislación constitucional para decretar mandatos judiciales en determinadas circunstancias y con ciertas limitaciones a los derechos fundamentales, como ocurre con el caso de la libertad personal a través del dictado de una medida de prisión preventiva, por ejemplo.

b) **Criterio de necesidad:** Este criterio, en líneas generales, comporta dos exigencias constitucionales. Que no exista otro medio menos lesivo para la libertad y que sea el medio más idóneo para cumplir los fines previstos. Sobre el tenor, San Martín Castro señala que: "La prisión preventiva debe justificarse objetivamente para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman. La necesidad, desde esta perspectiva, entraña, de un lado, considerar que

72 GONZÁLEZ CUÉLLAR, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990, p. 230.

la prisión preventiva, es la excepción –la prisión preventiva es la excepción frente a la regla general de la libertad de las personas, de esperar el juicio en estado de libertad, o en su caso, mediante la restricción de la libertad en cualquiera de sus manifestaciones que no comporte la privación de la misma– y, por ello, debe adoptarse cuando se cumplan rigurosamente los fines que la justifican; y, de otro lado, entender que solo se impondrá si no existe alguna otra alternativa menos gravosa para el derecho a la libertad personal (subsidiaridad), al punto que si estas exigencias no se mantienen a lo largo de todo el procedimiento, se dicte caso que se disponga su excarcelación inmediata, que importa la vigencia de la cláusula *rebus sic stantibus*"[33].

En este criterio el juzgador deberá analizar rigurosamente cada uno de los presupuestos materiales en relación con los institutos de la prisión preventiva. La interpretación y posterior motivación, restrictiva, de mayor intensidad en casos de intervención de derechos fundamentales, deberá estar orientada sobre la base de los siguientes postulados y exigencias:

1. Se deberá tener en cuenta cada uno de los principios que informan y guían la aplicación de medidas coercitivas señaladas en párrafos anteriores; principalmente, el de proporcionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad y motivación de resoluciones judiciales. En ese sentido, se debe realizar un esfuerzo académico en optimizar los otros tipos de medidas coercitivas, menos severas y gravosas para la libertad personal, e igualmente satisfactoria y conducente a su finalidad constitucionalmente establecida.

2. Ni la prognosis de la pena ni tanto menos la gravedad del delito –aunque esto sea un virus que opera autoinfiltrándose en los medios de comunicación para generar escándalo social– deberán ser utilizados como principales medios de referencia en el análisis valorativo y ponderativo al momento de decretar una determinada medida. Recordemos que la aplicación de medidas coercitivas en cualquier legislación, no obedece a razones de crueldad, de actitudes morales, de personalidad, de aparentes o inciertas peligrosidades con base en los antecedentes o al historial de vida del imputado, de prejuicios que terminan criminalizando formas de vestir o modos de hablar, sino estrictamente a razones de interés y conveniencia procesal. Nos detendremos en necesario analizando algunos de ellos, a modo crítico:

   a. Si bien la gravedad de la pena es un criterio de significativa valoración por parte del juzgador, es fundamental que su análisis se encuentre conducido no solo por tipo de elementos capaces de delimitar de una forma más objetiva el peligro de fuga concreto de un procesado. El Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: "Si ese fuera el sentido, esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ser legitimada solo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, esta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la CIDH, la justificación de la detención de una persona con base en la peligrosidad o a la naturaleza del delito, "podría incluso considerarse [como] que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley"[34]. El análisis, por lo tanto, no debe ser aislado y exclusivo del texto de variables que podrían debilitar o disminuir el peligro de fuga. Con ello, el juzgador construye una idea favorable sobre la actitud que podría demostrar este mismo procesado en un nuevo proceso penal.

   b. El mundo, historia y antecedentes del procesado es utilizado por el Tribunal Constitucional como un criterio válido para medir el peligro procesal con base en la historia personal, evaluación de la personalidad y carácter del acusado[35]. La reincidencia ha sido también un criterio de ponderación razonabilidad por este órgano constitucional[36]. De acuerdo a la opción ideológica de nuestra Constitución Política, una medida de coerción no puede justificarse en aspectos subjetivos, propios de la esfera personal del imputado. Una medida de coerción basada en criterios personales, implica desnaturalizar el carácter cautelar y excepcional de estas medidas. A ello hay que agregarle el carácter resocializador que propugna la Constitución.

   c. Alguna, donde luego, como un dato de conducta antecedente un comportamiento llevado de manera respetable y diligente por un procesado a quien en un procedimiento anterior se le dictó una medida coercitiva menos lesiva, y sobre el cual ya existió una evaluación favorable sobre el peligro de fuga. Con ello, el juzgador construye una idea favorable sobre la actitud que podría demostrar este mismo procesado en un nuevo proceso penal.

Nuestro máximo guardián de los derechos fundamentales ha listado algunos elementos que deben ser evaluados al momento de determinar la existencia de peligro procesal. Tres conceptos: 1) Valores morales del procesado; 2) ocupación y bienes de posesión; 3) vínculos familiares, y otro abstracto, 4) otros elementos que ingidan evaluar, sale del país o someterse de una sentencia prolongada[37]. Un breve comentario a ellos:

> **Ni la prognosis de la pena ni tanto menos la gravedad del delito –aunque esto sea un virus que opera autoinfiltrándose en los medios de comunicación– deberán ser utilizados como principales medios de referencia, en el análisis valorativo y ponderativo al momento de decretar una determinada medida.**

33 SAN MARTÍN CASTRO, César. "La privación cautelar de la libertad en el proceso penal peruano". Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el proceso penal. Temas actuales desde una perspectiva comparada y Derecho Sancionador. Fac. <illegible> [cited] Sao Paulo. 31 julio/3 de agosto, 2001.

34 Informe Nº 82/97, párrafo 33 (resaltado añadido de el Exp. Nº 010-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos 32E, caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos. Diversos Leyes N°s 23615, 23659, 25708 y 25880, publicado el 4 de enero de 2002).

35 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. Nº 019-2002-AI/TC, fundamento 126.

36 Ibídem, fundamento 143.

37 Sentencia recaída en el Exp. Nº 1565-2002-PHC/TC (caso Rodríguez Medrano), fundamento jurídico 6).

a. Un Derecho Penal en el marco de un Estado Constitucional que propugna el respeto a los derechos fundamentales como guía de interpretación en cualquier decisión judicial, no puede crear espacios de sanción a estados que únicamente corresponden a la esfera subjetiva del procesado. El dato del "valor moral del procesado" es un argumento tan subjetivo y poco medible que en sí mismo no permite afirmar categóricamente un ánimo de peligro procesal. Llegaríamos al absurdo de creer desde el Estado un estilo único de vida, de modo de pensar o Ética no solo de la persona sometida a una medida de prisión preventiva, sino de la colectividad en general. Como apunta, con acierto, Gonzalo del Río: "Nada impide imaginar que una persona, con valores morales que la sociedad juzga negativamente, no tenga la intención de sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad. Es este un criterio que ofrece muy pocas luces en la interpretación del peligro procesal y puede afectar el principio de igualdad al que tienen derecho todos los ciudadanos sometidos al *ius puniendi* del Estado"[9].

b. La ocupación, los bienes que posee y los vínculos familiares forman parte de una clara definición de los componentes del concepto de arraigo, criterio universalmente reconocido para identificar la existencia o inexistencia de peligro procesal[10]. El arraigo debe ser considerado como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas[11].

La falta de arraigo no comporta en sí misma un peligro de sustracción del imputado a la acción de la justicia, pero el peligro procesal cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes[12]. Son circunstancias que pueden acreditar el establecimiento de una persona en un determinado lugar, como acertadamente señala el Tribunal Constitucional: 1) La posesión –y con mayor razón la titularidad– de un domicilio conocido o de bienes (principalmente inmuebles) propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. 2) El arraigo familiar que no es otra cosa que el lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. Deben tenerse en cuenta las circunstancias personales, no es indispensable que los familiares vivan con el imputado, porque puede existir arraigo familiar cuando el paciente, a pesar de no vivir en el mismo techo, depende de él para su subsistencia. 3) El arraigo laboral o profesional supone que el medio fundamental o único de subsistencia del imputado provenga de un trabajo desarrollado en el país; a su vez, también deben evaluarse los casos en los que el imputado necesita permanecer en el país para desempeñar su actividad laboral[13].

c. La elección de una medida coercitiva no debe tomar en cuenta influencias externas que rodean al caso, y que esencialmente se vinculan a una exigencia de satisfacción social o mediática, en perjuicio de su real cometido. Nos referimos a los cotidianos usos de las variables del orden público o alarma social asociada como respuesta al avance de la delincuencia. En el Expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional incorporó en el debate el orden público como parámetro de «filtro» de peligro procesal, al incluir dentro de su argumentación el siguiente fundamento: "En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y convincente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causa"[14].

La alarma social y su vinculación con la alteración del orden público constituyen aspectos centrales en la determinación del peligro procesal, especialmente en casos de crimen organizado o terrorismo, y cuya decisión judicial genera una particular expectativa social. Como señala Alberto Binder, "permitir que se aplique la prisión preventiva cuando existe una alarma social respecto del hecho o cuando los medios de comunicación se han dedicado a exacerbar los sentimientos de inseguridad de la población dándole excesiva publicidad al hecho sería inconstitucional"[15]. En efecto, cuando a través de una medida cautelar se persigue la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad, entonces la limitación del derecho fundamental se encuentra dirigida a la consecución de un fin que se integra en el concepto de prevención general y esto convierte a la prisión preventiva en un instrumento absolutamente desproporcionado, en la medida en que resulta dudosa la legitimación constitucional de una función que limita la libertad de un imputado sobre la base de aspectos no relacionados con su conducta, además de tremendamente ilícito de la prevención general –cuyo fin exclusivo es la pena y los efectos disuasivos que esta genera– y no así extensible a la prisión preventiva o otra medida cautelar personal[16].

En afinidad a este argumento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Peirano Basso vs. Uruguay estableció que: "(a) el tipo de delito y la severidad de la pena pueden ser tomadas en cuenta como algunos de los elementos al momento de evaluar el riesgo de fuga (no el único, como ya se ha visto), pero no como justificación de la prolongación excesiva de la prisión preventiva, nada hay que la privación de libertad durante el proceso solo puede tener fines cautelares y no retributivos; (b) en ningún caso se podrá disponer la no libertad del acusado durante el proceso sobre la base de conceptos tales como 'alarma

9) DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Notas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Anuario de Derecho Penal 2008. Universidad de Friburgo-Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 111.

10) DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. Ob. cit., p. 117.

11) GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. *La prisión provisional*. Thomson Aranzadi, Navarra 2004, notando de DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. Ob. cit., p. 111.

12) MÁLAGA DÍEUDE, Francisco. "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal". En: *Anuario Revista de Derecho Procesal*. N° 2, 8, p. 172.

13) El artículo 203-1-b-i CPP de 2004 establece que "Para calificar el peligro de arraigo, el juez tendrá en cuenta: el arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto".

14) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 143.

15) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 200.

16) DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. Ob. cit., p. 114.

social", "repercusión social" o "peligrosidad", para un juicio que se fundamentan en criterios materiales y convierten a la prisión preventiva en una pena anticipada; y (c) reiteró que los límites legales a la coacción de la libertad durante el proceso o la imposición legal de la prisión preventiva no pueden ser considerados condiciones *turis et de iure*, que no necesitan ser probadas en el caso específico y que sea suficiente su mera alegación. La Convención no admite que toda una categoría de imputados, por esa sola condición, quede excluida del derecho a permanecer en libertad durante el proceso"[46].

En virtud de la proporcionalidad, no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad; tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena.

4. Por último, se deberá asumir en todo momento el respeto a la presunción de inocencia de todo acusado, y no como actualmente se advierte en determinados delitos, en donde la carga de esta presunción se invierte hacia una presunción de culpabilidad.

c) Criterio de proporcionalidad en sentido estricto: Se encuentra referido a la relación de equivalencia y compatibilidad existente entre los medios y fines que se pretende lograr o proyectar, evitando que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique el desnaturalice principios o derechos constitucionales, en exceso. Significa que debe analizarse si el objetivo que se persigue con la aplicación de esta medida restrictiva del derecho a la libertad personal, realmente compensa los sacrificios que la misma comporta para los titulares del derecho y la sociedad.

Como acertadamente señala la profesora Sánchez Cabrera: "Este principio cumple una función negativa: impide que el imputado sufra una medida excesiva, en por ello que también se le llama 'principio de prohibición de exceso' y obliga a considerar la gravedad de la consecuencia penal a esperar, de forma tal que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva solo sea posible cuando resulta exigible una pena de prisión. La proporcionalidad se refiere, sin duda, a la comparación entre la detención preventiva cumplida (o a cumplir) y la pena concreta que se puede establecer en ese procedimiento y para ese imputado, pero esta consideración por sí sola resultaría insuficiente, y por ello es también conveniente el establecer límites temporales. Consecuencia de la prohibición de exceso viene entonces a ser tanto la necesidad de aplicar medidas menos lesivas que pudiera igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva, como el establecimiento de límites precisos y controles de duración"[47].

La Corte Interamericana se ha referido de manera muy concreta a estos dos aspectos de la proporcionalidad en los siguientes términos: "[U]na persona inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquella dure como mínimo se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción"[48].

Con respecto al segundo aspecto mencionado, la Corte ha dicho además que la adopción de la prisión preventiva "requiere de un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria"[49]. Cuando los tribunales recurren a la detención preventiva sin considerar la aplicación de otras medidas cautelares menos gravosas, en atención a la naturaleza de los hechos que se investigan, la prisión preventiva deviene en desproporcionada[50].

En virtud de la proporcionalidad, no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad; tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. Igualmente, se deberá considerar, en abstracto, si - de haber cometido conductas- los plazos habrían permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada[51]. De igual forma, cualquier privación de la libertad por expresiones, aun cuando se trate de una medida cautelar, es desproporcionada e incompatible con la Convención[52]. El balance de estos criterios deberá estar vinculado, en esencia, a los postulados y exigencias señalados en el subprincipio de necesidad anteriormente referido. Con todo, se deberá realizar un análisis pormenorizado de intensidades y penas de cada uno de ellos incluyendo evidentemente los hechos constitutivos de arraigo procesal - con respecto a los fines y objetivos proyectados en la acerca procesal.

En ese sentido, este análisis ponderativo, no deberá realizarse con base en situaciones abstractas, generales o expectaticias, sino a evidencias reales y objetivas. De ahí que si el grado de satisfacción es intenso respecto a los primeros, se deberá decretar motivadamente un mandato de prisión preventiva, y en sentido contrario, si el nivel de intensidad en los primeros resulta garantizado y satisfecho en mayor medida, se deberá optar por cualquier otra medida sustituta. Solo y en

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Nº 86/09. Caso 12.553, del 6 de agosto de 2009, párrafos 146-152.

47 CABRERA, Sandra. "Prisión preventiva de libertad y prisión preventiva". En: Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal. Nova Tesis, Gama Ed., 2008, pp. 395-396.

48 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ramírez Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de noviembre de 2009, párr. 122.

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia del 1 de febrero de 2006, párr. 67.

50 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el caso Labita vs. Polonia, del 18 de enero de 2008, párrs. 55 y 56.

51 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Nº 86/09. Caso 12.553, Fondo. Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. Uruguay, del 6 de agosto de 2009, párr. 110.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.568, Francisco Usón Ramírez, del 25 de julio de 2008, párr. 130.

tanto esto se cumple de manera escalonada, atendiendo a cada factor de favorabilidad, la medida impuesta, aunque quizá por naturaleza será criticada por el desfavorecido, podrá reputarse como válida y justa.

VI. Conclusiones

1. La prisión preventiva constituye la medida coercitiva de mayor intervención en el derecho a la libertad personal de todo procesado. Su uso, *in extrema ratione*, siempre debe estar guiado de los principios rectores que la informan y la dotan de contenido constitucional, del mismo modo que orientado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
2. Los estándares de aplicación de la prisión preventiva deben en todos los casos ser valorados desde su naturaleza estrictamente cautelar. Esto involucra la prohibición de instrumentalizar esta medida coercitiva para fines retributivos, punitivos o de "neutralización de efectos mediáticos o de presión social" a través de una aparente forma de justicia pronta.
3. Es indiscutible el rol que viene teniendo el Tribunal Constitucional en la fijación de estándares y pautas de aplicación de la prisión preventiva. Sin embargo, la remisión a sus fundamentos debe ser valorada con mucho tacto y rigor, en cada caso. Como hemos observado en el presente trabajo, en muchas de sus decisiones, se aprecia un carácter marcado por el uso de razones subjetivas y mayormente motivadas en un Derecho Penal de autor (reincidencia, valores morales y antecedentes o historial precedente del procesado) como criterios legítimos para su imposición o mantenimiento. Si acaso estas variables se tomasen como criterios de justificación en una decisión, el papel de la motivación tendrá una especial carga de análisis.
4. Así pues, en este escenario, el uso de un adecuado test de proporcionalidad como guía judicial para la resolución de estos casos es de fundamental importancia. El análisis de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que lo componen, deben ser rigurosamente aplicados y motivados en cada situación concreta, a partir de una relación gradual de pesos de argumentación entre estos, entre los principios y garantías que operan como fuente de vinculación en toda aplicación judicial y con los criterios constitutivos de arraigo procesal presentados en una situación concreta.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

¿Es posible mantener la prolongación de prisión preventiva en casos de nulidad de condena (artículo 274.4 del CPP de 2004)?

FLORES LIZARME, Henry César. "Es posible mantener la prolongación de prisión preventiva en casos de nulidad de condena (artículo 274.4 del CPP de 2004)". Gaceta Jurídica. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 74. Agosto 2015. Pág. 229 – 237.

NUEVO PROCESO PENAL
ANÁLISIS

¿Es posible mantener la prolongación de prisión preventiva en casos de nulidad de condena (artículo 274.4 del CPP de 2004)?

Henry César FLORES LIZARBE*

El autor cuestiona el mal uso que se le está dando en la praxis al artículo 274.4 del CPP de 2004, a fin de mantener la prolongación de la prisión preventiva en los casos en que, en apelación, se declara la nulidad de la sentencia condenatoria. A su juicio, una vez anulada la sentencia condenatoria, esta pierde sus efectos, entre ellos, la prolongación de la prisión (la nulidad de la sentencia extingue necesariamente la medida coercitiva), por lo que, en estos casos, debe ordenarse la inmediata libertad del encausado.

Tema relevante

MARCO NORMATIVO

- **Código Procesal Penal de 2004:** arts. 18.3, 154.1, 274.4, 275, 399.3 y 402.1.

I. Antecedentes

En el presente artículo cavilaremos sobre el tratamiento que se le está dando al derecho fundamental a la libertad ambulatoria del imputado, para lo cual hemos quedado absortos con las justificaciones que se han erigido para seguir prolongando una prisión preventiva luego de anulada una condena, y es que tal posicionamiento ha empezado a patentarse en varios distritos judiciales[1] de fierra hermética e impertérrita.

Por tanto, buscaremos impetrar un cambio de decisión judicial, esa y no otra es la consigna del presente artículo. El caso sujeto a examen es como sigue: un procesado es condenado en primera instancia a 20 años de pena privativa de libertad, e impugna la condena; mientras se resuelve la apelación en segunda instancia, al condenado se le prolonga la prisión preventiva automáticamente[2], bajo el

* Abogado egresado de la Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Privada de Tacna. Docente universitario, con estudios sobre el sistema acusatorio y litigación oral en Medellín (Colombia).

1 Tenemos conocido que son ocho distritos judiciales donde se viene actuando de la forma aquí criticada, pero en el caso concreto, damos cuenta del proceder patente de los distritos judiciales de La Libertad y Tacna, por contar con documentación al respecto.

2 El acápite *in fine* del fundamento jurídico 9 de la Casación N° 528-2013-Ica, de fecha 16 de octubre de 2013, prescribe: "(...) perdido que carece de eficacia y razonabilidad, para ello en de aplicación automática, en los casos de sentencia condenatoria de primera instancia, que haya sido recurrida (...) En tal sentido, no resulta razonable a ley, solicitar una prolongación de la prisión preventiva, luego de anulada la sentencia de primera instancia y que esta haya sido recurrida, por el plazo equivalente a la mitad de la pena impuesta, pues el requisito existe prevista legal expresa".

Comentario relevante del autor

Según las Cortes Superiores de Justicia de La Libertad y de Tacna, si se declara la nulidad de la condena de primera instancia, dicha declaración nulificante no implica per se la nulidad de la prolongación de prisión preventiva.

auspicio del artículo 274.4 del CPP de 2004. En este caso concreto –como en otros–, la Sala Penal de Apelaciones declaró la nulidad de la condena y ordenó nuevo juicio oral.

II. Formulación del problema

¿La nulidad de la sentencia de primera instancia trae aparejada la nulidad de la medida coercitiva? En otras palabras, ¿la nulidad de la condena conlleva la nulidad de la prolongación de prisión preventiva?

En tal sentido, el análisis en lo medular se contrae al artículo 274.4 del CPP de 2004 que prescribe: "**Una vez condenado** el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida".

III. Autonomía de la prisión preventiva

1. Las Cortes Superiores de Justicia de La Libertad y de Tacna tienen una postura connotada en la autonomía de la prisión preventiva –y su prolongación–, la que se resume así: si se declara la nulidad de la condena de primera instancia, dicha declaración nulificante no implica *per se* la nulidad de la prolongación de prisión preventiva.

1.1. La Corte Superior de Justicia de Tacna[3] ha adoptado el siguiente criterio: "El hecho de que exista nulidad en la sentencia no implica que por ello haya desaparecido el presupuesto (que se haya producido condena del imputado y que esta haya sido recurrida) que sustenta el sustento de prolongación de la prisión preventiva que señala expresamente el numeral ya glosado (se refiere al artículo 274.4 del CPP de 2004)".

De lo expuesto, queda claro que el órgano revisor tacneño se decanta por la autonomía de la prisión preventiva, dándole doble aplicación al efecto de la nulidad de la sentencia de primera instancia. Así, por un lado, anulan la condena y ordenan nuevo juicio oral –para solo no existe condena–, y por otro lado, dicen que la condena aún es válida para efectos de mantener la prolongación de prisión preventiva, lo que se traduce en una postura ambivalente, que evidentemente no compartimos ni tópica ni gnoseológicamente, como expondremos más adelante.

1.2. La Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante el Pleno Jurisdiccional Distrital Penal de Trujillo de fecha 13 de diciembre de 2013, fijó como conclusión: "En caso de que la Sala Penal Superior declare la nulidad de la sentencia condenatoria, mantiene su vigor la prisión preventiva que fue prolongada

3 Criterio expuesto en la Resolución N° 10, recaída en el Exp. N° 01678-2010-91-2301.

después de la emisión de la sentencia de primera instancia, de confirmidad con lo establecido en el artículo 274.4 del CPP de 2004. Ello porque si bien la nulidad acarrea que se retrotraiga la causa hasta el estadio en que se produjo el vicio, también es cierto que la prisión preventiva es una pretensión cautelar que pretende asegurar la presencia del imputado al proceso; por tanto, la nulidad declarada por el Tribunal Superior no conlleva a que dicha prolongación quede sin efecto".

En similar sentido al criterio jurisdiccional de la Corte de Tacna, los jueces de Trujillo entienden que la medida coercitiva tiene plena autonomía así se anule la condena de primera instancia. Es de resaltar que en este pleno los magistrados reconocen que la "nulidad acarrea que se retrotraiga la causa", pero también reconocen que "la prisión busca asegurar la presencia del imputado"; y, ante dicho dilema procesal, optan por hacer prevalecer la postura de mantener incólume la prolongación de la prisión preventiva, olvidando el mandato rector establecido en el artículo VII.3 del Título Preliminar del CPP de 2004.

1.3. Resumiendo ambas posiciones, podemos arribar a dos conclusiones provisionales: **a)** Lo que se anula es la sentencia y no la medida cautelar, **b)** hechos, algunos sostuvieron que, desde la teoría general del proceso, se puede afirmar que la prisión preventiva importa un proceso autónomo, que busca asegurar el proceso principal (la ejecución temporal de la pena corporal).

Ahora bien, identificadas las razones a favor del *statu quo* de la prolongación de prisión preventiva aun anulada la condena, es preciso asumir una postura en contra, que permita perseguir un sentido interpretativo acorde al principio *pro homine*[6]. Esto implica colocar en la práctica jurídica –no en el discurso académico– a la Constitución en un estado normativo superior al de la ley. La Constitución emerge como norma suprema del ordenamiento jurídico y va dejando de ser considerada un simple símbolo sin operatividad práctica[7].

IV. Análisis y solución al problema planteado

2. Dentro del proceso penal se tiene, por un lado, que el Derecho Procesal Penal debe garantizar y respetar por mandato constitucional la presunción de inocencia, pero, a su vez, el Derecho también exige que se ejercite el poder punitivo sancionador del Estado antes de existir sentencia definitiva, a quien se le procesa por haber incurrido en una conducta, cuyo título de imputación es en grado y calificación de delito.

2.1. En tal sentido, preferimos utilizar el término "medida coercitiva" para referirnos a la prisión preventiva, en lugar de "medida cautelar", que es un concepto más allá a los bienes o cosas y de naturaleza civil, tal como lo propugna el profesor Caffarena Nores. Así, tratándose de medidas provisionales a adoptar en procesos penales, frente a la invocación del *fumus boni iuris* (apariencia de derecho) se reconsidera emplear la expresión *fumus comissi delicti*[8]. De lo anterior se puede extraer sin dificultad que existe correspondencia absoluta entre el significado y la función del *fumus comissi delicti*[9] en el proceso penal en la aplicación de la medida coercitiva.

2.2. Camino al medio del asunto, afirmamos que hay dos tipos de prolongación de prisión preventiva que recoge el artículo 274 del CPP de 2004. **La primera** es la recogida en el artículo 274.1 y se aplica al interior del proceso penal –intraproceso–, en buena cuenta, es una "medida coercitiva" porque **se dicta antes** de la decisión judicial que pone fin al proceso, que es diferente a la cautelar civil justamente por su incidencia en un derecho fundamental, como lo es la libertad ambulatoria de la persona. **La segunda** es la recogida en el artículo 274.4 y se aplica fuera del proceso –extraproceso–, en el entendido de que se impone ante la existencia de una sentencia condenatoria, en buena cuenta, **se dicta después** de poner fin al proceso penal en primera instancia, y mantiene su finalidad coercitiva en aras de garantizar la presencia del imputado en segunda instancia hasta resolver la apelación.

2.3. Al hilo de tales ideas, el artículo 274.4 del CPP de 2004 nos induce a entender que si la prolongación de prisión es producto de la condena, anulada esta, puede sus efectos, entre ellos la prolongación automática, es decir, la nulidad de la condena propone la inexistencia de condena; por tanto, los efectos de la nulidad de la condena *per se* liquidan la prolongación que existía previamente y, como tal, lleva intrínseca la extinción del requisito que la habilitó una vez dictada en primera instancia.

2.4. En tal lineamiento, trataríamos que diluir de cierto sector de magistrados que afirman: "donde la teoría general del proceso, se puede afirmar que la prisión preventiva importa un proceso autónomo, que busca asegurar el proceso principal (la ejecución temporal de la pena corporal)". La aludida autonomía debe ser entendida en referencia a la existencia de presupuestos independientes para su dictado (artículo 268 del CPP de 2004), mas no como sujetador del proceso principal,

6 El fundamento jurídico 33 (6.1.2) de la STC recaída en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC, prescribe: "El principio *pro homine* es un principio hermenéutico que, al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que debe optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir, aquella que desplegará una mayor eficacia de la misma. En casos esencialmente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N° 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo, para de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de lo que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean estas de carácter permanente o extraordinario. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentren en juego derechos fundamentales o entes asimilados". Este principio se desarrolló en el proceso aludido a partir del numeral 4 según la jurisprudencia de la Corte IDH.

7 MESSUTI, ANA. "La necesidad de una regulación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo". En: *Constitucionalismo y proceso penal*. San Bernardo, 2012, p. 29.

8 MARTÍNEZ GADOLO, Aníbal. *Derecho Procesal Penal en el sistema acusatorio*. Puebla, México D.F., 2011, p. 1011. Se denomina, incorrectamente desde nuestro punto de vista, *fumus boni iuris*, porque el término correcto debe ser *fumus comissi delicti*, al igual que LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 314.

9 Uno de los requisitos para dictar auto de prisión preventiva es el *fumus comissi delicti*, que opera como condición *sine qua non*, y está constituido por dos reglas: una objetiva y otra subjetiva. La objetiva está referida a la existencia del delito imputado, de cierta cualificación, y la subjetiva consiste en un juicio de valoración final que permite entender que el imputado ha cometido el hecho delictivo como autor o partícipe, con grandes dosis de probabilidad, pues no hasta una mera sospecha.

en tanto incluso desde una concepción semántica no estaría aludiendo a un proceso autónomo –prisión preventiva– y a otro principal –el proceso penal–. El sinsentido sobre el que se construye la autonomía de la prisión preventiva parte de la escolástica jurídica de entender el proceso como mero instrumento.

3.5. En efecto, desde la perspectiva de los partidarios del legalismo, lo central no es el Derecho Procesal, sino el Derecho material (por ello, afirman que la prisión preventiva busca la ejecución temporal de la pena corporal); esa es la razón por la que sin ningún rubor emplean el término "adjetivo" para referirse al Derecho Procesal y el término "sustantivo" para referirse al Derecho material. Obviamente este empleo terminológico corresponde a un definido paradigma, aquel que considera que el proceso es un mero instrumento para la realización del Derecho material (se dice: "hay que asegurar la presencia del imputado para su eventual condena") y que, por tanto, se encuentra supeditado a la realización de ese fin. Este carácter instrumental del Derecho Procesal está íntimamente vinculado a una concepción legalista del Derecho. Desde esa perspectiva, el mayor dominio de los dispositivos legales permitirá un mayor manejo del instrumento. Legalismo e instrumentalismo están complicados, el resultado de ambos es el **procedimentalismo**[1].

3.6. Bajo tal contexto, el artículo 274.4 del CPP de 2004 debe ser entendido como un **artículo de transición**, en tanto este se habilita únicamente para privar de la libertad ambulatoria al procesado mientras se resuelva la resolución apelada. El artículo en cuestión, no puede servir de cobertura para la libertad de un procesado, hasta que se programe nuevo juicio oral producto de la declaratoria de nulidad, pues el argumento judicial de que la nulidad es solo para el proceso y no para la medida coercitiva patentiza una idea ajena al sustrato normativo existente, ya que el artículo 154.1 del CPP de 2004 señala lo siguiente: "La nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependan de él (...)"; ergo, la nulidad de la condena trae aparejada la nulidad de la prolongación de prisión preventiva, en tanto el presupuesto de su imposición es que haya existido "condena", la que ha quedado extinguida con la nulidad de la sentencia. El citado artículo 154.1 recoge la máxima "lo accesorio –prisión preventiva– sigue la suerte del principal –proceso penal–". En buena cuenta, si la prolongación es producto de la condena, anulada la condena, se pierden sus efectos, entre ellos, la prolongación automática (teoría básica de nulidad procesal).

Comentario relevante del autor

El artículo 274.4 del CPP de 2004 debe ser entendido como un artículo de transición, en tanto este se habilita únicamente para privar de su libertad ambulatoria al procesado, mientras se resuelva la resolución apelada.

1 MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Ob. cit., p. 46.

Comentario relevante del autor

Si la prolongación de la prisión preventiva es producto de la condena, anulada esta, se pierden sus efectos, entre ellos, la prolongación automática (teoría básica de nulidad procesal). La nulidad de la sentencia extingue la medida coercitiva, incluso como efecto reflejo del agotamiento de los plazos de prolongación.

3.7. En tal derrotero, es menester diferenciar ejemplificativamente los artículos 399.3 y 402.1 del examinado artículo 274.4 del CPP de 2004. El artículo 399.3 prescribe: "Leído el fallo condenatorio, si el acusado está en libertad, el juez podrá disponer la prisión preventiva cuando haya hasta para estimar razonablemente que no se someterá a la ejecución una vez firme la sentencia". Este dispositivo normativo en la aplicación a los procesados que hayan llevado el proceso en libertad –la regla– y, por ende, no imponen una prisión preventiva que reposa en la condena impuesta –absorbe los presupuestos del artículo 268 literales a) y b)– y el peligrosísimo concepto de que el imputado no se someterá a la ejecución de la sentencia una vez firme –artículo 268 literal c)–; lo que es diferente a lo que ocurre con el artículo 274.4 que se refiere a un procesado con prisión preventiva, es decir, que siguió el proceso no en libertad, sino encontrado preventivamente, y lo que se hace es prolongar dicha medida únicamente sobre la base de la condena.

Por último, el artículo 402.1 del CPP de 2004 prescribe: "La sentencia condenatoria, ya no extremo penal se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o inhibitoria de derechos". Este dispositivo procesal se aplica tanto al procesado que haya estado en libertad como una prisión preventiva, pues puede darse el caso de que se ejecute una pena suspendida o una pena efectiva –no se diferencia–, por tanto, es una norma complementaria del artículo 399.3 y artículo 274.4 del CPP de 2004.

3.8. En suma, desde nuestra perspectiva, el sentido del artículo 274.4 nos otorga tres escenarios posibles: **1.** El supuesto de que condenado el imputado a pena efectiva, se mantenga en prisión mientras se tramite la apelación –el código utiliza el término "sentencia"–, que de confirmarse la condena, hace desaparecer la prolongación y se cumple la pena producto de la condena; **2.** De declararse la nulidad, también desaparece la prolongación, pues desaparece la condena impuesta que sirvió como respaldo para la prolongación –fijese que el código refiere "una vez condenado"–; **3.** En caso se absuelva por efecto de la apelación, se deroga la prolongación por el efecto ipso de la declaratoria de inocencia. La lectura normativa con base en el artículo VII.3 del Título Preliminar del CPP de 2004 nos permite acoger un primer interpretativo idóneo, lo demás es buscar un discurso ciertamente sugerente, pero que queda en una suerte de pretendida aprehensión de valores etéreos.

V. El Tribunal Constitucional y la perversión de la prolongación de prisión preventiva

3.1. El "guardián de la Constitución" en una sentencia paquidérmica, por su creación de turno, ha llegado a considerar que entre el plazo de la apelación y el de la nulidad de sentencia de primera instancia,

debería denominarse dicho lapso para evitar una probable prolongación de prisión preventiva, dejando de considerar conceptos elementales que se activan ante un desafuerado ejercicio punitivo de prisión preventiva, tales como: la prisión definitiva con sentencia es el instrumento más violento que tiene el Derecho Penal frente al delincuente, mientras que la prisión preventiva es el instrumento más violento que tiene el Derecho Procesal Penal frente al imputado.

Se entiende por ello que el Derecho Penal es instrumento del *ius puniendi*, el Derecho Procesal Penal es el instrumento del Derecho Penal y la prisión preventiva es el instrumento del Derecho Procesal Penal para una eventual aplicación del Derecho Penal. En contrato con lo señalado, no se debe atribuir al Derecho Procesal Penal y a los jueces del Poder Judicial la responsabilidad por la expansión de la criminalidad, exigiendo menos prisión preventiva.

3.1. Bajo tal corolario, el Tribunal Constitucional desafortunadamente ha emitido la sentencia recaída en el Exp. N° 0330-2008-PHC/TC, consignando en el fundamento jurídico 3 lo siguiente: "Respecto al cuestionamiento de que la prórroga de la prisión preventiva se había solicitado después de su vencimiento (...) no debió a que se condenó al imputado a pena privativa de libertad; es decir la prisión preventiva cesó y ya la restricción de libertad obedecía a la condena impuesta (...) razón por la que no existe irregularidad en la fecha de presentación de la solicitud de prórroga de la prisión".

En dicha sentencia, el máximo intérprete de la Constitución avala antojadamente que no debe considerarse el tiempo transcurrido desde la apelación hasta la declaratoria de nulidad, cargando a espaldas del imputado las deficiencias del aparato estatal –notoriamente vinculados con la sentencia–; por lo que *a prima facie* cabría la posibilidad legal de solicitar una prolongación de prisión, descontando el *dies a quo* –plazo inicial– de la apelación y el *dies ad quem* –plazo final– en que se anula la sentencia; es decir, entendemos este no "plazo muerto", que de darse la razón al imputado con la nulidad de su condena –favorecimiento–, luego terminaría perjudicándolo, al hacerse valer este "plazo muerto" en su perjuicio, con una probable prolongación de prisión preventiva.

3.2. Los supuestos en los cuales no se debe computar el plazo de prisión preventiva tienen amigo normativo, por tanto, no es decisional ni arbitrario. Responde en la idea de que el principio de legalidad procesal penal no es un principio sujeto a disposición de las partes, sino que requiere efectivo cumplimiento por el carácter normativo que esta ostenta. En tal sentido, contrariamente a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, se tiene que el artículo 275.1 del CPP de 2004 prescribe: "No se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de la prisión preventiva, el tiempo en que la causa sufriere dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa". Lo entendido por el legislador es correcto por dos razones. Primero, porque el descuento no sobre el plazo de la prisión preventiva y no sobre la prolongación. Segundo, es correcto que se haga el descuento del plazo de prisión preventiva porque la dilación es reprochable al imputado o a su defensa, y es que ningún ejercicio obstruccionista –aunque la norma utiliza el término "malicioso"– del derecho de defensa podría valer a favor de quien lo provoca.

3.3. Lo expresado por el Tribunal Constitucional pretendería una interpretación extensiva

o analógica[9] del artículo 275.2 del CPP de 2004, que prescribe: "El cómputo del plazo, cuando se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución".

Al respecto, se pretende efectuar algunas precisiones. El citado dispositivo procesal hace referencia a los supuestos en que se haya declarado nulo el auto de prisión preventiva, por cuanto señala se dicte "nuevo auto", más no se refiere a la nulidad de sentencia, por cuanto los efectos de esta última están recogidas en el artículo 150.1.

Por otro lado, la norma alude a "auto" y no "sentencia", lo que da cara a la revisión en segunda instancia tiene notables diferencias, siendo que en el caso de los autos la revisión es de grado (se revisa solo la apelación) y no de instancia (se revisa todo), como en el caso de apelación de sentencias. Bajo tales parámetros, se puede concebir que lo expuesto por el Tribunal Constitucional no solo resulta endeble como exposición de motivación, sino que sencillamente carece de sustento jurídico.

3.4. Por último, respecto a este tópico, los incisos 2 y 3 del artículo 275 del CPP de 2004 no resultan congruentes con los dos fines modernos del Derecho Procesal Penal, esto es: garantías –respeto de los derechos del imputado– y eficiencia –que exista seguridad jurídica–. Asimismo, son criticables tales incisos porque las dilaciones indebidas del proceso, no endosables al imputado, sino más bien a las deficiencias administrativas judiciales, conculca los derechos de aquel, ya que la prisión preventiva no debe durar más del tiempo que sea necesario para el logro del proceso judicial, según el artículo 1 y 139.3 de la Constitución Política del Estado (vigorizado con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ergo, en aquellos casos en que las dilaciones no sean imputables a la defensa, no existe motivo legal para no considerar el tiempo transcurrido, ya que la defensa tiene el derecho a denunciar los errores cometidos por la Justicia. No puede buscarse la preeminencia de la eficiencia del proceso por sobre las garantías del imputado.

VI. La prolongación de prisión preventiva y jurisprudencia de la Corte IDH

4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 35/07, caso 12.553, del señor Jorge Daniz Pirriano Basso contra la República Oriental de Uruguay, fundamento jurídico 84 señala: "Como se ha dicho, una limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio *pro homine* (propersona)".

Tal como lo expusimos lacónicamente en el numeral 1.3 del presente artículo, la secuencia lógica de este principio sea conducirá indefectiblemente a la afirmación no solo de que la libertad es la regla, sino de que la prolongación de la prisión

9 Dicha interpretación está proscrita por el artículo VII.2 segundo párrafo del Título Preliminar del CPP de 2004, que dispone: "[...] La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas cuando se restringen la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos".

preventiva tendría que ser siempre excepcional, como efecto reflejo derivado de la regla libertad, y es por ello que habría que tener cierto rubor procesal para no entender conceptualmente y, ahora vía control convencional, de que la nulidad de condena de primera instancia, deroga automáticamente la prolongación de prisión preventiva.

43. La Corte IDH en el caso López Álvarez vs. Honduras, de fecha 1 de febrero de 2006, ha establecido en el fundamento jurídico 18, lo siguiente: "La prisión preventiva no es una verdadera sanción; no fenomeniza una medida punitiva, sino apenas precautoria y cautelar. La prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privaciones de libertad, se desarrollan a menudo en idénticas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras". Este es el marco conceptual sobre el cual jueces y fiscales deberían solicitar –e imponer– la prisión preventiva y su prolongación; y, como en este caso, optar por la libertad del procesado una vez declarada la nulidad de la condena, en tanto liquidada la sanción se suprime *per se* el "presupuesto condena" del artículo 274.4 del CPP de 2004.

44. En semejantes cuentas, la Corte IDH en el caso Bayarri vs. Argentina, de fecha 30 de octubre de 2008, en el fundamento jurídico 74 dispuso que: "La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsisten las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar". El populismo punitivo ha relativizado las garantías propias del Estado de Derecho, entre ellas la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, tan como protector del administrado, pues en sentido inverso, como redactor de los derechos del administrado. La mutación del cuatro de prisión preventiva debería variar en una suerte de *ipso iure* por el estado de libertad, una vez declarada la nulidad de la sentencia en segunda instancia.

VII. Conclusiones

- Se da un uso excesivo de la prisión y su prolongación por dos factores: causa de gran cobertura mediática, y por la amenaza del inicio de procedimiento disciplinario en Odicrim.
- El artículo 274.4 del CPP de 2004 debe ser entendido como un artículo de transición, en tanto este se habilita únicamente para privar de su libertad ambulatoria al procesado, mientras se resuelva la revocación apelada.
- Si la prolongación es producto de la condena, anulada esta, se pierden sus efectos, entre ellos, la prolongación automática (tesis básica de nulidad procesal).
- La nulidad de sentencia extingue la medida coercitiva, incluso como efecto reflejo del agotamiento de los plazos de prolongación.
- La Casación N° 87-2013 Puno, de fecha 18 de junio de 2013, en un claro desfase de cómo anular una condena, ordenar nuevo juicio oral y disponer la inmediata libertad (competencia restrictiva).
- El artículo VII.3 del Título Preliminar del CPP de 2004 es gravitante para fijar una postura que permita perpetuar un sentido interpretativo acorde al principio *pro homine*, a tenor del artículo 274.4.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal penal del Perú

ASENCIO MELLADO, José María. "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú". Pág. 1 – 31. [En Internet]. Consulta: 17/05/16. Enlace en: http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/regulacionprisionpreventiva.pdf

LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PERÚ[1]

Jose Mario Antoni Alalde

La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede subyacer a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, mucho, en una pena anticipada. Ni el proceso penal es un instrumento de política criminal, ni puede serlo tampoco cualquier tipo de resolución que en su seno se adopte. El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad; toda intervención de esta finalidad contraria o puede conducir a desnaturalizarse y a declaraciones no ajustadas a la realidad. Y si el proceso es así, no puede decirse de una finalidad distinta a esta medida decretada en su seno cuya pretensión es asegurar su desarrollo adecuado.

Pues, a su vez –lo que con frecuencia sucede en el ámbito del proceso penal–, mediante la prisión provisional se restringe la libertad de un sujeto que, al no haber sido aun objeto de condena, debe ser rodeado siempre a todos los efectos. En definitiva, la prisión preventiva constituye una limitación del concreto derecho a la libertad, adoptada sin haya a dudas una infracción del de presunción de inocencia, lo que exige que, a la hora de su acuerdo, se adopten todas las precauciones posibles y se haya de formular automáticamente de algún modo.

[1] El presente artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La reforma de la justicia penal» (DER2013-47152), concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología al Área de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Si, como dicha CONSTITUCIÓN «la estructura del proceso penal de una nación no es otra cosa que el termómetro de los elementos componentes o constitutivos de su Constitución», la de la prisión que se haga de sus medidas cautelares penales y, especialmente, de su prisión provisional, pasado de relieve si la Constitución de un Estado, sus formalizarse democrático, responde a principios asumidos en la práctica, usanzas y acervos de la convivencia ciudadana.

Cuerpo de justificación en un estado democrático limitar derechos fundamentales, sin los debidos y justificados empeños, como medio de sometigidos de forma definitiva. Privar de libertad para saber si se puede privar de libertad, que es en esta en lo que consiste la prisión provisional, constituye esta medida de tanta gravedad que solo desde planteamientos incompatibles con el Estado de derecho puede asumirse con naturalidad.

La prisión provisional, en tanto medida restrictiva cautelar y limitativa de derechos ha de supeditarse a la verificación de determinados principios, constitucionales y convencionales que, bajo de ser teóricos, trasciendan y afecten a la regulación concreta que se haga de la restricción de libertad. Estos principios son los de legalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad, provisionalidad y proporcionalidad.

El Código Procesal Penal del Perú, aprobado por Decreto Legislativo 957, de 29 de julio de 2004, en su conjunto responde a un modelo de proceso penal acusatorio, eficaz y moderno, respetuoso con los derechos humanos y adecuado para el cumplimiento de los fines que le son propios. Y en este marco, la regulación de la prisión provisional que efectúa es plenamente respetuosa con los principios señalados, con la naturaleza cautelar de la medida y con su finalidad. Entronca, por tanto, con la mejor tradición democrática, con el acervo reflejado en los Tratados Internacionales que tienden a la protección de los derechos frente al Estado. Un norma, sin olvidar la necesidad de asegurar la eficacia del proceso, sitúa la privación de libertad en su lugar preciso y autoriza su restricción únicamente cuando es absolutamente necesario, cuando no existen otras disposiciones menos gravosas para el derecho que puedan cumplir adecuadamente la misma función.

siempre y cuando, obviamente, subsista el peligro que la fundamenta y la oportunidad sea solicitada por el Fiscal.

b) La comparecencia restrictiva.

Esta línea que se quiere consagrar incluirá la adopción de medidas cautelares comunes siempre en la extracción de la lupa del imputado a los efectos de asegurar su presencia a lo largo del proceso, así como impedir la obstaculización de la investigación y el ballotage de elementos de prueba que puedan hacer tronar la resolución definitiva que se haya de pronunciar.

Y a este respecto, es innegable que existe medios para garantizar un proceso adecuado y el cumplimiento de sus finalidades que, sin necesaria ironía, pasan por la privación de libertad del individuo. De esta suerte, determinadas restricciones a la libertad de movimientos, el establecimiento de una residencia obligatoria, la prohibición de acudir a determinados lugares o de comunicarse con testigos o coimputados, así como, la última de la prestación de caución y la prestación ante el tribunal en días y horas señalados, son mecanismos que, si se asegura su cumplimiento, verifican efectivamente aquellos fines y evitan los efectos indirectos que toda privación de libertad comporta.

Nadie puede negar, en este sentido, que la prisión provisional, en su sentido considerado, no limita sus consecuencias perjudiciales al imputado privado de su libertad, sino que va mas allá. Así, la falta de libertad siempre comporta una merma en el ejercicio del derecho de defensa, dado que la relación con el Defensor queda supeditado al régimen penitenciario aunque sea una especial. También afecta a las relaciones familiares del preso, el cual puede su trabajo, sus ingresos, lo que tiene una influencia directa y inmediata en el propio mantenimiento económico de su esposa/esposa e hijos. En definitiva, produce efectos perturbadores que escudan a la ya grave de por si perdida de libertad. Y todo ello sin hablar de los efectos criminógenos que suele comportar, especialmente en jóvenes primarios.

Por esto motivo, las medidas establecidas en el art. 288, combinadas si es necesario con los procedimientos técnicos de control previstos en el art. 287, deben considerarse siempre absolutamente preferentes a la prisión provisional. Una opinión distinta no es compatible con los principios que inspiran un régimen democrático y humanista.

La comparecencia restrictiva podrá acordarse cuando se den las siguientes circunstancias:

- Que concurran los presupuestos relativos al *fumus boni iuris* previstos en el art. 268, es decir, un concreto peligro de fuga o de obstaculización de la investigación.

- Que el imputado lo sea por la comisión de un delito que no esté penado con una pena leve, en cuyo caso siempre corresponderá la comparecencia simple, si bien excepcionalmente podrá ser una superior a cuatro años de privación de libertad.

- Que lo solicite el Fiscal, ya que no puede ser acordada de oficio por el Juez sin expresa petición conforme a lo dispuesto en el art. 210.2.

Distinto es el caso de que el Fiscal solicite prisión preventiva y el Juez considere que, sin concurrir los presupuestos de la misma es procedente una medida menos gravosa. Una buena muestra de los arts. 255, 288 y 287, mientras a concluir que, en tales circunstancias, podrá el Juez, de oficio, inclusive por imponer la comparecencia con restricciones aunque no hubiera sido expresamente solicitada.

c) La comparecencia simple.

Contiene la medida en la orden de comparecer ante la autoridad judicial o fiscal tan pronto en que el imputado sea llamado.

Será de aplicación en todos aquellos casos en que:

- No concurren los presupuestos que justifican la prisión preventiva o la comparecencia con restricciones, tanto la gravedad de la pena, de acuerdo a los fines cautelares dispuestos en el art. 368.

- Aun concurriendo tales presupuestos, si la pena asignada al delito es de carácter leve procederá siempre la comparecencia simple, ya que el principio de proporcionalidad impide una criminalización de este tipo.

- De la misma forma, procederá cuando el Fiscal no solicite la prisión preventiva, ni la comparecencia con restricciones, en cuyo caso el juez solo podrá acordar la simple (art. 206) sólo cuando exista la necesidad de otra resolución más gravosa.

La infracción de las obligaciones derivadas de una cautela no podrá en ningún caso transformar la medida en comparecencia con restricciones o en prisión preventiva si no concurren los motivos que justifican una u otra, ya que ello supondría un exceso injustificado, una sanción penal inadecuada y desproporcionada. Como establece el art. 291, sólo podrá acarrear la cautela de conducción compulsiva por la Policía para la realización del correspondiente acto.

Cuestión distinta es que, durante la tramitación del procedimiento, se dicten o verifiquen los presupuestos que justifican la prisión preventiva (art. 279) o la comparecencia con restricciones, caso en el cual podría acordarse una de estas dos resoluciones siempre previa petición del Fiscal, víctima *de oficio*.

c) El impedimento de salida.

Consistiría esta una medida, regulada de forma independiente, pero con importantes coincidencias con las restricciones a la libertad establecidas en el art. 288, por lo que comienza procediendo a su definición y sobreabundancia.

En efecto, si se analizan los arts. 287 y 288 por un lado y el art. 293, por otro lado, pueden apreciar peculiaridades de cierta entidad que deben ser adecuadamente resueltas con interpretación adecuada y conjunta.

El impedimento de salida no constituye una medida cautelar que responda a la totalidad de los fines expresos en el art. 268, sino que se limita al cumplimiento de la función de asegurar la indagación de la verdad. No se trata, pues, de que se evidencie un peligro procesal del imputado de obstaculización de la investigación, sino de la necesidad de proveer a una limitación de ciertos derechos del imputado o de un testigo importante para garantizar la investigación de los hechos objeto del proceso. El hecho de que pueda ser acordada frente a testigos es motivo suficiente para comprender la diferencia existente entre el impedimento de salida y la comparecencia con restricciones.

Mas aún, esta última, la comparecencia con restricciones, comprende, aunque no se mencione expresamente en el art. 288, la prohibición de salida del país, ya que, la obligación, cuando proceda, de no ausentarse de una determinada localidad, circunscripción, distrito, aquella sino contiene.

En suma, pues, el impedimento de salida contiene en sí una medida cautelar, pues cautelar es su finalidad, independiente de la comparecencia con restricciones, cuya finalidad exclusivamente se limita a asegurar la investigación, aunque el peligro de obstaculización provenga del imputado y que es incompatible con la prevista en los arts. 287 y 288 que, si procedió, excluye a esta más definida y particular.

Será posible, pues, acordar el impedimento de salida y las prohibiciones que comporta, previstas en el art. 293, cuando sea necesario para asegurar la indagación de la verdad, la pena señalada para el delito investigado sea superior a tres años de privación de libertad y la limitación de movimientos del imputado o de un testigo importante devenga imprescindible para dicho fin.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

Breves consideraciones respecto a la modificación del artículo 274 del CPP

VASQUEZ RODRIGUEZ, Miguel Ángel. Breves Consideraciones respecto a la modificación del Art. 274 del Código Procesal Penal referido a la prolongación de la prisión preventiva. – Ensayo-Jurídico. Consultado: 16/05/16. En enlace: https://jurisquedia.wordpress.com/ensayos-juridicos/

BREVES CONSIDERACIONES RESPECTO A LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 274 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL REFERIDO A LA PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA – UN ENSAYO CRÍTICO

Artículo 274. Prolongación de la prisión preventiva.–

1. Cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiere sustraerse a la acción de la justicia o obstaculizar la actuación probatoria, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2) del artículo 272. El juez debe solicitarla al Juez antes de su vencimiento.

Como vemos en la publicación hecha en el Diario oficial El Peruano se consigna el tenor del artículo 274 y ello por mandato legislativo a fin de evitar prolongaciones injustificadas de detenciones. Cabe de las luces un particular, lo cierto es la modificación se cuestionamos respecto al tema porque si bien es cierto y en dos extremos justificado agregar que la dificultad en una relación causa-consecuencia a la investigación sino que también el número y que el juzgar procesal involucre en ello el peligro de fuga, sino también la obstaculización de la actividad probatoria. Sobre estos dos temas volveremos en puntos posteriores.

La prolongación del proceso como causal de prolongación de la prisión preventiva.

Efectivamente, en el interés general, la seguridad y pública, pueden demostrarse que mediante el requerimiento de prolongación de prisión preventiva sólo interviene de manera lenta, ya sea en el término de la investigación, también en la etapa intermedia o juicio, en su parte oral, en la etapa de juzgamiento, en ese sentido cabe preguntarnos ¿Dónde o en el lapso preciso entre el término del caso de requerimiento y la fecha de emisión o fallo oral.

El primero que responda el cuestionante tendrá razón que ver con la acción o duración. Cómo puede imputar un requerimiento de prolongación presentado por dificultades ya precisadas y especiales? Si la respuesta es negativa, creo que en la lógica en la afirmación de que sólo es posible solicitar el requerimiento por la dificultad de las diligencias por realizar, se debe acoger y exigir un pronunciado a tiempo por parte del fiscal o encargado de la investigación. Si bien esto se puede en muchos casos (creo que una diligencia o evidencia en el extranjero difícilmente sería nunca de una noche) se

debe tener en cuenta diligencias como aquellas necesarias que implica los presupuestos para la declaración de complejidad de la investigación y de todos modos del proceso – como el ejemplo antes señalado – y las pericias que requieren la prolongación del artículo 274. En que en el mismo ejemplo, es indispensable una figura jurídica que permita la prolongación de la prisión preventiva mediante una investigación preparatoria.

Dicho esto, es obvio que los presupuestos que permiten la declaración de complejidad de la investigación pueden ser muy claros desde la formalización de la investigación o desde el momento que se dispone la significación inicial de actos de investigación, sino por ejemplo la significación inicial de actos de investigación, la existencia de numerosos delitos conexos importantes de imputados o agraviados, en suma los establecidos en el artículo 342.3 del Código Procesal Penal.

Esta situación no somos ajenos a ellos en los procesos complejos, precisamente en los delitos complejos porque un ejemplo ninguno de los establecidos en el artículo 342. 3 del Código. Resulta evidente que los casos que corresponden a la investigación en especialmente difícil que ameritan no sólo más plazo establecido en el Código, sino también tampoco que el fiscal a cargo de la investigación. Así pueden deberse a una limpieza, elevados montos, por ejemplo un peritaje que debemos demoras inusitadas (los montos tenidos demorados más veces debido a discrepancias de las partes a cargo de realizarlo, el fallecimiento de alguno de ellos o la falta de fuentes necesarias por falta de presupuesto de la unidad encargada, de realizar la pericia). Si se presenta una situación como la de los ejemplos, sería razonable que el fiscal solicite la prolongación larga de prisión preventiva oportuna y que oportunamente sustentada al Juez de la causa solicite el mismo plazo.

Es de advertir que en términos de prolongación de prisión preventiva, primero debemos recordar nuevamente que el término legal para este delito no es estricto o inamovible, pero ha sido dicho varias veces por el Tribunal Constitucional, entendido en el sentido de que la negligencia o inobservancia del elemento material para realizar las diligencias de investigación, sean ellas las partes, no pueden servir de contexto a tomar en cuenta para prolongar la prisión preventiva. El investigador no puede perjudicarse por la ineficiencia del Estado, sin embargo el Juez deberá pronunciarse en la audiencia correspondiente hasta que pueda establecer efectivamente la negligencia e indiferencia del Estado y en qué casos se produce por una distinta

[illegible] de la actividad probatoria a realizarse a los efectos de [illegible] fijados en el artículo 269 del Código Procesal Penal.

En cuanto a la [illegible] de la modificación normativa, perfectamente podría haberse limitado su cumplimiento de prolongación de la prisión preventiva ya sea por la dificultad de la investigación verificada (especialmente en [illegible]) o por dificultades vinculadas (especialmente en [illegible]), siempre que esas dificultades no fueran atribuibles a la negligencia, dolo o desarrollo del aparato estatal.

El problema radicaba en la ausencia de prolongación de prisión preventiva prevista en [illegible]. Si se parte del hecho que la [illegible] sólo es posible luego de que el fiscal alle que existe de la investigación mediante la diligencia correspondiente, resulta evidente que sin esta pauta el cumplimiento de la investigación en sus [illegible] que ameritan una [illegible] diligencias en la [illegible] de la investigación preparatoria, sigue siendo prácticamente [illegible] la actividad de la investigación del Ministerio Público. En algunos distritos judiciales se encuentra el mismo [illegible] tratando de [illegible], por ejemplo, en el de Lima sostiene que en el proceso penal la investigación tiene [illegible] y se mantiene en todo el proceso, siendo de ello la posibilidad de incorporar pruebas a lo largo de este. Sin embargo esto no [illegible], lo que con los actos de investigación preparatoria con la etapa correspondiente donde [illegible] y por regla general se desarrollan [illegible]. No es [illegible] que, por ejemplo el imputado pueda requerir investigación durante el juicio a fin de poder obtener pruebas de descargo, sin embargo la carga de la investigación estrictamente [illegible] con un principio básico de carácter procesal penal. Las normas que limitan derechos es la [illegible] de carácter restrictiva. Una interpretación extensiva como la antes señalada vulnera principios básicos del proceso penal.

Entonces la discusión debe girar en el hecho de que el [illegible] de prisión – antes de la [illegible] – admitían la prolongación de la prisión preventiva fundamentado en [illegible] en el hecho de que el proceso por [illegible] complejidad, sin que estas dificultades necesiten probarse ofrecerse o configurar los requisitos de la declaración de complejidad del artículo 342, §3 del Código Procesal Penal. Este punto fundamental ha sido resuelto y aclarado con la modificación al artículo 272 del [illegible] del proceso.

Otra cuestión que pone en la argumentación en las audiencias de prolongación de prisión preventiva es la otra hipótesis que contiene el artículo 274, §1 del Código Procesal Penal en su primera parte. Como se ha señalado, este siempre ha estado [illegible] a la especial dificultad de la investigación, sin embargo el principal problema radicaba en las circunstancias que imponen una prolongación de la [illegible] la conjunción "o" nos permite separar la expresión "especial dificultad" de la expresión "prolongación", considerando hipótesis distintas diferentes el tercero para saber en las razones por las que se puede prolongar la prisión preventiva a situaciones distintas a la "especial dificultad" de la investigación y somos también del parecer, como por ejemplo un [illegible] se deberán acreditar que [illegible] de circunstancias que en tiempo determinado, la dificultad material de que los magistrados se [illegible] el lugar de juzgamiento o [illegible].

La [illegible] de la actividad probatoria en la prolongación de la prisión preventiva.

Al respecto la modificación resulta ser importante con los presupuestos exigidos para imponer la prisión preventiva y con el principio de legalidad.

Esta modificación tiene que ver con elementos que deben ser evaluados con finalidad. En primer lugar el momento de imponer la medida de prisión preventiva, esta puede estar fundada [illegible] de la [illegible] y la peligrosidad de [illegible] o el peligro de fuga o el peligro de obstaculización, o [illegible].

Si la medida se impuso como consecuencia de la valoración del peligro de fuga y este desaparece en algún momento de la prisión preventiva, lo que hace que [illegible] se no sea la imposibilidad de prolongar la prisión preventiva si no también el cese de esa medida coercitiva.

De otro lado y en el mismo sentido, si la prisión se impuso como consecuencia de la valoración de la variable de peligro de [illegible] y este desaparece en algún momento de la vigencia de la medida, de la misma manera lo que resulta que [illegible] no sólo la imposibilidad de prolongar la prisión preventiva si no también el cese de la medida impuesta.

Si la prisión preventiva se impuso por la concurrencia de ambas variables del peligro procesal, la desaparición de una no enerva la subsistencia de la otra.

Entonces en el caso de la modificación se entiende que se está haciendo referencia en primer lugar a la subsistencia de la razón que motivó la imposición de la medida o, que es lo que se puede también desprender como característica de la modificación, que el

[illegible]

[illegible]

La prolongación de la prisión preventiva en la Etapa Intermedia.

[illegible]

En la hipótesis de que el Fiscal [illegible]

[illegible]

La prolongación de la prisión preventiva en el Juicio Oral.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

El problema de la nulidad de juicio.

[illegible]

000117

En todo caso lo que debe quedar claro es que el juzgado será juzgado en libertad por exceso de carcelería y citada a la audiencia correspondiente con las consabidas/usuales del caso. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y disciplinarias de los magistrados o fiscales que generaron la nulidad.

El cómputo y re cálculo de la prisión preventiva

Una variable poco usada, pero a raíz de una interpretación del nuevo proceso penal, en la regla de cómputo del plazo de prisión preventiva establecido en el artículo 275 del Código Procesal Penal. Una vez vencido el plazo de la prisión preventiva (ordenada por varios) el fiscal a cargo debe acompañar de verificar si debe dársele importancia diferente a la conducta maliciosa del investigado en dichos flancos (¿se debió requerir al Juez competente (imputación de la orden) el re cálculo del vencimiento de la prisión preventiva. Esto puede resolver muchos de los problemas que hemos señalado líneas arriba, como por ejemplo la nulidad de sentencia muy usual en audiencia preliminar o la conducta evasiva y obstruccionista de la defensa del imputado o el propio imputado.

Este criterio, de valerla pena sustentarse en responsabilidad de terceros o fijar uno en el cual de responsabilidad compartida de juzgados, fiscalía de turno, defensa, imputado, juez de garantías o juez oral.

El tope de dieciocho meses.

Una variable final, pero no menos importante, es el de prisión preventiva pueda ir más allá de dieciocho meses como plazo máximo. El literal del artículo noveno del mismo establecimiento que a la luz del Código Procesal Penal del 2004 han dejado prolongaciones por encima de los dieciocho meses, e incluso hasta de treinta y seis, siguiendo la línea del Código de Procedimientos Penales, la cierto es que de la lectura pura del precepto aplicable no existe posibilidad alguna de ampliar el plazo por encima de los dieciocho meses, incluso en el caso de los procesos complejos.

Si bien algún podría interpretar que de existir complejos se habla con "especial dificultad" el plazo podría prolongarse por encima de los dieciocho meses, esa no era una interpretación claramente extensiva, y como se hemos señalado, las normas sobre medidas limitativas de derechos no pueden interpretarse de manera extensiva, sino más bien bajo la estricta literalidad de manera restrictiva. Además como ya se señaló, la norma de prolongación del artículo 274, §3 del Código se usa cuando se calificado a procesos así complejos y el artículo 277 de forma muy clara la prisión preventiva nunca

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

ACERCA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL PLAZO RAZONABLE DE DURACIÓN DEL PROCESO PENAL

PASTOR, Daniel R. "Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal" [En Internet]. Consulta: 12/05/16. Enlace en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej1/archivos/Articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20Pastor_10_.pdf

ACERCA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL PLAZO RAZONABLE DE DURACIÓN DEL PROCESO PENAL*

Daniel R. Pastor

1. El problema y su importancia. 2. La evolución de la categoría y su regulación positiva. 3. La nueva idea del derecho al plazo razonable en la aplicación práctica: la opinión dominante. 4. La interpretación del plazo razonable propuesta en este trabajo. 4.1. Introducción. 4.2. El carácter legal del plazo razonable. 4.2.1. El argumento del mandato expreso del orden jurídico internacional. 4.2.2. El argumento del mandato expreso del principio del Estado de derecho. 4.2.3. El argumento del principio sobre nexo con ley. 4.2.4. El argumento de (ataque de igualdad material). 4.2.5. El argumento de la división de poderes. 4.2.6. Primeras conclusiones provisorias. 4.3. Las consecuencias jurídicas del cumplimiento del plazo razonable. 4.3.1. El (doy vuelta) con los efectos de la (doy firme). 4.3.2. El cumplimiento del plazo razonable como impedimento procesal. 4.3.3. Segundas conclusiones provisorias. 5. Recuento: una solución transitoria. 6. Conclusiones finales

1. EL PROBLEMA Y SU IMPORTANCIA

La tramitación eficiente del proceso penal, que se acierta en su doble finalidad, inevitablemente conflictiva, de realizar el derecho penal sin menoscabo de los derechos fundamentales del imputado, los cuales considerado por BLOCH como el atributo y la debilidad característica del derecho procesal penal[1]. La consideración más concreta —y también la más dramática— de esa dificultad se aprecia en la contradicción que aparentemente existe entre el requerimiento de una persecución penal y el reconocimiento de que goza del principio de inocencia, especialmente cuando se aplican las medidas de coacción más intensas, que son las que afectan dicho principio hasta, en los hechos, neutralizarlo. Pero también por la sola realización del proceso, que en ocasiones concluirá en el mismo y que no puede ser pensado más con coacción, el mismo se presenta como instigador de la efectiva penalización de sus actos, los derechos individuales se ven seriamente dañados. *"el simple inicio y cada acto del desarrollo del proceso penal cause sufrimiento al afectado del mismo es, desgraciadamente, el gris inseparable del proceso penal"*[2].

Por ello, uno de los problemas más importantes al que se enfrenta el derecho procesal penal en la actualidad es el de la duración del enjuiciamiento, lo cual equivale a la duración de la materialización del principio de inocencia que, como es evidente, debería ser breve, de modo que en el menor tiempo posible o bien el estado de inocencia, frente al hecho, quede restablecido definitivamente, por la absolución del proceso a favor del imputado y terminen las molestias judiciales, o bien quede suspendido, también definitivamente, por la declaración firme de la necesidad y del deber de imponer una condenación al inculpado.

La situación descrita muestra las dos caras del problema de la excesiva duración del proceso penal. Por un lado, la prolongación del conocimiento sin definición sobre la situación material que subyace a la acción jurídica los fines sustantivos del derecho objetivo, impide que la paz jurídica, lograda por la sentencia, se mantenga con la seguridad, con efectividad y credibilidad. Por el otro, también el derecho fundamental del imputado a ser juzgado tan rápidamente como sea posible es violado por la excesiva duración del proceso. Este trabajo trata sólo se ocupa de este segundo problema, o sea, del análisis dogmático de un derecho procesal subjetivo del inculpado[3], el derecho fundamental a ser juzgado dentro de un plazo razonable. La cuestión de cómo acelerar la duración de los procesos no es tratada ni resuelta aquí, porque, como se verá, la interpretación de un derecho fundamental que consiste defender es cualquier un instrumento que sirve a la vez para resolver esa problema en el caso individual y exigirse las condiciones de trabajo de la administración de justicia penal en general.

En la actualidad la excesiva duración del proceso penal es, sin duda, uno de los problemas centrales del enjuiciamiento penal. GUARNERI, cuya afirmación puede ser trasladada sin esfuerzo a todos los Sistemas de derecho codificado, señala que el principal y más grave de los problemas actuales de la administración de justicia en Italia, y que existe a todos los demás, es el de la duración de los procesos, y lo es tanto que esta sería, además de inconfesable la precedencia necesaria "justicia lenta, justicia negada", afirma que por este problema la justicia italiana no puede ser considerada digna de un país civilizado[4].

El propio GUARNERI brinda los siguientes datos de duración de los procesos penales en primicia en algunos países europeos: entre 9 y 13 meses en Italia, de 2,9 a 3,1 en Alemania, entre 7 y 9 en Francia. En Italia (1 400) de las personas privadas de su libertad son imputados en primera pero vuelven a la espera de juicio. La situación es similar en casi todos los países[5]; la violación del principio de inocencia es evidente.

Esta dilatación de los tiempos judiciales por el exceso en la complejidad de los procesos pone en crisis toda legitimación y todos los postulados del derecho procesal penal. En efecto, las graves restricciones de la libertad y todas las demás cargas y perjuicios que el proceso penal conlleva para el inculpado —y que deben ser soportados por él para la ley impone a todo sospechoso el Estado deber de soportar el proceso[6]— no pueden ser mantenidas, sin lesionar de modo intolerable el principio de inocencia, cuando la duración del proceso sobrepasa el límite de lo razonable. Toda la estructura instrumental del proceso penal está pensada para servir en términos relativamente objetivos, si ello no se consigue la semilla de esa pueden de intervención en los derechos fundamentales se desvirtúa y los daños que ocasiona se vuelven irreparables. Ejemplo de esta patología es la prisión provisional, normalmente vista como una de las cuestiones más problemáticas del derecho procesal penal, porque, en verdad, los problemáticos no es la privación de libertad procesal, sino la duración del proceso que permite la existencia y la permanencia de la prisión preventiva. Si no hubiera proceso alguno cuya duración excediera los dos o tres meses, la prisión provisional sería, salvo para quien sufría esa tiempo de detención injustificada, un problema menor en comparación con su relevancia actual.

---

* Trabajo originalmente publicado en el libro y compilado publicado en la Revista Jueces para la Democracia, Madrid, n.º 40 (2001).

[1] BLOCH, Oscar, *Strafprozessrecht*, Munich, 1998, p. 4. Trad. citada conforme de una misma edición: *Derecho Procesal Penal*, trad. de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR, Buenos Aires, 2000, p. 8.

[2] CARNELUTTI, Francesco, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 51.

© 2002 Facultad de Derecho, Universidad de Chile

[3] BOVINO, Alberto, en "Coordenadas de del Derecho Internacional Público" (1999), Madrid, 1999, Sección de (derecho penal), pp. 91 y ss.

[4] GUARNERI, Carlo, *El mal llamado "derecho judicial" (El modelo italiano)*, trad. de Alejandro W. SLOKAR y Norberto P. FERREYRA, Buenos Aires, 2001, p. 115.

[5] Ibidem, pp. 116 y ss.

[6] BLOCH, Oscar, *Die Verfahrens-Grundgedanke Problemzusammenhänge in der Strafprozessordnung*, Munich, 1999, p. 210.

Más allá de ello, decíamos en el *Judex* que el proceso sin definición como a optar en tiempo, pero también a la realización adecuada del derecho cuando el responsable es culpable; y, finalmente, al pleno respeto de los derechos fundamentales respetos de quien, aunque sea no sabe si es culpable o inocente, se le acusado y este "juicio de proceso" concreto, cuando sea conveniente.

Una dogmática adecuada del derecho fundamental de todo proceso a ser juzgado dentro de un plazo razonable debería servir para solucionar estos relevantes problemas.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN Y SU REGULACIÓN POSITIVA

La preocupación por la lentitud de la administración de justicia en general no es nueva y Occidente siempre ha padecido que los medios de la justicia son los que trabajan más despacio[1]. Decía ALCALÁ Y ZAMORA que "*la eterna discusión de los frágiles cristales con que el hombre y más todo medio de la administración de justicia*"[2]. Ya en la recopilación de JUSTINIANO se recoge una constitución en la que se ponían medidas "*a fin de que los litigios no se hagan casi interminables y cuidar de la duración de la vida de los hombres*"[3]. Las leyes romanas establecieron un plazo preciso para la duración del proceso penal. *Diputándolo* CONSTANTINO que empezaba a contarse con la litiscontestación y que fuera de un año; plazo que, en la época de JUSTINIANO, era de dos años[4]. En la Magna Carta *Libertatum* de 1215, el rey inglés se comprometía a no denegar ni vender derechos y justicia[5]. Ya el mismo siglo, EDUARDO I, el sabio, establecía, en consonancia con la fuente precedentemente comento jurisdiccional de una *Law Petition*, que cualquier juicio penal pudiera durar más de dos años[6]. En los tiempos modernos, el problema fue preocupación de la ciencia jurídico penal desde sus primeros y embrionarios manifestaciones. BECCARIA, en 1764, afirmó que "*el primero acicate debe terminarse en el más breve tiempo posible*", porque "*cuanto más pronto y más cercano al delito cometido sea la pena, será más justa y útil*[...] *más justa, porque adhiere al reo las tinieblas y firmes incuentes de la incertidumbre, que atacan con el vigor de la imaginación y con el testimonio de la propia debilidad, será justa, porque ahorra una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia*"[7]. Muchos siglos antes había dicho que BECCARIA sería FEUERBACH quien diría que "*se niegue o sea obligación de los jueces*"[8]. También SHAKESPEARE, en el que es quizá su pasaje más célebre, puso en boca de HAMLET a

[1] Ripert y otros, *op. cit.* loc. cit.

[2] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Cuestiones procesales de la llamada ejecución*, Buenos Aires, 1944, p. 64.

[3] Constitución Propositum (C. III, 1, 14, Prouni), de cuya ley siguiendo del año 530, siempre del Consulado, de Constantinopla, de Licinianos y Cilicio. Una colección de esta constitución con antigua que se encuentra a los tiempos del emperador JUSTINIANO.

[4] MORENO, Dorado, *Estado penal romano*, cit., de Pedro DORADO MONTERO, Bogotá, 1951, p. 208. Igualmente, en el proemio de la constitución Propositum se indicaba que la ley hasta cinco años la duración de los cursos penales.

[5] "*No venderemos, denegaremos ni retardaremos a nadie su derecho ni la justicia*" ("*Nos no vendemus, nec negabimus aut differemus cuiquam rectum vel justitiam*"). En inglés, se hace uso de dos sustantivos completamente, Nova York: el W. Jennings, e ingresaba en la actualidad de las referencias y modificaciones. Hay copia en latín: de CHARLES PLOUCQUET, *Magnum Chartam Libertatum anglicae*, Madrid, 1970, t. I, p. 160.

[6] Ley 7, título XI, partida 3ª "*cómo acabarán los pleytos civiles, e en cuanto tiempo deven ser dados e dichos*".

[7] BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (trad. de Francisco TOMÁS Y VALIENTE), Madrid, 1982, pp. 108 y 109.

[8] FEUERBACH, Anselm Ritter von, *Die Gesetz Kraft der Strafgesetze* (1813), en Klaus Günther sobre este, Frankfurt, 1993, p. 132.

la lentitud de los tribunales como las causas que pueden colapsar a un hombre[1].

Como resultado de estos años, el derecho constitucional de acusación destacó siempre expresamente el derecho de la persona acusada de haber concluido un debido, a un juzgado rápidamente. Una primera establecimiento expresa está contenida en la Declaración de Derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, en 1776, según la cual toda persona acusada a persecución penal tiene derecho a un juicio rápido ante un jurado imparcial (Sección 8ª). Este derecho pasó a la 6ª Enmienda de la Constitución de los EE.UU.: "*En todo de juicio penal el acusado gozará del derecho a un juicio rápido*"[2].

Pero esta preocupación más intensa sobre el derecho fundamental a la pronta resolución del proceso penal sólo tuvo ocasión de dar frutos después de la Segunda Guerra Mundial, en el marco de la actividad de los estados internacionales de derechos humanos de esta época que pretendían, frente al horror de los Estados totalitarios tanto a fuertes, afianzar el Estado constitucional de derecho y hacer realidad la garantía de universalidad de los derechos fundamentales protegidos ya por la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En efecto, a partir de ese, como ya fue mencionado, los hombres son antiguos, el problema de la excesiva duración del proceso sólo fue objeto de una regulación jurídica positiva supranacional y duradera después de 1945[3], cuando en los catálogos de los derechos fundamentales fueron incluidos, junto a las garantías básicas tampoco ya consolidadas, también unos derechos básicos, llamados de "segunda generación", tendentes a reconocer la transformación de las expectativas jurídicas de los individuos, derivada del desarrollo de nuevas formas de relación entre estos y el Estado[4].

Así, si bien la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH) no consideró entre ellos el derecho a un juicio rápido[5], sí se ocupó expresamente de la cuestión, ese mismo año, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo art. XXV establece que "*toda violación por hoja sido privado de su libertad tiene derecho [...] a ser juzgado sin dilación injustificada*"[6].

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH) es el primero de estos tratados internacionales que establece este derecho bajo la fórmula más usual del plazo razonable: "*toda persona tiene derecho a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable públicamente y en un juicio imparcial por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil,*

[1] Acto Tercero: "*Ha sido larga*".

[2] Por principio, la regla, aplicable de la Enmienda 14ª se rigió, confirmando por los otros gobiernos Constitución norteamericana a partir de 1789, regla sólo para la jurisdicción federal, pero con la llamada del debido proceso de la 14ª Enmienda (1866) en la secundaria aplicable a los jurisdicciones locales (cfr. CORWIN, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, 1987, pp. 171 y 172).

[3] MORÓN, John, Derecho Procesal Penal Buenos Aires, 1996, t. I, p. 115. Siempre allí el autor se refiere a la Declaración europea de la persona procesada, dados derechos reciprocidad, a la misma fecha; que el que recupera el sentido de esta trabaja.

[4] Cfr. PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, Madrid, *Los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, 1994, p. 13.

[5] El art. 10 de la DUDH (adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948), que establece los derechos básicos del acusado, y el Tercer Pacto y posteriormente Social de los arts. 6.1 del CEDH y 14.3 de la ICCPDH, no mencionan todavía el derecho a ser juzgado sin un plazo razonable.

[6] Esta norma establece "*A, de la entrada, o en cuanto se decidió*", con lo cual establece la contravención, contra de la posibilidad de que los poderes puedan tener dilaciones injustificadas (o lo que alla de un plazo razonable) con lo de que el imputado no sufra tal prolongación privada de su libertad.

a fin de que el procedimiento de toda naturaleza penal dirigido contra ella" (art. 6.1)[9].

Luego, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (PIDCP –en vigor desde 1976– español, también en dos oportunidades), este derecho básico del imputado. En primer lugar, en el art. 9.3, al señalarse a los derechos de quien está privado de su libertad preventivamente, se establece(n) que toda persona detenida "*tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable*"[10]. En segundo lugar, en el art. 14.3.c se reconoce a esta misma garantía para aquellos casos en los que no se encuentre privado de su libertad durante el proceso penal. Así, se establece que "*toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella*".

La Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989 y en vigor desde 1990, establece que a todo ser humano menor de edad sometido a proceso penal se le debe garantizar "*que la causa será dirimida sin demora por una autoridad o alguna judicial competente*" (art. 40.2.b.iii).

Por lo demás, cabe mencionar que son numerosos los sistemas constitucionales del derecho comparado que incluyen al juicio penal rápido expresamente como los derechos de la persona sometida a persecución penal. Así, p. ej., la Constitución de Canadá establece que toda persona acusada de delito tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable (art. 11.b); la Constitución de México prescribe plazos de cinco, cuatro meses y un año como máximos para la duración de los procesos penales (art. 20 VIII); según la Constitución de Japón el acusado tiene derecho a un juicio rápido y público ante un tribunal imparcial (art. 37); la Constitución de Portugal dispone que el acusado debe ser juzgado con rapidez tanto como sea compatible con la salvaguarda del ejercicio de su defensa (art. 32.2); la Constitución española otorga a todas las personas el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24.2); por último, según una reforma reciente, la Constitución italiana reconoce que la ley debe asegurar la duración razonable del proceso (art. 111).

Todas estas formulaciones apuntan a una misma configuración del derecho fundamental en análisis y tienen los mismos alcances: el imputado goza de un derecho constitucional subjetivo[11] según el cual su proceso debe finalizar definitivamente dentro de un plazo que surgirá –en cumplimiento legislativo– de los principios, reglas discretas y demás de regulación de un mismo derecho con jerarquía. "*Que dentro a un proceso sin*

[9] Art. 5.3 del Convenio, de parecido tenor que todo persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el proceso, tiene también a la exclusión de una posible interpretación del texto, esto vale de la necesidad, con tal que el imputado esté en libertad provisional o libertad.

[10] La objeción que este mismo artículo señala que se establezca, posterior del texto de la letra "[...] a ser juzgado en libertad", con lo cual se da a entender fundamento que el proceso posible tiene una duración razonable con tal de que el imputado no sea privado de su libertad provisionalmente.

[11] [...] a ser puesto en libertad, en prisión de que realizó el juicio". Aquí que surgen el problema de la posibilidad de esta construcción razonable del proceso como ítem de el imputado con su libertad.

[12] Maximiliano, op. cit., p. 17; Gonzalo Quintero Olivares, Derecho, et al. (Derecho Procesal Penal, Madrid, 1999), p. 57.

dilaciones indebidas" no sólo entraña siempre diferente *el de que la causa sea sido 'dentro de un plazo razonable'*"[12]. Sin embargo, este trabajo ha de centrarse más concretamente a la exposición que, de entre todas las que revelaron supralegales, tiene la mayor lectura técnica, o sea, la que posee de el derecho del acusado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, pues ello a partir de una inevitable revisión abierta propia de toda regulación de derechos fundamentales, brinda, al menos un punto, una precisión susceptible de conducirse la idea de plazo, concepto determinado como nada esencial por la metodología del derecho procesal penal. Por otra parte, la fórmula del plazo razonable *es* por el solo, aunque no únicamente, derecho enunciado una numerosa de nociones que entran emparentadas con una misma tribuna jurídica, aunque algunas más homogéneas (*vid*, p. ej. Latinoamérica y Europa [CIDH, 6.1 y CADH, 8.1, respectivamente]). Además, la fórmula citada también *hace* la preferencia debido a que la opinión dominante que se ha impuesto en este tema en el ámbito cultural citado: los más desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a partir de la regla del plazo razonable.

Este trabajo, entonces, está dedicado, en lo que sigue, al estudio dogmático del derecho fundamental del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, es decir, a describir el cuadro de la cuestión e a proponer una interpretación posible del significado, de los alcances y de las consecuencias jurídicas de *este* derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, sin perjuicio de que también se lo mencione como derecho al juicio rápido, a un proceso sin dilaciones indebidas, o, que, directamente, se haga referencia a su autónomo, la excesiva duración del proceso penal, pues este último es lo que se quiere evitar, en ambos perjuicio al imputado, ver el plazo razonable como derecho fundamental, sin perjuicio de que la situación ahora mentada el interés público en la realización del derecho sustantivo a través de procedimientos eficaces también resguardados.

3. LA SUERTE DEL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA: LA OPINIÓN DOMINANTE

En las interpretaciones jurisprudenciales la cuestión comienza a reflejarse decididamente sólo entrados ya los años setenta. En tal sentido, se debe considerar que en 1968 el TEDH exteriorizó su larga e extensamente serie de sentencias sobre el punto[13]. En la República Federal de Alemania, la primera sentencia trascendente del Tribunal Supremo Federal (BGH = *Bundesgerichtshof*) sobre el problema de la excesiva duración del proceso penal data de 1960[14]. En 1967 comienza a reconocerse, en el derecho constitucional de los EE.UU., la jurisprudencia sobre el punto, cuando la Corte Suprema federal reconoció que el derecho a un juicio rápido tiene rango constitucional. Dicha jurisprudencia comienza en relación con la duración de la detención y luego (1970/72) se extenderá a la duración del procedimiento[15]. Incluso llevó a la sanción de una ley federal que, en verdad, no es tanto que

[13] Gonzalo Quintero, *et al.*, *op. cit.*, p. 99, además ahora jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional español "*por dilación indebida no a una dilación sino dilación de la que dice el art. 6.1 de la Constitución española*" (STC 5/1985, FJ).

[14] Más pormenorizadamente recordando, en Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, 2002, pp. 109 y ss.

[15] BGHSt 21, pp. 81 y ss. Más detalles sobre la jurisprudencia alemana en Roxin, Strafe, pp. 96, pp. 191 y ss.

[16] Cfr. "Klopfer v. North Carolina", 386 U.S. 213 (1967); "Dickey v. Florida", 398 U.S. 30, 37-38 (1970); "Barker v. Wingo", 407 U.S. 514 (1972), texto cited. Más información al respecto en Goldstein, Abe, *et al.*, *Modern Criminal Procedure*, St. Paul (Minn.), 1969, pp. 1302 y ss., y en Taylor, Andrew, "Limits: El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", en: ADC, La reforma del proceso penal (By Vidaurri), 1995, pp. 93 y ss.

un régimen de límites temporales al ejercicio [sancionador] por [parte] de la Administración[5]. También en Argentina, en 1968, se instó, con la sentencia "Mattei" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una línea jurisprudencial que, sin abrazar claridad ni precisión, implicó el reconocimiento de un derecho constitucional del encausado a que su situación frente a la ley penal y la sociedad no sea definida sin el mayor margen posible por la arbitrable *incertidumbre del derecho* que supone crear mediante a persecución penal por el Estado[6].

En esa época el TEDH sentó las bases de lo que es hasta hoy y de modo prácticamente universal la interpretación dominante acerca del significado jurídico de la expresión "plazo razonable", ya se trate del plazo razonable de la prisión preventiva o del proceso. Aquí sólo puedo resumir los rasgos característicos de esa opinión dominante, que se dirigirían en la definición de lo que se entiende por plazo razonable y en la determinación de las circunstancias jurídicas aplicables en caso de que el plazo sea superado.

Dicha premisa supuesta, ante todo, que el plazo razonable no es un plazo ("duración del un plazo"), no el asunto personal *penal*, es decir, no consiste *a priori* en una expresión como condición de tiempo, prevista en abstracto por la ley, dentro de la cual —y sólo dentro de la cual— debe ser realizado un acto procesal o no cumplido de algún otro modo indicativo para que, una vez vencido el *plazo*, los jueces evalúen la duración que tuvo el caso para entonces, según esa vara de criterios, si esa duración fue o no razonable y, en caso de que no lo haya sido, compensarla de alguna manera. Según la opinión dominante el plazo razonable no se vende en días, semanas, meses o años, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser evaluado por los jueces caso a caso —entiendo el caso— para saber si la duración fue razonable o no lo fue, teniendo en cuenta la duración objetiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho imputado, la actitud del encausado, la conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes.

Si ese examen arroja que la duración fue irrazonable, se pasa al ámbito de las consecuencias jurídicas y se repara la violación del *derecho* fundamental ("reducción compensatoria"[7]) de acuerdo a las posibilidades y a los límites de la competencia del ente decisor, de modo que los órganos del derecho internacional de los derechos humanos (el TEDH, la CIDH) suelen indemnizar los sufrimientos y los trabajos padecidos por los recursos también a ello a base, dentro de las posibilidades que la letalidad las leyes, eximen la pena, posteriores de ella, dejen en suspenso su ejecución, remiten a la gracia o al indulto o, mediante, resuelven a la sanción de los funcionarios responsables de los retrasos, todo ello con base en que el proceso fue excesivamente prolongado. Sólo excepcionalmente se recurre a la clausura del procedimiento, para lo normal es que el examen se realice cuando el proceso ya ha concluido.

Esta regla siendo hasta hoy la posición del TEDH que, p. ej., recientemente ha condenado a España, en el caso González Doria Durán de Quiroga 57/EDH de 28/XI/2003, por violar el derecho de toda persona a ser juzgada dentro de un plazo razonable. El caso Jullien tenido una duración total desde su comienzo con la primera actuación ante el Juzgado de Instrucción hasta que finalizó con la decisión del 15, de excluir un recurso de amparo de catorce años, cuatro meses y cinco días[8]. El TEDH

[5] Supr. Trib. de Ent. Unidos Caso 7/11 (1970).

[6] Sobre mattei el argumento en Fallos de Ar., pp. 31, pp. 555, y ss.

[7] El proceso de Julio mediado, en 1993, a cargo del magistrado, abogado y cuatro (o) agentes especiales, y cuatro más policías —que serán de veinte años y que Brid en Cinco cuidado años de TEDH con el mismo

señaló, en jurisprudencia anterior y seguida que la evaluación de la razonabilidad de la duración del proceso debía ser realizada de manera global, según las circunstancias del caso, y teniendo en cuenta especialmente la complejidad de los hechos y el comportamiento del imputado y de las autoridades de la persecución penal. Si bien el Tribunal, por unanimidad, consideró que el caso importaba cierta complejidad (numerosos documentos a examinar, necesidad de pericias(sic), una ochenta procesal intermedio, etc.) entendió que esa complejidad no explicaba una duración tan prolongada y que ella empero podía atribuirse exclusivamente al comportamiento del imputado, de modo que condenó a España por la violación del derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable y ordenó el daño moral así causado al recurrente en la suma de 10.000 EUR.

Un ejemplo distinto lo Rumano y constante de la jurisprudencia del TEDH puede ser visto, no tan prontito, en el hecho de que nunca, en los casos de condena a los Estados, estableció en que momento el plazo había sido violado.

De Alemania provino la idea, trasplada en la jurisprudencia del TEDH, de que la violación al plazo razonable, en caso de ser comprobada, hasta comprendía en el mismo proceso. En efecto, tras algunas vacilaciones iniciales[9], se sostuvo la doctrina según la cual la infracción debía ser considerada en la determinación judicial de la pena, pues la excesiva duración del proceso, sufrida por el imputado que resultaba condenado, debía ser atenuada como una consecuencia negativa provocada del Estado y que sufre el imputado a consecuencia del hecho, de modo que disminuye con ello proporcionalmente el reproche de la culpabilidad. Para estos casos se propone, en la medida en que lo permitan los límites de la ley, compensar la violación del plazo razonable con la reducción de la pena, imponer el mínimo, o con la suspensión de su ejecución o hasta con su prescindencia[10]. Más embargo, la jurisprudencia alemana sigue sosteniendo, aunque sin claridad en ocasiones y con ciertas contradicciones evidentes, que en casos excepcionales la infracción debía ser el sobreseimiento del caso y no hace mucho tiempo Alemania revalió condenada por el TEDH por violar el principio del plazo razonable, aunque en la sentencia condenatoria dictada contra el afectado se había tomado en cuenta la violación en el marco de la culpabilidad reprochable y la medición consecuente de la pena y a pesar de que el TEDH, entendiendo, había visto con agrado esa solución compensatoria de los tribunales nacionales[11].

acusados— con motivo de una serie de falsificaciones a una tarjeta comunitaria en 1989 en el marco de cuya instrucción investigativa. La instrucción se extendió por más de cuatro años y el debate y juicio el cual y la sentencia tuvo que ser anulada y la sentencia para (o adquirida a las sentencias nuevas (Superiores) pronunciadas de la 8/I/1998, que finalmente fueron condenados (3) (tipo). Este no parte con gran cantidad de acusados, entre ellos miembros y gobernantes del acusado colectivo y la conducta de un abogado a ser juzgado en diferentes tribunales, sobre el 5/2/1997 la Audiencia Provincial de Madrid condenó al imputado como autor de un delito continuado de falsedad en documento público (en concurso) con un delito de estafa, a la pena de cuatro años de prisión y multa de dos meses, con cuota diaria de 1.000 pesetas. El 6/I/1998 el Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación del condenado y revocando en cuanto a las penas por el acusado del proceso, que fue dictado cuarenta se delito y la complejidad del caso y el comportamiento del encausado, sin que ello justifique tan considerable retraso del derecho y así procede suprimirse durante de un plazo razonable. El 15 de octubre de 1998 el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo del condenado y, en lo que la duración del proceso atañe, siguió los argumentos del TS. El 15 de diciembre de 2000 el condenado le fue notificado la sentencia de la Sección primera de Sección penalísima, según Real Decreto 2.7/1998 del 13/VIII/98.

[8] Entendió con cinco dudas en Sentencia 3 ser 1/6 Abridge Open ses Explicativa Berlín, 1995, pp. 24 y ss.

[9] BAYERTZ, ob. cit. pp. 46 y ss.

[10] Caso "Metzger (Alemania)", sentencia de 21/I/1983. Este aumento del sobreseimiento del proceso fue sostenido luego, por los tribunales de este caso, la cuales compensaron en los casos incompetentes con en el caso de procesos por hechos anteriores pena de duración excesiva en los casos, aunque redujo en los mismos resultados, diferente diferentes como de un delincuente con economía que, en caso de una condenatoria, garantizan la posible compensación de la duración de esa duración.

Tradicionalmente en España se asegura, por un lado, que la posible vulneración de la violación de este derecho no se condiciona por el cumplimiento de un plazo, sino que ello no debería de ser la ordenación global de la duración de un proceso razonable o que esta acostumbrados; y que, por otro lado, la consecuencia de las dilaciones indebidas en la práctica la consecuencia jurídica de la violación[6]. Pero hasta el Auge el acuerdo, pues lo que no se ha establecido es quién compensa la violación. Algunos autores y cierto pronunciamiento del TS que los respalda[7], se inclinan por la solución dentro de aquella la violación en el ámbito de la determinación judicial de la pena por compensación de la culpabilidad. Sin embargo, la mayoría del TS y el TC parecen inclinarse por no reconocer efectos jurídicos a la violación y remitir la cuestión a la gracia o al indulto[8]. Como sea, se impone en España la tesis de la determinación abierta de la violación y la compensación como solución de las violaciones comprobadas.

En Italia, donde el problema es mayúsculo y ha llevado a considerar, como ya se dijo, que gracias a él la justicia italiana no es digna de un país civilizado[9], el Gobierno se vio en la obligación de reconocer ante las reiteradas condenas del TEDH y las intervenciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en las que se llamó la atención a Italia por no haber satisfecho la obligación de observar las decisiones del Tribunal y del Comité de Ministros que habían señalado la violación por parte de Italia del art. 6 del CEDH por vía de la excesiva duración de los procedimientos judiciales e iniciado a ese país a tomar a marcha medidas para evitar nuevas violaciones al Convenio. Atte ello, Italia, siguiendo el ejemplo del TEDH, en contra a la necesidad de compensar los daños causados por la violación de la regla del plazo razonable, se basó a establecer por ley la obligación de mitigar esa compensación primero ante el Estado italiano, de modo de evitar por esta vía más condenatorios de Italia por parte del TEDH, al mismo por violaciones a este derecho[10]. Sin embargo, ante la ineficacia que han mostrado esas compensaciones se sostiene que quien sufre la violación de ese derecho no puede la condición de víctima ante el TEDH hasta tanto la reparación no haya sido completamente reparada, de modo que si la compensación abonada por el Estado Miembro es insuficiente, el afectado puede reclamar la condena del país a pagar la diferencia ante el Tribunal de Estrasburgo.

En conclusión, se debe afirmar que acerca de la opinión sostenidamente dominante en la materia es posible advertir, dicho sumariamente, dos errores centrales:

1) El plazo razonable de duración del proceso penal no es un plazo en sentido procesal penal que debe ser previsto abstractamente por la ley, sino que se trata de una pauta interpretativa abierta para evaluar si la duración total de un proceso ha sido o no razonable, para lo cual debe procederse caso a caso, una vez finalizado el proceso y globalmente, atendido en cuanto la complejidad del caso, la gravedad del hecho[11], las dificultades probatorias, la actitud del imputado y el comportamiento de las autoridades encargadas de la

[6] Así, de Asúa Batarrita, Iñaki, "Artículo 24.2", en Alzaga Villaamil, Oscar (dir.), Comentarios a la Constitución española de 1978, Madrid, Cortes Generales, 1996, t. II, p. 331.

[7] Así, Bacigalupo, Enrique, Justicia penal y derechos fundamentales, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 135 y ss.

[8] Así, de Asúa Batarrita, Iñaki, "Artículo 24.2", cit., pp. 331 y ss.

[9] Así, Gonzalez, Marco, "Il processo penale italiano e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo", en Delmas-Marty, Mireille (dir.), Verso un processo penale europeo, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 1 y ss.

[10] Así, Gonzalez, Marco, "Il processo penale italiano e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo", cit., pp. 1 y ss.

[11] Así, Gonzalez, Marco, "Il processo penale italiano e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo", cit., pp. 1 y ss.

persecución penal.

2) Comprobada la irrazonabilidad de la duración, la violación del derecho debe ser compensada desde el punto de vista material, penal o civil, o –en lugar a sanciones administrativas, penales o disciplinarias, y sólo en casos contrario se justifica el sobreseimiento.

4. LA INTERPRETACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE PROPUESTA EN ESTE TRABAJO

4.1. Introducción

El propósito de este trabajo a partir de aquí, es proponer una interpretación del derecho fundamental del imputado al "plazo razonable de duración del proceso penal" que se vale más estrictamente que la opinión dominante a los fundamentos ontológicos del principio del Estado constitucional de derecho y de la dogmática del derecho procesal penal que en su consecuencia. Este significado dogmático de la regla tratado discrepa con los postulados de la opinión dominante, tanto en cuanto al modo de determinación del plazo (tipo del derecho fundamental o antecedente de la regla) como en cuanto a las consecuencias previstas por el orden jurídico para el caso de que el mismo sobrepasado (garantía ante la violación del derecho fundamental). Si bien no me ocupo de formular soluciones político-criminales novedosas a estos efectos problema real, consecuencia y extensión de la excesiva duración de los procesos penales, las propuestas que aquí son adoptadas contienen también en el intentar el efecto colateral de provocar la intolerancia de los procedimientos o, por lo menos, de llevar a una interpretación y reconocimiento indispensables de los recursos de la administración de justicia penal y, con ello, obtener un mayor grado de efectividad, en un doble sentido: tanto en lo que se refiere a la eficacia en el respeto de los derechos fundamentales de las personas investidas a procesos por el Estado, como en relación —y en consecuencia de lo anterior— con la mayor efectividad en la realización de la ley penal.

En lo que se viene intentar de justificar por qué, en primer lugar, el plazo razonable debe ser un plazo establecido por la ley (punto 4.2) y, después, por qué en caso de que el plazo se venzan, el proceso debe ser concluido (punto 4.3).

4.2. El carácter legal del plazo razonable

Según CORDÓN, "*cada hombre del pueblo el dictar preceptos de procedimiento dejando, se observancia a gusto del juez [...]. Si el legislador dicta un procedimiento que puede ser violado al arbitrio de los jueces, no hará una ley, sino que o limita a dar un consejo*"[12]. Esta frase nos advierte ya de la nueva objeción que puede ser formulada contra la interpretación dominante: en la determinación de la duración razonable del proceso es la de las consecuencias que su infracción, pueden quedar libradas alternativamente a la voluntad de los tribunales, contra lo previsto tal interpretación dominante. Muy por lo contrario, la primera conclusión que se puede extraer dogmáticamente de la garantía de todo imputado a ser juzgado con celeridad, es la necesidad de que los ordenamientos jurídicos secundarios (reglamentarios

[12] Cordón y Fernández, Filiberto, Diccionario de Derecho Criminal, trad. de José J. Ortiz y G. Tobías y Jorge Arvelaiz, Bogotá, 1936, t. II, p. 377.

de los derechos fundamentales[7], establecerlo con precisión el plazo mínimo de duración del proceso penal y las consecuencias jurídicas que devendrían de su incumplimiento. Sólo en caso de ausencia de esa regulación legal obligatoria tendrán los jueces que asumir un papel activo, con el fin de que la autoridad competente no obstaculice la efectividad del derecho. Por tanto, el plazo razonable de duración del proceso penal debe ser fijado por la ley. A continuación desarrollo las razones que sostienen tal afirmación.

4.2.1. La exigencia del mandato expreso del orden jurídico internacional

Los estados internacionales que establecen derechos fundamentales deben ser vistos como medidas para las legislaciones del derecho interno de los EEUU, pues el derecho internacional de los derechos fundamentales ha dejado de lado la primera tradicional de delegar en la voluntad soberana de los Estados el reconocimiento, a través del derecho constitucional, de los derechos constitutivos, para establecer un mínimo obligatorio y universal de los márgenes de decisión de los Estados[8]. Así, la mínima de derechos garantiza de los distintos estados debe servir de marco para la redacción de normas personales, claras y precisas, que den vida y protección (efectividad) a los derechos consagrados abstractamente en ellos. Los catálogos de derechos fundamentales sólo pueden contener principios cuyo desarrollo específico (reformulación abierta) corresponde a la legislación. Por consiguiente, no se puede esperar que un tratado internacional de derechos humanos (o la constitución del Estado) vaya más allá del reconocimiento abstracto y general de un derecho determinado y lo regule en todos sus detalles. Esa tarea constituye el contenido de la obligación de los Estados que forman parte de los convenios. En el plano internacional, la función de los órganos de control de los tratados será confirmar las regulaciones nacionales de los derechos convencionales para determinar si satisfacen los parámetros de un derecho fundamental (control de razonabilidad) o si son insuficientes para asegurar su vigencia plena (función de garantía de los derechos fundamentales).

Es por ello que actualmente los EEUU de los tratados internacionales de derechos humanos se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dichos convenios[9]. En concreto manera, esto significa que los Estados están obligados a regular por ley los plazos de duración de los procesos penales para lograr efectividad al derecho de todo imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Por tanto, los convenios de derechos fundamentales, sean internacionales o nacionales, deben ser entendidos, en cuanto a la regulación del plazo razonable, como medidas para la adecuación de la legislación y la práctica con el fin de lograr una efectiva protección de los derechos en cuestión. En suma, a ello no hay discrecionalidad para que

[7] Cf. Meyer, 1997, op. cit. § pp. 167 y ss.; Meyer, Implementierung, cit., p. 9.

[8] Peters, Hebert, Límites de Derecho Nacional, Buenos Aires, 1997, p. 93.

[9] Art. 2, ap. 2.2. del PIDCP y art. 2º de la CADH. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho, al respecto, que previamente a la Convención "rigiría el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Velásquez Rodríguez", sentencia de 29.7.1988). Ver *el caso* "Mevopal", ya citado, *pto. 6 cons. 11* y el art. 2 de la CADH. Asimismo resulta ilustrativo para medir el derecho al plazo razonable, el TEDH, en el § 22, señaló que: "los 3 L.2.2(b) están obligados a organizar su sistema de justicia de una manera que permita a los tribunales satisfacer cada uno de los requisitos del artículo 6 § 1 en todos los asuntos incluidos bajo su jurisdicción, incluido el plazo razonable".

el Estado decida la forma de cumplirlo con exigencia, es que se haya ello puesto así advertido en general, no resulta así cuando se trata, particularmente, de forma la garantía de los jueces, para garantizar a ellos, y no al legislador, establecer los límites (temporales) de una prolongación justa (sin ingresos como prolijo al lado), y no al punto, que cuida los cargos.

Por ello, no basta los establecido internacionalmente el derecho del imputado a que su proceso se realice dentro de un plazo razonable; se ve así ello, sino todo, un mandato claro dirigido al legislador, fundado en la sensibles y en la necesaria seguridad de la norma en cuestión. Así fue que, en 1983, Hollmuth von Hutten, en sus comentarios al CEDH afirmaba que "*el primer deber ser infinito, sino es, debe ser realizado dentro de un plazo razonable (dentro o razonable time). Esta formulación deja un amplio campo de actuación a la discrecionalidad y, por ello, no sería ideal, en el caso concreto, demostrar la lesión de esta obligación (...) La ratificación del Convenio debe que ser, por ello, un estímulo, más bien dirigido al legislador, para la reforma del proceso penal y, en determinados en último instancia, también una reforma a la ordenación del proceso*"[10].

Este mandamiento constituye, de modo inevitable, a justificar la afirmación de que *el obligante internacional de los Estados fijar legislativamente un plazo máximo de duración de los procesos penales y los instrumentos jurídicos de su ejecución*. La ley debe individualizar los instrumentos para el cumplimiento de esta obligación constitucional que es la de asegurar del modo más eficaz posible el respeto de los derechos fundamentales. Así, la implementación por ley es la única forma de dar plena satisfacción al derecho en análisis, que protege frente la arbitrariedad del Estado en cuanto a la duración del procedimiento, que trata de evitar que las consecuencias negativas del proceso se extiendan indebidamente y que intenta, en fin, impedir que el instrumento (extraordinario) cargoso del proceso penal sea utilizado contra los ciudadanos en violación grave y prolongada del principio de inocencia.

El derecho internacional de los derechos fundamentales requiere que los Estados contratantes de sus partes establezcan en sus legislaciones plazos máximos de duración del proceso penal con aplicación de consecuencias para el caso de violación, de forma tal que éstas aseguren la relevancia de aquellos. *La ausencia de una regulación específica de la duración del plazo razonable, entendida por ser una regulación del tiempo, debería conducir, directamente y por él sin contenido por la omisión de reglamentar —y con ello tornar lesiva— el derecho analizado.*

Llama la atención, por otra parte, que a pesar de que el TEDH ha desarrollado su doctrina del "no plazo" también para el plazo razonable de duración de la prisión provisional prevista con motivo por el CEDH (jurisdicción por la CADH) los TEDH, hayan concedido, sin embargo, que era necesario establecer por ley tal plazo, como que, incluso, y no así, también, el plazo razonable de duración del proceso[11].

[10] Von Hollmuth, Hutten, Die strafprozessuelle Bedeutung der europäischen Menschenrechtskonvention, en: ZStW 83 (1971), p. 670.

[11] Aunque ciertas legislaciones provinciales argentinas y la de algunos países de Latinoamérica ya han establecido por ley plazos para la duración de los procesos judiciales no se pueden cumplir completamente la norma, que los convierte casi vagos y se ha dicho de la necesidad de establecer legal no se contradice frecuentemente en contra el riesgo de que con la aplicación judicial, incluyendo con sí dictado, o sea los plazos que, llevaría el poder de la Corte, o del juez como medio concreto objetivo de los plazos "ordinarios", en grado de vencido legal y pueden así ser dicho verso el plazo razonable de duración razonable del procedimiento penal.

La legislación de nombres IUDEX, de los distintos estados IUDEX, PHOCP, CADH], por tanto, está en falta frente a estos instrumentos internacionales, por cuanto no han dictado las leyes necesarias para dar plena eficacia al derecho al juicio rápido».

4.2.2. El argumento del mandato expreso del principio del Estado de derecho

El principio del Estado constitucional de derecho reclama que toda la actividad estatal sea regulada (mandada, pero por ello también limitada) por la ley. El ejercicio del poder estatal, lo cual incluye, muy especialmente a los destinatarios de la jurisdicción, consagra debe tener un fundamento legal que represente a la voz el respeto por la preeminencia del derecho pero también por el principio democrático[47]. La regla del derecho, evidentemente limitador del poder del Estado[48], es una regla sin imperativo para lograr el mayor campo de libertad para los procesos (seguridad), en tanto que las garantías que sobre detención contra (o ejercicio) aquellos actuares que están prohibidos (o mandados)[49]. La otra cara de la medalla de esos principios es la prohibición para el Estado de realizar aquellas actividades que no le estén expresamente autorizadas. En este sentido, una de esas actividades, sin duda la de mayor peligro para los derechos individuales, es el ejercicio del poder penal que monopolísticamente ostenta el Estado, el cual no puede ser llevado a cabo sin previa autorización legal y dentro de los límites de esa autorización[50].

El proceso penal es un conjunto abierto derechos del imputado por lo cual realización, aun cuando no se disponga medidas coercitivas de cuestión. En cabeza que el ciudadano sometido a investigación penal no le exige todavía el proceso a cumplir ciertos deberes que le son atribuidos bajo la amenaza de ejecución coactiva. Esto constituye una clara intervención en los derechos o libertades del imputado y sobre los límites temporales de esa intervención también debe decidir el Parlamento, pues la Constitución ha delegado en el legislador y no en los jueces la determinación precisa de las medidas que limitan los derechos individuales[51]. Se trata del principio de reserva legal regulado por el derecho público[52], pero de extraordinaria importancia para el orden jurídico penal[53].

A su vez, el sistema político del Estado de derecho exige que las reglas que restringen la actuación penal del Estado sean también establecidas por el legislador democrático de los derechos fundamentales tengan una vida práctica y efectiva. «Todo lo

---

[46] LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1995, p. 850, también por Estado de derecho se entiende "un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rigurosamente sometido y encuadrado a la ley (o al menos en el de los sistemas jurídicos informales) y bajo el principio de que dicho sometimiento sea posible" (Para MARINA, 1999, cit., p. 1, p. 98). "La definición de un poder del Estado es lo más característico del Estado de derecho".

[47] "Todo lo que no se prohíbe por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena" (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, art. 5), Según HANS KELSEN (*Derecho y Razón*, cit., pp. 59 y ss.), "[Y a la] vieja máxima liberal y legalidad, como consecuencia de la libertad civil como libertad negativa garantizada por las leyes, en vez de las elementos fundamentales de la concepción del Estado de derecho y cuyo dominio de toda la tradición política democrática liberal (ver también en FERRAJOLI, 1995, p. 1, p. 1). La misma expresión contiene del principio según [este expresivo se trata una de las normas objetivas de la democracia].

[48] Principio de reserva de la ley.

[49] Así como también su contenido, cfr. MARINA, 1999, cit., pp. cit., p. 158.

[50] Al CONSTITUTIONAL Tribunal Federal Alemán" (BVerfGE 49, 89 [126 f.]; Urteil vom 8. August 1978 – 2 BvL 8/77 –, p. 1).

[51] MARINA, 1999, cit., p. 1, p. 204.

principio limitador del poder penal del Estado que emana de Constitución (...) sino desarrollado y reglamentado en los códigos de procedimiento penales y leyes orgánicas judiciales. Al menos así debe ser, por la reformulación constitucional que determina la reforma de la ley[54]. Los consagrados de este principio son las prohibiciones de que la reglamentación legal excesivamente el derecho básico reglamentado[55] y la de dejar absoluta (deficit) la posibilidad de ejercicio los derechos fundamentales. Si los derechos fundamentales deben ser reglamentados esto más detalle y precisión, vemos "*forma de realizar a la realidad práctica de la protección penal la protección necesaria de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Estado para quien es participado penalmente*"[56], es evidente que esta tarea corresponde al legislador.

En cuanto al problema de la excesiva duración del proceso penal, el suspenso sencillamente expresa determina que en el límite máximo de prolongación de un proceso (plazo razonable) no los consecuencias jurídicas de sobreseimiento, pueden ser definidas por la ley de un modo abierto si dejarlo a la determinación de los jueces (*poena del contempus* jurídico indeterminado), sino que deben ser establecidas por el Parlamento para que realmente ello en toda su extensión el principio político según el cual todo la actividad del Estado, pero especialmente la que consiste el ejercicio de su violencia punitiva, tenga su legitimación en la ley y encuentre en ella también sus límites, incluso temporales.

Por el régimen personal penal de un Estado de derecho la ley es la única fuente de ese material[57]. Así pues, el plazo razonable debe ser dado por la ley y no por los tribunales, ya que para el orden político-público de un Estado constitucional de derecho resulta inescindible el derecho judicial o tachado penalmente desequilibrado en el caso de *Strafrichter contra legem* (*Juicio de garantías*).

4.2.3. El argumento del principio nulla coactio sine lege

La coacción estatal punitiva, en tanto que intervención y menoscabo de derechos y libertades fundamentales reconocidos por el orden jurídico, se ejerce, principalmente, a través de la pena, pero también el proceso penal es, por definición, coacción estatal[58]. Los instrumentos particulares para el ejercicio de esta coacción procesal son diversos y bien conocidos. La característica común a todos estos instrumentos procesales es la lesión de derechos básicos de los individuos es la necesidad de que tales actividades procesales estén previamente establecidas y señaladas por la ley en todo su contenido y con toda precisión. Una exigencia de certeza, para distinguirla del otro sentido contenido de la expresión legalidad procesal, como principio *nulla poena sine lege*[59]. Esta conclusión, que como todo gira alrededor legal, no se remonta a la primera preventiva es a cierto acierto de filosofía emanada de ilustrados de derecho. Por lo contrario, ella esta presente en todos los actos del procedimiento, con lo cual todo lo lo procesal penal debe ajustar bajo la vigencia del principio *nulla coactio y sin representación jurisdictio*. La libertad del imputado se ve ya afectada con la mera realización del proceso en virtud del vínculo de obligaciones que ello representa para él y de la posibilidad de ejecución coactiva que puede sobre cada

---

[54] Idem, t. I, pp. 95 y 192 y ss.

[55] Verhältnismäßigkeit o exhaustividad del contenido esencial del derecho fundamental.

[56] MARINA, 1999, cit., t. I, p. 204.

[57] Idem, t. I, pp. 139 y ss., t. 195 y ss.

[58] Idem, t. I, p. 301.

[59] Ya formado por Gianbattista Vico, *Los seis libros de ordenamiento*, Compañía Bahía, 1902, p. 663.

[illegible]

Cierto de todo modo siguiendo que los distintos modelos del procedimiento y cada una de ellas deben estar sujetas por el principio *nulla coacta* y no existe, también, la misma conclusión para el proceso en su conjunto, ya que la existencia del proceso en presupuesto de cada una de sus medidas y si este requiere la fijación por ley de sus alcances y requisitos, entonces también los alcances del proceso en su totalidad deben estar fijados legítimamente. Los medios coercitivos de carácter especial, como presupuesto de validez, el ser ejercidos en un proceso dado, el cual, a su vez, debe estar integralmente predeterminado por la ley. *Se dice que se ha llamar proceso legal* o "debido proceso legal"[9]. Esta legalidad, legítima o legitimidad del proceso[10] abarca también los límites temporales de su validez. De este modo se advierte una relación recíproca-mente dialéctica entre pena, proceso y medida de coacción personal, según la cual un término sujeto al siguiente y todos deben estar determinados legítimamente con los alcances propios de los principios *nulla pena, nullum crimen y nulla coactio sin lex* creación *ello* proceso fijado por la ley y no hay proceso sin ley que predetermine el hecho como delito y establezca la pena. Cada paso del procedimiento cuenta de acuerdo a no es contemplado con la imagen o la amenaza de la coacción pública dentro de él. Por tanto, *ni el proceso en sí es un acto de coacción, ni hace un contenido de acto de coacción o de actos cuya realización es asegurada* por medidas de coacción, que siempre restringen en los derechos fundamentales de las personas, cuando su duración misma debe estar establecida por la ley con precisión.

El poder penal del Estado se manifiesta en tres actividades distintas[11]. La primera de ella consiste en la potestad de limitar de un modo vigoroso la libertad de las personas a través de las prohibiciones y mandatos penales. De esta forma, los individuos son sometidos a no realizar determinadas acciones o a no evitar las acciones dispuestas como obligación. La legitimación democrática y constitucional de estas restricciones de la libertad proviene de la necesidad de que estén establecidas por el Parlamento y mediante leyes generales previas y claras. A su vez, en segundo lugar, también las penas que sobrevienen inmediatamente las infracciones son sólo admisibles, en cuanto estén fijadas en la ley con toda precisión. En tercer término, la potestad sancionatoria de saber realizado una de esas conductas penalmente prohibidas es obligada a imponer el juicio previsto por la ley para determinar si realmente ha cometido alguna de esas conductas y, en ese caso, aplicarle alguna de las sanciones jurídicas predeterminadas por la ley. Sin sobre último, como contracara del principio de legalidad procesal (obligatoriedad), corresponde al imputado la obligación de sobrar las investigaciones penales[12]. Estas tres actividades del Estado, a saber: prohibir, *exigir y castigar*, en tanto obligaciones para las personas que las sufren, son, en contrario de la libertad individual, deben estar claramente previstas por la ley[13] (principio de reserva).

No es necesaria una exposición detallada para explicar la forma en que el proceso menoscaba la libertad personal del imputado. La doctrina ha, en primer lugar, la necesaria disposición del cumplido a cumplir con los deberes que le genera el proceso, algo que es necesario, como consecuencia, una severa restricción de la libertad, dado que esos obligaciones personales no son, como es sabido, de cumplimiento voluntario. Advierte de esta restricción de libertad, de necesidad variable[14] pero siempre existente, se debe considerar, en segundo término, a los numerosos inconvenientes que produce el proceso penal en los derechos fundamentales del imputado y que fundamentan la necesidad jurídica de que todo el proceso, incluidos sus límites temporales, esté fijado por la ley de modo tal que la autorización jurídica que otorga el Estado para usar su poder penal, quede perfectamente enmarcada, para que así se pueda distinguir con seguridad los momentos en que tal legítimo o ilegítimo en ejercicio, siempre restrictivo de derechos fundamentales.

En pos ello, que la vigencia efectiva del principio constitucional del nulla coactio sin lex requiere que la duración máxima posible de la intervención del Estado en los derechos individuales a través del proceso penal (el plazo razonable) esté regulada por la ley previamente y con toda precisión.

4.3.b. El argumento del principio de legalidad material

La exigencia del orden jurídico de que deban ser regulados por la ley todos los alcances de la intervención en los derechos fundamentales que suponga el proceso, se impone también por el reconocimiento del carácter similar a la pena del desarrollo material que este tiene. En efecto, más allá de los fines, estrictamente formales, que la ley le atribuye al proceso penal, en los hechos él sufre cumplir inevitablemente ciertos, de tipo material. Las reflexiones integrales más recientes que se han ocupado del funcionamiento del sistema penal y de *prisión* han fundamentado sociológicos[15], han demostrado con lucidez que la persecución penal estatal representa ya, con carácter provisional o sin ella, una "pena" por la sospecha la "pena de proceso". En efecto, sobre todo en los procesos prolongados la persecución jurídica, desde el comienzo, el sometimiento del imputado a condiciones de "semi-penalización", que se manifiestan en ciertos padecimientos que encuentran en el llamado carácter aflictivo o la pena que se atribuye ya al proceso: angustia, pesar, estigmatización, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación, desventaja, etc.[16]. La falta de una determinación aproximadamente precisa de la duración del proceso, sobre el expectado en la Ramada "*duración de debido merecimiento*"; no sabe cómo terminará su proceso y ninguno sabe cuándo. A veces cuesta hay que temer, cuando el imputado está en prisión provisional, la diversa anticipación de la pena de encierro, en juicio y sus pruebas publicar que certifiquen con certeza su culpabilidad y la necesidad de sufrir una pena privativa de libertad. Su situación de hecho es la de "*in einer pein*" (Adam Riese[17] hoy de la literatura alemana[18].

---

[9] Ello [illegible] en que medida de las consecuencias del caso, para cumplir de la propia actual del proceso, en qué se ve dentro las restricciones impuestas a la libertad (o obligada a acomodar con esta garantía de libertad).

[10] Así, p. ej., VERDUGO, Pfeffer y Kapke, *ob. citada*.

[11] Según KARGUNOFF, Cármen: "*El hecho bonaerense*" – *historia, teoría, crítica y lucha por la democracia*, ed. 3 D, Del Puerto, 1998, p. 201, señalan la necesidad que dos tengan de mantenimiento penal y de la organización pública del imputado, sobre todo cuando el proceso dicta en estos estados (procesamiento, acusación, prisión), es imposible, el cumplir en la consideración social y en las relaciones cotidianas, cualquiera que sea el grado de pruebas de la inocencia, como también una grande incomodidad para diversas actividades (determinando que la condición como acusado implica un grado de incapacidad social. Por supuesto, todos estos "desgastes" que acarrea el proceso penal son inevitables. Cual determinantes, a los que [illegible] [illegible] [illegible] como sucede con la pena, cuya carácter [illegible] [illegible] [illegible] no es inevitable.

[12] Cfr. *ob. et supra*, por todos, BINDER, *ob. cit.*, pp. 130 y ss.

Para Luna, lo anterior así interpelado, que el proceso como tal constituya, desde un punto de vista no solo jurídico, sino también psicológico, sociológico y hasta criminológico, una especie de pena, evidencia el carácter indiscutible que no merecido, sino no, no deseable, debe estar predeterminado con certeza por la ley, igual que cualquier otra pena (principio de legalidad). Vuelve como nadie —bajo el respecto de un verdadero Estado de derecho— aceptable, por no llamarle absurdo con los principios constitucionales, que una pena privativa sea duración indeterminada, tampoco debe ser tolerado una pena de proceso de duración indefinida[47].

Por lo tanto, la duración precisa del proceso, no cuanto "pena", debe ser determinada por la ley como cualquier otra pena (principio *nulla poena sine lege*).

4.2.3. El argumento de la decisión de poderes

La opinión dominante en materia de plazo razonable, en cuanto delega en los jueces la determinación de su extensión y concreción, viola también el principio de la división de poderes de modo evidente y según ya se ha reiterado precedentemente, solo ella es que las reglas del procedimiento deben ser fijadas por el legislador y no por el Poder Judicial. Aquí está en juego el principio democrático mismo, perjudicado inconfundiblemente en tanto se permita que una decisión considerable sobre la afectación de los derechos más importantes de los individuos, cual es el límite temporal de la persecución penal, sea tomada por autoridades cuanto que no representan ni inmediatamente como el Parlamento al conjunto de los ciudadanos. La reserva en el Poder Legislativo de la facultad de decidir cuán intromisiones de los derechos básicos, en nuestro caso los alcances del deber de los habitantes de estar sometidos a los "molestias y sufrimientos" del proceso penal, requiere que esas limitaciones sean discutidas y decididas a través de un proceso más transparente que la deliberación judicial, con participación de la oposición y también con amplias posibilidades de intervención de los afectados[48]. Ello se debe a que, en el sistema constitucional de derecho, los actos de los poderes no parlamentarios (Administrativo y Judicial) solo pueden encontrar en la ley su legitimación democrática. Según el sistema jurídico, *"las reglas sociales fundamentales por el legislador fundamental representativo, de conformidad con las leyes fundamentales del Estado constitución como), son del mismo que, en principio, permiten fundar suficientemente contra la actuación de los siguientes fundamentos para la aplicación de la ley, en caso de conflicto, como la solución de este conflicto, casi ellos motivados y formales"*[49].

Por ello, se debe advertir que también el principio de la división de poderes, cuya aparición histórica con el tránsito de la Ilustración tuvo una importancia decisiva en la configuración del proceso penal actual[50], impone que la reglamentación del plazo razonable sea llevada a cabo por vía legislativa para que de ese modo deje efectivamente una verdadera reserva de la ley, de modo tal *"que la determinación del Estado en la esfera de libertad del imputado sólo pueda ser llevada a cabo de acuerdo a la decisión de los tres, los que deben establecer los presupuestos, contenidos y límites de aquello del modo más preciso posible, para que, de ese forma, los*

[47] En el proceso predispuesto en nuestro, se encuentra un defecto, ya que, a la del trabajo resultante, que es valorado como limitado por la ley a unos tiempos razonables previstos.

[48] Así en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en BVerfGE 46, pp. 160 y ss.; 81 pp. 329 y ss.; 85, pp. 387 y ss. con mención de Wolf (1994) cit., p. 32.

[49] Hörnle, FS-Luna, p. 153.

[50] Roxin, Strafverfahrensrecht, cit., p. 10.

modelos entonces sean previsibles para los ciudadanos"[51].

4.2.4. Primeros antedentes nacionales

Hasta aquí creo haber justificado suficientemente la necesidad de que la ley procesal penal establezca el plazo (o los plazos[52]) que considere razonable(s) para la duración del proceso. No puedo, en cambio, establecer aquí y ahora cuál es (o cuáles son) ese plazo (o esos plazos) que debe imponer el legislador. Esa tarea es ajena al método de este trabajo y dependerá de una investigación empírica de campo, acerca de las razones que provocan los retrasos del procedimiento y de un estudio del modo en que los distintos factores posibles (tipo de procedimiento, complejidad probatoria del hecho, diligencias en la aplicación del derecho al caso, cantidad de delitos, de imputados, de víctimas, etc.) deben ser combinados para establecer esos plazos.

4.3. Las consecuencias jurídicas del cumplimiento del plazo razonable

4.3.1. El plazo respecto con los plazos de un plazo procesal

Ante todo, se debe reconocer que el plazo razonable es un plazo razonable con el sentido que le asigna el derecho procesal penal a tal expresión, es que de otro modo, esto es, con el carácter de la opinión dominante, no es posible cumplir con la finalidad de garantías del derecho fundamental en cuestión, pues la regla que lo establece persigue la autolimitación de plazos al proceso y no otra cosa. Este derecho fundamental tiene una finalidad específica, percibe y claro evitar que las personas sometidas a proceso penal estén efectivamente perseguidas más allá de un plazo cierto.

Por regla general, plazo es el espacio de tiempo dentro del cual debe ser realizado un acto procesal[53]. En efecto, plazo, para el derecho procesal penal, es todo acontecer al tiempo justo el ejercicio de una determinada actividad procesal[54]. En relación con el plazo razonable esto quiere decir que todo el proceso, como conjunto sistémico de la actividad procesal, debe (alla puede) ser realizado dentro del tiempo fijado como razonable. Dicho de otra manera, el plazo razonable es aquel período razonablemente dentro del cual puede ser llevado a cabo un proceso penal adecuado al Estado de derecho. Los hitos es determinado de acuerdo a la normativización de la medición del tiempo que rige todos los aspectos de la vida cotidiana, así pues, normalmente, los plazos son establecidos en horas, días, semanas, meses y años.

El contenido como aquello que el orden jurídico concibe como "plazos del proceso penal" y lo que prevalece para "plazo del proceso penal", la opinión dominante en materia de plazo objeto no prueba un cuerpo. Así, entonces que para la opinión dominante en la materia, el plazo razonable del proceso penal no puede ser fijado en abstracto en medida en días, semanas, meses o años, el orden jurídico, en cambio, no conoce ninguna otra forma de tratar

[51] Ibidem.

[52] El plazo legal indicado para la duración del proceso no debe que ser necesariamente un plazo único.

[53] Roxin, Strafverfahrensrecht, cit., p. 107. Los plazos de duración cierta y, el plazo de suspensión de la cosa cual la realización de actos o de deberes con la ampliación de la necesaria, son una excepción en los ordenamientos procesales.

[54] Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, Tomo III, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2014, p. 75.

este plazo que no sea en absoluto"; y a través de esos medios comparados, *Ibañez*ese, por esa parte, que todos los Estados de derecho normados han establecido que la norma del derecho internacional de los derechos humanos, según la cual la garantía previniera no puede subsistir un plazo razonable, ya en nombre para limitarlo a través de plazos legales y así lo han hecho y los han establecido en menos o otros según los casos.

Así pues, por "un juzgado dentro de un plazo razonable" sólo se puede entender, con cierta objetividad, que el proceso penal debe tener un plazo máximo de duración establecido por la ley más allá del cual aquél no podrá seguir válido formal o cabo.

A.3.2. El cumplimiento del plazo no puede ser un impedimento procesal

El hecho de que un proceso haya alcanzado su plazo máximo de duración razonable debe ser tratado, técnicamente, como un impedimento procesal, que es el medio a través del cual se hace efectiva, en un procedimiento concreto, la consecuencia que se deriva de la violación de una regla de derecho fundadora del poder penal del Estado, con el fin de obtener la continuación de un juicio que no ha tenido definición. Frente a esta infracción el proceso, no puede seguir adelante y debe ser concluido de un modo anticipado y definitivo. Una correcta comprensión de la función de garantía judicial de los derechos fundamentales que asiste los conocidos procesales, impone esa conclusión como la única adecuada a la situación. De ningún otro modo se obtendrá pleno uso garantizado con derecho fundamental. Para ello, el sistema de los impedimentos procesales es el instrumento que mejor sirve para alcanzar este cometido, pues dichos obstáculos, como es sabido, crean prerrequisitos para evitar la continuación del proceso, por ejemplo ejemplo al fondo del asunto, cuando este afectado de ilegitimidad. Son la constancia de los presupuestos procesales o condiciones de procedibilidad requeridos para que el proceso y la eventual condenación sean válidos.

Una vez establecido, como lo ha sido precedentemente, que el sistema de los impedimentos procesales es el remedio técnico que el derecho procesal penal brinda para tratar el problema de la excesiva duración del proceso penal, en cuanto violación de un derecho fundamental del acusado y en tanto que este derecho indica que no es posible continuar con un procedimiento que ha superado su plazo razonable de duración razonable, dependerá de cada ordenamiento positivo concreto el saber cuál es el vehículo procesal preciso para tales efectos, aunque recomendamos se trata del sistema de las excepciones procesales, pues es el que está pensado para la adquisición del derecho procesal penal para que los impedimentos procesales puedan ser invocados y demostrados, con el fin de que tengan esa efectos.

Con esas alcances, en el régimen procesal de las excepciones o artículos de previo pronunciamiento, el que normalmente brinda el instrumental procesal positivo adecuado para hacer valer el impedimento procesal de la excesiva duración del proceso penal en el caso concreto. Este sistema es así, de modo regular, el previsto para el planteamiento efectivo de los demás supuestos de impedimentos procesales (falta de jurisdicción, falta de competencia, extinción de la acción o del delito, *litis pendencia*, cosa juzgada, etc.). Ello entendido que, de esta forma, cumplimos o impedimento procesal aparezca

[1] Los plazos judiciales o judicialmente determinables mientras ejecutorias no serán legal previo y se fijarán o establecen determinadores del proceso y en a la reglamentación de un derecho fundamental.

[2] De hecho, los sucesivos impedimentos o excepción pueden ser entendidos como dilatorios.

[3] Es decir, que contra un impedimento procesal (una excepción) este siempre procesal, sino en los supuestos en que se le diera un fundamento del cuestionamiento de un hecho capitular por el derecho constitutivo en que el juzgo cuestionado que pretende esta calificación de que, ella sobre el tratamiento, prueba, discusión y resolución del fondo del asunto, constituido aunque, por ende, en la sentencia definitiva y del cuestionamiento material.

duración y resolución por vía del procedimiento de las excepciones que evite provocar cuestionamiento por el orden constitucional bajo los términos del mismo ámbito, más allá de lo que dicte una legislación determinada, para dar efectivo al cumplimiento del principio superior del Estado constitucional de derecho en procesos cuya realización vulnera dicho principio de un modo tan claro como inevitable. La consideración de cada impedimento en particular implicará también, de acuerdo a su naturaleza, su ubicación, p. ej., como obstáculo formal temporal o definitivo (en la terminología habitual excepciones dilatorias o perentorias) y también la asignación del procedimiento con el que corresponde que sea tratado. Por ello, en cuanto a nuestro problema, la fórmula que aquí corresponde a la naturaleza del impedimento tratado, es la aplicación analógica de los preceptos referidos a la perención del litigio, en tanto que, aunque no sean lo mismo, algunos aspectos y sobre todo sus efectos, son similares. Con ello, también, se salva la objeción de la falta de regulación expresa de la cesación como excepción o artículo de previo pronunciamiento, pues nadie debe dudar del acuerdo de garantizar el cumplimiento del plazo razonable como interpretación analógica[8] *in bonam partem* de la excepción de perención del delito.

Siguiendo este razonamiento, se puede ver con claridad que la solución comprometida de la opinión dominante en materia de consecuencias por la verificación de la violación del derecho fundamental de las personas imputadas jurídicamente a ser juzgadas dentro de un plazo razonable resulta, a mi juicio, fundamentar objetable. Si bien los organismos internacionales citados por los tratados de derechos fundamentales para controlar su efectivo respeto en los EE.MM. no tienen más posibilidad en los casos concretos que la de imponer una reparación frente a las violaciones que comprueben, esto ciertamente no es trasladable sin más a la jurisdicción interna. Si, p. ej., el imputado ha sido sujetado a conocimiento a overlaour y ejercer los poderes de su hecho, en los cuales después el Estado hace su condonación frente, no hay duda alguna de que, llegado el caso a ser negado internacional de protección de los derechos fundamentales, el Estado será condenado a reparar la violación cometida, pero ni ya antes, durante el proceso según el derecho interno, p. ej. al momento de la sentencia, las autoridades del caso competentes la tratan a este derecho fundamental, nada asegura que la solución sea aprovechar las pruebas obtenidas ilícitamente, condenar al acusado y resistir la cuestión de la infracción de sus derechos fundamentales a la determinación judicial de la pena (o incluir a la compensación justa del reproche de culpabilidad en virtud de la disminución que ésta ha sufrido al ser ya "sobrepasado por el hecho" el que ha padecido el autor con motivo de la violación de su derecho subjetivo a ser oído y juzgado a tiempo). Para bien, así pues, interpreto resulta aceptable que si el derecho violado es el del plazo razonable no puede, sin más, reconocer tal violación a nadie ni que a lo sumo haberle "descontado" de la pena.

Por lo demás, la opinión dominante no brinda una solución adecuada a quien es declarado inocente en la sentencia (para el cual sólo quedará la compensación no penal) ni para el problema que representa el encarcelamiento de la violación del plazo razonable cometida todavía la sentencia, en la que consecuentemente habría una compensación en la determinación de la pena, creó a muchos años de distancia para ver en perfectamente apropiado establecer que se ha violado un derecho fundamental y que la consecuencia es que se ya a seguir violando.

4.3.3. Segunda conclusión intermedia

[8] *[Texto sobre analogía]*

Desde el punto de vista jurídico todos los derechos fundamentales de protección de las personas frente al poder penal del Estado tienen el mismo rango y los mismos efectos. Por tanto, si el que sufre pena ha sido obligado a declarar contra sí mismo aquello que en ningún caso, de suceder, ello podrá ser valido y aprovechable para el proceso, entonces el que sufre imputado tiempo durante o ser juzgado dentro de un plazo razonable quiere significar que, si se reconoce que se ha cumplido el plazo razonable, este persona ya no puede ser juzgada.

5. EXCURSO: UNA SOLUCIÓN TRANSITORIA

Hasta tanto la ley regule el plazo razonable de duración del proceso es preciso encontrar una solución que dé efectividad a ese derecho fundamental que consiste de la interdicción ilimitada del "no plazo" y de la "sobrevisión comprometida".

Normalmente y salvo algunas excepciones, la ley regula la duración máxima razonable de la prisión preventiva pero no lo del proceso. Pero ¿qué relación hay entre prisión preventiva y proceso? Una primera aproximación a la respuesta indica que con la conflictividad actual de la pena estatal constituyente como privación de libertad acordada inconstitucional sin proceso penal sin prisión provisional[9]. Por lo tanto, tenemos dicho el proceso penal debería producir también, como uno instrumentos, la posibilidad de imponer la privación de libertad del imputado si fuera necesario para asegurar sus fines. Esta idea, en sí indiscutible, implica que, si bien la prisión preventiva no está en verdad restringida en su duración a un plazo legal razonable, o bien que sus límites temporal es también, a la vez, el plazo máximo de duración razonable del proceso mismo. Para que esta afirmación y su funcionamiento jurídico-procesal puedan ser entendidos correctamente, es necesario distinguir nuevos entre diversas categorías conceptuales.

Así, en primer momento la distinción entre *plazo de la prisión preventiva* y *plazo razonable de la prisión preventiva*. Difícilmente alguien una distinción probada (se nos sencilla, pues el adjetivo razonable nuestra ya, tautológicamente, la diferencia). En términos de aplicación ello significa que el plazo legal de la prisión preventiva puede todavía no ser razonable, dado que el límite temporal fijado por el legislador como máximo para la duración de una medida cautelar podría resultar *irrazonable por no corresponderse proporcionado*. Así, si hipotéticamente se estableciera que la razonabilidad está fijada en tres o cuatro años, todo plazo legal superior resultaría irrazonable. Consecuentemente, un lapso de seis meses, supuestamente previsto por la ley, no sería irrazonable. Problemático resulta qué debe pasar si liberado el imputado al cumplir un plazo de seis meses en prisión preventiva, sin perjuicio de que continúe el proceso (CADH, 7.2) —se habiendo todo puesto en libertad durante el procedimiento (CEDH, 5.3)—, debe volver a ser privado de su libertad posteriormente porque la causa encontrarse del procedimiento. Esto sólo sería posible bajo tres condiciones. La primera, ya mencionada, es que el imputado haya sido liberado al cumplirse el plazo máximo para la prisión preventiva previsto por la ley (*agotamiento del plazo formal*), más nunca en el ejemplo. Según la segunda, el imputado debe haber dado lugar a la necesidad de dictarse nuevamente (misma situación de rebeldía

[9] Contrariamente al expresado por los representantes de Ius et Veritas (Lima, Perú), *La prisión preventiva (datos estadísticos)*, Ius et Veritas, Lima, 1995, pp. 37 y ss.; 52 y ss.; 104 y ss.; y desde luego por Alberto Binder, con sustanciales reformas, una exigencia absoluta para regular la incompatibilidad entre prisión preventiva y principio de inocencia.

formal. Y la razón, que el tiempo de prisión preventiva no supere en total, sumadas la primera y segunda detenciones, como también todas las demás posteriores, dado el caso, el límite de razonabilidad temporal *(aplicando del plazo material)*, fijado en tres o cuatro años en esta hipótesis de trabajo.

De este modo, el Estado puede fijar por ley el plazo de duración de la prisión preventiva *por debajo del límite de razonabilidad* y asimismo el "cálculo" para aplicarlo a los procedimientos dentro/cerca del imputado que sean razonables *y sobre* si son razonables. Esto sería un ejemplo *del plazo formal*: este cumplido sin solución de razonable, el imputado debe ser liberado y pese de que subsistan los motivos que fundaron su prisión preventiva, debido a que, de lo contrario, el sujeto se podría hablar de límite temporal de la prisión preventiva, todo ver que ello supone una que sea la consecuencia de una prisión preventiva justificada en dichos motivos. Después de ello, sólo podría volver a ser detenido en caso de que se constate a una cautelar o a otra obligación de comparecer en el proceso y esta misma sea hasta *el agotamiento en total del plazo sustantivo formal*.

Así, el límite de razonabilidad de la prisión preventiva es, a la vez, el límite máximo de duración *posible* del proceso penal, todo ver que, alcanzado aquél, ya no puede ser ordenada ninguna de coacción alguna contra la libertad del imputado y dado que, sin ello el proceso no puede continuar sino que voluntariamente, cesa que, contar tal, es inconcebible. Por ello, es preciso que el cese definitivamente. Por cuanto de sobrevenir innecesariamente, sin violar ningún el derecho procesal penal no puede acaso de forma radical, se debe aceptar que el plazo material de duración señalado por la prisión preventiva sirve que funcionar también, en principio, y en ausencia de una regulación específica al respecto, como plazo *razonable* dentro del cual debe ser llevado a cabo el proceso penal en su totalidad, pues a también el proceso termine al extinguirse el plazo razonable de la prisión preventiva, o el proceso continúa y, sostenido, no hay límite razonable de la prisión preventiva, ya que no se extingue el proceso sin prisión preventiva, lisonja o efectiva.

El plazo material de duración de la prisión provisional tiene además la ventaja de estar determinado por la ley y, por otra parte, al ser definible de este modo, es un indicador de lo que el ha pensado en absoluto no sólo como límite de duración de esa medida de coacción específica, sino también, razonablemente en la inteligencia de lo dicho precedentemente, como plazo máximo de duración razonable de todo el proceso, con o sin aplicación de prisión preventiva, bajo una regla que decía a las autoridades de la persecución penal que, dispuesto de tanto tiempo para terminar con el proceso como tengan para hacer durar una eventual prisión preventiva.

6. CONCLUSIONES FINALES

Recapitulando, se debe decir que toda persona perseguida penalmente cuenta con un derecho fundamental a ser juzgada rápidamente, sin dilaciones injustificadas o indebidas, dentro de un *plazo razonable*. Una juzgamiento es regla expresa del derecho internacional de los derechos humanos y también de algunas constituciones y leyes procesales secundarias. Sin embargo, la opinión dominante acerca de los alcances prácticos de este derecho fundamental no ha reconocido, como regla general, que el imputado una limitación temporal *propia del poder penal estatal*, tanto en cuanto a la forma de establecer la razonabilidad de la duración de los procesos como en cuanto a la consecuencia jurídica aplicable si dicha duración es sobrepasada.

En efecto, la opinión dominante ha entendido que, ante todo, el plazo razonable no es un plazo, sino una pauta genérica, un concepto jurídico indeterminado útil para evaluar, cuando el proceso penal ya ha concluido, si su duración fue tanto razonable. Se ha tenido mínimo el respecto, entonces, que este postura constituye, directamente, una decisión del "no plazo", pues ultima de modo terminante que el plazo razonable no se puede medir en "días, semanas, meses o años", sino que, en todo caso, concluido el proceso será analizado la razonabilidad de su duración mediante ciertos criterios de examinación, si bastos se quieren, que permitirán al evaluador ultimar si el proceso ya cerrado ha sobrepasado la extensión temporal tolerada por el derecho. Estos criterios de apreciación, por lo demás no taxativos, son, en lo fundamental, la prolongación efectiva del proceso *(contado desde la detención del imputado o desde el primer acto oficial de persecución* contra el hasta la finalización total del proceso apelados todos los recursos disponibles e interdictos), la gravedad del hecho (y, por ello, de la pena prevista y eventualmente mediata —*muy objetivamente*— de la culpabilidad del acusado), la complejidad de la investigación y la prueba, la conducta del imputado durante el enjuiciamiento y el comportamiento de las autoridades encargadas de llevar adelante el proceso hasta la sentencia definitiva firme. Estos puntos hacen las bitadas previstas alguna se presentes una fiscalización seria que supone los exigentes propios del principio del Estado de derecho como límite de la legitimidad del ejercicio del poder penal. El criterio de la opinión dominante permite ver una evidencia que deriva de la declaración de que la razonabilidad se estudia bajo estos criterios sigue y ambiguos sólo existe una cosa fijada para que quien decida sobre la razonabilidad lo pueda hacer libremente, sin tener establecer que ha de ser, predilecciones discrecionales. Por ello, aun en los casos en que las predilecciones de la jurisprudencia se inclinaron por declarar la violación del plazo razonable aun se establecía con precisión el momento a partir del cual, un proceso ya finalizado, había superado su duración máxima tolerable.

En cambio, esta opinión dominante al no solo precisa respecto de la determinación de los componentes jurídicos de la violación del derecho fundamental del acusado a ser juzgado dentro de un plazo razonable: la lesión debe ser reparada. Para los organismos internacionales esta es la única alternativa, en principio, frente a la violación del derecho (fórmula de la "cuarta instancia"), pero en ordenamiento humanos que también los tribunales del proceso lo hayan adoptado, pues ellos, si pueden definir el cumplimiento y, por tanto, hacer cesar esta consecuencia por la lesión de este derecho fundamental ya en el momento de producirse. No obstante, prefieren la salida compensatoria y así, ubicada de lograrse la doctrina del "no plazo", adoptaron también la idea de compensar la supresión del plazo razonable, ya sea en remedio de reparación, suspensión de la ejecución o procedimiento de la pena, en virtud de la compensación de la culpabilidad por el hecho que representa un proceso de duración irrazonal, o bien por vía de la atenuación al poder competente para que considere dicha circunstancia a los fines de imponer, cuantificar o remitir eventualmente la pena, siempre también en consistencia, si he interesado la exención al reconocimiento civil de los daños causados por la violación del derecho mencionado; y a la sanción disciplinaria y, dado el caso, penal de los funcionarios culpables de los retrasos.

Esto es, entonces, aquello a lo cual la opinión dominante ha reducido el derecho de todo persona imputada de un delito a ser juzgado dentro de un plazo razonable, un concepto de puente garantía previsto para examinar *en fase* judicial a un proceso ante una

duración razonable son antes o, en todo orgánico, comporten de alguna manera vulneración de un derecho fundamental del acusado.

Contra esta opinión creo trabaja la noción de denegación que, por mandato del principio del Estado de derecho y de sus contenidos axiológicos del sistema de los derechos fundamentales de los individuos, es obligatorio tomar seriamente.

La idea central es que el plazo razonable sea interpretado, en primera línea, como aquello que el derecho procesal penal comprende por plazo: un lapso dentro del cual —y sólo dentro del cual— un acto procesal, un conjunto de actos procesales, una etapa del procedimiento o todo el proceso (como conjunto de todos los actos particulares que lo componen) puedan ser realizados válida y eficazmente. Dicho plazo, como cualquier plazo, debe estar establecido en los umbrales temporales que el derecho, como fenómeno cultural, ha adoptado en reconocimiento del hecho histórico y social de la organización del tiempo según las unas humanas: días, semanas, meses, años. Además, el plazo en cuestión debe ser establecido por el legislador de un modo general y abstracto. Ello se justifica porque todo el proceso es una conexión causal que interconecta derechos de los personas sometidas al enjuiciamiento (desde soportar la mera obligación de tolerar el proceso y todas sus medidas hasta la prisión preventiva) y esa conexión sólo es legítima si está autorizada por la ley dentro de unos límites precisos, entre los cuales están incluidos también sus contornos temporales (no hay coacción sin ley justificación [sic]). Esa idea es el alma del principio del Estado de derecho, en el cual las autoridades solamente pueden ejercer aquellos poderes que la ley expresamente les otorga y hasta los límites (también temporales) de esa autorización. La regulación por ley del plazo de la extensión máxima del proceso también está impuesta por el principio nulla poena sin lege en tanto se observe y reconozca que el proceso mismo opera ya como una pena "material", aunque informal o de ajuste. El plazo legal, por último, evita la manipulación judicial (discrecional y arbitrariedad) de la razonabilidad de la duración de los procesos al establecer un límite absoluto al poder de cualesquiera del Estado que, en cuanto tope máximo, está fuera del alcance de toda interpretación taxativa. A los tribunales y a los órganos de control del respeto de los derechos de los tratados internacionales de derechos humanos les compete, únicamente, analizar si los plazos legales —en cuanto plazos máximos, nunca mínimos— son efectivamente razonables.

Este trabajo no brinda nuevos o sofisticados contornos acerca de cuál debería ser la extensión de dicho plazo o plazos. Esta determinación requiere, ya se dijo, una amplia investigación empírica previa que otorgue los elementos informativos básicos para tomarse con precisión y seguridad (bases de toda prognosis efectiva) cuáles son los requerimientos temporales inevitables de la administración de justicia penal y cuáles los tiempos que pueden justificar un alguno casos sin tiempo de duración del proceso más prolongado que en otros, aunque siempre dentro de la razonabilidad temporal máxima permitida. Aquí sólo he sido aportado una nueva sobre la cual la investigación empírica deberá indicar sus conclusiones para completar la historia del plazo legal razonable de duración del proceso penal. En los cuadros, este trabajo pretende ofrecerles cierto fundamento mínimo sobre los cuales puedan edificar a mirar quienes quieran ver más lejos y entonces no generarán complejos acerca de sus vistas.

En materia de consecuencias, en contra de lo afirmado por la opinión dominante en el sentido de recurrir casi exclusivamente a la conspiración, el cumplimiento del plazo razonable conduce a la cláusula tremillas y definitiva del proceso. Esto es el efecto

público que inexplicablemente se deja desparecido, como garantía judicial, de la cosa fundamental que pretende evitar que el proceso penal tenga una duración excesiva.

La tolerancia por la compensación de la violación, defendida por la opinión dominante, es inaceptable por su posible incompatibilidad con el principio del Estado de derecho, sistema que mas difícilmente podría consentir que, ante un inconcebible la violación de un derecho fundamental, simplemente se decida dejar subsistir la infracción y su resultado, la continuación del proceso, y todo continúe dominando el reproche mediante de la culpabilidad, en razón de la duración excesiva del enjuiciamiento. La solución compensatoria falla, ante todo, porque para poder neutralizar contra la violación de este derecho fundamental exige esta violación, en el sentido de que, paralelo la separación del plazo razonable de duración del proceso, esta, sin embargo, tendrá que darse todavía —excesiva e ilegítimamente— todo lo que sea necesario hasta alcanzar por fin la sentencia definitiva, único momento en el que se le dará alguna relevancia jurídica a dicha lesión de derechos fundamentales.

En pos ello que, para la tutela del proceso, el cumplimiento de su plazo máximo de duración razonable debe ser visto como un impedimento procesal que evite la prolongación del enjuiciamiento, dado que, de continuar, se volvería ilegítimo a partir de ese punto en el tiempo. En el derecho procesal penal este impedimento se canaliza a través de la vía de las excepciones o artículos de previo pronunciamiento, esto importante, por ambiguo si bonne justice, el obstáculo procesal de la prescripción del delito.

En resumen, los plazos de duración máxima razonable del proceso deben ser fijados legislativamente con carácter general y con la consecuencia jurídica de que, al cumplirse, el proceso deba cesar automáticamente y definitivamente[9]. Pero esto de ningún modo significa una autorización para que los tribunales materialmente competentes sean alcanzados, dentro de plazos razonables, a cualquier precio, esto es, a través de instrumentos procesales abiertamente violatorios con varios derechos fundamentales (condenación "imprevista" sin juicio, restricción de los fundados defensivos, privación del derecho del establecido al recurso, inobservancia excesiva de la inmediación, etc.). Muy por lo contrario, la aceleración de los procesos provendrá de la diligencia de los mismo de la justicia que responderá (o clamará de todos aquellos casos que hayan superado la duración promedio). Solamente, la solución al problema de la congestión de procesos que sobrecarga los tribunales y que impide el enjuiciamiento en tiempos razonables debe encontrar solución mediante en un reordenamiento nacional o inteligente tanto de las necesidades de la inversión pública como de los recursos disponibles para atenderlos, hoy en gran medida malinvertidos. Sólo así se podrá conseguir una solución satisfactoria como tiempo y derechos, donde todos los perjudicados en que se vinculan estos dos instituciones básicas de nuestra cultura. El juzgamiento temporalmente de la inspecha de que se les cometido un delito dentro de un plazo razonable para sin restricción de los demás derechos fundamentales del imputado, permitirá evitar la pérdida de medios probatorios, ahorrar recursos financieros, evitando hoy dilapidados en procesos interminables, aumentar la capacidad funcional de la administración de justicia y colmar las expectativas sociales, en gran medida satisfechas, que exclusivo para el caso de que no haya concluido sin dolor una sentencia pero sólo declaración de culpabilidad que constituya la paz jurídica.

9) Tal como he mostrado ya, en casi todos los países, con el plazo máximo de duración razonable de la prisión preventiva, derecho fundamental establecido por los sistemas conforme de derechos fundamentales con los sistemas abiertos y casi con los sistemas jurídicos con los que impuesto el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

El plazo máximo de duración de la prisión preventiva en el Código procesal penal de 2004

VALENZUELA, Fred y Estudio Oré Guardia. "El plazo máximo de duración de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 2004". Pág. 17 – 24. [En Internet]. Consulta: 12/05/16. Enlace en: http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-29.pdf

COMENTARIO A LA JURISPRUDENCIA

EL PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004*

EXP. N.° 00084-2011-PHC/TC
TACNA
HENRY VIDAL
GUEVARA HUAMÁN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima (Arequipa), a los 28 días del mes de junio de 2011, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Álvarez Miranda, Beaumont Callirgos y Calle Hayen, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan de Dios Guevara Condori, a favor de don Henry Vidal Guevara Huamánchi, contra la resolución de la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 287, su fecha 24 de enero de 2011, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de noviembre de 2010, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna, doña Elena Ayra Rojas, y los vocales integrantes de la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Tacna, señores De la Barra Barrera, Bermejo Ríos y Tito Palacios, solicitando que se ordene la inmediata libertad del favorecido considerando que la prisión preventiva que viene cumpliendo afecta sus derechos al debido proceso, a la legalidad y a la libertad.

Al respecto, alegan que el día 15 de octubre de 2010 ha vencido el plazo de 9 meses de prisión preventiva sin que la emplazada haya dictado sentencia en primera instancia o un auto de prolongación de la prisión. Señala que la ampliación o prórroga de la prisión preventiva *sólo puede* acudirse automática cuando el juzgado decide un marco así lo ha considerado, lo cual no ha ocurrido en el caso del beneficiario, en el que se ordenó la prisión preventiva sin haberse declarado complejo el proceso. Agrega que la prolongación de la prisión preventiva sin que previamente se cumpla con lo dispuesto en el artículo 274° del Código Procesal Penal (D. L. N.° 957) resulta ilegal y arbitraria.

* Por Fredy Valenzuela

Realizada la investigación sumaria, la Juez emplazada manifiesta que el representante del Ministerio Público comunicó al juzgado que el caso del favorecido había sido declarado complejo y que, de acuerdo con la norma de la materia, el plazo de la prisión preventiva no duraba más de 18 meses, tiempo que aún no había transcurrido.

El Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Tacna, con fecha 20 de diciembre de 2010, declara infundada la demanda estimando que no se presentan los presupuestos para que se disponga la excarcelación del favorecido ya que a la fecha no han transcurrido los 18 meses de plazo de la prisión preventiva.

La Sala Superior revisora confirma la resolución apelada por sus mismos fundamentos, agregando que la prolongación de la prisión preventiva de 9 a 18 meses es automática.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 15 de octubre de 2010 y de su confirmatoria por Resolución de fecha 2 de noviembre de 2010, a través de las cuales los órganos judiciales emplazados desestimaron la *solicitud de inmediata libertad* formulada por el favorecido y, en consecuencia, se disponga su inmediata excarcelación por exceso de prisión preventiva en el proceso penal que se le sigue por el delito de robo agravado (Expediente N.° 00151-2010-68-2301-JR-PE-01).
   En petitorio señalar que en los fundamentos de la demanda se aprecia la solicitud del recurrente de que en sede constitucional se disponga la inmediata excarcelación del favorecido, pretensión para cuyo efecto se emplean a los jueces que integraron los órganos judiciales que desestimaron dicho pedido, cuestión en el que transcurrido el análisis constitucional de los pronunciados pronunciamientos judiciales en relación con el derecho al debido proceso alegado por el actor; concretamente del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en conexidad con el derecho a la libertad personal.

Análisis del caso materia de controversia constitucional

2. El Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial constituye una medida provisional que como última ratio limita la libertad física, pero no por ello es, per se, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado; pues la prisión preventiva es una medida provisional por la que puede optar un juez para asegurar la presencia del imputado en el proceso y el éxito del proceso penal, en la medida en que legalmente se encuentre justificada cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado.

3. Conforme ha declarado este Tribunal en reiterada jurisprudencia la detención

judicial (prisión preventiva); no debe excederse de un plazo razonable que conjugue el plazo temporal de los principios de proporcionalidad, necesidad, subsidiaridad, provisionalidad, excepcionalidad y razonabilidad, principios dentro de los que se ha de considerar la aplicación de esta excepcional medida coercitiva de la libertad para ser reconocida como constitucional. Se trata propiamente de una manifestación implícita de los derechos a la libertad personal y al debido proceso, consagrados por la Constitución (artículo 2.24 y artículo 139.3), y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana (F.J.6: STC N.° 2915-2004-HC/TC).

4. El artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política del Perú establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional; en consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional administre justicia, está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites al ejercicio de las funciones asignadas. En este sentido, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas (artículo 139°, inciso 5, de la Constitución) es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la debida motivación, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, por el otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

   Al respecto, se debe indicar que "[l]a Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por el mismo, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presente el supuesto de motivación por remisión" (F.J.6: STC N.° 5156-2005-HC/TC, F.J. 14).

5. En el presente caso, este Colegiado aprecia de los instrumentales que corren en los autos: *i)* Que el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna, mediante Resolución de fecha 15 de enero de 2010, declaró fundado el requerimiento fiscal de la prisión preventiva del actor penal de los autos (fojas 156); *ii)* Que posteriormente, mediante escrito de fecha 13 de octubre de 2010, el favorecido solicitó su inmediata libertad ante el órgano judicial emplazado alegando que desde la fecha en que se dictó el mandato de la prisión preventiva había cumplido 9 meses, *por lo que se encontraría injustamente* cumpliendo carcelería. Es en este contexto en que se emite la Resolución de fecha 15 de octubre de 2010, *que declara improcedente la solicitud de inmediata libertad*, argumentándose que: "[…] se remonta a esta judicatura la disposición 1/76 de fecha 15 de julio del año 2010, por la cual se declara compleja la investigación seguida contra Henry Vidal Cuevara Huanhuallo y Jorge […]. Disposición que los comunicada […] con fecha décimo de julio del presente año. […] [T]ratándose de procesos complejos el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de 18 meses, tal como establece el artículo 272 numeral 2 de la norma glosada. […] en el supuesto que un proceso haya sido declarado complejo, de prolongación de la prisión preventiva de 9 meses a 18 meses es sucesivo[*sic*] […], por tanto el plazo límite de la prisión preventiva es de 18 meses y habiendo transcurrido desde la fecha de la prisión preventiva […] 9 meses, no resulta procedente amparar la solicitud formulada por el imputado […]". Agrega la Sala Superior emplazada, a través de la resolución confirmatoria de fecha 2 de noviembre de 2010, que "Debe distinguirse lo que es la duración de la prisión preventiva de lo que significa la prolongación […] la prisión preventiva puede durar nueve meses en los procesos que no sean complejos […], un proceso no complejo puede prolongarse hasta veintiocho meses y un proceso complejo treinta y seis meses", motivación que cumple con la exigencia constitucional de incorporación de las resoluciones judiciales, adecuada a los condicionantes legales de la materia, por cuanto *de los fundamentos de las* resoluciones cuya nulidad se pretende (*véase* FJ 3 y 10) se explican los motivos para desestimar la solicitud de inmediata libertad (libertad por exceso del plazo de la prisión preventiva) promovida por el actor.

   En efecto, en cuanto a la temática planteada en la demanda se debe advertir que la norma legal de la materia (el artículo 272° del Código Procesal Penal, aplicable al caso penal de autos) establece que: "1. La prisión preventiva no durará más de nueve meses. 2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses". En este sentido la norma es clara en señalar –en el segundo supuesto de la duración de la prisión preventiva– que el plazo límite de duración de la prisión preventiva en los procesos complejos es de 18 meses, por lo tanto, cuando a que el proceso es complejo corresponde al término de la duración de la prisión preventiva legalmente establecido (18 meses). Por consiguiente, la desestimación de la solicitud del actor por no haber vencido dicho plazo que se sustenta en las resoluciones cuestionadas es conforme a la norma legal y a la Constitución.

   Finalmente, este Colegiado debe desestimar la alegación de la demanda en el sentido de que "*el proceso penal aún no haber sido declarado complejo desde un inicio, por lo que su prolongación resultaría arbitraria*", pues la complejidad de un proceso penal puede determinarse a través de las investigaciones subsecuentes que se realicen respecto del caso penal, complejidad que debe ser dispuesta por el representante del Ministerio Público mediante una resolución suficientemente motivada –que en el caso de autos no es materia de cuestionamiento ni de pronunciamiento de este Tribunal–. Al respecto, *si en cuanto al caso penal sub materia se tiene un proceso complejo en el que el plazo de la duración de la prisión preventiva se encuentra establecido en 18 meses, conforme en el que resulta importante el alegato de la supuesta aplicación de la prolongación de la prisión preventiva*, que es un elemento procesal distinto que no guarda relación con el caso constitucional de autos; en este sentido: *b)* resulta improcedente la motivación de la Resolución de fecha 15 de octubre de 2010, en cuanto argumenta que: "*la prolongación de la prisión preventiva de 9 meses a 18 meses es sucesiva*"; sin embargo, dicha argumentación no termina por invalidarla en tanto la motivación que sustenta la desestimación del pedido de inmediata libertad resulta suficiente en los términos

de la Constitución.

b. En consecuencia, la demanda debe ser desestimada al no haberse acreditado la afectación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en conexidad con el derecho a la libertad individual del favorecido.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda al no haberse acreditado la vulneración del derecho a la libertad individual.

Publíquese y notifíquese.

SS.
ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN

1. ANÁLISIS

En el presente caso, el demandante alega que ya venció el plazo de 9 meses de la prisión preventiva que se le impuso, por lo que solicita que se le deje en libertad. Asimismo, sostiene que la prolongación de la prisión preventiva solo puede resolverse automática cuando el juzgador desde un inicio así lo ha considerado, lo cual no ha ocurrido en su caso, en el que se ordenó la prisión preventiva sin haberse declarado complejo el proceso. Por su parte, el Juez emplazado sostiene que el representante del Ministerio Público consintió al juzgado que el caso del favorecido había sido declarado complejo y que, de acuerdo con la norma de la materia, el plazo de la prisión preventiva no duraba más de 18 meses, tiempo que aún no había transcurrido.

De las afirmaciones realizadas, tanto por el demandante como por el demandado, no se puede desprender si el juez fijó o no el plazo de la prisión preventiva al momento de decretarla. Ante ello, cabe preguntarnos, en principio, si el juez debe fijar o no el plazo de la prisión preventiva. Al respecto, el art. 254 inc. 3 c) prescribe, claramente, que las medidas que el Juez de Investigación Preparatoria imponga contra dicta una conexión procesal debe fijar "el término de duración de la medida, en los supuestos previstos en la ley...". Del mismo modo, se debe tener en consideración lo previsto en el art. 273, donde se establece que al vencimiento del plazo de la prisión preventiva, el juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la libertad inmediata del imputado. De ello se colige que la duración de la prisión preventiva debe ser considerada al momento en que se impone la misma, pues de no ser así no habría posibilidad de saber en qué momento se venció el plazo y, por ende, no podría disponerse la inmediata libertad del imputado, conforme al art. 273[7].

Por otro lado, la solicitud del demandante, de que se le ponga en libertad, en ambas instancias fue declarada improcedente, bajo el argumento de que el 15 de julio de 2010 el proceso fue declarado complejo; asimismo, se sostiene que en los procesos complejos el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de 18 meses (art. 272.2). En el supuesto de que un proceso haya sido declarado complejo, [la prolongación de la prisión preventiva de 9 meses a 18 meses es automática] (...), por tanto el plazo límite de la prisión preventiva es de 18 meses y habiendo transcurrido desde la fecha de la prisión preventiva (...) 9 meses, no resulta procedente amparar la solicitud formulada por el segundo (...)". Ahora, estos serán, hasta los fundamentos que fundamentan los jueces para declarar improcedente la solicitud de libertad formulada realizado por el imputado. Este motivación, de acuerdo al Tribunal Constitucional, cumple con la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales.

Cabe precisar que no abundaremos el tema de la motivación, pues nos interesa destacar los asuntos de la prolongación de la prisión preventiva y del plazo máximo de duración de la misma. En efecto, a nuestro criterio, estos son los temas que originan mayor discusión, en la medida que no se tiene claramente establecido cuál es el plazo máximo de duración de la prisión preventiva, ya sea en los casos donde se determine *ab initio* la complejidad del proceso, o cuando ello se establezca posteriormente. En cuanto, la cuestión a determinar es cuánto es el plazo máximo de duración de la prisión preventiva y si la prolongación de la misma se da de manera automática.

Respecto al primero de ellos, la Sala Superior, a través de la resolución confirmatoria de fecha 2 de noviembre de 2010, plantea dos supuestos en los que los plazos son distintos. Por un lado, sostiene que la prisión preventiva puede durar nueve meses en los procesos que no sean complejos, pero estos pueden prolongarse hasta veintiocho meses; por otro lado, los procesos complejos (cuya duración es de 18 meses) pueden prolongarse hasta treinta y seis meses. En sentido contrario, DEL RIO LABARTHE sostiene que "la interpretación correcta de los arts. 272 y 274 es que sea cual fuere en la que se solicite una prolongación del proceso, el plazo máximo que puede decretarse es siempre de 27 meses. Pudiendo prolongarse en 18 meses

[7] Un tema interesante que se plantea en el Pleno Penal Jurisdiccional distrital en materia procesal penal de la Corte Superior de Justicia de Moquegua es sobre la facultad del juez de plantear un plazo distinto al establecido legalmente al momento de imponer la prisión preventiva, se dice, puede el juez, en los procesos no complejos, establecer que el proceso dure menos de 9 meses. La discusión se debe a que en el Distrito Judicial de Moquegua, consecuentemente en Ilo, los jueces, tanto en primera como en segunda instancia, están disponiendo una duración de la prisión preventiva, por ejemplo, de 6 o 8 meses, según la naturaleza del delito. Sobre este problema, así el pleno jurisdiccional, la Sala al acuerdo de que el juez de investigación preparatoria en la audiencia de prisión preventiva debe determinar un plazo de la misma, conforme lo establece el art. 272.1, del Código Procesal Penal de 2004. En otras palabras, lo que establece este plazo es que los jueces pueden fijar un plazo distinto al establecido legalmente, es decir, deben establecer cuánto durará la duración de la prisión preventiva: 8 meses, seis meses, cuatro meses, determinar un plazo menor. En http://www.lacorte.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=1

para los casos del numeral 1 del art. 272 y en 9 meses en los casos previstos por el numeral 2, es decir, que cualquier proceso en el que haya operado esta prolongación podrá durar hasta 27 meses"[9].

ANDRÉS BELTRÁN[10], por su parte, considera que "la prisión preventiva podrá mantenerse hasta el límite de derecho sobre un aquellos casos en que el proceso en el cual se adopte, pueda considerarse complejo. Nada dice la norma, pero, no puede existir discusión alguna sobre el respecto de que esa calificación corresponde hacerla al Fiscal, debiendo aprobarla el Juez".

El citado autor agrega que "De la misma forma, cuando se trate un proceso en principio no especialmente complejo, se podrá ampliar la extensión de la prisión preventiva a dieciocho meses si durante su curso aparecen circunstancias que impongan una especial dificultad o compromisa la prolongación de la investigación y, adicionalmente, subsista un especial riesgo de fuga. Es decir, para la prolongación de la medida en beneficio la protección de diligencias en la investigación, esta vez, a nuestro, será necesario que se mantenga un específico riesgo de fuga. En todo caso, la petición de prolongación corresponderá al Fiscal". Si bien no lo dice expresamente, el citado autor, se puede desprender del texto citado que la prisión preventiva durará un máximo –en todos los casos– de 18 meses.

En esta línea, los elementos admite que es un tema muy discutible, considerando, de manera preliminar, que el plazo máximo de la prisión preventiva debe ser de 18 meses. Así, en los procesos que desde un inicio se determina su complejidad, tal como lo dice el art. 272.2, el plazo límite será de 18 meses, mientras que en los procesos donde la complejidad es sobrevenida, de igual modo, los 9 meses, plazo que se fija en un inicio, debe ser prolongado por otros 9 meses, llegando así a un plazo máximo de 18 meses. Por ello, consideramos que la figura de la prolongación únicamente debe procederse en aquellos supuestos en los que la complejidad del proceso se determina posteriormente a la adopción de la prisión preventiva. Dicho de otro modo, la prolongación no debe operar para los procesos complejos, debido a que para este se ha fijado un plazo mayor al del proceso simple, atendiendo, precisamente, a lo dispuesto en el art. 274.1, esto es, a las circunstancias que supongan una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el segundo podrían sustentar a la acción de justicia. En efecto, el legislador ha optado por establecer dos plazos para los procesos simples (9 meses) y para los procesos complejos (18 meses). Ahora bien, en el supuesto de que el proceso simple se convierta en complejo, el plazo de seguir podría prolongarse a solicitud del Fiscal, hasta los 18 meses.

Respecto al segundo tema planteado, debemos manifestar que la prolongación de la prisión preventiva no se da de manera automática o, dicho de otro modo, la prolongación debe pronunciarse a solicitud de parte, ya que así lo prevenía el art. 274.1 del Código Procesal Penal de 2004 al señalar que "el fiscal debe solicitarla al Juez antes de su vencimiento". En el presente caso, no se pronuncia si el fiscal solicitó o no la prolongación de la prisión preventiva. De la lectura de la resolución se aprecia que la complejidad del proceso se estableció posteriormente a la adopción de la prisión preventiva, por lo que, el plazo, al momento de acogerse la prisión preventiva, debió ser menor o igual a 9 meses. Al determinarse su complejidad, corresponde al Fiscal, antes de que venza el plazo fijado, solicitar la prolongación del plazo de la prisión preventiva, de lo contrario, el Juez debe decretar la libertad del imputado atendiendo a lo dispuesto en el art. 273 del Código Procesal Penal de 2004, pues, como lo mencionó anteriormente, la prolongación de la prisión preventiva no se da automáticamente, sino ante la solicitud del Fiscal.

[9] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Ara Editores, 2006, p. 89.

[10] BELTRÁN GUZMÁN, José Mario. *La regulación de la prisión preventiva en el código procesal penal del Perú*, en http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documentos&ver=documento&id=124

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

Los costos de la prisión preventiva en Chile

AHUMADA, Alejandra; FARREN, Diego; WILLIAMSON, Bernardita. "Los costos de la prisión preventiva en Chile". Pág. 46 - 89[En Internet]. Consulta: 10/05/16. Enlace en: http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2009-01-05_Los-costos-de-la-prisi%C3%B3n-preventiva-en-Chile.pdf

Los costos de la prisión preventiva en Chile

Autores:
Alejandra Mizrahi
Diego Farren
Bernardita Williamson

Coautor:
Francisca Werth

RESUMEN EJECUTIVO

El sistema de justicia criminal chileno ha sufrido importantes cambios durante la última década. En un primer momento, mediante la Reforma Procesal Penal (que se comenzó a aplicar progresivamente a nivel territorial a partir del año 2000), se pasó de un sistema inquisitivo, escrito y secreto en su etapa investigativa, a uno acusatorio, oral y público.

El nuevo procedimiento penal tiene tres etapas principales: la investigación, la etapa intermedia, cuyo fin es la preparación del juicio y la etapa de juicio oral, que es la fase de esclarecimiento criminal propiamente tal. Si bien durante el proceso rige como principio general que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, existiendo claros fundamentos las causas establecidas en la ley, pueden adoptarse excepcionalmente una serie de medidas cautelares que en unos pocos objetos asegurar los fines del procedimiento. De ellas, la más severa y restrictiva de derechos es la prisión preventiva.

La reforma procesal penal ha generado importantes efectos en la aplicación de las medidas cautelares, en general y en particular, de la prisión preventiva. El efecto principal es que dejan de ser tan efectivas como mecanismo del derecho de la seguridad ciudadana (tanto para el procesamiento (que se efectúa), generado a un medidas excepcionales como procedencia y necesidad se deben dominios en cada caso por el fiscal.

A partir de la entrada en vigencia de la reforma, los cifras demuestran que, si bien un elemento disminuye la cantidad de personas cumpliendo prisión preventiva (se cuantificaba, la proporción de personas que debe cumplir esta medida en relación al total de imputados ha disminuido (se han obtenido otros. Sin embargo, en marzo del año 2008 entró en vigencia la ley 20.253, denominada "agenda corta", la cual, entre otras modificaciones, busca ampliar los criterios de aplicación de la prisión preventiva, lo que hace imposible saber con certeza en la actualidad cuál será la incidencia real de esta modificación.

En este contexto, el objetivo del presente estudio fue estimar los costos directos e indirectos de la prisión preventiva en Chile.

Para realizar la estimación y enfrentar la escasez de información disponible se decidió realizar importantes supuestos simplificadores de la realidad, lo que puede haber producido sesgos al momento de obtener resultados. Es importante mencionar que, si bien algunos de los supuestos utilizados pueden ser debatibles, todos van hacia un mayor reflejo la realidad chilena, dada la información a que se tuvo acceso. Debido a esto, se recomienda que para futuros estudios se realice un análisis de sensibilidad al modelo propuesto, cambiando algunos supuestos presentados en este informe, y profundizando por la estimación de costos llevada a cabo.

Adicionalmente, existen claros costos, tanto los costos psicológicos de prolongados periodos de libertad que no se han podido cuantificar debido a la dificultad de adquirir no existe mencionarlo.

Los resultados obtenidos en la estimación se presentan en la siguiente tabla.

Presentes de los costos directos e indirectos de la prisión preventiva en Chile según categoría y detalle, año 2008

Ítems		Total (clp)	Unitario (clp/mes/interno)	Porcentaje
Costos directos	Justicia Criminal	2.382.327.305	3.163.595	5,4%
	Gendarmería	20.609.231.892	30.582.299	43,3%
	Total	22.991.562.198	33.895.102	48,7%
Costos indirectos	Ingresos	9.619.114.215	8.945.810	9,7%
	Víctima	5.529.565.868	10.573.290	11,6%
	Abogados particulares	2.862.192	13.013	9%
	Costo externo	8.318.538.053	9.201.392	8,8%
	Total	14.950.865.428	28.275.436	30,3%
Costo total		46.331.867.824	62.081.278	100%

Fuente: elaboración propia.

La cifra anterior muestra que el costo total asociado a la prisión preventiva en Chile es de 46.331 millones de pesos, lo que equivale a 92.681 millones de dólares norteamericanos. Este costo se puede dividir en dos grandes categorías: los costos directos, que representan el 49% del total, y los costos indirectos, los cuales son el 30%. Dentro de la primera categoría, el mayor costo lo incurre Gendarmería, institución que debe cumplir con las labores de mantener y vigilar a quienes están en prisión preventiva. En la categoría de costos indirectos, el costo más relevante es el costo en víctimas, el cual incluye el costo monetario de cada delito y el costo de oportunidad de quienes sufrieron la víctima.

Por otra parte, para analizar la conveniencia de aplicar o no la prisión preventiva se consideró necesario distinguir los distintos delitos cometidos por los imputados sometidos a prisión preventiva y los distintos perfiles de estos presentes. Sin embargo, el presente estudio solo pudo satisfacer el primer punto debido a la inexistencia de estudios o información pública que permita contar con una caracterización de la población recluida en Chile.

En definitiva, entendemos que la utilidad de contar con una estimación de costos para la prisión preventiva, es que constituye una herramienta útil para realizar futuros análisis de costo efectividad de la medida. Ello, teniendo en cuenta que, en comparación con otras medidas o sistemas de supervisión debidamente implementados, podríamos asignar los mismos objetivos que la prisión preventiva, pero con una menor restricción de derechos y, eventualmente a menor costo, tanto para el Estado como para los privados.

1. Introducción

El presente estudio es parte de un conjunto de actividades encomendadas por la Open Society Justice Initiative[1] a Fundación Paz Ciudadana, con el objetivo de estimar los costos directos e indirectos de la prisión preventiva en Chile[2].

El tema tratado en este documento adquiere una especial relevancia considerando el importante aumento de la población penitenciaria en Chile. Sin embargo, se debe notar que, a diferencia de otros países latinoamericanos, Chile ha realizado recientemente una importante reforma a su sistema de justicia criminal, con lo cual en los últimos años ha cambiado radicalmente el enfoque dado al procedimiento penal, a la forma de investigar y de juzgar, especialmente a la manera en que se

1 El título oficial de la organización es Open Society Justice Initiative, pero en adelante nos referiremos a ella como Open Society Justice Initiative o simplemente como Open Society.

2 Este estudio forma parte de un proyecto que busca estimar los costos de la prisión preventiva en Chile, Perú, Argentina y Colombia. Para mayor información sobre el proyecto, ver http://www.soros.org/initiatives/justice/focus/publication_pretrial_20080625/publication_pretrial_20080625.pdf

apto en las medidas cautelares reales como la prisión preventiva.

El tribunal está organizado en seis secciones. La primera de ellas se refiere a las cuestiones que les ocupan el sistema de justicia chileno luego de la entrada en vigencia –en ciertas regiones– del Código Procesal Penal, a partir del año 2000. En ella, se describen brevemente las principales modificaciones en relación con las medidas cautelares y especialmente con la prisión preventiva.

La segunda sección corresponde al eje en torno a la crítica de la publicidad penal que –en el ámbito general y los periodistas. Así, se presentan datos sobre la publicidad penal en su modalidad, según sentido, el cual presunción –mínima abierta y cerrada–, según contenido: procesal –descubrir, procesales, imparciales o confidenciales– y finalmente, si muestra la evaluación de la prisión preventiva durante la última década.

La tercera parte de este estudio se refiere a las metodología y consideraciones generales a tener en cuenta en la recolección efectuada. En la cuarta sección se explica brevemente la ordenación de casos, especificando cada uno de los siguientes indicados, así como los fuentes de información utilizadas en ellos.

Luego, en la quinta parte se encuentra esta sección que describe algunas consideraciones que se deben tener al momento de analizar los beneficios de la prisión preventiva y, finalmente, se presentan algunas conclusiones de este estudio.

2. La prisión preventiva en Chile

2. 1 Primera parte y su evolución en Chile

Con el objeto de entregar un contexto de análisis del presente estudio, en encuentra, en primer lugar, hacer una breve descripción de la evolución del procedimiento penal en Chile, y las consecuencias que ella ha tenido en el comportamiento de la prisión preventiva como medida cautelar.

Durante la colonia hasta en Chile se inicia a fines del siglo XVIII. España instauró, al igual que en el resto de la región, un sistema inquisitivo conocido en "Las Siete Partidas"[1] que –no fue abolido en lo sustancial, en el periodo posterior a la independencia hasta en Chile hay en 1810, pero que en general se produjo en los países recientes durante los primeros décadas del siglo XIX). Ni siquiera con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1906 se modifican en exista raíz, principios e institucionales, aún cuando se trataba de un cuerpo legal completamente nuevo.

El procedimiento penal que rigió a partir de la entrada en vigencia de dicho Código y durante todo el siguiente siglo XX[2], estuvo caracterizado por la concentración de funciones en la persona del juez, el secreto del sumario, las exigencias de convicción para su dictado y la consecuencia inmediata de la privación preventiva, misma como efecto que todas las pruebas dependían se reunían en la fase del sumario que inmediata el juez de primera instancia, y durante todo el proceso acusado. No obstante, el procedimiento era idóneo que sí ofrecía a acusado ciertas garantías y hasta algunos ordinarios públicos y publicidad, las modificaciones en la década en forma ulterior.

El procedimiento penal antiguo se componía básicamente de dos etapas: sumario y plenario. Durante la etapa del sumario se desarrollaba la parte investigativa propiamente tal, dirigida por el propio juez, donde se acumulaban pruebas sobre la responsabilidad de los autos/delitos. Una vez que el sumario se encontraba para los pasos, quienes ante tenían acceso a la evidencia contra ese se declaraba cerrado y se iniciaba la segunda fase, el plenario, con la oral, contradictorio, conocimiento la fase contradictoria y pública del procedimiento.

Sin embargo, durante el sumario tenía lugar la acusación que era la primera vez la más importante del proceso el juez de procedimiento. Este tendrá se declara cerrado se verificaban los siguientes condiciones: 1) que existiera prueba sobre la existencia del delito que se investiga; y 2) que apareciera medianamente fundada para estimar que el encausado había tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. A con el auto de procesamiento, el imputado adquiría formalmente la calidad de reo, en el proceso, este cuando dio las siguientes testimoniales que pudiera acceder al contenido del sumario en un momento para articular su defensa. Además, y la más relevante para efectos de este estudio, en que el momento de dictar esta resolución el juez debía decidir si mantenía el procesado a prisión preventiva o permitía su libertad. Si es que concedía que la libertad del imputado constituía un peligro para la seguridad de la sociedad, del ofendido o bien necesaria la prisión de libertad para el *éxito de las diligencias del sumario*[3]. La prisión o libertad de los jueces del crimen era dictar automáticamente la prisión preventiva, pudiendo el procesado obtener su libertad únicamente mediante fianza o caución.

De esta forma, uno de los principales críticos al sistema se basaba en el hecho de que el auto de procesamiento constituía una sentencia adelantada. *La concentración de funciones en la persona del juez, el secreto del sumario, las exigencias de convicción para su dictado y la consecuencia inmediata de la prisión preventiva, tenían como efecto que todas las pruebas dependían se reunían en la fase del sumario que inmediata el juez de primera instancia, y durante todo el proceso acusado. Las modificaciones en la década en forma ulterior.*

El procedimiento penal antiguo se componía básicamente de dos etapas: sumario y plenario. Durante la etapa del sumario se desarrollaba la parte investigativa *propiamente tal, dirigida por el propio juez*, donde se acumulaban pruebas sobre la responsabilidad de los autos/delitos. Una vez que el sumario se encontraba para los pasos, quienes ante tenían acceso a la evidencia contra ese se declaraba cerrado y se iniciaba la segunda fase, el plenario, con la oral, contradictorio, conocimiento la fase contradictoria y pública del procedimiento.

Sin embargo, durante el sumario tenía lugar la acusación que era la primera vez la más importante del proceso el juez de procedimiento. Este tendrá se declara cerrado se verificaban los siguientes condiciones: 1) que existiera prueba sobre la existencia del delito que se investiga; y 2) que apareciera medianamente fundada para estimar que el encausado había tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. A con el auto de procesamiento, el imputado adquiría formalmente la calidad de reo, en el proceso, este cuando dio las siguientes testimoniales que pudiera acceder al contenido del sumario en un momento para articular su defensa. Además, y la más relevante para efectos de este estudio, en que el momento de dictar esta resolución el juez debía decidir si mantenía el procesado a prisión preventiva o permitía su libertad. Si es que concedía que la libertad del imputado constituía un peligro para la seguridad de la sociedad, del ofendido o bien necesaria la prisión de libertad para el *éxito de las diligencias del sumario*[3]. La prisión o libertad de los jueces del crimen era dictar automáticamente la prisión preventiva, pudiendo el procesado obtener su libertad únicamente mediante fianza o caución.

Como puede notarse, no debe tomarse de un punto intrigante sino con sólo de esta presentación problemas de antecedentes, las que no se examinan en detalle, sino que pretenden advertir la pertenencia de ver cómo que debe ser conocido y fallado en juicio y que adicionó negativo el seguimiento de ciertos objetivos previstos y desconocidos establecidos por la Constitución y la ley. Lo anterior, con el objeto de asegurar el juicio y propiedad, en lo posible, con la mínima restricción de derechos del imputado.

Por otra parte y como complemento de la creación del nuevo procedimiento, como se explicará en detalle más adelante, introdujo en enero Código de medidas cautelares personales, inicialmente bajo examen, que permite, diversión se la necesidad de la creación de las distintas que medidas las medidas cautelares. Estos, sin embargo, han mostrado una muy baja eficacia, principalmente porque no ha habido una adecuada implementación práctica que permita un respeto de ellos de los intereses o derechos que se pretenden proteger por lo que se aplica sólo a circunstancias excepcionales por la opinión pública.

Con todo, según los críticos de comparación de la población penal que ya se han citado y las estadísticas que se presentarán más adelante, se puede advertir que efectivamente el nuevo procedimiento ha cumplido con uno de los propósitos de la Reforma, que precisamente tenía relación con la aplicación excepcional de la prisión preventiva, proveyendo en consecuencia de medida cautelar y aprovechar la concentración de procedimiento informal.[4].

2. Descripción del procedimiento penal chileno e instituciones involucradas

Como ya se ha dicho, el sistema penal en Chile ha evolucionado inconcebiblemente durante la última década. La implementación de la Reforma Procesal Penal a lo largo del país, se hizo en forma gradual, en cinco etapas, debido a razones técnicas y presupuestarias. Respecto a los primeros, el nuevo proceso implicó un gran influjo de reclutamiento y capacitación dado que se hizo necesario llenar una alta cantidad de cargos para nuevos funcionarios judiciales, del Ministerio Público y de la Defensoría, que

1 Las Siete Partidas son un conjunto normativo dictado en el Castilla durante el reinado de Alfonso X (1252-1284) con el objeto de dictar el orden de ordenamiento jurídico y constituyó el fundamento principal del ordenamiento jurídico español hasta el siglo XIX.

2 Ley 18.968 que crea el Sistema de Justicia Penal.

3 Artículo 274 del Código de Procedimiento Penal.

4 Artículo 363 del Código de Procedimiento Penal.

5 Horvitz, M. (Subsecretaria de Justicia) y Duce, M. (2001). "Impacto de la Reforma Procesal Penal en la población carcelaria del país".

6 "... En la fundamental, sin embargo de las medidas cautelares a favor de la afectación de la constitucionalidad de las normas y en el completo establecimiento y los objetivos del procedimiento. En ejemplo, el juez de garantía, al momento de dictar aplicación a la prisión preventiva, ofrecerá que existe el riesgo de los procedimientos contenidos en calidad de imputado en dicho caso, en principio, ningún determinado respecto del juez y persona de autos no debe ser individualizado en cada caso, en la cual ofrecerán que la imposición de esta pena." Horvitz, M. Pedro Chacón y A. Ch. Cámara de Diputados con el cual se ordena el proyecto de ley que establece el Código Procesal Penal.

presunción fundamento y sobre hasta cuándo se extiende. Por este punto, en cuanto a la intención, la reforma ve espacio para otra pregunta pertinente: cuándo el control de constitucionalidad debe ser efectuado.

La nueva normativa introduce cambios. Según establece el sistema de justicia criminal chileno hasta ese modificaciones, el nuevo código hace explícito en su texto el principio de preservación de inocencia, derecho que en Chile tiene rango constitucional por el hecho de estar incorporado en tratados internacionales ratificados por el país y que se encuentra vigente[1]. Este principio se establece en artículo 9° del CPP: "Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no haya sido condenada por una sentencia firme", es decir, que el estatuto natural del imputado durante el proceso es el pleno goce de sus derechos constitucionales.

El nuevo procedimiento ordinario penal tiene tres etapas principales: la investigación, la etapa intermedia, cuyo fin es la preparación del juicio, y la etapa de juicio oral, que es la fase de mayor contenido criminal propiamente tal.

La etapa de investigación está a cargo de los fiscales del Ministerio Público, ejercida por el mismo, o con la ayuda de las policías. Esta actividad está, en general, desprovista de formalidad en términos de que no existen plazos obligatorios y se asume a los conceptos investigativos que la propia institución haya desarrollado. El control de la investigación lo ejerce el juez de garantía, quien debe resolver los conflictos que se generen en esta etapa, particularmente cuando se afecten derechos individuales del imputado.

Durante esta etapa, la investigación debe judicializarse en caso de que el fiscal lo estime necesario o en caso que se requiera la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias, recepción anticipada de prueba o resolver sobre medidas cautelares. Esta actuación del fiscal es la formalización de la investigación y en ella se realiza una formulación precisa de cargos.

Concluida la etapa de investigación, se procede al cierre de la investigación y se avanza a la etapa preparatoria del juicio oral. El fiscal debe optar entre formular una acusación o preparar un sobreseimiento en caso que no haya mérito antecedentes suficientes. Si se formula acusación, se otorga el derecho a adherir a ella o formular una acusación particular o querella integral, derecho a hacerlo. A continuación se otorga al imputado un plazo para la preparación de su defensa. Concluido este plazo se realiza una audiencia de preparación del juicio oral. En esta audiencia se examinan la probabilidad de aplicar salidas alternativas o procedimientos abreviados. Si lo anterior no ocurre, se prepara el juicio oral en cuyo caso el resultado de la audiencia preparatoria será la determinación de los acontecimientos que serán objeto de juicio. En punto, el tribunal competente para conocer el juicio y las pruebas ofrecidas por las partes y que el juez de garantía ha declarado admisibles.

El juicio oral se realiza ante un tribunal colegiado compuesto de tres jueces y en forma contraria lo que significa que ante el tribunal oral deberá desarrollarse íntegramente cada prueba hasta su presentación, aunque ello signifique su prolongación en sesiones sucesivas. Ante el tribunal oral debe producirse la prueba ya ofrecida por las partes (con facultades para formular de nuevo) y nuevas en dicha en esta fase.

Una vez incorporada la prueba, el tribunal debe oír las conclusiones de las partes, concede la palabra al acusado, si éste desea hacer uso de ella, y retirarse a deliberar. Esta fase debe entregar la resolución inmediata en cuanto condena o absuelve. Los fundamentos de la decisión y la fijación de la pena se entregarán luego de un plazo.

El procedimiento ordinario contempla la nueva garantía y exigencia en materia de procedimiento penal, es decir, a esta materia se someten los procedimientos especiales que contempla el Código Procesal Penal en los que especificaremos luego. Los procedimientos especiales han sido diseñados para procesar de manera más y sumarios ciertas categorías de complejidad baja, que pasan a ser un tema de ahorro del proceso abreviado, permitir un funcionamiento eficiente del sistema de justicia. En este último tipo de procedimiento, la sentencia es dictada por el propio juez de garantía.

A continuación se describe brevemente cada uno de los mecanismos mencionados en el proceso penal chileno:

a. Juicio oral[2]

El nuevo sistema procesal penal entrega a los tribunales orales en lo penal la función de juzgar, contribuirán en consecuencia siguiendo por tribunales colegiados compuestos por tres jueces profesionales. Los miembros de tribunal serán los encargados que expone el Fiscal y la defensa del imputado, para luego resolver y determinar la culpabilidad o inocencia del o los acusados. Hay que precisar, con el, que en los procedimientos abreviados, esta función se radica en los propios jueces de Garantía.

A cargo de un subdirector distinto la etapa de investigación el control de la instrucción está a cargo del juez de garantía, quien tiene encomendada la protección de los derechos de los intervinientes en el proceso, especialmente las garantías del imputado y decide sobre la procedencia y aplicación de las medidas cautelares, así como resuelve las cuestiones suscitadas entre las partes durante esta fase del proceso.

Los recursos o vías de impugnación de las resoluciones que contempla el procedimiento penal son concedidos y resueltos por las cortes de apelaciones y por la Corte Suprema, que son los tribunales superiores del sistema judicial en general, no solo de la jurisdicción penal.

b. Subsistema Fiscal

Organismo especializado, investigador y autónomo, que constituye la potestad del ejercicio de la persecución penal pública a nombre del Estado. Su función principal es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, así que determinan la participación punible, y los que acreditan la inocencia del imputado. Asimismo, según la ley, le corresponde la adopción de las medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. Está conformado por el fiscal nacional, fiscales regionales y fiscales adjuntos.

Dentro de las funciones que competen al Ministerio Público se encuentran las siguientes:

1. investigación de los delitos y persecución penal en representación de la comunidad;
2. dirección de la actuación de la policía durante la fase de investigación;
3. ejercer la acusación y sostener la acción penal, y
4. adoptar las medidas de protección a víctimas y testigos.

Por un punto, los casos que el Ministerio Público debe investigar pueden ser con o sin imputado conocido.

c. Subsistema Penal Público

Servicio público descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Justicia, cuya tarea es proporcionar defensa penal a los imputados. La Defensoría Iniciar parte de un nuevo sobre público privado de protección de defensa, es decir, el sistema de defensa está compuesto por un conjunto de defensores institucionales y por personas jurídicas o naturales, seleccionadas a través de licitaciones.

En definitiva, el modelo de justicia chileno parte de la base de una separación entre las tareas de investigación y juzgamiento. Para cumplir con esto, el nuevo procedimiento está compuesto, básicamente, por cuatro intervinientes: fiscal, defensor, juez de garantía y tribunal oral en lo penal.

En otro punto, como institución pública relacionada con el sistema penal, es necesario tener claridad sobre las funciones y atribuciones de otro servicio también vinculado a los procedimientos de los sistemas penales: la gendarmería de Chile. Esta es una institución especializada, dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y asistir a las personas que han sido detenidas, acusadas o privadas preventivo, condenadas hasta o penas privativas de libertad y estas penas alternativas o la reclusión; o que cumplen medidas de aislamiento. Además parte de su misión institucional es la reinserción y la reinserción social de las personas que se encuentran bajo su custodia. Gendarmería dirige todos los centros penitenciarios del país hasta cárceles como cosas en que se controlan las penas que se cumplen en libertad o con exclusión privada en que funcionan bajo el modelo concesionado.

En cuanto los centros privatizados existentes en Chile, tradicionalmente se régimen administrativo en de carácter complementario público. Sin embargo, recientemente, en el año 2002, el gobierno impulsó la participación de privada en la construcción y administración de los mismos a través de un programa de cárceles concesionadas que consiguió la construcción de 10 establecimientos penitenciarios las cuales aumentaron la capacidad del sistema en 16.000 plazas. En los establecimientos concesionados, son los privados quienes se encargan de los funciones de diseño, financiamiento y construcción, proveyendo así como esta entidad en más modernos. Adicionalmente, la prestación de servicios penitenciarios tales como alimentación, salud, asesoría y oferta de programas de reinserción social quedó en manos de la concesionaria. Por un punto, las funciones de administración y vigilancia quedan a cargo de Gendarmería.

d. Modalidades simplificadas en el proceso penal

Durante el curso del proceso y conforme al principio de la protección de inocencia, el imputado tiene derecho al goce en plenitud de sus derechos constitucionales. Sin embargo, un proceso penal requiere de un espacio de tiempo para su desarrollo, en el que puede surgir la necesidad de limitar el ejercicio de estos derechos con el objeto de asegurar tanto el adecuado curso del proceso como el cumplimiento de la sentencia, tanto en su aspecto penal como respecto de las consecuencias civiles que impongan. Esta limita de carácter o excepción al ejercicio general de los derechos del imputado es lo que conocemos como medidas cautelares.

Las medidas cautelares pueden ser reales o personales. Las reales tienen que ver con las limitaciones de los facultades administrativas o de disposición del patrimonio del imputado con el objeto de asegurar el resultado de las acciones civiles derivadas del delito a través del embargo de los acciones penales contra la pena aquellas para el delito así de carácter patrimonial.

Por otro punto, existen las medidas cautelares personales que son aquellas restrictivas de la

libertad garantizada. La otra manera de hacerlo es la prisión preventiva, aun cuando existe un catálogo de otras medidas cautelares personales de aplicación preferente, cuando el objetivo buscado pueda lograrse con restricciones a la libertad de una menor intensidad. A continuación se presenta la lista de medidas cautelares existentes:

a. La prohibición de libertad total o parcial, en su caso o en la que el propio imputado señalara;
b. La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada;
c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante otra autoridad que se determine;
d. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;
e. La prohibición de asistir a determinados reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
f. La prohibición de comunicarse con personas determinadas;
g. La prohibición de aproximarse al ofendido o a la familia.

Estas medidas son acumulables, es decir, puede aplicarse más de una de ellas y deben ser decretadas, en audiencia, a petición del fiscal, del querellante o de la víctima. Asimismo los imputados sólo durante en la medida estrictas ordenes la necesidad de su aplicación.

Con el nuevo Código Procesal Penal, las medidas cautelares personales, particularmente la prisión preventiva, ya que el resto del catálogo no existía en el antiguo sistema, dejan de ser un ritual en este sentido del dictado del auto de procesamiento, el que se obtenía, pasando a ser medidas excepcionales cuya procedencia y necesidad se debe demostrar en cada caso por el fiscal.

Las medidas cautelares deben solicitar potencialmente a la finalización de la investigación, de manera tal que el imputado esté sometido de los deberes que se le ordenen y no consecuencia, puede hacer todos derechos y garantías. Estas medidas son decretadas en una audiencia, en la que deben estar presentes todos los intervinientes ante un juez de garantía y deben ser ejecutadas y acreditadas por el fiscal.

a. Regulación de la prisión preventiva

La prisión preventiva es la medida cautelar que compromete en mayor medida la libertad de la persona, por lo que exige especiales resguardos en su regulación legal.

Como se ha dicho, en el nuevo judicial antiguo, la prisión preventiva era una consecuencia, casi un obstáculo del auto de procesamiento. En el nuevo Código Procesal Penal, la fuente de aplicación a la medida cautelar porque ya no es una consecuencia la dictación del dictado de este tratamiento. Adicionalmente, el nuevo código establece frente a la ordenación de la prisión preventiva, en función de un criterio mayor denominado principio de proporcionalidad. Este establece que la aplicación de esta medida debe ser proporcional a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable, es decir, la privación de libertad no puede ser superior a la pena esperable. A esto se suma el carácter excepcional de la prisión preventiva fijo de las medidas cautelares, es generó un examen a que no se tiene medida que necesariamente debe adoptarse, pero que sólo debe ordenarse cuando sea fundamental y estrictamente necesaria para asegurar un fin específico. Relacionado con esto está la provisionalidad, por la cual las medidas cautelares deben ser innecesariamente mantenidas durante el tiempo que subsistan las razones que dieron origen a su aplicación.

El principio general consagrado en el artículo 19 número 7 de la Constitución Política es que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En concordancia con ello, el texto permite del libro primero del Código Procesal Penal, referido a los principios básicos, consagra expresamente esta garantía constitucional en su aplicación al proceso penal. Por otra parte, el artículo 139 del Código Procesal referido a la prisión preventiva, señala que "la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento".

Según el artículo 140 del nuevo Código Procesal Penal, los requisitos para decretar la prisión preventiva son:

> "Artículo 140. Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el sobreseimiento definitivo que se contempla los siguientes requisitos:
>
> a. que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;
> b. que existan antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor; y
> c. que existan antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes."

El Código Procesal Penal además agregaba conocimiento para evaluar la necesidad de cautela en los siguientes términos en la última causal: "Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existan especiales graves y fundada de que el imputado pudiera obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba o cuando pudiera inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o no comparezcan de manera verdad o veraces."

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente algunas de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, su libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento no se hubiere satisfecho, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá que la seguridad del ofendido o concurrirá en peligro para la libertad del imputado cuando de existirían antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará amenazas en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes".[1]

Nos abstenemos, y probarte de un acuerdo de seguridad pública entre el gobierno y la oposición, en marzo de 2008 entró en vigencia la Ley 20.253. Su título contiene "agenda corta antidelincuencia". Entre otras materias esta ley vino entre sus objetivos especificos la simplificación de los criterios de aplicación de la prisión preventiva. Es así como en la mensajes reproducida se establecieron los citados criterios de evaluación, agregando el siguiente párrafo:

> *"Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignado penas de crimen en la ley que los consagra, cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delitos de la ley citada igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no, cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley."*

La introducción de estas medidas acuerdo por parte de la Ley 20.253 produjo fuertes reacciones contra la valoración judicial de los hechos a la hora de decidir sobre la prisión preventiva, y, no obstante ser una modificación a la ley muy reciente, pudo provocar en el breve cierta inconformidad en el panorama de imputados sometidos a prisión preventiva.

Por otra parte, y en lo que tiene relación con la interrupción de esta medida cautelar, la prisión preventiva puede solicitarse nuevamente en los audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación de juicio oral o en la audiencia de juicio oral. También puede solicitarse en cualquier etapa de la investigación, siempre del imputado contra quien esta se haya formalizado, en una audiencia especialmente fijada para este efecto. La privación del imputado y es definitiva es que se agotaron de validez de la audiencia en que se remitirá la solicitud de prisión preventiva.

Cabe hacer notar que la sentencia que ordena o rechaza la prisión preventiva es modificable de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes en cualquier estado del procedimiento, para dejar sin efecto la prisión preventiva o para sustituirla por otra medida cautelar personal o por una caución económica cuando ello provoca conforme a la ley. Además, luego de transcurridos seis meses desde que se ha decretado la prisión preventiva, el tribunal necesariamente debe citar a una audiencia con el objetivo de considerar su revisión y prolongación.

En cuanto a los límites temporales de la prisión preventiva, además del principio básico de proporcionalidad que impone que la prisión preventiva sea efectiva sólo en cuanto subsistan las circunstancias que la motivaron, la ley dispone también que, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que efectivamente se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal inevitablemente debe citar a una audiencia con el objetivo de considerar su revisión y prolongación.

En cuanto a los límites temporales de la prisión preventiva, además del principio básico de proporcionalidad que impone que la prisión preventiva sea efectiva sólo en cuanto subsistan las circunstancias que la motivaron, la ley dispone también que, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que efectivamente se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal inevitablemente debe citar a una audiencia con el objetivo de considerar su revisión y prolongación.

Un último límite temporal es que el imputado debe ser tratado en todo momento como inocente por lo que la prisión preventiva se debe cumplir de manera en que no adquiera las características de una pena. Este tiene algunas implicancias para Gendarmería de Chile, que tiene la obligación de mantener segregados las personas privadas de libertad por estas materias a prisión preventiva, de la población condenada general.

b. Otras formas de privación de libertad sin cautelares

Además de la prisión preventiva, existen otras dos posibles tipos de privación de libertad sin carácter penal: detención y arresto cautelares. La primera se refiere a la privación de libertad ejercida y la formalización de cargos. Esta es propia de todas las causas en que se imponga en delito flagrante y

[1] Artículo 140 del Código Procesal Penal.

de algunos con orden judicial de detención para el pago efectivo de cuidado al imputado o prevenido del juicio. Lo anterior, el período durante el cual el detenido debía permanecer en el recinto policial o de detención en particular era puesto cuando las circunstancias lo exigían. Sin embargo, si el fin de no contar con todos los antecedentes necesarios para formalizar la investigación sin solicitar medidas cautelares que eran necesarias para acceder a la detención, o si el deudor o el imputado no estaba presente en la audiencia, el fiscal podía solicitar una ampliación del plazo de la detención para proponer su prorrogación de hasta 48 horas más para se demostrara necesidad de la detención"[1]. Por lo cierto, esta persona podía estar un máximo de 72 horas privado de libertad en calidad de detenido.

Por su parte, el tercero encuentra es una medida de apremio para personas que adeudan pensión alimenticia, la cual obtuvo los tribunales de familia y civiles, con el fin de constituir en una sanción coercitiva para lograr el pago de la deuda. Las personas sujetas a esta medida, no son condenadas ni detenidas, se asignan son imputados por algún delito, sin embargo cumplen esta medida de apremio bajo la custodia de Gendarmería. Respecto de esta institución, para 2007 el 0.8% y 0.1% de los ingresos del promedio anual del sistema cerrado y abierto respectivamente (los cuales se explican a continuación), fueron arrestos nocturnos[2]. Sin embargo, debido a que la aplicación del arresto nocturno no es grupo de la jurisdicción penal sino civil o de familia, esta medida no será considerada en este estudio.

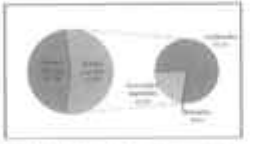
III. La gestión penitenciaria en cifras

1. Cifras generales penitenciarias

En el nuevo proceso penal chileno, existen principalmente dos alternativas al arresto y al encierro. El primero se encuentra a cargo del cumplimiento de las condenas en el medio libre, es decir, las medidas alternativas a la privación de libertad dictadas por la Ley 18.216, mientras que el sistema cerrado es el que controla a la población con privación de libertad.

Por su parte, existen cuatro condiciones previstas las cuales son: detenidos, procesados, imputados y condenados. Se denominan *procesados* a la población con encierro una vez constituidos que se encuentran bajo de la Reforma Procesal Penal. Los imputados son quienes cuentan cumplen en el marco procedimiento penal. La definición, procesados e imputados son las condiciones previstas de quienes cumplen privación preventiva. Por otra parte, los condenados poseen privación de encierro cerrado o abierto. A continuación se presenta un gráfico en el cual se observa cómo se distribuye la población penal chilena según tipo de sistema y tipo de condición procesal para el año 2007.

Gráfico 3
Población penal penitenciaria según tipo de sistema y condición procesal, año 2007



Fuente: elaboración propia en base a datos de Gendarmería de Chile.

Entre quienes cumplen penas en el sistema cerrado, hay personas que cuentan condenadas gozan de beneficios de reinserción intrapenitenciarios como la salida controlada al medio libre o la libertad condicional. En algunos casos, cumplen formas parte de este sistema quienes cumplen con el requisito necesario como medida de apremio por el no pago de pensión alimenticia[3].

Por su parte, las personas que cumplen penas alternativas a la reclusión (correspondientes a la Ley 18.216) dependen del sistema abierto. Las medidas alternativas son tres: reclusión nocturna, de la pena reclusión nocturna[4] y libertad vigilada.

Los cifras disponibles indican que, durante el año 2007 el total de personas medidas por Gendarmería fue de 84.691, de los cuales 42.606 se encontraban recluidos (en condición de detenidos, procesados, imputados o condenados). 35.829 estaban cumpliendo medidas alternativas a la reclusión, 1.285 con beneficios extrapenitenciarios y 423 con arresto nocturno. Esta situación se ve reflejada en el siguiente gráfico:

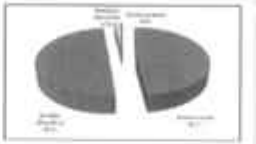
[1] Artículos 129 y 130, Código Procesal Penal. Libro primero, título V.

[2] Cifra obtenida del "Compendio estadístico de la población atendida por Gendarmería de Chile 2007".

[3] Ley número 14.908, que trata sobre los casos básicos de procedimiento de libertad.

[4] Se trata, aparentemente, de la misma medida que la reclusión nocturna, pero con diferencias en el tiempo de cumplimiento. Sin embargo, no se encontró información que diferencie ambas medidas.

Gráfico 4
Población penal penitenciaria según tipo de sistema y condición procesal, año 2007



Fuente: elaboración propia en base a datos de Gendarmería de Chile.

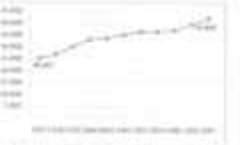
Por su parte, del total de personas que se encontraban recluidas por año en los 103 recintos penitenciarios del país, el 66,8% correspondía a condenados[5] y el 33,1% a procesados e imputados, tal como se puede apreciar en el gráfico 5.

Gráfico 5
Población penal penitenciaria según condición procesal, año 2007

Fuente: elaboración propia en base a datos de Gendarmería de Chile.

Durante la última década la población de personas que se encuentran recluidas aumentó en 67,3%, como se observa en el gráfico a continuación.

Gráfico 6
Evolución de la población recluida a fin de período, 1998-2007



Fuente: elaboración propia en base a datos de Gendarmería de Chile.

Según cifras internacionales[6], Chile está ubicado en el puesto número 35 del ranking de tasa de reclusos cada 100 mil habitantes, con una tasa de 295 reclusos cada 100 mil habitantes. Por su parte, si se consideran sólo los países sudamericanos, Chile está en el tercer lugar, después de Guayana Francesa y Surinam.

Tabla 2
Tasa de reclusos cada 100 mil habitantes y países con el mayor nivel de población

País	Tasa	Lugar
Estados Unidos	762	1
Federación Rusa	611	2
Rwanda	595	3
Tailandia	442	16
Brasil	363	22
Chile	295	35
Tailandia	253	45
Brasil	220	53
México	196	68
España	156	82
Argentina	152	84
Inglaterra y Gales	151	85
Perú	144	94
Colombia	138	96
Australia	130	102
China	119	113
Canadá	108	129
Alemania	96	144
Bolivia	82	154

[5] Este dato incluye a los condenados al sistema cerrado y al abierto/libre. El informe considera inadecuado a medios específicos privados de libertad que pertenecen en realidad al sistema cerrado, por lo cual, contrapuesto a los condenados que deben realizar el cumplimiento de sus sentencias en los recintos de Gendarmería y Trabajo.

[6] Fuente: Oficina del Entretenimiento Carceles Sin Fines Penales, Kings College University de Londres, San Jose, en [2008].

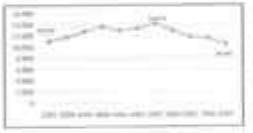
Bolivia	71	164
Japón	63	151
Andorra	58	146
Malta	53	102
Congo	23	217

Fuente: International Center for Prison Studies, King's College, University of London (en línea). Disponible en 2008.

2. Cifras sobre personas encarceladas

A continuación se presenta un gráfico que muestra la evolución de las imputadas y procesadas durante los últimos diez años, según datos proporcionados por Gendarmería:

Gráfico 1
Cantidad de personas en prisión preventiva en Chile, según sexo, entre 1997 y 2007

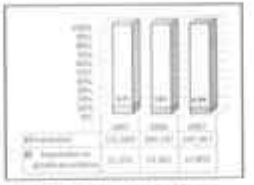


Fuente: Elaboración propia en base a datos de Gendarmería.

El gráfico anterior muestra un aumento de la población de procesados e imputados para el período 1997-2000, y luego un descenso entre los años 2001 y 2002. Sin embargo, se difícil saber con tranquilidad de los imputados cambios legales introducidos por la Reforma Procesal Penal, en que debido a esto, la población de procesados disminuyó, mientras que la figura de los imputados aparece con su entrada en vigencia.

A continuación se muestra la población de imputados para los años 2005, 2006 y 2007 que deben cumplir prisión preventiva, en relación con la población total de imputados:

Gráfico 2
Cantidad de personas en prisión preventiva en Chile, según tiempo de duración de la medida cautelar



Fuente: elaboración propia en base a datos de la Reforma Procesal Penal.

En el gráfico anterior se observa que el número de imputados ha aumentado durante los últimos seis años, lo cual viene servido en el contexto de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal. Por su parte, la cantidad de personas que debieron permanecer en prisión preventiva también aumentó. Sin embargo, la aplicación de esta medida cautelar proporción del total de imputados ha disminuido, representando el 9,2% años, el total de imputados el año 2005 y el 6,9% el año 2007.

A continuación se presenta un gráfico con la distribución de las medidas cautelares aplicadas para el año 2007:

Gráfico 3
Distribución de las medidas cautelares aplicadas a imputados, según tipo, el año 2007

Fuente: elaboración propia en base a datos de la Reforma Procesal Penal.

En definitiva, las cifras de la población penal señalan que alrededor de un tercio de la población penitenciaria es cautelar y la otra mitad penitenciaria es definitiva. Adicionalmente, el 17% del total de la población del sistema cerrado son condenados y el 2,5% corresponden a procesados e imputados. El aumento en la proporción de condenados en los últimos años se atribuye principalmente a los cambios introducidos por la Reforma Procesal Penal.

En cuanto a la población extranjera, tenemos que ésta se ha incrementado considerablemente durante la última década, alcanzando una cifra de 355 reclusos cada 100 mil habitantes, ubicando a Chile en el lugar número 35 del ranking mundial.

Finalmente, las cifras sobre la aplicación de medidas cautelares apuntan que del total de imputados al mismo durante el año 2007, el 15% debió cumplir algunas de estas medidas. Específicamente, en el gráfico 7 se observa que del total de imputados, el número de personas que estuvo en prisión preventiva durante el año 2007 representó el 6,9% de la población penal.

IV. Metodología y procedimiento

El análisis costo-beneficio permite comparación y los actores involucrados sobre la inversión existente entre los costos y beneficios identificados por una determinada intervención. Si bien este análisis puede juzgar en la toma de decisiones, presenta una importante debilidad debido a que no considera aquellos factores que son importantes pero que no es posible cuantificar monetariamente.

Luego de revisar la literatura referida al análisis costo-beneficio (Lawrence y Mears (2004); Cleary y Fleagen (2004); Chisholm (2000); Dhillon y Pidd (1995); Cavanagh (1998)), con el objetivo de determinar cuál es la mejor metodología aplicable para el caso específico de la estimación de los costos y beneficios de la prisión preventiva en Chile, se han definido los siguientes pasos:

a. Identificar costos/beneficios: todos los costos y beneficios asociados a la prisión preventiva, sean estos directos o indirectos.
b. Estimar los costos tradicionales o unidades monetarias, sólo en aquellos casos en los que se considere factible.
c. Estimar los beneficios, en los casos en que sea posible, tradicionales o unidades monetarias.
d. Comparar la suma de los beneficios monetarios con la suma de los costos monetarios.

Para realizar la estimación antes mencionada se han presentado en consumo de detalles que se necesarios precisar. El primer detalle que se presenta para identificar y estimar los costos está relacionado con la disponibilidad de información. Por ejemplo, consideramos que sería de gran importancia incluir en nuestro análisis los distintos perfiles de las personas que se encuentran en prisión preventiva, pero Chile no cuenta con tal información.

Un segundo detalle presentado en el estudio se refiere a la importancia de ciertos factores de intervención que aun cuantificables en términos de la salud y calidad de los datos. Se debe considerar que en general, la información disponible en cada institución ha sido concebida con motivaciones y objetivos distintos a los de este estudio.

Los detalles antes mencionados conducen a que el presente estudio se centre sólo en los dos primeros pasos antes descritos, es decir, en identificar los costos y beneficios y luego, en estimar los costos en la medida de que los antecedentes y datos sean confiables.

Adicionalmente, se debe mencionar que para estimar los costos, en muchos casos es necesario realizar importantes supuestos simplificadores de la realidad, lo que puede producir sesgos al momento de obtener conclusiones. Finalmente, se debe considerar que, hay ciertos costos, como por ejemplo los costos psicológicos del encierro o el robo de la vida hombres, que no se han podido cuantificar debido a la dificultad de adquirir un valor monetario.

Como recomendación para futuros estudios en relación a este tema, se considera necesario realizar un análisis de sensibilidad al modelo propuesto, cambiando o relajando algunos supuestos propuestos en el proceso inductivo y perfeccionando así la estimación de costos llevada a cabo.

A continuación se presenta una tabla que contiene todos los costos y beneficios identificados que son atribuibles a la prisión preventiva, independientemente que estos sean o no cuantificables.

Tabla 2
Identificación de costos y beneficios de la prisión preventiva

COSTOS	BENEFICIOS
Costos directos	**Beneficios directos**
- Infraestructura (Gendarmería, Poder Judicial) - Remuneraciones (Gendarmería, Poder Judicial) - Alimentación - Salud - Administración - Locomoción	- Menor costo asociado a reincidencia delictiva (ahorros en la comisión de nuevos delitos) - Mayor seguridad para la víctima y la sociedad
Costos indirectos y sociales	**Beneficios indirectos y sociales**
- Ingresos que deja de recibir el detenido - Efectos de familiares - Pérdidas económicas - Efectos sobre el entorno social - Costos psicológicos - Estigmatización (cárcel, antecedentes penales, etc.) - Pérdida de productividad	- Evitar la comisión de nuevos delitos durante el desarrollo del proceso - Aumento la seguridad de las personas que han sido víctimas del delito original - Evitar potenciales fugas

Fuente: elaboración propia.

V. Estimación de los costos de la prisión preventiva

A continuación se presenta la estimación solicitada de los costos directos e indirectos de la prisión preventiva en Chile. Finalmente se encuentra un resumen de análisis costo-eficiencia.

1. Costos directos

1.1 Costos para el sistema de justicia

Este acápite se centra principalmente en la estimación de los costos directos de la prisión preventiva, incluyendo el gasto de distintas instituciones asociadas a la persecución criminal según la caracterización detallada de delitos y formas de términos, y el costo incurrido en la mantención de quienes permanecen recluidos.

En primer lugar, la prisión preventiva influye en los costos de los tres instituciones ligados al procedimiento penal: el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública. Dependiendo del delito imputado y del tipo de término, esta causa una prisión preventiva, en relación a una sin ella, puede tener distinta duración y puede implicar la realización de un diferente número de audiencias, generando costos designados en relación a causas similares.

Por lo tanto, para estimar el costo imputable a la prisión preventiva para estas instituciones, se compararán los desembolsos de las causas a el momento de audiencias, para definir y términos similares, con y sin prisión preventiva. De esta forma, este se estimará como la diferencia de costo para causas similares con y sin prisión preventiva.

En segundo lugar, Gendarmería ve la institución cómo que debe incurrir en el gasto asociado a mantener y vigilar a quienes deben cumplir la prisión preventiva. En este caso, la metodología utilizada no es de diferencias entre casos con y sin prisión preventiva. Como se dijo en la sección anterior, para 2007 la proporción de reclusos no preventivos anual que se encontraban en calidad de imputado o procesado para el término variaba, en dicho de quienes cumplían prisión preventiva, fue de 32,1%.

Por su parte, los costos de la detención y custodia de la detención, provienen principalmente a Gendarmería (para 2007 el 9,0% de los reclusos promedio anual del sistema cerrado de Gendarmería correspondían a detenidos). Esta cifra también debiera ser en el mismo período, en el sentido de agregar un término mayor de audiencias (el mismo para los casos con situación de la detención). A su vez, pueden aumentar los costos de traslados, etc. Sin embargo, dada la escasez de información relativa a los detenidos, se centran los costos de estos únicamente para Gendarmería.

Por otra parte, para reflejar el efecto de los costos directos, se consideró relevante realizar la estimación analizando los distintos delitos debido a que, aquellos más comunes como la detención de la prisión preventiva o bien, la duración del proceso penal difieren sustancialmente según los distintos tipos de delitos. Entonces, se agregan los delitos en 11 categorías[1] las cuales se encuentran detalladas en el anexo 1, para así poder estudiar las principales características de la prisión preventiva para distintos grupos de delitos con características y penas similares.

En definitiva, los costos estimados en esta sección se agregan en dos grandes categorías: los costos de la justicia criminal (asociados básicamente a las siguientes tres instituciones: Ministerio Público, Poder Judicial y Defensoría Penal Pública) y los costos de la mantención de los presentes que deben cumplir prisión preventiva, se encuentran detenidos o con sentencia de la dirección (cárcelados y Gendarmería de Chile).

1.2 Fuentes de información

En cuanto a las cifras disponibles para estimar los costos directos de la prisión preventiva, se utilizan principalmente datos públicos relativos a los presupuestos de las instituciones involucradas. Además se incluyen cifras oficiales de los diferentes influyen tiempo de vida, sentencia[2], actividad, e intensidad de causas asociadas, etc. Finalmente, las distribuciones que definen a información respecto de las decisiones de causa y prisión preventiva, así como información relativa al tiempo de audiencias, se obtienen de las bases de datos de la Defensoría Penal Pública[3]. Todas las cifras y datos, abarcan a la caracterización del año 2007.

La prisión preventiva es la única forma de privación de libertad para la cual se puede caracterizar los costos por tipo de delito y término. Los costos asociados a las detenciones, se calculan como totales los caracterizar delitos.

Respecto de los presupuestos para 2007, se obtuvo de los montos publicados en la Dirección de Presupuesto (DIPRES)[4]. Los cifras son las que figuran

[1] "Informe Estadístico Año 2007" de la Defensoría Penal Pública y "Informe Estadístico Anual 2007" del Ministerio Público, "Memoria Anual 2007" del Poder Judicial. "Composición Carcelaria de la Población Recluida por Condenados de Chile 2007".

[2] "La medida de la lucha de datos de la Defensoría Penal Pública, dado que fue la única información que permitió el cruce con otra información. Si bien la información original de términos de causas y los delitos fueron de la Defensoría, el de tiempo de vida de causa asociado a prisión preventiva, fue calculado a partir de la información recibida por Gendarmería de Chile 2007".

[3] "La medida de la lucha de datos de la Defensoría Penal Pública, dado que fue la única información que permitió el cruce con otra información. Si bien la información original de términos de causas y los delitos fueron de la Defensoría, el de tiempo de vida de causa asociado a prisión preventiva, fue calculado a partir de la información recibida por Gendarmería de Chile 2007".

[4] Ley 20.128 (Ley de presupuesto) y otras normas que regulan del Ministerio de Hacienda, cuya versión se cita por

Tabla 2
Presupuesto 2007 (por sostenedores)

SOSTENEDOR	PRESUPUESTO (miles de $)
Ministerio Público	92.990.440
Poder Judicial	230.139.231
Defensoría Penal Pública	32.021.870
Gendarmería de Chile	134.892.153

Fuente: Ministerio de Hacienda.

Para los fines de estimación de costos asociados a la prisión preventiva, el estudio toma como referencia los datos relativos a los términos (2007 y no a los ingresos)[5].

En cuanto a montos asociados de interés, se refiere a causas con y sin prisión preventiva de características similares, esta exigida tener información relativa a perfiles (criminales) y características de la condena principalmente. Sin embargo, ninguna institución maneja una cifra confiable respecto de reincidencias, y menos incorporada en la información de la causa.

Por lo tanto, nuestro universo son los imputados cuyas causas terminaron en 2007 y fueron atendidos por la Defensoría Penal Pública[6]. Considerando este universo, el grupo de comparación son los delitos según tipos de términos que presentan prisión preventiva versus los mismos categorías de delitos y tipos de términos que no presentan prisión preventiva.

Lo anterior genera un sesgo que debe explicitarse: se asume que la población con igual delito y término pero sin prisión preventiva respecto de la que tiene prisión preventiva, es similar. Es decir, el delito y tipo de término constituyen el perfil. Este es sesgado principalmente en delitos de pocos bajos; para comparar a quienes cumplieron prisión preventiva por hasta con quienes no lo hicieron por este mismo delito, probablemente implica comparar a población extremadamente con más de un delito respecto de un grupo que contiene a personas que delinquieron una sola vez. Sin embargo, para los delitos más graves el sesgo es menor, pues estos quienes son imputados por solo con antecedentes o por homicidios, por ejemplo, no suponen la seguridad o no de prisión preventiva, es esperable un contexto un perfil similar.

1.3 Estimación de los costos directos asociados a términos

a. Metodología de estimación

Luego de identificar correspondiente nuestro universo de interés, definido como el número de imputados que son causas terminadas en 2007 y la proporción de estos que deben cumplir prisión preventiva, se presentan algunas dificultades.

En primer lugar, los cifras que manejan las diferentes instituciones, no coinciden (ver detalle en el anexo 3). En efecto, el Ministerio Público contabiliza este cuanto que el Poder Judicial y la Defensoría, entienden que el Poder Judicial contabiliza solo cuanto que la Defensoría pone término que el Ministerio Público. La anterior se explica porque el Ministerio Público identifica nuevamente cuando ha sentido en el Poder Judicial, en a la Defensoría, haciendo uso de sus facultades[7]. A su vez, nuevamente cuenta las resoluciones el Poder Judicial y el Ministerio Público son puesta a la Defensoría.

Otro problema que se presenta, es que en algunos casos, existen diferentes términos de

la Defensoría originadas y son de los montos públicos, mediante la aplicación de montos y representación de gestión financiera, proporciones por y control de gastos.

[5] En el estudio se confirma los gráficos, tanto el imputado de que para cinco de cada de cada delincuente que delitos en prisión preventiva, de el mismo que de de esta detención que no la hace.

[6] La razón de esta decisión, es que para los registros de información, tanto una manera de completos, debido a que algunos imputados de 2007 aún se encontraban en circunstancia. En cambio los términos de hacer un poco mayores a nuestro universo de 2007 así tanto no incluimos causas (2007) que aún no terminaban, debido, porque, tanto la información respecto de términos, de audiencias y duración de causas. Por lo tanto, la consecuencia es hacer de el imputado de que los registros posteriores a 2007 que son causas, tribunales, defensores, que son los imputados de 2007 que no hayan terminado durante el mismo año.

[7] Respecto del uso de diferentes opiniones, ninguna contradicción mutuo una sobre ejercicio, citamos el procesamiento de causas de. Cualquier que pretendan cumplirse del juicio. Sin embargo, la mayoría de delitos, ellos se ven a, el 3% cuyos de consumo de, por ej., el delito o quienes se han cometido, en donde, en consiguiente para los que no ofrecía determinante a los cálculos de costos directos.

[8] En donde, para términos el 2007a de la definición considerada por la Defensoría, a partir de Ministerio Público y el Poder Judicial se

consolidación, lo que debería ha tenido el destino negativo de cual es el universo de interés y que precisación, cumplir con los requisitos para pertenecer a la población potencial de la presión preventiva.

A partir de los instrumentos señalados, y luego de analizar cuidadosamente los presupuestos correspondientes a cada institución y las deficiencias entre los ciclos mencionados por cada uno de ellos, se concluyó que el presupuesto desagregado el cual conocemos el universo de interés para la estimación realizada en este estudio, es:

- El 100% del presupuesto de la Defensoría, el que corresponde a cuatro con imputado conocido.
- El del 97,7% del presupuesto total del Ministerio Público, el cual se asocia a los casos con imputado conocido y con participación de la Defensoría Penal Pública.
- El 14,8% del presupuesto del Poder Judicial en lo penal, el que corresponde a casos penales con defensa pública.

Los montos a lo reflejado en la siguiente tabla:

Tabla 4
Presupuesto total y presupuesto correspondiente a la población potencial, año 2008

INSTITUCIÓN	PRESUPUESTO TOTAL (miles de $)	PRESUPUESTO CORRESPONDIENTE (miles de $)
Defensoría Penal Pública	32.821.678	32.821.678
Ministerio Público	82.908.440	80.908.320
Poder Judicial (en lo penal)	11.418.897	11.027.371

Fuente: elaboración propia.
(a) Presupuesto 2008 + leyes corrientes 2008.

Luego de desagregar los presupuestos totales de cada institución, para obtener los costos que representa la presión preventiva para el sistema de justicia criminal, se incorpora información que permite categorizar delitos y sentencias.

En general, para el cálculo de los costos promedianos, el Ministerio Público, la Defensoría y el Poder Judicial, se consideran los diferentes tipos de los casos y el número típico de audiencias, por tipo de delito y según tipo de términos, presentados en la tabla 5 y 6, respectivamente. Con esta información se calcula la diferencia en el costo de causas tu defensa simulares cuando inicia y no dictará prisión preventiva.

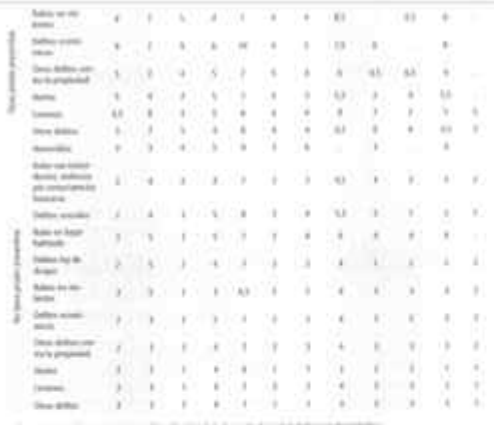
Tabla 5
Distribución del número de audiencias por tipo de causa (con delitos y formas de términos), según subsistema del proceso penal chileno, 2008

Tipo de proceso penal	DELITOS	Subsistema policías y ministerio público (investigación)	Subsistema ministerio público (investigación)	Subsistema ministerio público (preparación juicio oral)	Subsistema juicio oral	Subsistema defensoría penal pública (preparación juicio oral)	Subsistema defensoría penal pública (juicio oral)	Subsistema poder judicial (preparación juicio oral)	Subsistema poder judicial (juicio oral)	Subsistema defensoría penal pública (preparación juicio oral)	Subsistema defensoría penal pública (juicio oral)	Total
Tipo de proceso penal	Robo/hurto	0,9	0,9	0,9	1	0,1	1	1		0,1		
	Robo con violencias, intimidación, violencia, con consecuencias fatales	0,9	1	1	1	0,9	1	1	1	0,9		0,9	1
	Delitos sexuales	0,9	1	0,9	1	0,9	1	1				0,9	
	Robo en lugar habitado	0,9	0,9	1	1	1	0,9	1	0,9	0,9	1	1	0,9
	Delito ley de drogas	0,9	0,9	1	1	1	0,9	1	0,9	0,9	1	1	0,9

Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de los casos de tesis de la Defensoría Penal Pública.

Tabla 6
Distribución del número de audiencias por tipo de causa (con delitos y formas de términos), según subsistema del proceso penal chileno, 2008

Tipo de proceso penal	DELITOS	Subsistema policías y ministerio público (investigación)	Subsistema ministerio público (preparación juicio oral)	Subsistema ministerio público (juicio oral)	Subsistema juicio oral	Subsistema defensoría penal pública (preparación juicio oral)	Subsistema defensoría penal pública (juicio oral)	Subsistema poder judicial (preparación juicio oral)	Subsistema poder judicial (juicio oral)	Subsistema defensoría penal pública (preparación juicio oral)	Subsistema defensoría penal pública (juicio oral)	Total
Tipo de proceso penal	Robo/hurto	4	4	4	1	4	1	1		1			
	Robo con violencias, intimidación, violencia, con consecuencias fatales	1	1	1	1	1	1	1	1	1		1	1
	Delitos sexuales	1	1	1	1	1	1	1				1	
	Robo en lugar habitado	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
	Delito ley de drogas	1	1	1	1	1	1	1	1	1		1	1



Fuente: elaboración propia en base a cifras elaboradas de la Leyes de Costos de la Defensoría Penal Pública.

Para evaluar los valores típicos del número de audiencias, así como de la duración de cuotas y la duración de la prisión preventiva, se utilizó la mediana[9].

Específicamente, para evaluar el citado se procedió como sigue: primero se obtienen las frecuencias de los delitos por formas de término según el presentado a ser prisión preventiva, para 2007. En segundo lugar, se multiplican las frecuencias por las medianas del número de audiencias, obtenidas de esta misma. Luego se divide el presupuesto proporcional desagregado por la misma agregada de esa misma, sustituyendo así el costo de una audiencia. Mediante el mismo procedimiento, para consolidando la información correspondiente a las medianas de duración de causas según tipo de término, se estima el costo de un día causa. La siguiente tabla resume la obtenida:

9) La mediana es una medida de tendencia central, definida como la mediana es una medida de tendencia central, que divide una muestra en dos partes iguales, de tal manera que la mitad de los casos superiores a la mediana y la mitad de los casos inferiores a la mediana. En este caso, la mediana es un valor más bajo que la media, ya que los distribuciones de frecuencias de audiencias son sesgadas a la derecha, es decir, existen valores extremos (casos con muchas audiencias) que no son representativos de la mayoría de los casos. Por otra parte, la mediana no genera valores irrazonables como la media, es decir, siempre asigna un valor existente (que la media).

Tabla 1
Costo estimado por audiencia según tipo de defensor, duración por audiencia y duración de causa, 2007

Defensor	Costo audiencia (en pesos)	Costo día causa (en pesos)
Ministerio Público	81.249	1.161
Poder Judicial	110.581	1.621
Defensoría Penal Pública	83.378	1.131
TOTAL	157.588	8.451

Fuente: elaboración propia.

Considerando la información contenida en el cuadro anterior, y procediendo respecto de las formas de términos, se procede a estimar la diferencia de los costos por delitos para los casos con versus sin prisión preventiva. La siguiente tabla muestra el promedio del costo asociado por persona y por delito de la prisión preventiva correspondiente a los tres tramos antes señalados y procedimiento de juicio oral (OOAL).

Tabla 2
Costo estimado por delito y por tramo de la prisión preventiva, por audiencias, duración de causa y costo total, 2007

Delitos	Defensoría Penal Pública	Poder Judicial	Ministerio Público	TOTAL
Homicidios	68.111	113.068	68.694	368.513
Robo con intimidación, violencia o/o con resultado lesiones	75.832	125.972	89.254	283.203
Delitos sexuales	3.256	5.678	3.438	19.867
Robo en lugar habitado	63.111	103.230	75.942	186.720
Delitos ley de drogas	120.460	231.421	161.548	513.889
Robos sin violencia	57.648	113.301	95.275	286.224
Delitos económicos	86.589	143.125	102.557	345.127
Otros delitos contra la propiedad	78.951	132.484	86.598	307.251
Hurtos	72.638	123.263	98.555	296.340
Lesiones	134.691	198.852	141.684	464.241
Otros delitos	84.864	117.252	85.846	272.243
PROMEDIO COSTO ONCEADO	75.402	124.582	92.151	295.327

Fuente: elaboración propia.

Por último, para estimar el costo global generado en prisión preventiva para 2007, se multiplican los costos estimados por delitos, desagregados según forma de términos, por las frecuencias correspondientes. De esta forma se obtienen el costo total por delitos para 2007 de la prisión preventiva, presentado en la siguiente tabla:

Tabla 3
Costo total estimado por tramos de la prisión preventiva por delito y comparado con el total de la prisión preventiva, año 2007

Delitos	Defensoría Penal Pública	Poder Judicial	Ministerio Público	TOTAL
Homicidios	38.354.911	85.129.941	97.096.326	222.586.809
Robo con intimidación, violencia y/o con resultado lesiones	71.693.917	124.068.635	90.586.462	283.227.674
Delitos sexuales	20.251.301	44.822.254	61.533.330	126.391.149
Robo en lugar habitado	44.093.051	52.190.469	82.313.625	178.597.806
Delitos ley de drogas	91.403.390	150.259.545	113.868.220	302.365.916
Robos sin violencia	151.749.405	256.530.258	183.805.566	595.485.879
Delitos económicos	37.675.082	63.843.158	46.226.343	148.358.582
Otros delitos contra la propiedad	59.243.353	66.809.254	68.263.425	154.659.992
Hurtos	65.525.139	102.217.128	71.199.133	238.456.633
Lesiones	54.246.959	92.132.599	61.456.649	212.885.166
Otros delitos	66.132.495	131.275.196	116.751.678	314.160.552
TOTAL	750.414.233	1.170.271.868	972.254.637	2.393.575.301

Fuente: elaboración propia.

En la edición anterior se objetaron que el costo total del sistema de justicia criminal ascendía a la pírrica cantidad de $ 2,782 millones de pesos. Por su parte, el mismo costo es incurrido por el Poder Judicial, y específicamente para el delito de robo, sin violencia. Adicionalmente, el mismo costo de la justicia criminal de la misma procedencia como aquella del delito de robo sin bagaje habitable, siguiendo de los delitos económicos y de los delitos sexuales (en categorías de delitos en orden 1).

1 A la diferencia del costo de la justicia criminal de la misma

2 Véase siguiente de procedencia

Para estimar el costo de la pírrica preventiva y la detención para Gendarmería, primero se diferencian los puntos de su presupuesto que se refieren al sistema cerrado y al abierto[1]. Según estadísticas de la unidad de Control Financiero de Gendarmería[2], se estima que el 97% del presupuesto total de la institución se atribuye al sistema cerrado, mientras que el 3% restante, al sistema abierto. La siguiente tabla muestra los valores del presupuesto de Gendarmería para 2007 por sistemas según los datos anteriormente explicados:

Tabla 10
Distribución del presupuesto de Gendarmería para 2007, según sistemas.

SISTEMA	PRESUPUESTO (en pesos)
Presupuesto Sistema Abierto (3%)	4.048.784.530
Presupuesto Sistema Cerrado (97%)	130.845.486.830
Presupuesto total 2007	134.892.131.809

Fuente: elaboración propia en base a datos de la OPSU (presupuesto

1 Como se mencionó en la sección III del presente informe, la privación penal puede ser cumplida a dos sistemas, el abierto y el cerrado. Cumplirá dicho el sistema cerrado aquella persona que reciba sentencia que supone cumplirla en cualquiera de los Centros de Detención y Tránsito y no gozará de ningún beneficio para del sistema cerrado (según la Ley 24.660). El sistema abierto corresponde a la población condenada a cumplir detención en la vivienda (libertad vigilada, asistida, asistencia y tratado, condicional de la pena). El sistema abierto corresponde a quienes cumplen con privación de libertad, tal como los detenidos con sentencia de detención, y los presos que cumplen penas preventivas. En menos delitos se cita cada uno tipo de personal, los que pertenecen al sistema cerrado, los cuidados, algunos cumplen y también alternativa cumplen en cualquiera de el sistema cerrado. Así por ejemplo, en Gendarmería, el 98% de los presos que están con el total corresponden a cumplen en el sistema cerrado. Adicionalmente, en el año 2007, el 97% de los gastos se cumplen a cuenta de aquellos de forma individual, se representan en el sistema cerrado.

2 Ley de presupuesto 2007, B. 4000 de la administración

de noviembre 2007), la cual aprobó $ 134.892.131.809 de Gendarmería.

Por lo tanto, según la tabla anterior, el presupuesto total sobre el que se basa el cálculo del costo de la detención y de la pírrica preventiva, es el del sistema cerrado (ya que no hay detenidos preventivos en temporadas en el sistema abierto).

Con el objetivo de reflejar que los costos de los distintos tipos de privación de libertad son diferentes, se asignará ponderadores para asignarles un valor diferente a cada uno de ellos. En efecto, para el sistema cerrado se parte del supuesto que el costo de la población que se encuentra privada de libertad las 24 horas, es diferente al de los personas que son asistidas por este sistema, solo durante parte del día (por ejemplo, la población con exclusión nocturna, asistir nocturno, o con beneficios intermitentes de salida controlada) al medio libre o de libertad condicional).

La tabla que sigue asumirá los ponderadores asignados a los diversos tipos de población para el sistema cerrado:

Tabla 11
Costo unitario ponderado de la privación de la libertad en el sistema cerrado según tipo de población, Argentina 2007.

Condición procesal	Frecuencia 2007	% Original	Peso	% Ponderado	COSTO (en pesos)
Detenidos	366	0,6%	6	0,6%	178.813.119
Procesados	810	1,3%	6	1,3%	2.369.888.313
Imputados	9.634	15,3%	6	15,3%	28.194.338.333
Condenados	51.280	81,3%	6	81,8%	95.334.300.642
Condenados (2)	835	0,9%	4	1,0%	1.265.150.520
Reclusión nocturna	1.351	2,0%	2	1,7%	1.638.209.314
Arresto nocturno	387	0,6%	2	0,4%	564.045.510
Salida controlada	775	1,2%	2	0,8%	1.692.312.259
Libertad condicional	530	1,3%	3	0,3%	916.484.801
TOTAL	67.851	100%	-	100%	130.845.486.830

Fuente: elaboración propia en base a datos de la OPSU (presupuesto de Gendarmería 2007), del presupuesto OPSU 2008 de Gendarmería y de los datos del relevamiento estadístico de la población penitenciaria para Gendarmería de 2006-2007.

Como muestra la tabla anterior, se asume que el valor más bajo en el sistema cerrado se paga para la población en libertad condicional. Esto porque dicha población no requiere mayor supervisiones por parte de Gendarmería. Sólo se le exige el cumplimiento de presentarse a firmar una vez a la semana.

En cambio para la población con salida controlada al medio libre, así como la con reclusión y arresto nocturnos, se asume que el costo es el doble del de la población con libertad condicional y la mitad que el de la población con privación total de libertad. Este supuesto descansa en que para estos casos el uso de la infraestructura carcelaria es solo por parte del día. En el caso de las reclusión y arresto nocturnos, el uso es sólo por 8 horas; Mientras que en las salidas controladas el medio libre consigue disponer del tipo de salida, pero de hasta a seis monitores de 15 horas diarias.

Finalmente, para la población privada de libertad las 24 horas del día, se asume el mismo costo. Esto equivale al doble del costo de quienes cumplen privación parcial de libertad y a cuatro veces el costo de quienes se encuentran en libertad condicional.

Con la información presentada en la tabla anterior, se puede definir el costo de las detenidos y de la pírrica preventiva para Gendarmería, como se presenta a continuación:

Tabla 12
Costo de la pírrica preventiva y de la detención para Gendarmería (2007).

Tipo de privación de libertad en cuestión	COSTO (en pesos)	% sobre el presupuesto total de Gendarmería
Costo pírrica preventiva	10.669.325.093	12,7%
Costo detenidos	178.813.119	0,8%
TOTAL	11.325.862.151	13,2%

Fuente: elaboración propia en base a datos de la OPSU (presupuesto de Gendarmería 2007), del presupuesto 2008 de Gendarmería y de los datos del relevamiento estadístico de la población penitenciaria para Gendarmería de 2006-2007.

Si bien el costo total anual de la pírrica preventiva para Gendarmería ya se encuentra calculado, ahora se procede a desagregarlo para considerar el costo mensual y anual por delitos y tipos de crímenes. Para hacer dicha desagregación, se multiplicarán los frecuencias de delitos informados de la información de la Defensoría relativa a delitos terminados 2007) por los medianas de la duración de la pírrica preventiva, contenidas en la tabla 13.

Tabla 17

[illegible]

[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
Homicidios	16	44	60	5.84	233	87	62.3	...	34	...	...	...	...
Robo con intimidación, violencia u/o extraperiodicos humanos	17	18	20.3	85	5.78	14	17	35	40	...	109.5	46.5	
Delitos sexuales	23	30	17	132	218	19.5	90	...	...	...	...	...	
Robo en lugar habitado	75	85	56	104.3	163.5	41	85	88	35	15	35	59	
Delitos ley de drogas	75.5	115	82.5	129	245	60	72	56	85	...	...	55	
Robos en vehículos	16	21.5	31	82	118	45.5	54	83	...	52.5	39	...	
Delitos económicos	27	37	45	91	172.5	82.	52.5	35	55	...	48.5	...	
Otros delitos contra la propiedad	60	62.5	35	85	138	24	46	62.5	9	35	8	...	...
Hurtos	35	25.5	25	102	180	35	26	25	28	...	25	...	
Lesiones	52	29	25.5	84.5	74	15	57	58	68.5	58	8	85	
Otros delitos	25	14	12	66	115	30	28	59.5	28	56	55	8.5	

Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de las bases de datos de la Defensoría Penal Pública.

Luego, con la información anterior, se divide el presupuesto asignado a la prisión preventiva y se obtiene el costo diario de la prisión preventiva para Coyahuerrito, presentado a continuación:

Tabla 18

[illegible]

[illegible]	[illegible]
Coyahuerrito de Chile	14.385

Fuente: [illegible]

Finalmente, se utiliza este costo para obtener los costos asociados a cada uno delitos para el año 2007 presentados en la siguiente tabla:

Tabla 19

[illegible]

Delitos	Costo por persona	Costo Total
Homicidios	5.525.159	2.320.713.780
Robo con intimidación, violencia y/o extraperiodicos humanos	1.369.529	19.535.898.593
Delitos sexuales	1.305.885	2.274.289.104
Robo en lugar habitado	1.108.118	8.063.501.604
Delitos ley de drogas	1.167.384	6.691.212.158
Robos en vehículos	853.450	3.417.394.814
Delitos económicos	931.152	398.948.329
Otros delitos contra la propiedad	848.339	600.563.188
Hurtos	805.503	355.891.241
Lesiones	539.958	431.929.413
Otros delitos	839.632	592.814.227
Costo total		35.859.225.951

Fuente: elaboración propia.

En la tabla anterior se señala que el mayor costo asociado para Coyahuerrito de la prisión preventiva corresponde a la categoría de delitos compuesta por los delitos contra la ley de drogas, seguida por los delitos de homicidios (en el anexo 3 se encuentran los delitos incluidos en cada categoría).

A continuación se presenta un resumen de los principales costos estimados en la presente sección. Por un lado, en el anexo 3 se encuentra una tabla que resume brevemente la metodología utilizada para estimar los costos directos.

[illegible]

La siguiente tabla muestra el promedio del costo asociado por delito para los cuatro ámbitos claves vinculados al costo público de la prisión preventiva.

Tabla 20

[illegible]

Delitos	Gendarmería	Defensoría Penal Pública	Poder Judicial	Ministerio Público	TOTAL
Homicidios	1.521.158	68.910	132.668	84.696	**1.209.681**
Robo con intimidación, violencia y/o extraperiodicos humanos	1.369.529	25.832	103.911	89.254	**1.462.530**
Delitos sexuales	1.305.885	2.716	6.678	3.428	**1.318.340**
Robo en lugar habitado	1.108.118	41.117	161.220	51.867	**1.308.981**
Delitos ley de drogas	1.167.384	126.865	251.921	162.188	**2.085.151**
Robos en vehículos	853.450	32.668	133.103	96.276	**1.508.624**
Delitos económicos	931.152	86.691	147.131	107.737	**1.272.670**

Otros delitos contra la propiedad	640.334	38.515	132.404	96.340	1.147.089
Hurtos	965.821	52.028	123.552	81.375	1.252.356
Lesiones	739.958	136.609	138.252	145.854	1.359.683
Otros delitos	638.032	66.884	117.252	85.646	891.232
PROMEDIO COSTO UNITARIO	1.013.593	71.464	138.883	83.771	1.265.707

Fuente: elaboración propia.

Según la tabla anterior, los delitos que de forma asociada significan un mayor costo para la persona privativa, considerando valores típicos de ocurrencia y duración típica de la causa (en relación con los mismos delitos sin persona privativa) y duración típica de la prisión preventiva, son los delitos de la ley de drogas[1].

En general los costos asociados obtenidos, dependen principalmente de Gendarmería para en la asociación para la que la prisión preventiva significa mayor costo. Por lo mismo, la distribución de los costos asociados se determina en gran medida por la duración típica de la prisión preventiva para los delitos. De esta forma se explica que los delitos más costosos sean los más graves.

Para estimar el costo global asociado en prisión preventiva para 2007, se multiplican los valores unitarios por delitos, desagregados según diversas de atención, por la frecuencia correspondiente. De esta forma se obtiene el costo por delitos para 2007 de la prisión preventiva presentada en la siguiente tabla:

Costo asociado por persona en prisión preventiva por delitos considerados y total 2007

Delitos	Gendarmería Penal Pública	Poder Judicial	Ministerio Público	Gendarmería	TOTAL
Homicidios	38.334.815	81.339.841	87.600.336	1.102.712.580	2.379.992.891
Robo con intimidación, violencia y/o sorpresa con resultado	11.651.817	132.868.639	89.280.362	16.516.486.054	16.831.192.852
Delitos sexuales	38.251.705	63.832.565	61.721.185	1.216.359.565	1.383.106.324
Robo en lugar habitado	16.053.651	32.199.405	32.213.857	1.817.551.806	1.891.018.719
Delitos ley de drogas	31.161.990	112.329.600	113.666.331	1.615.212.138	1.872.388.189
Robo en violentos	53.138.605	256.549.520	183.805.984	2.877.598.851	3.412.874.332
Delitos económicos	27.671.607	63.053.718	58.719.833	308.808.324	458.196.867
Otros delitos contra la propiedad	19.565.513	86.095.254	98.382.435	480.102.190	713.332.572
Hurtos	46.538.239	164.351.530	75.194.511	551.891.295	788.817.574
Lesiones	54.106.870	93.113.958	67.858.048	650.630.071	865.907.917
Otros delitos	46.131.430	151.175.200	116.751.429	960.918.037	1.295.085.198
TOTAL	386.811.111	1.166.215.096	877.204.477	26.699.225.093	33.399.892.399

Fuente: elaboración propia.

1 No se suman 2 los delitos incluidos en la categoría de delitos de drogas.

Por lo tanto, el costo público total estimado de la prisión preventiva para 2007, ascienda a alrededor de 33.399 millones de pesos. Los delitos que más aportan al mayor gasto del costo fiscal son los delitos con violencia, seguidos por los delitos de la ley de drogas y otras formas de robo. Considerando a la intervención que incurre en el mayor costo. En el costo de las instituciones vinculadas al sistema de justicia criminal, el mayor costo se debe a los delitos de robos sin violencia y luego a los delitos de la ley de drogas.

Adicionalmente, la siguiente tabla resume los resultados referentes al costo público de la prisión preventiva para 2007:

Costo total de la prisión preventiva por institución para 2007 (en millones de pesos)

Institución	Costo
Ministerio Público	$77.294.477
Poder Judicial	$ 1.166.215.096
Defensoría Penal Pública	$ 86.312.232
Gendarmería	$ 26.699.225.094
TOTAL	$ 33.399.892.398

Fuente: elaboración propia.

Utilizando la desviación estándar de los costos por delitos se obtiene un rango mínimo y máximo de los costos anteriormente calculados presentados a continuación:

Costo total de la prisión preventiva para 2007 por institución, rango mínimo y máximo

	Promedio	Rango Mínimo	Rango Máximo
Justicia Criminal	$ 2.385.537.305	$ 647.214.753	$ 3.923.859.829
Gendarmería	$ 26.699.225.093	$ 19.480.328.106	$ 33.918.121.880
Salud	$ 33.399.892.398	$ 26.130.898.878	$ 40.668.886.018

Fuente: elaboración propia.

En el cuadro anterior se aprecia que el mayor costo directo asociado a la prisión preventiva para el año 2007 es asumido por Gendarmería.

En definitiva, los costos totales directos de la prisión preventiva y de la duración, para 2007, asociados a la justicia criminal y a la reincidencia de los excluidos, fueron los que muestra la tabla que sigue:

Costo total estimado para personas en prisión preventiva y de duración para 2007

Tipo	Costo
Detención	$ 76.817.719
Prisión preventiva	$ 33.399.892.398
TOTAL	$ 33.567.819.117

Fuente: elaboración propia.

Como vemos, el costo de la prisión preventiva representa alrededor del 50% del costo público total asociado a violar privación de libertad sin condena.

3. Consecuencias económicas y personales

3.1 Consecuencias económicas

En esta sección se desarrolla la estimación de aquellos costos indirectos asociados a la prisión preventiva. Como se mencionó anteriormente, la información disponible es incompleta y no es posible calcular todos los costos.

Para enfrentar la escasez de información se ha decido realizar importantes supuestos simplificadores, y adicionalmente se han establecido, en algunos casos, rangos inferiores y máximos para los valores utilizados en los casos estimados. En este punto es importante mencionar que, si bien algunos de los supuestos utilizados pueden ser debatibles, estos son los que mejor reflejan la realidad chilena, dada la información disponible. Sin embargo, se cree necesario realizar en el futuro un análisis de sensibilidad al modelo propuesto, relajando algunos supuestos aquí mencionados y haciendo así se perfeccionando la estimación de costos realizada.

Según la base de datos de la Defensoría, el universo de personas que ingresó a prisión preventiva

durante el año 2007 fue de $6.286. Por su parte, según el Compendio estadístico de Gendarmería de Chile, la población de imputados y procesados atendida promedio mensual para 2007 fue de 10.884 personas.

Los costos estimados en esta sección son cuatro:

- Ingresos que deja de recibir el no hábil.
- Costo de visitas de familiares.
- Costo de abogados particulares.
- Costo de interno por homicidio por otro incluido.

A continuación se describe la información incluida y el cálculo realizado para cada uno de ellos.

2.1 Ingresos que deja de recibir el no hábil

Para calcular el ingreso que deja de recibir cada superflua persona que estaba trabajando, se utilizó la información del Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Según datos de esta institución[1], el año 2006, la proporción de personas condenadas que no tenía trabajo antes de cometer delito fue de 71,8%[2].

En cuanto al sueldo que recibían estas personas antes de estar recluidas, se utilizan dos supuestos, que conducen a dos cálculos independientes:

- Que estas personas recibían la el sueldo mínimo, es decir $119.000 pesos mensuales, con lo cual dejan de ganar aproximadamente $5.300 pesos diarios; el tiempo que deben permanecer en prisión preventiva.
- Que estas personas recibían el equivalente a lo que se denomina "canasta básica"[3], es decir $43.899 pesos mensuales, con lo cual dejan de ganar aproximadamente $1.570 pesos diarios; el tiempo que deben permanecer en prisión preventiva.

Para obtener información más precisa en cuanto a la duración promedio por tipo de delito, se utiliza la información contenida en la tabla 15 incluida en la sección V.1.b) obtenida de la base de datos de la Defensoría.

Con esto se obtienen dos diferentes aproximaciones al costo asociado a la pérdida de ingresos para cada categoría de delitos producto de estar en prisión preventiva, los cuales se presentan a continuación:

Tabla 13
Costo por pérdida de ingresos que dejan de recibir los personas con sueldo en prisión preventiva por tipo de delito, año 2007

	Costo estimado	
	Supuesto para el ingreso que deja de recibir	
Delito	Sueldo mínimo ($119.000 mensual)	"Canasta Básica" ($43.899 mensual)
Homicidios	$48.684.499	$62.115.291
Robo con intimidación, violencia y/o amenazas con hurtadas	$ 382.382.879	$ 131.236.595
Delitos sexuales	$ 21.212.441	$ 14.089.835
Robo en lugar habitado	$ 84.265.756	$ 28.856.418
Delitos ley de drogas	$ 458.215.800	$ 154.581.014
Robos no violentos	$ 69.569.426	$ 66.753.850
Delitos económicos	$ 21.321.600	$ 21.652.950
Otros delitos contra la propiedad	$ 41.580.336	$ 11.951.175
Hurtos	$ 29.938.560	$ 8.606.346

[1] Obtenido en "Boletín Informe Anual 2006" (pp. 19) y que corresponde a personas que fueron procesadas y sentenciadas condenatoriamente (Corte 2006).

[2] Según esta fuente, quienes tenían trabajo calificado lo ejercían en labores asociadas del grado de oficial, profesional de calidad, técnico o profesional; empleados de oficina; trabajadores de servicios, agricultores y trabajadores calificados; obreros y operarios; operadores de instalaciones y trabajadores no calificados. El 28,2% restante tenían o tienen un oficio no ubicado en los calificadores, se dedicaban a las quehaceres del hogar o son jóvenes, adultos o ex presidiarios.

[3] En UNAB, la palabra a usar aquí de una "línea de pobreza" que es variables calculando el valor de una canasta básica de alimentos. El concepto de una canasta se determina analizando cuánto es lo ingresos y gastos que promedian chilenos realizan. Los precios de consumo utilizados para confeccionar las necesidades nutricias de hasta 2 variantes de la canasta. La medición de la cantidad de personas en situación de pobreza o indigencia se realiza a través de Encuestas de Caracterización Socioeconómica (CASEN). Según esta encuesta, para el año 2006, el valor de la línea de pobreza fue de $43.899 mensuales, por cápita de cada persona; valores que representan el valor de la canasta básica.

Leyendo	148.313.550	46.116.288
Otros delitos	322.395.252	95.809.859
Costo total	1.293.958.594	1.538.104.351

Fuente: elaboración propia.

Ya la cifra anterior se observa que el ingreso total anual que dejan de recibir todas las personas que deben cumplir prisión preventiva fluctúa entre los $7.213 millones y los $1.536 millones de pesos.

2.2 Costo de visitas de familiares

Los familiares de las personas que están en prisión preventiva tienen que asumir un conjunto de costos asociados a las visitas, tales como el ganancia cesante, el costo en que deben incurrir debido a los límites que le fijan a un familiar y dejar de ganar sueldo durante la visita.

El régimen de visitas en las cárceles chilenas permite hasta 2 visitas a la semana, las cuales duran un promedio entre 2 y 4 horas. El número de personas que pueden participar en cada visita son 5. Según Gendarmería, en promedio las visitas ascienden son 4, y en ella participan aproximadamente 4 personas.

La estimación de los costos asociados a las visitas se divide en dos categorías, los cuales se abordan a continuación:

- **Costo por cada visita:**

Según información obtenida de trabajado en Gendarmería, los gastos que incurren los familiares fluctúan entre los 5 y 10 mil pesos por visita. Este costo incluye costo el combado de la familia el mismo pasaje como el costo de una comida promedio de bienes que le llevan al familiar (como alimentos, productos de higiene, revistas, cigarrillos, etc.).

Los resultados de la estimación para ambos tipos de gastos se presentan en la siguiente tabla:

Tabla 14
Costo por pérdida para visita para personas en prisión preventiva durante el año 2007

	Costo por visita	
Cantidad de visitas promedio al mes	4	4
Costo de cada visita	$5.000	$10.000
Personas promedio en prisión preventiva mes	10.884	10.884
Costo mensual promedio	$ 435.360.000	$ 870.480.000
Costo anual	$ 5.224.320.000	$ 10.445.760.000

Fuente: elaboración propia.

- **Costo de oportunidad de quienes realizan la visita:**

Quienes efectúan la visita tienen un costo de oportunidad asociado a realizar otras actividades durante el tiempo que dura la visita, tales como estar trabajando o realizando actividades recreativas.

Para estimar este costo, según Gendarmería de Chile, las visitas duran en promedio dos horas y media y el tiempo de traslado ida y vuelta de su hogar es en promedio de 1 hora en total. Adicionalmente, se evalúa el supuesto de que el costo de oportunidad por hora es igual a la mitad del salario mínimo por hora es decir, $60[1]. Finalmente se considera que asisten en promedio 4 personas a cada visita, y se estiman dos escenarios: el primero supone que sólo una de las personas que visita deja de recibir un sueldo y el segundo escenario se basa en que 2 de ellas dejan de recibir un salario durante la visita. A continuación se presentan los resultados:

[1] Este cálculo se realiza equivalente que el sueldo diario es de $5.000 y cada día esta trabajando 8 horas diarias.

Tabla 23
Costo de oportunidad de la salud para [illegible] según [illegible]

	Costo oportunidad de la salud	
	Segundo 4° primaria con trabajo	
	3	5
Cantidad de personas promedio por hora	4	4
Personas por hora con trabajo	3	3
Duración de la visita (horas)	2,5	2,5
Tiempo de traslado (horas)	1	1
Sueldo diario dejado de percibir	$ 5.300	$ 5.300
Sueldo dejado de percibir por hora	$ 663	$ 663
Visitas al año	6	6
Costo por visita al año	$ 14.550	$ 8.275
Personas promedio en prisión preventiva año	10.484	10.484
Costo nacional mensual	$ 944.878.350	$ 37.239.150
Costo nacional anual	$ 11.333.738.800	$ 1.166.869.200

Fuente: elaboración propia.

3.4 Costo de abogados particulares

No se cuenta con una cifra exacta respecto de los de personas que pagan abogados particulares para su defensa durante el periodo en el cual debe permanecer en prisión preventiva. Según estimaciones referenciales, realizadas por personas que participan en el proceso penal, este porcentaje es aproximadamente del 10% de los imputados. Con esto, la cantidad de personas que ocupa en prisión preventiva durante el año 2007 y contrató abogado particular fue 896.

Por su parte, se realizo el supuesto de que el costo que debe asumir la familia al contratar un abogado particular es equivalente al costo mínimo, máximo y promedio por causa estimado por la Defensoría. A continuación se muestran los datos utilizados.

Tabla 24
Costo mensual de abogados particulares de las personas que permanecen en prisión preventiva, año 2007

	Promedio	Mínimo	Máximo
Costo por causa (en pesos)	$ 34.295	$ 40.000	$ 90.000
Cantidad de personas que contratan defensores particulares	896	896	896
Costo de abogados particulares 2007 (en pesos)	$ 7.019.896	$ 4.019.104	$ 9.980.608

Fuente: elaboración propia.

En definitiva, el costo nacional atribuible a la prisión preventiva de costosos abogados particulares es de $7.802 mil pesos, en promedio.

3.5 Costo de vivienda para [illegible] [illegible]

El siguiente cuadro muestra la cantidad de personas que murieron en los circelo chilenos debido a robo o agresión para el periodo 2002-2005.

Tabla 25
Personas que mueren a agresión [illegible] de [illegible]

Año	Muertes por robo o agresión
2002	13
2003	14
2004	11
2005	14

Fuente: "El funcionamiento de la salud como industria en Chile". Ministerio de Planificación, 2005.

La tasa de homicidios población general chilena corregiendo a 0,000006, es decir, 6 homicidios cada 100 mil habitantes[11]. Por su parte, se estimó que la tasa de homicidios para la población en prisión preventiva es de 0,00015/6/01, la cual implica 58 homicidios cada 100 mil habitantes. Si se considera la diferencia entre ambas tasa de homicidios, se obtiene una tasa de 0,00015/0,001 homicidios cada 100 mil habitantes.

Adicionalmente, según un estudio sobre los costos de la delincuencia en Chile[12] se tiene que el costo de la vida para el año 2007 fue de $38.546 millones de pesos, con lo cual el costo de la vida diario es de $72.700 millones pesos.

Utilizando la información anterior, el costo diario por la probabilidad de ser asesinado en la cárcel es de $57.936 pesos.

El cálculo realizado del costo de muerte por homicidios por tasa en prisión preventiva se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 26
[illegible] [illegible] de muerte por homicidios por tasa en prisión preventiva por [illegible], 2007

Costo de muerte por tasa estadía	
Costo diario por probabilidad de ser asesinado	$ 57.310
Personas promedio en prisión preventiva año	10.484
Costo promedio mensual	$ 393.617.320
Costo promedio anual	$ 4.724.135.011

Fuente: elaboración propia.

La tabla anterior señala que el costo asociado al riesgo de muerte producto de un homicidio ocurrido en prisión preventiva es de $ 4.724 millones de pesos para el año 2007.

3.6 Resumen de los costos utilizados y estudios

A continuación se presenta una tabla resumen de los costos utilizados y estudios revisados en la presente sección. En el anexo 8 se encuentra una tabla que resume los datos y supuestos utilizados para realizar estos cálculos.

Tabla 27
Costos anuales en los cuales [illegible] de personas [illegible] a causa [illegible] año 2007 (en pesos)

Costo Indirecto			
	Promedio	Mínimo	Máximo
Ingresos	$ 619.324.232	$ 336.358.751	$ 293.859.763
Visitas	$ 524.343.805	$ 85.039.350	$ 360.858.600
costo por visita	$ 274.240.000	$ 104.160.000	$ 832.320.000
costo oportunidad	$ 250.103.805	$ 166.869.200	$ 332.538.600
Abogados particulares	$ 7.019.896	$ 4.019.104	$ 9.980.608
Costo vivienda	$ 7.019.896	$ 4.019.104	$ 9.980.608
Total	$ 9.869.865.829	$ 1.547.292.362	$ 19.313.458.205

Fuente: elaboración propia.

[11] Información extraída de "El funcionamiento de la salud como industria en Chile". Ministerio de Planificación.
[12] "Los costos de la delincuencia en Chile 2004-2007". Centro de Estudios Públicos.

A continuación, se presentan dos tablas que resumen todos los costos estimados, considerando los tuteos promedio y los rangos inferior y superior para cada caso. La primera de ellos con un promedio bajo, y la segunda en dólares americanos[1].

Tabla 28
Resumen de costos directos e indirectos de la prisión preventiva en Chile, año 2007

Costo		Pesos chilenos		
		Promedio	Mínimo	Máximo
Costos directos	Justicia Criminal	2.283.137.205	2.041.214.282	2.921.439.823
	- Defensoría	398.052.332	356.019.464	510.113.280
	- Poder Judicial	1.938.271.208	1.733.847.916	2.758.694.896
	- Ministerio Público	837.294.677	832.958.563	921.537.252
	Gendarmería	20.609.225.092	23.408.516.106	31.758.503.999
	Total	23.200.802.208	26.190.688.670	36.648.755.919
Costos indirectos	Ingresos	4.674.124.131	5.236.358.701	7.371.926.950
	Víctimas	5.524.343.800	5.681.519.200	5.986.958.400
	- costo por vida	2.774.240.000	2.936.160.000	3.032.200.000
	- costo oportunidad	2.750.103.800	2.744.869.200	2.954.758.400
	Abogados particulares	1.867.242	4.193.256	9.240.600
	Costo muerte	4.716.130.032	4.716.130.032	4.716.130.032
	Total	14.920.465.426	15.547.192.163	18.251.058.202
Costo total		48.121.267.829	49.688.645.340	55.951.814.024

Fuente: elaboración propia.

Tabla 29
Resumen de los costos directos e indirectos de la prisión preventiva en Chile en dólares norteamericanos, año 2007

Costo		Dólares norteamericanos		
		Promedio	Mínimo	Máximo
Costos directos	Justicia Criminal	5.323.193	5.005.549	5.552.638
	- Defensoría	1.251.225	1.283.883	1.418.258
	- Poder Judicial	2.293.362	2.172.698	2.668.986
	- Ministerio Público	1.679.032	1.598.967	1.765.436
	Gendarmería	38.582.349	52.835.687	64.533.871
	Total	43.905.542	57.841.819	70.151.969

[1] El valor seleccionado es el dólar al peso chileno considerado para el año 2007 (Banco Central de Reservas, 2007).

Costo		Ingresos	Víctimas	Costo total
Costo individuales	Ingresos	8.395.692	9.868.848	13.802.726
	Víctimas	10.571.290	5.008.860	14.002.774
	- costo por vida	5.313.424	4.875.837	9.635.224
	- costo oportunidad	5.109.864	5.134.242	9.966.085
	Abogados particulares	15.163	8.257	18.358
	Costo muerte	9.035.395	9.035.395	9.035.395
	Total	28.127.448	23.187.152	36.863.111
Costo total		56.495.138	73.029.001	107.015.080

Fuente: elaboración propia.

Finalmente, se encuentra una valla resumen de los costos directos e indirectos estimados para la prisión preventiva en Chile.

Tabla 30
Resumen de los costos directos e indirectos de la prisión preventiva en pesos y dólares, año 2007

Costo		Pesos chilenos	Dólares norteamericanos	Porcentaje
Costos directos	Justicia Criminal	2.283.137.205	5.323.193	5,8%
	Gendarmería	20.609.225.092	38.582.349	43,2%
	Total	23.200.802.208	43.905.542	49,1%
Costos indirectos	Ingresos	4.674.124.131	8.395.692	8,7%
	Víctimas	5.524.343.800	10.571.290	11,9%
	Abogados particulares	1.867.242	15.163	0%
	Costo muerte	4.716.130.032	9.035.395	9,8%
	Total	14.920.465.426	28.127.448	30,9%
Costo total		48.121.267.829	56.495.138	100%

Fuente: elaboración propia.

En la tabla se observa que el mayor costo asociado a la prisión preventiva corresponde a los costos directos, que representan el 49% del total, y específicamente a los costos de mantención del recluido, los cuales representan el 43% del total. Por otro parte, considerando los costos indirectos estimados, el costo más relevante dentro del total es el costo de las víctimas, que representa el 11,9% del total y, en segundo lugar el costo asociado a mayor sin prisión seguido por el costo por la pérdida de ingresos, los cuales representan el 9,8% y 8,7% del total, respectivamente.

VI. Algunas consideraciones de los beneficios de la prisión preventiva

Como se mencionó anteriormente, debido a la escasez de información existente, el presente estudio se limita a estimar sólo los costos de la prisión preventiva y no los beneficios de esta. A pesar de lo anterior nos parece relevante hacer algunas consideraciones.

Para estimar los beneficios, se relevante considerar, en primer lugar, que con esta medida se asegura la comparecencia del individuo y por lo tanto, que la causa llegue a su fin. Para esto es importante tener en cuenta cuál es la probabilidad de fuga de esta persona que debe estar en prisión preventiva en comparación con una que no lo está.

En segundo lugar, otro elemento considerado también en el análisis los costos de reincidencia de quienes han cometido delitos para así poder estimar el beneficio asociado a evitar los delitos que dejan de cometerse mientras dura la prisión preventiva.

En definitiva, el análisis no sustituye que permita comparar la prisión preventiva con alguna medida cautelar alternativa se deben tener en consideración costos que los efectos que logre cada una de ellas en la persona que sirve sus fines cautelares.

Para tomar esta decisión en cuanto a la prisión preventiva es necesario comparar esta medida con alguna medida alternativa que logre los mismos efectos, es decir evitar la comisión de delitos y a un mismo respecto la comparecencia del imputado mientras dura el proceso. Teniendo esto claro, se deben comparar los costos de cada medida para concluir en cuál de ellas es preferible.

5.2. Conclusiones

El sistema de justicia criminal chileno ha sufrido importantes cambios durante la última década. En ese sentido, resultaron la Reforma Procesal Penal y la puesta en marcha de un sistema inquisitivo escrito y secreto con su carga investigativa, a uno acusatorio, oral y público.

Importantes efectos de esta reforma se han visto reflejados en las medidas cautelares y específicamente sobre la prisión preventiva. Si bien en términos absolutos la cantidad de personas condenadas privadas preventiva ha aumentado desde la implementación de la reforma, la proporción de personas que debe cumplir prisión preventiva en relación al total de imputados ha disminuido en los últimos años.

Sin embargo, en marzo del año 2008 entra en vigencia la ley 20.253, denominada "agenda corta". Entre sus modificaciones, esta ley busca la simplificación de los criterios de aplicación de la prisión preventiva, lo que hace suponer un fuerte aumento en la utilización de esta medida.

El objetivo del presente estudio fue estimar los costos directos e indirectos de la prisión preventiva en Chile. Para cubrir este objetivo se recurrió a información en la literatura en detalle realizar importantes supuestos simplificadores de la realidad. Sin embargo, es importante mencionar que, si bien algunos de los supuestos utilizados pueden ser debatibles, estos son los que mejor reflejan la realidad chilena dada la información disponible.

Dado lo anterior, se recomienda que para futuras estudios o estimaciones sean hechas, se debe realizar un análisis de sensibilidad al modelo propuesto, cambiando o relajando algunos supuestos propuestos en el presente informe, y perfeccionando así la estimación de costos llevada a cabo.

Por otra parte, para analizar la conveniencia de aplicar o no la prisión preventiva se deben considerar los beneficios sociales de la misma. Para ello se propone estudiar, lo que como ciencia económica esta diferentes como si, adicionalmente, para realizar un análisis más exhaustivo, sería conveniente en el futuro tener en consideración los diferentes perfiles de los presentes. Un supuesto debido a que, a hacer, para algunos delitos sería gravoso con perfiles específicos, la prisión preventiva se estaría tomando un costo para asegurar el retiro de la cautelación, la seguridad de la sociedad. Sin estos delitos con distintos perfiles en los que hay que analizar con mayor detenimiento la conveniencia o no de aplicar esta medida.

En definitiva, sostenemos que la utilidad de contar con una estimación de costos para la prisión preventiva, es que constituye una herramienta de gran utilidad para realizar futuros análisis de costo efectividad de la medida. Ella, teniendo en cuenta que, en comparación con otras medidas o sistemas de supervisión debidamente implementados, produce ningunos los mismos objetivos que la prisión preventiva, pero con una menor restricción de derechos y, consecuentemente a menor costo, como para el Estado como para los presentes.

5.3. Bibliografía

- Alcaraz, P.; Mourgeon, A. y Herrera, R. (2007). "Impacto de la Reforma Procesal Penal en la población carcelaria del país", Revista de estudios criminológicos y penitenciarios 5(01): 1-59. CESC. Conferencia de Chile.
- Arias, F. y Rios, C. (2003). "Libertad provisional y prisión preventiva: La experiencia del nuevo chileno", Revista de estudios criminológicos y penitenciarios 5(01). UNIC/2024. Conferencia de Chile.
- Arnold, M.F. y García, J.L (2005) "El costo de la delincuencia en Chile 2000-2005", Serie de Informe Política N° 116, Libertad y Desarrollo.
- Cavanagh, D. y Klerman, M. (1990). "A cost benefit analysis of prison self-construction and alternative sanctions", RUTTC Analysis Corporation.
- Código Procesal Penal.
- Cohen, M. (2000). "Measuring the costs and benefits of crime and justice". Capítulo 1A Volumen 4 (pp. 263 – 315). en "Measurement and analysis of crime and justice", National Institute of Justice.
- Chisholm, J. (2008). "Bounds cost analysis and crime prevention", Australian Institute of Criminology.
- Defensoría Penal Pública (2008) "Informe Estadístico Año 2007". En: http://www.dpp.cl/resources/upload/Documentos/Estadisticas/2007/informe-estadistico-anual-2007.pdf y http://www.dpp.cl/resources/upload/Documentos/Estadisticas/2007/resumen-anual-2007.pdf
- Defensoría Penal Pública, Tasas de Ocios actualizadas a diciembre 2007.
- Dhiebo, J. y Pichl, A. (1991). "Does Prison Pay? The Bandwagon Revisit. US. Stewart, D.C.
- Donohue, J. y Siegelman, P. (1998). "Allocating resources among prisons and social programs in the battle against crime." Journal of Legal Studies 27:1-43.
- Duce, M. y Riego, C. (2002). "Introducción al nuevo sistema procesal penal", Volumen I, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- Durán, M. (2008). "La Reforma Procesal Penal en Chile: Logros y desafíos periodo 2000-2007", Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana 5(05). Quito.
- Gendarmería de Chile (2008) "Compendio Estadístico de la Población Atendida por Gendarmería de Chile 2007".
- Instituto Nacional de Estadísticas (2006). "Síntesis Informe Anual 2006", pp. 63. Santiago de Chile.
- Jiménez, G. (2003) "El funcionamiento de la cárcel como exclusión en Chile", Ministerio de Planificación, Gobierno de Chile.
- Lawrence, S. y Mears, D. (2004). "Fiscally cost analysis of supervised pretrial criminal justice and considerations", Urban Institute, Justice Policy Center, Washington DC.
- Ministerio Público, Fiscalía Nacional (2008) "Boletín Estadístico Anual 2007". En: http://www.minpublico.cl/Repositorio/MinPublico/Archivos/Estadisticas/documentos/resumen_estadistico_2007.pdf
- Ministerio Público, Fiscalía Nacional (2008) "Boletín Estadístico I Semestre Año 2008". En: http://www.minpublico.cl/Repositorio/MinPublico/Archivos/Estadisticas/Boletin%20Estad%C3%ADstico%20Interno%20I_Semestre_2008.pdf
- Ministerio Público, Fiscalía Nacional (2008) "Boletín Estadístico III Trimestre Año 2008 (Enero a Septiembre 2008)". En: http://www.minpublico.cl/Repositorio/MinPublico/Archivos/Estadisticas/Boletin%20Estad%C3%ADstico%20Trimestral%20Enero%20-%20Septiembre%202008.pdf
- Oliveros, M. (2005) "Costos económicos del delito en Chile", Universidad de Chile, Departamento de Seguridad Ciudadana, Ministerio del Interior.
- Poder Judicial, Administración de Justicia (2008) "Memoria Anual 2007".
- Chahuán, S. (2003). "Manual del nuevo procedimiento penal", Segunda Edición.
- Vial, L. y Morgan, V. (2008) "Bonnecarrère revisited: la reforma procesal chilena: práctica en Chile", Opus Institut Jurídico Internacional, pp. 44.

Sitios web

- www.gendarmeria.gob.cl
- www.dipres.cl
- www.gendarmeria.cl
- www.minpublico.cl
- www.policiadechile.cl

10. Anexos

Anexo V. Categorías de delitos utilizadas en la elaboración

Tabla 10
Categorías de delitos utilizadas

Categorías de delitos	Delitos específicos
Delitos económicos	Ejercicio Ilegal de la Profesión
	Falsificación de Monedas y Otros (Art. 162.2 Pf, Billetes, recogido en Cód. Comercio)
	Falsificación o Uso Malicioso De Documentos Públicos
	Falso Testimonio, Perjurio O Denuncia Calumniosa
	Otros Libro II Título IV
	Presentación De Testigos O Documentos Falsos
	Falso Falso Or Otros Auténtico
	Usurpación de Funciones
	Usurpación De Nombre
	Abuso De Firma En Blanco
	Apropiación Indebida (Incluye Depositario Infiel)
	Celebración De Contrato Simulado
	Estafa al Fisco y Otros Organismos Públicos (Art. 470 N 8)
	Estafas Y Otros Defraudaciones
	Falsificación o Uso Malicioso De Documentos Privados
	Giro Dolosos De Cheques
	Infracción a la Ley mercado de valores
	Insolvencia Fraudes (Documentos De Bienes)
	Malversación Fraudulenta De Caudales
	Otros Delitos Ley De Cuentas Corrientes Bancarias Y Cheques
	Otros
	Abusos Contra Particulares
	Cohecho
	Exacciones Ilegales (Art. 141, 142 y 241 CP)
	Exacciones Ilegales Cometidas Por Funcionario Público
	Fraudes al Fisco y Organismos del Estado (Art. 239)
	Fraudes Al Fisco Y Organismos Del Estado (Art. 239)
	Infidelidad En La Custodia De Documentos
	Malversación De Caudales Públicos
	Negociación Incompatible
	Remuneraciones Ilegales
	Otros Libro II Título V
	Prevaricación
	Prevaricación del abogado
	Soborno
	Usurpación de Atribuciones de Empleados Públicos

Categorías de delitos	Delitos específicos
Delitos ley de drogas	Asociaciones Ilícitas Ley De Drogas (Art. 16)
	Consumo De Drogas (Art. 41)
	Cultivo/Cosecha Especies Vegetales Productoras Droga(s) (Art. 8)
	Desvío Lícito De Precursores Y Sustancias Esenciales (Art. 3)
	Elaboración/Producción Sustancias Sicotrópicas O Drogas (Art. 1 Inc. 1)
	Otros Delitos A La Ley 19.366
	Otros Delitos De La Ley 20.000
	Pasta De Drogas (Art. 11)
	Prescripción Indebida De Substancias, Drogas Estupefacientes O Sicotrópicas (Art. 1)
	Producción Y Tráfico De Precursores (Art. 3)
	Suministro De Substancias Sicotrópicas A Menores (Art. 5)
	Suministro Indebido (Art. 1)
	Tráfico de Pequeñas Cantidades (Art. 4)
	Tráfico Ilícito De Drogas (Art. 3)
Delitos sexuales	Abuso Sexual
	Abuso Sexual Calificado
	Abuso Sexual De 14 Años A Menor De 18 Años
	Abuso Sexual De Mayor De 14 Años Circunstancias De Violación
	Abuso Sexual de Menor de 14 Años
	Abuso Sexual Impropio Mayor de 14 Años
	Abuso Sexual Impropio Menor de 14 Años
	Adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil
	Comercialización material pornográfico infantil
	Estupro
	Incesto
	Obtención de Servicios Sexuales de Menores
	Producción de material pornográfico infantil
	Promover o Facilitar Prostitución de Menores
	Sodomía
	Trata De Personas
	Violación
	Violación con Homicidio
	Violación De Mayor De 14 Años
	Violación De Menor de 14 Años
Homicidios	Homicidio
	Homicidio Calificado
	Homicidio En Riña O Pelea
	Infanticidio
	Parricidio
Hurtos	Hurto Agravado (Art. 447 Código Penal)
	Hurto De Talonario
	Hurto Simple
	Hurto Simple Por Un Valor De 4 A 40 Utm
	Hurto Simple Por Un Valor De Media A Menos De 4 Utm
	Hurto Simple Por Un Valor Sobre 40 Utm

Categorías de delitos	Delitos específicos
Lesiones	Lesiones Graves
	Lesiones Graves Gravísimas
	Lesiones Leves
	Lesiones Leves 494 Nº 5 Código Penal
	Lesiones Menos Graves
	Mutilación
Otros delitos	Cuasidelito De Homicidio
	Cuasidelito De Lesiones
	Otros cuasidelitos [illegible]
	Amenazas De Atentados Contra Personas Y Propiedades
	Apertura, Registro O Interceptación De Correspondencia
	Delitos Contra Vida Privada (Art. 161 A-B)
	[illegible]
	Interceptación de Telecomunicaciones (Art. 36 B Ley Gral. de Telecomunicaciones)
	Secuestro
	Secuestro con Homicidio, Violación o Lesiones
	Sustracción De Menores
	Secuestro A Detenidos
	Secuestro A Detenidos Por Empleado Público
	Violación De Morada
	[illegible]
	[illegible] (196 H Ley 18.290)
	Conducción Bajo La Influencia Del Alcohol (196 C Inc. 1 Ley 18.290 Del Tránsito)
	Conducción Bajo la Influencia del alcohol (Art. 196 C Ley 18.290 del Tránsito)
	Conducción Bajo La Influencia Del Alcohol Causando Lesiones Graves (196 C Inc. 2 Ley 18.290)
	Conducción Bajo La Influencia Del Alcohol Causando Lesiones Graves Gravísimas O Muerte (196 C)
	Conducción Bajo La Influencia Del Alcohol Causando Lesiones Menos Graves (196 C)
	Conducción en Estado de Ebriedad con Resultado De Muerte
	Conducción Estado de Ebriedad (Art. 196 E Ley 18.290)
	Conducción Estado de Ebriedad con Resultado de Daños
	Conducción Estado de Ebriedad con Resultado de Lesiones
	Infracción Art. 196 E Ley 18.290 (Tránsito)
	[illegible] (Art. 196 K Ley 18.290)
	Otros Delitos Contra la Ley de Alcoholes
	Otros delitos contra la ley de tránsito
	Acceso Indebido
	Adquisición y tenencia ilegítima de Cartuchos y Municiones
	[illegible] Ley 17.322
	Delitos Contemplados En La Ley [illegible]
	Delitos Contenidos En D.F.L. 1.200 De Carabineros
	Delitos Contenidos En Leyes De Previsión Especiales
	Delitos Contra La Ley De Bosque Nativo

Categorías de delitos	Delitos específicos
Otros delitos	Delitos Contra Ley De Propiedad Industrial
	Delitos Contra Ley De Propiedad Intelectual
	Delitos Informáticos Ley 19.223
	Delitos Que Contempla El Código Tributario
	Demás Delitos Contra La Ley De Propiedad Intelectual
	Falsificación De Billetes (Art. 64 Ley Orgánica Banco Central)
	Infracción L. O. C. Del Banco Central
	Infracción Ley Nº 18.892 De Pesca
	Infracción Ordenanza Aduanas (Fraude Y Contrabando)
	Infracciones a la Seguridad Social [illegible]
	Infracciones Tributarias Contempladas En Otras Leyes
	Lavado De Dinero (Art. 12)
	Lotería, Casa De Juego Y Préstamos Sobre Prenda
	Maltrato Habitual (Violencia Intrafamiliar) (Art. 14)
	Otras Infracciones a la ley 18.314
	Otras Infracciones A La Ley Del Banco Central
	Otros Delitos Ley General De Bancos
	Porte Ilegal de Armas de Fuego, Municiones y Otros
	Sabotaje Informático
	[illegible]
	Amenaza [illegible] (3)
	[illegible]
	Consumo De Bebidas Alcohólicas En La Vía Pública
	Consumo/Porte de Drogas en Lugares Calificados (Art. 51)
	Consumo/Porte de Drogas en Lugares Públicos o Priv. con Previo Concierto (Art. 50)
	[illegible]
	[illegible]
	Desórdenes En Espectáculos Públicos [illegible] Código Penal
	Desórdenes Domésticos [illegible]
	Ebriedad
	Expendio De Bebidas Alcohólicas
	Expendio de bebidas alcohólicas a menores
	Falta De Respeto A La Autoridad Pública [illegible] Código Penal
	[illegible]
	Infracción A La Ley Electoral
	Infracción A Reglamento De Carruajes Públicos O De Particulares [illegible] Código Penal
	[illegible] Código Penal
	Ocultación de Identidad [illegible]
	Ofensas al Pudor [illegible]
	Otras faltas Código Penal
	Otras Infracciones Contra La Ley De Alcoholes
	Riña Pública [illegible] Código Penal
	Ruidos Molestos [illegible]
	[illegible]

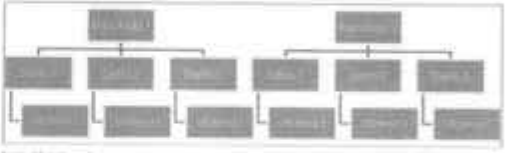
Categorías de delitos	Delitos específicos
Otros delitos	Abandono De Niños
	Abuelo Cometido Por Escalamiento
	Abuelo Cometido
	Abuelo Sin Consentimiento
	Amenazas a Candidatos (Art. 412 Cod. Judicial Militar)
	Apedreamiento O Atentado Al Transporte Público
	Asociación Ilícita Terrorista
	Asociaciones Ilícitas
	Atentado Contra Jefe De Estado O Autoridad Pública
	Atentado Explosivo O Incendiario
	Atentados Y Amenazas Contra La Autoridad
	Auxilio Al Suicida
	Bigamia
	Calumnia (Acción Privada)
	Caza y Comercialización de Especies Prohibidas (Art. 37 Ley 19.473)
	Colaboración Evasión de Detenidos
	Cohecho Clandestino
	Conducción sin la Licencia Debida (Art. 196 D Ley 18.290 del Tránsito)
	Contra Salud Pública
	Crímenes Y Simples Delitos Seguridad Interior Del Estado
	Daños a agrupación Sobre Monumentos Nacionales (Art. 38 3d ley 17.288)
	Daños Contemplados En Otros Textos Legales
	Daños Contenidos En La Ley 19.620 De Adopción De Menores
	Desacato (Art. 240 Cpc Procesal Civil)
	Desórdenes Públicos
	Difusión De Material Pornográfico (Pornografía)
	Falsa Alarma a Bomberos u Otros (Art. 269 bis)
	Falsificación De Obras Protegidas
	Falsificación De Obras Protegidas. Art.79 C Ley N° 17.336
	Falsificación De Pasaportes
	Fallo por Infidelidad
	Homicidio
	Homicidio
	Homicidio Con Resultado De Muerte (10 Lesiones
	Incitación De Rompes (Art. 436)
	Incitando Solo Con Fines O Sin Peligro De Propagación. Arts 431 y 434
	Infanti A Un Menor A Abandonar El Hogar
	Infracción Art. 196 B Ley 18.290 (Tránsito)
	Infracción Art. 196 C Ley 18.290 (Tránsito)
	Infracción en el Abastecimiento Provisorios de Agua (Art. 23 Ley 18.910)
	Infracción Ley 17.369 De Marcadores Clandestinos
	Infracción Normas Infraestructura Y Urbanizadoras
	Infracciones a la Ley Orgánica Constitucional Sobre Municipios Populares y Escolares
	Injuria (Acción Privada)

Categorías de delitos	Delitos específicos
Otros delitos	Injurias Y Calumnias Por Medio De Comunicación Social
	Investigación de oficio (Art.84 DFL 1, 1982, Ley Serv. Electrica)
	Lesiones Irrogadas (Art. 118 DFL 458, 1975, Ley Gral. de Urbanismo y Construcción)
	Malltrato Animal
	Maltrato De Obra A Carabineros (Art. 416 Y 416 Bis Cod. Just. Militar)
	Maltrato De Obra A Personal De Investigaciones
	Matrimonio Y Embarazo De Cautivos
	Obstrucción a la Investigación
	Obstrucción a la Justicia (Art. 22 Ley 19.696)
	Oponerse A Acatar De La Autoridad Pública O Sus Agentes
	Otorgamiento Irregular de Documentos (Art. 196 A Ley 18.290 del Tránsito)
	Otras Faltas Leyes Especiales
	Otras Faltas y Delitos de la Ley 19.253
	Otras Infracciones Al Código Sanitario Militar
	Otros Libro II Título VIII
	Otros Delitos Contemplados En La Ley 17.798
	Otros Delitos Contra La Ley De Propiedad Intelectual
	Otros Delitos Contra Ley De Propiedad Industrial
	Otros Delitos Ley Orgánica De Investigaciones
	Otros Estragos
	Otros Incluso
	Otros Ley 18.314
	Otros Libro II Título VI
	Otros Libro II Título IX
	Otros Libro II Título VI
	Parte de Aseo Cortante o Punzante (180 km)
	Privación Ilegítima
	Quebrantamiento
	Reconocimiento Médicos de Personas Rojadas (Art. 9 Decreto Ley 2.695)
	Robos Or Sobre
	Tala, Destrucción o Incendio de Árboles o Arbustos (Art. 21 letra a) b) c), 1931, Ley de Bosques)
	Tenencia Ilegal de Armas de Fuego, Municiones y Otros
	Ultraje Público a las Buenas Costumbres
	Ultraje Público A Las Buenas Costumbres Por Medios De Comunicación Social
	Uso Ilícito del Fuego (Art. 19 y 22 Di, 4363 Ley de Bosques)
	Usurpación De Propiedad, Encubrimiento O Producción
	Usurpación De Estado Civil
	Utilización Sin Autorización De Obras De Dominio Ajeno Art. 79 A Ley N° 17.336
	Venta Ilícita De Obras Protegidas
	Venta Ilícita De Obras Protegidas. Art. 80 B Ley N° 17.336
	Violación De Secretos De Índole o Privada (Acción Privada)
	Violencia en los Estadios (Art. 6 Ley 19.327)

Categorías de delitos	Delitos específicos
Otros delitos contra la propiedad	Alzamiento
	Apropiación De Cables De Medios Electrónicos De Comunicaciones
	Daños Calificados
	Daños Simples
	Destrucción O Alteración De Archivos
	Estafas
	Infracción Artículo 954
	Invasión De Terrenos Agrarios (Art. 819 Código Penal)
	Otros Libro II Título IX
	Porte Elementos Concebidamente Destinados A Cometer Delito De Robo
	Receptación
	Usurpación De Aguas
	Usurpación No Violenta (Art. 458 Código Penal)
	Usurpación Violenta
Robo con intimidación, violencia y/o concurso con personas	Robo Con Concusión, Modificando El Carácter Grave Normativo
	Robo Con Homicidio
	Robo Con Retención De Víctimas O Con Carácter Grave
	Robo Con Violación
	Robo Con Intimidación
	Robo Con Violencia
Robo en lugar habitado	Robo En Lugar Habitado O Destinado A La Habitación
Robos no violentos	Robo En Bienes Nacionales De Uso Público
	Robo En Interior De Vehículo
	Robo En Lugar No Habitado
	Robo Por Sorpresa

El Ministerio Público contabiliza como delitos y víctimas. Un caso nos involucra a las denuncias y casos, es decir, aquellas personas pueden pertenecer a un mismo caso. Mientras que los delitos presentan la dificultad que una persona con una causa y dos delitos, se contabiliza dos veces. A su vez, dos personas en una causa con un mismo delito, se contabilizan una vez. Finalmente, las relaciones incluyen a imputados, delitos y víctimas. Es decir, una causa con dos imputados, tres delitos y una víctima, genera 6 relaciones. La siguiente figura ejemplifica lo anterior:

Figura 1
Ejemplo de delitos/causas, imputados, delitos y víctimas



Fuente: elaboración propia.

En definitiva, los tribunales sobrevalúan a los imputados, mientras que los crean los tribunales. En cambio, los delitos presentan ambos sesgos (sub y sobrevaluación). Por lo tanto, para las comparaciones entre el Ministerio Público y la Defensoría, se utilizan cifras referidas a delitos. De esta forma se asume que los sub y sobre valuaciones se anulan o equilibran.

La tabla que sigue, muestra la comparación de delitos terminados 2007 contabilizados por el Ministerio Público y la Defensoría. Según las cifras expuestas, el 35,0% de los delitos contabilizados por los fiscales, representan delitos de menores montos de interés. Es decir, delitos para imputados con presencia de defensor público y por lo tanto, población potencial de la política preventiva.

Tabla 13
Comparación entre el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública en términos de delitos terminados 2007

Institución	Delitos terminados 2007
Ministerio Público	1.130.939
Defensoría Penal Pública	171.092

Fuente: "Informe Estadístico año 2007 Defensoría Penal Pública" y "Anuario estadístico año 2007 Ministerio Público".

Los delitos/casos expuestos en la tabla anterior, cobran sentido si a continuación que según el Ministerio Público, con a del 50% de los delitos que ameritan los fiscales, son sin imputado conocido[1]. Es decir, aproximadamente 500 mil delitos son imputado conocido y, por lo tanto, con posibilidad de juicio preventivo. Sin embargo, según balizando esta amplia diferencia para la defensoría contabiliza 227.680 términos de delitos 2007. La diferencia respecto del Ministerio Público se debiera explicar por los términos sin necesidad de defensa[2] y por el uso de defensores privados.

En definitiva, el 20,0% de los delitos terminados en la contabilización del Ministerio Público, correspondan a montos asociados de interés. Una vez proporción calculada, esta posible asumir que el mismo porcentaje del presupuesto general del Ministerio Público corresponde a montos asociados.

[1] Para obtener esta cifra se restaron a los delitos ocultados del primer y tercer trimestre de 2006 del Ministerio Público, aquellos delitos cometidos en el tercer trimestre del 2006 en el cual se supone previamente la presencia de delitos. Estos delitos son, también para el tercer trimestre del 2006, el 50% de aquellos correspondientes a personas de delitos, para obtener una aproximación de aquellos delitos cometidos sin imputado conocido.

[2] En los términos sin necesidad de defensa, según el informe estadístico del Ministerio Público para el tercer trimestre del 2006, el 50% se relacionan principalmente a personas de delitos. Estos delitos son, también para el tercer trimestre, aquellos correspondientes a personas de delitos, para obtener una aproximación de aquellos delitos cometidos sin imputado conocido.

Sin embargo, se conoce anticipadamente que tres causas son impropias consideradas y otra cuya impropiedad considerada pero que no requiere audiencias, cuentan lo mismo que otra causa con numerosas audiencias y probablemente de mayor complejidad.

Por lo tanto, se debe prescindir el peso de los defensores de nuestros territorios de menos (de causas con defensa) respecto de los demás defens. Dado la escasez de información, no fue posible considerar la duración de la causa como factor ponderador[1]. Es cifra que se pudo incluir, es el número "16612"[2] de audiencias para la publicación de los bases de datos de la Defensoría.

Para incluir el número típico de audiencias en los delitos consolidados por la defensoría y considerar el daño en la ponderación, se hace el siguiente supuesto sobre los demás delitos (aquellos sin previa injerencia de la Defensoría) no requieren audiencias. El delito *el valor típico del número de audiencias de los delitos con defensores, que para 2007 fue de 2*[3], se contrasta con 0 (es que el grupo de delitos sin defensor no tiene audiencia). De esta forma, se asume un peso de 1 para los delitos sin defensa y de 3 para los delitos consolidados por la Defensoría. La siguiente tabla resume lo anterior:

Tabla 33
Peso ponderado asignado y procedimiento de los delitos de los casos consolidados en 2007 correspondientes a las defensorías públicas[4]

Tipo de delito	Frecuencia 2007	% Original	Peso	% Ponderado	COSTO
Delitos sin defensa pública	838.853	75,4%	1	50,3%	40.929.579.581
Delitos con defensa pública	273.889	24,6%	3	49,7%	40.068.729.475
TOTAL	1.112.610	100%		100%	$0.998.648.000

Fuente: elaboración propia en base a datos de la SIPRES (procesamiento del Ministerio Público 2007), los boletines estadísticos del Ministerio Público 2006[1] y 2008, el informe estadístico de la Defensoría Penal Pública para 2007 y el análisis de las bases de datos de delitos terminados en 2007 de la Defensoría Penal Pública.

En definitiva, el porcentaje del presupuesto total del Ministerio Público que se consideró para el números de nuevos ingresos con participación de la Defensoría Penal Pública[2], es del 49,3% lo que equivale a $40.068.729.475.

• Casos de causas del Poder Judicial versus de la Defensoría

En el caso del Poder Judicial, primero se debe restar del presupuesto general la parte correspondiente a los tribunales para-delito penales.[3] Dicha cifra no es claramente explícita en la memoria anual de la institución para 2007 ni en el presupuesto de la USPEEF. Sin embargo fue posible conseguirla a través del contacto directo con el Poder Judicial. El presupuesto de los tribunales orientes a lo penal para 2007 fue de $73.458.857.000 y como se muestra al cuadernos, el presupuesto general del Poder Judicial ascendió a $238.170.271.000. Por lo tanto el 31,9% del presupuesto general del Poder Judicial corresponde a los tribunales en lo penal.

Respecto de la centralización del servicio del Poder Judicial, dos consultoras mencionan "casos". Por lo tanto, el contenido debe hacerse sobre los casos ingresos de la Defensoría y no sobre los delitos como se mencionó en relación al Ministerio Público. La tabla que sigue presenta la composición:

1 Se omite la ponderación de los casos según los años de la Defensoría, es decir, para los casos con imputados conocidos y patrocinados de la Defensoría. Esto no implica que no se cobre a la Defensoría, es decir, los no imputados conocidos, no se puede efectuar diferenciación criteria a la Defensoría.

2 Cuatro veces típico visto para el número de audiencias como para los diferentes de los casos y primeros formativos, si todos la mediana y no la media en la media por los nuevos explicados en el informe.

3 Cifra calculada a partir del análisis de las bases de datos de la Defensoría Penal Pública.

4 El Poder Judicial, presupuesto de los tribunales orales, laborales, de garantía, de familia, de cobranza, del crimen y primeros penales. Los tres últimos son los relativos a cuatro penales. Una vez descontado del crimen con asistencia y la Defensa para cada penal, asumiendo que los tribunales para cada penal, son los mismos para todo lo penal.

Tabla 34
Composición del gasto en el Poder Judicial y el Ministerio Público según los tipos de tribunales considerados, 2007

Instituciones	Gastos involucrados 2007
Poder Judicial	$95.328.000
Defensoría Penal Pública	$48.314.000

Fuente: Anexo de datos de la Defensoría Penal Pública y "Memoria anual 2007" del Poder Judicial.

Por lo tanto, los casos consolidados por la Defensoría equivalen al 49,3% de los casos que ingresa el Poder Judicial. Las diferencias en los casos delitos explicarán por los casos que involucra el Poder Judicial con el Ministerio Público sin estar en la Defensoría y por los casos sin defensa privada.

Nuevamente se hace necesario ponderar los casos con y sin participación de la Defensoría, considerando que es esperable que los casos de los casos que requieren audiencias deberían ser mayores que los de los que ocurren el Poder Judicial con el Ministerio Público. Siguiendo la lógica expuesta y sin contar la ponderación de información respecto de los casos típicos a la Defensoría, se optó por el número superior que posee el Ministerio Público. Los casos con participación de la defensa tan presentan audiencias, entonces que los casos en los que si participa la Defensoría, presentan un número típico de 2 audiencias. La siguiente tabla muestra lo anterior:

Tabla 35
Peso ponderado asignado y procedimiento de los casos típicos de los casos consolidados en 2007 correspondientes a los del Poder Judicial

Tipo de Causa	Frecuencia 2007	% Original	Peso	% Ponderado	COSTO
Causas sin defensa pública	248.114	50,1%	1	25,1%	$ 48.431.302.324
Causas con defensa pública	246.914	49,9%	3	74,9%	$ 95.821.514.436
TOTAL	495.028	100%		100%	$ 144.492.816.000

Fuente: elaboración propia en base a datos de la SIPRES (procesamiento del Poder Judicial 2007), la memoria anual 2007 del Poder Judicial y el análisis de las bases de datos de delitos terminados 2007 de la Defensoría Penal Pública.

Por lo tanto, se asume que el 74,9% del presupuesto del Poder Judicial en lo penal se asigna a asuntos sometidos de interés, es decir, a causas con defensa pública.

Costos Judiciales	Supuestos y datos utilizados
Ingresos dejados de recibir	- Sueldo mínimo: $210.000 - Canasta básica: $57.299 - % población que vive sobre la línea de pobreza: 20% - Mediana de duración de prisión preventiva por delitos y horas de término en 2007 - Frecuencia de personas por delitos y horas de término en 2007
Costo de visitas de familiares	Costo por visita directa - Población con contacto en prisión preventiva - # visitas mensuales - Costo por visita entre $5.000 y $10.000 Costo de ejercer salud - Población con contacto en prisión preventiva - # visitas mensuales - # personas por visita - Personas por visita con trabajo: 5 y 7 - Duración de la visita: 2,5 horas - Tiempo de traslado: 1 hora - Sueldo diario por hora dejado de recibir, sueldo mínimo por hora: $625 (8 horas laborales diarias)
Costo de abogados particulares	- Población contacto en prisión preventiva - Cantidad de personas que contratan abogados particulares: 1% de los imputados
Costo de muerte por homicidio	- Población contacto en prisión preventiva - Tasa de homicidio población Ñuñoa general - Tasa de homicidio para población en prisión preventiva - Costo de la vida para el año 2007

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

CARPETA FISCAL N° 1506015500-2014-35-0

DISTRITO FISCAL DE AREQUIPA. PRIMERA FISCALÍA ESPECIALIZADA EN DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS. CARP. FISCAL N° 1506015500-2014-35-0. AREQUIPA, 22 DE OCTUBRE DE 2015.

DISPOSICIÓN DE NO HA LUGAR A FORMALIZAR INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Carpeta Fiscal : 1508015500-2016-33-0
Denunciados : DIANA LIZ DÍAZ CRUZ, HELEN ASCORBE DELGADO Y ELDER MARCO ANTONIO LLERENA PANCORBO
Delito : CONCUSIÓN
Agraviado : EL ESTADO

DISPOSICIÓN FISCAL Nº 03-2016

Ayacucho, veintidós de octubre del año dos mil dieciséis.-

I. PUESTA A DESPACHO:

La presente investigación seguida en contra de DIANA LIZ DÍAZ CRUZ, HELEN VERÓNICA ASCORBE DELGADO Y ELDER MARCO ANTONIO LLERENA PANCORBO, por la supuesta comisión del delito de CONCUSIÓN, previsto en el artículo 382 del Código Penal, en agravio del Estado representado por el Procurador Público Anticorrupción Descentralizado de Ayacucho.

II. ATENDIENDO

PRIMERO: EL MINISTERIO PÚBLICO

Conforme [illegible] Fiscalía del Ministerio Público, de acuerdo al artículo 159º de la Constitución Política, y al artículo 1º del D. Leg. 052, es un organismo autónomo del Estado que tiene funciones, entre otras, con la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos, los intereses públicos, la persecución del delito y la reparación civil. Los Fiscales se rigen por el Principio Rector conforme al artículo 14 de su Ley Orgánica y artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal; los cuales deben [illegible] la conducta [illegible] grupos, actuando con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado.

Mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 1423-2015-MP-FN, de fecha 22 de octubre de 2015, se aprobó el Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Fiscalías Especializadas en Criminalidad Organizada, y Fiscalías Mixtas en Lavado de Activos, reglamento en cuyo artículo 18 indica las competencias de las Fiscalías Provinciales en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el que indica que estas fiscalías conocerán e investigarán los delitos contenidos en los acápites II, III y IV, artículos 382 al 401 del Capítulo II, del Título XVIII, Libro II del Código Penal, entre los que se encuentra el delito de Concusión.

SEGUNDO: HECHOS MATERIA DE DENUNCIA

La presente investigación se origina en la Disposición Nº 03-2015 emitida en la carpeta fiscal Nº 301-2013-3877, en cuyo considerando décimo se señala; recalcar Pedro Flores, en su calidad de fiscal de la Universidad Nacional de San Agustín, señala que Diana Díaz Cruz se comunica con el telefonista desde la Contraloría General de La República, identificándose como personal de dicha institución, y le dijo que la Sra. Helen Ascorbe quería comunicarse con él, dándole su número de teléfono; que él le llamó desde su número personal 959457100, siendo que al comunicarse con la misma, le señaló que trabajaba en la Contraloría, y quería que asistiera a una persona como asesor legal, que posteriormente a ello, se presentó a su despacho Elder Llerena Pancorbo quien se anunció como abogado especialista en gestión pública y solicitó como remuneración la suma de S/ 10 000 nuevos soles, señalando que venía de parte de Helen Ascorbe; asimismo que además se comunicó por la Gobernadora Administrativo cuyo señor que el Fiscal le preguntó si era cierto la conducta de dicha persona como asesor legal, que incluso Elder Llerena se presentó ante la misma y le dio su número de celular, manifestó posteriormente su versión inculpatoria respecto de su contratación, siendo que finalmente indica rectificarse la misma, que no era posible su contratación, advirtiéndose que todo ello se encuentra conforme de delito contra la administración pública, concusión, por parte de los investigados Diana Liz Díaz Cruz, Helen Ascorbe Delgado y Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo.

TERCERO: DE LA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO.

El delito de CONCUSIÓN, está previsto en el artículo 382 del Código Penal, el cual señala "El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o recibe a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con treinta a ochenta días-multa y inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36". Al respecto, Manuel Abanto Vásquez desarrolla los elementos de este tipo penal de la siguiente forma: "a) CONDICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO. El sujeto activo que se halle en condición funcionarial pública. Debe ser más estricto en exigir un "abuso de cargo", en el sentido de "abuso de las propias funciones que se tiene" no cualquier funcionario tiene dentro de su cargo la facultad de recibir dinero de parte de los particulares. Por ello se puede afirmar que el sujeto activo debe tener cierto "poder de gobierno" (...). b) ABUSO FUNCIONARIAL. El tipo comienza se refiere a un "abuso de cargo". En consecuencia, el hecho de que el sitio emplee el término "cargo" y no "funciones" podría incluir aquellos delitos cometidos en abuso (...) el utilizar el término abuso del cargo, con ello la más genérico, el tipo penal pretende abarcar prácticamente todas las posibilidades de abuso de funciones. Y así no cabe duda de la interpretada este elemento en buena parte de la doctrina nacional. El

abuso no necesariamente se produzca durante el ejercicio de las atribuciones funcionales [...]; el DECIDIR o INDUCIR [...] tendría el sinónimo de "convencer" o significa persuadir con el fuerte o otro para que haga o no actos típicos, sin llegar a una violencia o amenaza en el sentido de la "extorsión" [...]. En realidad, la diferencia está en que la intimidación de la conducta se ejerce, con miras "el ejercicio del cumplimiento de un particular derivado de un acto de poder de la autoridad". Es decir, se trata de una amenaza de daño ilegal contra bienes jurídicos de la propia administración pública [...] o no cualquier otra ventaja indebida [...]. INDUCIR.- es algo similar a "persuadir" realizando engaño o maniobras. No debe entenderse que es igual el grado de participación de "inducción o instigación". Este engaño también puede ser cuando existe un vínculo referido a la actividad funcionarial [...], el cual el mismo tendría. Este específico engaño, consiste algo o alguien y MIENTES, obligarse a hacer o a dar alguna cosa con contenidos económicos. En el primer caso hay entrega material inmediata en el segundo sólo una expectativa de una entrega futura. La dádiva o cualquier otra cosa, tangible, consiste en el BIEN O BENEFICIO PATRIMONIAL [...].- En síntesis, si de las dos, debe entenderse que la diferencia radica una entrega entre "dar" y "beneficio patrimonial", según puede entenderse con el "dar" material de la conducta, debe tener un valor patrimonial. Con ello se trata de "dinero" "cualquier otro valor" o cualquier otro provecho, beneficio o goce de contenido económico, e incluso discuto sobre las cosas; j) PROVECHO PROPIO O DE UN TERCERO.- Este elemento se constituye tradicionalmente la diferencia básica con la "apropiación" en donde siempre se exige un provecho a favor de un tercero; la propia administración pública. En la "concusión" no, el provecho solamente está dirigido al mismo funcionario o a persona natural o jurídica distinta de la administración Pública. Pues, cabe el tipo penal pensado en base estadísticas, el "dinero" estaría enfocado siempre la propia Administración Pública; jj) CARÁCTER ENGAÑOSO.- [...] Los bienes o beneficios económicos son indebidos son el hecho de que no tienen ningún sustento legal o aquellos al monto de lo exigido por ley[1]. ELEMENTO SUBJETIVO.- Se exige el dolo directo, pues el sujeto activo busca el beneficio para sí o para otro, aunque no se dice expresamente, con esto se incluye en relación al elemento subjetivo normativo "el abuso de cargo" pues no puede constituir en dolo cuando cometen o cometen en beneficio patrimonial a favor propio o de un tercero"]

En el caso concreto, sobre la concurrencia de los elementos objetivos del tipo penal bajo análisis, se aprecia: a) CONDICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO.- Al respecto se tiene la declaración de Hilma Evelyn Vaquero Arce a folios 28, quien en su calidad de supervisor en la Oficina Regional de Control de Arequipa de la Contraloría General de La República señala para la pregunta N° 05, sobre el cargo y las funciones de Helen Alcorta Delgado, Dyana Díaz Cruz, Elder Llerena Panoorio, Kelly Palmeri Te

[1] Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial. Tomo II. Lima: Editorial Jurista Editores E.I.R.L., 2007. Página 615 y 616.

La Cera Vanegas y Karen Zúñiga Herrera: "[...] que de haber sido asesora a Dyana Díaz Cruz, pues en la Dirección de la Oficina Regional de Control de Arequipa, la referida persona fue ascendente desde mayo del año 2015, sobre abordaba [...]". De igual forma se tiene la conformidad de Sabino Miguel Luque Escalante a folios 33, quien en su calidad de Coordinadora de Planeamiento de la Macro Región Sur de la Contraloría General de la República, en relación a la pregunta N° 13 sobre si conoce a las personas de Helen Alcorta Delgado, Dyana Díaz Cruz, Elder Llerena Panoorio, Kelly Palmeri De La Cera Vanegas y María Zúñiga Herrera, respondió "Sólo conozco a Dyana Díaz Cruz, por razones laborales a los demás personas no los conozco y no tengo ninguna relación con ellos. Dra. Dyana Díaz Cruz, era encargada de la OEC Arequipa [...]"; también se tiene la declaración de Luis Fernando Quilodrán Valenzuela, a folios 188, quien en su calidad de auditor de Contraloría General de la República señala en la respuesta a la pregunta 05, a simple vista a las personas en efectos "No los conozco y no tengo ninguna relación con ellos, sólo mas una relación laboral con la persona de Dyana Díaz Cruz, quien trabajó en la OEC Arequipa, mas no la conozco". Asimismo, en relación a la denunciada Dyana Díaz Cruz, a folios 62 obra la constancia de boleta N° 230-2012-CG/BH, de fecha 11 de setiembre del 2012, mediante la cual, el perito de Recursos Humanos de la Contraloría General de la República deja constancia que "La Sra. Dyana Liz Díaz Cruz prestó servicios en este órgano Externo de control bajo la modalidad de Contrato de Trabajo a plazo indeterminado desde el 20 de mayo de 1995, desempeñándose actualmente en el nivel 6, Categoría Técnico II en la Oficina Regional de Control de Arequipa de la Contraloría General de la República". Finalmente, se tiene la declaración de Dyana Díaz Cruz, a folios 15, donde señala "Que, me desempeño como asesora de la Oficina Regional de Contraloría, siendo mi jefe superior CPC Hilber Patrick Arana [...]"; así la Ruta, el denunciado Elder Hanry Antonio Llerena Panoorio señala en su declaración de folios 297 en relación al cuarto supuesto "Recibí la propuesta legal técnica [en] Gobiernos Locales" y en relación a la exposición de Helen Alcorta Delgado, en [...] una la declaración de Carla Alicia Flores Hagenlus a folios 37, quien señala en la respuesta a la pregunta N° 03: "Que, soy estudiante de derecho en la Universidad Católica San Pablo y además realizo prácticas pre-profesionales en el estudio de abogados Alcorta - Consultores desde inicio del 2012 [...]" luego, en relación a la pregunta N° 03 señala "Que, dentro cuatro profesionales [...] y Helen Alcorta Delgado como no [...]", en consecuencia, de estas elementos de convicción se acredita que el Helen Alcorta Delgado el Elder Hanry Antonio Llerena Panoorio, tenían la calidad de funcionario o servidor público, pues ejercían cargos legal externa a diferentes entidades, por cada dichos funciones no pueden ser autores del delito de Concusión, debiendo analizar en cada caso, si serían cómplices de dicho Delito. En relación a Dyana Díaz Cruz, se desprende que si tenía la calidad de servidora pública, pues se desempeñó como secretaria de la Oficina Regional de Control de Arequipa, por ende en

relación a esta persona se cumplen el primer elemento objetivo del tipo penal, cual es la calidad de funcionario o servidor público.

Ahora bien, siendo esa la única postura acorde del caso de Corrupción para la determinación Cuarta Olas Cruz, se debe analizar si la conducta materia de investigación, es configurativa de este delito, y a sus coacusados Helen Auccaille Delgado y Elder Llerena Pancorbo concurre la calidad de cómplices; al respecto se tiene los siguientes elementos de convicción: A) Valdemar Medina Mayca, Rector de la Universidad Nacional de San Agustín en su declaración de folios 149 señala en la pregunta N° 6 "Que, en el mes octubre del año 2012, me comunicaron de la Contraloría, para acudir a dicha entidad y me preguntaron sobre algunos hechos irregulares, es así como inmediatamente que llamaron me fui contraloría, con mi secretaria Patricia Vilca, una persona que se identifica como Flavio Díaz, en representación de la contraloría General de la República, y llevaba dicho contrato, pero como no me encontraba presente, pues me encontraba en la ciudad de Lima no la abrí, pero mi secretaria me dijo que habían y me dio el número 286886, y al revisar los firmas no reconocí la rubricadas de la contraloría, por lo que creí que era importante, por lo que el mismo día, 17 de octubre del 2012, llamé desde mi número personal 959873169 a dicho número 054286886, inmediatamente la una de mis manos, se atendió el Sr. Flavio Díaz y me respondió que es por lo que me presento como rector de la Universidad Nacional de San Agustín, refiriéndole en mención, indicándome que la Sra. Helen Auccaille debía estar dentro, y me proporcionó el número telefónico 959336077, no recordando nada más. Que ese mismo día, ya tarde a una de mis oficinas que me acompañaban, conversándome la voz de una mujer que se identificó como Helen Auccaille, quien era el encargado me indicaba en la Contraloría y dicha señorita cumplía, para como ya me encontraba en Lima, le manifesté que podría ser más adelante, ofreciéndome mi número de celular que le siguiente semana conversé con ella, por primera vez en el local del Colegio de Ingenieros, a solicitud mía, pues ella me manifestó que pertenecía un lugar distinto, la universidad y como estimada soy miembro del colegio de ingenieros me pidió el lugar más indicado, que ella fue en horas de la mañana, que nos dirijamos precisamente en el edificio del colegio, donde ella me dio que fue asesorada de la Universidad Nacional de San Agustín, que tuviera alguna a consultas, dudas sobre el manejo de procedimientos administrativo y más lo mismo del mismo, llegamos a entender mayormente que Auccaille en la Universidad y fue ella quien que dichas necesidades tuvieran servicio a la universidad, primeramente pidiendo los servicios de una persona de la cual no recuerdo exactamente nombre "Salvador" o "Jorge" que era de apellido cuidar pues a los mismos términos, indica Auccaille me dio su número de celular de ella, el 972726161 pensando me comunique con ella de ser necesario. Que ya lo dije que en todo caso me dijo en mi despacho y conversarlo con él, y luego con relación del colegio de ingenieros. Siendo que la persona de apellido "Salvador" o "Jorge" se presentó en mi despacho sola a dos días después conversándome que necesita asesoramiento a

Municipalidades y otras instituciones solicitan que asesore mi día con una exposición en procesos administrativos y en la pregunta cual sería su monto en la Universidad, y me propuso que sólo exposición en procesos administrativos preguntó cuál sería el costo de sus servicios y el se acotó en la conversación dentro del marco de la ley, respondiéndome que sus honorarios serían de S/ 2 000.00 nuevos soles y que su aporte estaría dentro del marco de la ley, no precisando si eran mensuales, por lo que le dijo que me formulara una propuesta técnica económica precisando las normas que fundamentan la prestación de sus servicios en la universidad, luego se retiró. Asimismo que esta persona se presentó en mi despacho en compañía de la señorita con la cotización de este monto de parte de la Sra. Helen Auccaille, posteriormente esta persona retiró con su propuesta donde solicitaba por un monto ascendente de S/ 10 000.00 nuevos soles y S/ 10 500.00 nuevos soles, la cual días posteriores, no recibiendo ningún documento, lo cual me pareció normal, pues no me resultaba S/ 5 000.00 nuevos soles y después el doble, por lo que comunicó a la secretaria Sra. Elba Castañeda Quispe, considerando el doble dependiendo así sería, estas fecha los recibos en la Oficina de asesoría Legal viendo que ambos se retiraron de mi despacho, y posteriormente informado por la secretaria de que no era posible tener un informe de mi asesoría. Que los días posteriores seguía recibiendo llamadas en mi celular de Helen Auccaille, pero como le mencionaba mis fechas indicado que no era posible el contrato, no contestó Helen Auccaille. Me volviendo a comunicarme con dicha persona." B) Acta de transcripción de audio, de la declaración de Valdemar Medina Mayca llevada a cabo en Juicio oral en el expediente judicial N° 2385-47-04, que obra a folios 324 donde ratifica los hechos ya señalados, pues indica "Bueno, más o menos los primeros días del mes agosto del año 2012 ya regresé del extranjero y estaba en la ciudad de Lima y un secretario, la Srta. Patricia Vilca que ha sido referida, me dice personalmente que me estaban llamando de Contraloría y con para señalado ya cuando recibía llamadas también aparentemente del Consejo de Ministros, del Congreso de la República y generalmente no atendía, no le prestó atención, sin embargo, mi secretaria me volvió a indicar que estaban llamando exclusivamente de Contraloría, y dicen que es un número telefónico y ahí con referencia ya incluso formal, ya tomé, no interesé, pero tomé a un teléfono en el teléfono más o menos subrayo ya que pasó ayer más o menos un día de la tarde porque me contestó el contestador, me dijo la Oficina Regional de Contraloría de Arequipa y confirmé que sea la oficina de contraloría, una recepción que dicen para solicitar una función importante en el país, es más centro de la institución nosotros tenemos un contrato que trabaja y es remunerado directamente por Contraloría y además sus funciones y por tanto para mí ese es todo esto con días de anticipación además tomé más tarde y lamentablemente yo tenía mi teléfono en la computadora que ya la entregué Flavio Díaz, con por supuesto no el número que había mencionado y me contestó el contestador y le dije que soy el rector de la Universidad Nacional de San Agustín, le dí mi nombre y que tenía entendido que estaban buscando conmigo, el me dijo, le dije bueno entonces el

[illegible] el Rector de la Universidad Nacional de San Agustín [illegible] y allí a manera yo entendí que ella trabajaba en Contraloría, yo no sé si me dijo exactamente pero yo, con todo lo que había pasado para mí era lógico de que ella era trabajadora de contraloría [illegible]

[illegible] Abogado defensor: ¿Le ha sugerido por esta investigación, intervenido, en la Contraloría? Declarante: No. (...) Abogado defensor: Sr. Dr. Medina, Ud. ha señalado que en la conversación que tuvieron en el Colegio de Ingenieros, la Dra. Alegorte le había indicado que trabajaba en la contraloría, ¿eso es correcto? Declarante: No ha señalado que me había indicado sino yo entendía que trabajaba en contraloría (...) [illegible] C) Copia de la declaración de Patricia Rosa Lilia Núñez Rondón, a fojas 113, señala "(...) actualmente soy secretaria de la oficina de [illegible]

recibida de la UNSA desde el mes de marzo del 2009 hasta la actualidad (...) a mediados del año 2012, no pudiendo recordar la fecha, precisamente el folio 237804, no recuerda quienes fueron dichas Señoras, siendo la voz de una mujer, no recordando el nombre completo que me dio, pero reconoce al escuchar Olga, sabiendo que laboró de la contraloría de Arequipa, y requirió información con el Rector, indicándole que no se encontraba, por lo cual me pidió el número de un teléfono fijo referente que el teléfono era de la Contraloría, pero tampoco le recibí absolutamente ni dos oportunidades para decir el Rector en ese fecha se encontraba en la ciudad de Lima, me comunicó con el cual señalar información de ese entonces (...)"; 3) El examen se tiene el oficio N° 1653-2014-R, de fecha 22 de octubre del 2014, a folios 164, mediante el cual el rector de la U.N.S.A. Víctor Hugo Linares Hurtado, adjunta la hoja de números telefónicos de dicha casa de estudios, donde los que se encuentra el número del teléfono 237804, siendo el número a donde llamó la denunciada Diana Olga Cruz, según lo declarado por Yolanda Yáñez Apaza; 4) Copia de la declaración de Elder Aurelio Feliza Castañeda Huamán de folios 141, donde señala "(...) ser docente universitario desde hace 16 años y específicamente en Administración Administración desde hace cuatro años en la Universidad Nacional de San Agustín (...)" a la respuesta a la pregunta N° 08 indica "(...) Recuerdo de la denuncia de Elder Llerena Rondarte, lo recuerdo, pues el año pasado el Rector de la Universidad me llamó y le dije efectivamente que conocía a Elder Llerena, incluso le dije que me llamó la atención el procedimiento de copias cubiertas a diarios, siendo que primero retiró copias y que un momento si que debía de sancionarse, entonces le dije que me lo llevara y consultar al que acredite el certificado de antigüedad mi número de celular 959813099 a Elder Llerena y el también me dio su celular 974394771 para estar en contacto y darle una respuesta y que después, unos días después de una semana o menos el rector que no era posible la sanción de dicha persona porque ya contaban con asesoría legal y no teníamos el conocimiento y que no podíamos continuarlo, que también recibí llamadas constantes e insistentes de Elder Llerena, llamaba a mi celular para averiguar el asunto. Que no he visto a dicha persona (...)"; 5) Acta de visualización de contenido de CD de folios 168 y siguientes, correspondiente al importante de reporte de comunicaciones del número telefónico 959813099, perteneciente a Valdemar Medina Hoyos conforme ha señalado en su declaración de folios 114, donde se advierte que el día 02 de enero del año 2013, figura una llamada saliente del número 989697195 (número del rector de la U.N.S.A.) al número 054286666, que corresponde a la Contraloría General de la República, conforme explicó Valdemar Medina Hoyos en su declaración a folios 114.

En consecuencia, el conducto desplegado por la denunciada Diana Liz Olga Cruz se limitó a realizar una llamada telefónica al número 237804, que corresponde al recibido de la Universidad Nacional de San Agustín, y preguntar por el rector de

dicha casa de estudios, Dr. Valdemar Medina Hoyos, luego, Valdemar Medina Hoyos tenía el número 054286666 (datos aclarado que se recibió del número de la Contraloría General de la República, pues aquella a la contadora de dicha entidad, conforme señaló en su declaración de folios 114) y se comunicó con Diana Olga Cruz, antes le dijo que la Dra. Helen Alcorta quería comunicarse con él, brindándole el número telefónico de Helen Alcorta; de esta forma, no se evidencia que en algún momento la denunciada, Diana Liz Olga Cruz, haya realizado un acto propio de sus funciones como secretaria Oficina Regional de Control de Arequipa de la Contraloría General De la República, y que en tales circunstancias haya inducido u obligado al rector de la Universidad Nacional de San Agustín, a dar o prometer para él o para otro un bien o beneficio patrimonial, elementos constitutivos del delito de Concusión, por tanto dicho delito no se ha configurado.

Luego, estando a que no se ha configurado el delito de Concusión respecto de la pena cuarta autora, debido en su calidad jurídica que dicho, cómplice de dicho delito, todo ello según el artículo 25 del Código Penal, la complicidad es hija por un principio de accesoriedad, así señala "(...) El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiese perpetrado, será reprimido (...) A los que, de cualquier otro modo, hubieren contribuido dolosamente a la realización del hecho punible, se les reprimirá con la pena [1] al respecto, el jurista alemán Claus Roxin señala "La accesoriedad de la participación. Todo participación – una inducción o complicidad – presupone un primer injusto, como se desprende ya del tenor literal de los §§ 26 (Inducción) y 27 (Complicidad o complicidad). El "hecho" de un autor. Este "hecho" principal debe estar consumado o sólo intentado. Sobre esto, acerca el hecho una Clara Olga Cruz la misma realizado con dicho comete cooperador o cómplice en el juicio principal. Si el hecho se queda en la fase preparatoria, resulta excluida una participación (...)"[2]. Por ende, primero se debe establecer la realización de un hecho típico, luego se puede verificar si existe o no complicidad; lo que no se ha dado en el presente caso, pues la conducta atribuida a la denunciada Diana Olga Cruz, no constituye un "hecho punible".

Sin perjuicio de ello, se debe señalar que la conducta atribuida a Helen Alcorta Obligado y Víctor Hugo Linares Rondarte son irrelevantes penalmente para el presente caso, pues de los elementos de convicción se advierte lo siguiente: i) Valdemar Medina Hoyos se comunicó con Víctor Alcorta Delgado, hermano a su número 975184141 (conforme se desprende a folios 114 y 327 del cdno de la impresión del levantamiento de secreto de comunicaciones de folios 299); ii) Valdemar Medina Hoyos y Helen Alcorta Delgado se reunieron en el Cabaña de Yanahuara, donde Helen Alcorta le ofreció una asesoría sobre el manejo de procedimientos administrativos, para lo cual cuenta con un equipo de especialistas,

[1] CLAUS ROXIN. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S.A. (Thomson Reuters (Legal) Limited). Cfr. Roxin, Pág. 357

presidente asimismo los servicios de Elder Llerena Porcarro (conforme refiere igualmente Valdemar Medina Reyes en su declaración de folios 114 y de acuerdo al acta de declaración en folios 327); iii) luego, Elder Llerena Porcarro se presentó en el despacho de Valdemar Medina Reyes, señalando ser asesorado en procesos administrativos, y que gustaría cursar una de sus prácticas en la universidad, y por ello necesita S/ 600.00 nuevos soles, siendo que el rector de la universidad le pidió que presentara una propuesta técnico económica, precisando los cursos que realizaría la prestación de sus servicios en la universidad; iv) sin embargo, Valdemar Medina Reyes consultó a la secretaria, Dra. Elba Castañeda Huaman, si esta tipo de contrato se podía realizar, a lo que esta respondió que no era posible hacer un contrato de tal naturaleza, por lo tanto no le iba a contratar este servicio (conforme declaró Valdemar Medina Reyes a folios 114 y 327 y de acuerdo a lo declarado por la Secretaria académica a folios 121). Luego, conforme señaló Valdemar Medina Reyes en el juicio oral en el expediente judicial N° 3382-13-03, ese contrato fue creado a folios 137, señala "(...) *Abogado defensor Dígame Sr. Medina, Ud. Sra. Alejandra le ha pedido dinero a Ud.? Declaremos de alguna manera. Abogado defensor: ella ha sugerido por esta modalidad, interesarse en la Contraloría? Declaración No. (...) Abogado defensor Sr. Sr. Medina, Ud. ha señalado que en la conversación que tuvieron en el Colegio de Ingenieros, la Sra. Alejandra le había manifestado que trabajaba en la contraloría, es así nomás? Declarante: No he señalado que me haya insinuado sino ya entendí que trabajaba en contraloría (...)*. En consecuencia, según la declaración de Valdemar Medina Reyes de folios 114, la cual es concordante con su declaración a nivel jurisdiccional en el expediente judicial N° 3382-13-03, obrante a folios 327, así como las declaraciones de la secretaria del rectorado de la U.N.S.A., Patricia Vélez Benito a folios 149, de la recepcionista Aurora Felipe Ciccallaco en su declaración de folios 131, se desprende que la conducta de Helen Alcorta Delgado en el presente caso, se dirige a señalar que contra con un equipo de personas especialistas en procedimientos administrativos y que podría asesorar al Rector de la Universidad Nacional de San Agustín en caso de pleitos, para lo cual recomendó a Elder Llerena Porcarro, quien efectivamente se presentó ante Valdemar Medina Reyos, ofreciendo este servicio de asesoría de los procedimientos administrativos, lo cual no se llegó a concretar, pues según la conducta realizada a la recepcionista Aurora Felipe Ciccallaco Huaman, este tipo de contrato no estaba permitido en la U.N.S.A. pudiendo caso de pleitos cuenta con un área de asesoría legal. Además, la declaración de Valdemar Medina Reyes esta corroborada con el reporte de mantenimiento de correos de comunicaciones de folios 280, donde se advierte que efectivamente con fecha 23 de agosto del año 2012 a las 15: 57 horas, recibe una alerta llamada de su número 959787160 al número 054286585 correspondiente a la Contraloría General de la República – momento en el cual se habría comunicado con la denunciada Cyndi Diaz Cruz, y esta le habría indicado el número de Helen Alcorta Delgado para que se comunique con ella; luego, en la misma fecha, a horas 16:18 se

apreció una llamada al número 959184161, que pertenece a Helen Alcorta Delgado, no apareciendo más llamadas salientes de los números 958936077 y 972184161, pertenecientes a Helen Alcorta Delgado (conforme se advierte de las actas parciales de Helen Alcorta, a folios 78 y constancia dictada Valdemar Medina Reyes a folios 124) durante el mes de agosto del año 2012. Por lo expuesto, las conductas desplegadas por las denunciadas Helen Alcorta Delgado y Elder Pedro Arturo Llerena Porcarro – pdemás de no configurar el delito de Cohecho – tampoco son suficientemente relevantes.

Finalmente, de los actuados se evidencia que la Universidad Nacional de San Agustín fue objeto de una acción de control por parte de la Contraloría General de la República en el mes de octubre del año 2012, conforme se advierte del Informe Especial N° 370-2013-CG/RINC-SE obrante a folios 347, de cuyo orden cronológico se señala "*IV. ORDEN DEL EXAMEN.- (...) La comisión auditora fue constituida mediante Oficio N° 00404-2012-CG/OC del 19 de octubre del 2012.*", informe que amerita la comisión inmediata dentro periodo de dicho caso de estudio, conforme se aprecia de los documentos de folios 335 y siguientes, en la carpeta fiscal N° 502-2013-9201. De igual forma, en la presente carpeta fiscal a folios 210; 278 obran los actuados actuados de la investigación signada con el número 501-1844-2013, originada en denuncia interpuesta por la Cgr de la Contraloría en contra de la Universidad Nacional de San Agustín donde que la acción de control señalada en la primera parte, esta del mes de octubre del año 2012, y los hechos materia de la presente investigación datan del mes de agosto del año 2012, por ende dichos elementos de convicción no son relevantes para este caso.

II.

CUARTO: El Art. 334, Numeral 1 del Código Procesal Penal vigente señala que: "*Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, concluye que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la ley, dispondrá que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así lo hará saber al artículo 94 de la actuado*") en tal sentido, estando a que los hechos denunciados no configuran el delito de Cohecho, corresponde emitir la disposición de no dar lugar a formalizar investigación preparatoria.

Por lo que, conforme lo dispuesto por los Arts. 61° Inc. 1), 122° Numeral 2 literal c), 334° Inciso 1) del Código Procesal Penal concordante con los Arts. 91, 94° Inc. 1) del D. Leg. N° 052 – Ley Orgánica del Ministerio Público, y conforme a la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1423-2015-MP-FN de fecha 22 de abril del 2015 que aprueba el Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Fiscalías Especializadas en Criminalidad Organizada y Especializada en Lavado de Activos, se:

Ministerio Público
Fiscalía Provincial - Fiscalía Especializada
en Delitos de Corrupción de Funcionarios
del Distrito Fiscal de Ucayali

"Año de la Recuperación y Consolidación de la Economía Peruana"

III. DISPONE:

DECLARAR QUE NO PROCEDE FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA en contra de DIANA LIZ DÍAZ CRUZ, HELEN VERÓNICA ASCORRA PELAEZ Y ELDER MARCO ANTONIO LLERENA PANDURO, por la supuesta comisión del delito de CONCUSIÓN, previsto en el artículo 382 del Código Penal, en agravio del Estado representado por el Procurador Público Anticorrupción Descentralizado de Ucayali.

Firma la suscrita conforme lo ordenado por la Presidenta de la Junta de Fiscales Superior de Ucayali.

NOTIFÍQUESE Y ARCHÍVESE

ECL/mfg

Fiscal Provincial
Fiscalía Especializada en Delitos
de Corrupción de Funcionarios
Distrito Fiscal de Ucayali

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

EXP. N° 3383-2012

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria. Exp. N° 03383-2012. Arequipa, 10 de noviembre del 2015. Escrito de apelación.

Expediente : 3383-2012
Especialista : Dra. Fiorella Pastor
SUMILLA : Apelación

SEÑORA JUEZA DEL TERCER JUZGADO PENAL DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

MARCO ANTONIO BUSTINZA SIU, abogado de HELEN VERÓNICA AIZCORBE DELGADO, en autos sobre el incidente de prisión preventiva, ante Usted respetuosamente me presento y expongo.

Al haber tomado conocimiento de la Resolución Nro. 2-2015, procedo a interponer recurso de apelación sobre la misma por las siguientes consideraciones:

I. Error in procedendo

1. El artículo 271°, inciso 2, prescribe que la decisión de toda petición de cese prisión preventiva se debe resolver en la misma Audiencia, cuestión que quedó inaplicable, y que conforma una norma imperativa de obligatorio cumplimiento por todo Magistrado que resuelva este tipo de peticiones. Por tanto, el agravio al debido proceso en contra de mi patrocinada queda supérstite, bajo la sanción de nulidad, pues no hay nulidad sin agravio. Además debemos acotar que recién el 9 de noviembre hemos tomado conocimiento de la resolución expedida por su Despacho, que por su conducto regular nos debió ser avisada a nuestro correo electrónico.

II. Error in iudicando

2. Respecto a la naturaleza jurídica de los recursos, es decir en materia de impugnación, Couture señala que recurso, desde su acepción italiana quiere decir recorrer nuevamente el camino ya hecho; jurídicamente la palabra denota el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el

proceso[1]. Para Sada Contreras el recurso es un medio de defensa que otorga el legislador a los litigantes, para ser usado contra resoluciones que lesionen los intereses de ellos, o dicho en otros términos, al recibir la resolución contraria a los intereses de los litigantes, estos pueden defenderse de dicha resolución por los medios que la ley concede.[2]

3. Nuestro Código procesal penal admite el recurso de casación entre otras dos formas recursivas como lo son: el recurso de reposición y el de apelación. El recurso de casación se interpone ante la Corte Suprema, y se da por dos motivos fundamentales: a) porque se considera que el juez ha violado una norma jurídica o b) se ha quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio.

4. En la casación N° 1-2007- Huaura del 26 de julio de 2007, se aclara que "(...) ***el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia*** *y es de cognición limitada, concentrado en la quaestio iuris. Por lo demás, la denominada "casación formal" o por quebrantamiento de la forma está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cumplió o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento o la estructura y su ámbito de las resoluciones que se emitan en función de la pretensión y resistencia de las partes*".[3]

5. En la nota a pie 7 de la resolución impugnada, se dice que el recurso de casación 421-2015, ha sido declarado improcedente en contra de mi patrocinada, lo cual es falso, y se puede incurrir en una afirmación temeraria. La argumentación que el recurso de casación es un recurso extraordinario no tiene ningún asidero lógico, que algunos autores de la doctrina procesal lo consideren así, se debe a dos motivos fundamentales: a) La función de uniformidad de la jurisprudencia que

[1] COUTURE, Eduardo, Fundamentos del derecho procesal civil, Depalma, 3ra. Edición, Buenos Aires, 1958, p.340.
[2] SADA CONTRERAS, Carlos Enrique, Apuntes elementales del derecho procesal civil, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2000, p.143.
[3] El subrayado es nuestro.

cumple este recurso, y b) La función de tutela de interés de las partes. Esto no son características típicas del recurso de casación lo mismo se podría predicar del recurso de apelación con lo queda sentado que su ordinariedad es igual que la de otros recursos.

6. La Señora Magistrada incurre en un error in iudicando al pretender afirmar que el recurso de casación sería de distinta índole y fines que los otros recurso que la ley franquea. Toda su argumentación desde el punto 2.2 al 2.5, ponderá esta incongruencia y además adolece de otro vicio, una motivación aparente, veamos, " (...) ***se confirmó la sentencia por la segunda sentencia de vista***" lo cual es incongruente ya que si se planteó un recurso de casación que ha sido admitido, esta sentencia no ha quedado confirmada, hasta que la Corte Suprema así lo establezca.

7. El máximo intérprete de nuestra constitución ha señalado lo siguiente:

> La presente demanda ha sido interpuesta con el fin de lograr la excarcelación de la recurrente por exceso de detención. Considera la demandante que al haber sido recurrida la sentencia impuesta sin que hasta la fecha haya sido resuelta la impugnación, y al encontrarse privada de su libertad por un lapso que supera la mitad de la pena impuesta, le resulta aplicable la excarcelación prevista en el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991.
>
> Al respecto cabe señalar que de conformidad con el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 en caso de que la sentencia haya sido recurrida y la detención se mantenga por un plazo superior a la mitad de la pena impuesta procederá la excarcelación.

"Una vez condenado en primera instancia el inculpado, la detención se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida"

> Este Tribunal Constitucional advierte que la normativa invocada por la recurrente (y sobre cuya base se resolvió el presente hábeas corpus en las instancias precedentes) no se encuentra vigente en el Distrito Judicial

de Tacna; sin embargo, dicha normativa le fue de aplicación en el proceso en el que fue condenada. Cabe señalar, asimismo, que el Nuevo Código Procesal Penal contiene en su artículo 274, inciso 4, una norma –aunque no idéntica- similar.

En el presente caso, sin embargo, no resulta necesario dilucidar si resulta aplicable lo previsto en el Código Procesal Penal de 1991 o lo previsto en el Código del 2004, toda vez que ambos cuerpos normativos, al regular la excarcelación por exceso en la privación de la libertad sin que se resuelva la condena en segunda instancia, prevén como requisito que la condena hubiera sido recurrida. Es decir, ambas regulaciones prevén –con ciertos matices- la excarcelación de aquel condenado cuya privación de libertad supere la mitad de la pena impuesta antes de que se haya resuelto en segundo grado la impugnación de la sentencia impuesta en primera instancia. Ninguna de estas regulaciones, en cambio, prevé la excarcelación del condenado cuando la privación de libertad supere la mitad de la pena impuesta si la sentencia no ha sido impugnada.

En este sentido cabe señalar que tal como consta del acta en la que se recoge la manifestación vertida por la recurrente en el marco de la investigación sumaria (a fojas 38), la recurrente refirió que:

"(..)habiendo el Fiscal apelado de la sentencia impuesta a los otros sentenciados no habiendo apelado respecto a su caso ni tampoco la declarante, que el expediente fue remitido a Lima y no se le entregó (...) constancia que se encontraba consentida".

Como es de verse, se advierte que si bien el expediente ha sido elevado a la Corte Suprema de Justicia en virtud de los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia expedida en primer grado, es también cierto que respecto de la condena impuesta a la recurrente no se ha interpuesto recurso alguno (ni de parte de la accionante ni del Ministerio Público) habiendo quedado consentida la sentencia condenatoria. Por tanto, al no serle aplicable el supuesto previsto en la normativa procesal que habilita la excarcelación por haberse superado la mitad de la pena impuesta, la demanda debe ser desestimada."[1]

[1] EXP. N.° 03639-2008-PHC/TC

Nótese que el Tribunal Constitucional falla en sentido negativo, que de haber sido recurrida la Sentencia, se le hubiera otorgado la excarcelación inmediata al demandante de hábeas corpus.

III. Error in cogitando

La proposición normativa prescribe lo siguiente:

"Una vez condenado en primera instancia el inculpado, la detención se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida[5]"

Mi patrocinada mientras duraba su prisión preventiva fue condenada y a la fecha viene cumpliendo la mitad de la pena impuesta, este vence indefectiblemente el 29 de octubre de 2018, el segundo supuesto de la norma adjetiva, nos pone el hipotético caso que la pena impuesta hubiera sido recurrida, por recurrida se debe entender todo el plexo de recursos que habilita la ley a los litigantes, pues ella interpuso un recurso de casación (421-2015) que ha sido admitido.

De dónde se deriva que por recurrida se tiene que entender, a la apelación como recurso único y excluyente, la norma no especifica tal situación. Sostener lo contrario sería ir en contra del principio de legalidad, y de manera más concreta en contra del principio de taxatividad, lo que ha originado una resolución desproporcionada en todos sus términos. Entonces hay un error en el razonamiento de la jueza, por ello concurre un error in cogitando.

Más aún si la doctrina nacional de manera pacífica ha concluido que respecto a la casación ya no se pude hablar de una medida impugnativa independiente (extraordinaria), sino de un simple recurso, resuelto por la Sala Especializada de la Corte Suprema por quien tiene interés directo y se encuentre facultado legalmente para hacerlo.[6]

La casación no constituye pues una tercera instancia, ni una segunda apelación, porque de un lado, el órgano de casación no enjuicia en realidad sobre la

[5] Cf. Art. 274°, inciso 4° del Código Procesal Penal.
[6] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Derecho Procesal Penal, IDEMSA, 2004, pp.111 y ss.

pretensión de las partes, sino sobre el error padecido por los tribunales de instancia que en el recurso se denuncia; y de otro lado por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en ese momento procesal.[7]

Por ello se comete un error in cogitando al afirmar lo siguiente en el 2.1.: "*se confirmó la decisión condenatoria en segunda y definitiva instancia*[8]"; lo cual según las consideraciones precedentes, resulta ser una afirmación irrita y contraria a Derecho, pues según esta afirmación no tendría sentido la existencia del recurso de casación, puesto que según la Resolución emitida por la Magistrada, todos los procesos penales acabarían en segunda y "definitiva instancia" negando con ello la existencia del recurso de casación, que además como hemos podido apreciar es más limitado que los otros recursos previstos por la norma procesal y en sí por nuestro sistema. Lo cual constituye a su vez un error iuris y a su vez un error in iudicando, pasible, inclusive de un recurso de casación.

IV. Agravio procesal y sustantivo

6. Respecto a la oralidad de las resoluciones judiciales se debe tener en consideración el Acuerdo Plenario 6-2011.

7. En los acuerdos plenarios de Cortes Superiores de 2004, se establece lo siguiente: "Sexto.- Por mayoría, no cabe incrementar la prisión preventiva, salvo si existen fundamentos que acrediten el riesgo procesal. Sétimo.- Por unanimidad.- En tanto el juez tenga en cuenta los presupuestos materiales para decretar la prisión preventiva, no habría contradicción entre los plazos máximos que establece nuestro sistema procesal y los principios de presunción de inocencia y el plazo razonable de juzgamientos derivados de los derechos de la persona".[9]

---

[7] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Grijley. 2da. Edición. 2001, pp.355 y ss.
[8] El énfasis del sobrayado aparece en la misma Resolución N°2-2015, emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria.
[9] Acuerdo Plenario de las Cortes Superiores de 2004.

8. Por estos motivos consideramos que el agravio originado vulnera nuestros derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso, ya que en la Resolución impugnada, no se explica los motivos de fondo por qué se debe entender por recurrida, sólo a la apelación, contraviniendo de esta forma el Libro Cuarto del Código Procesal Penal, en especial el artículo 427° del Código Procesal Penal, que considera como es de conocimiento público al recurso de casación como un recurso más dentro de nuestro sistema procesal.

9. Es más el mismo Acuerdo Plenario precitado con anterioridad señala lo siguiente: "Noveno.- Por unanimidad.- No se justifica el prolongado un prolongado tiempo de detención preventiva bajo el argumento de la tranquilidad o interés social, por tratarse de argumentos abiertos o indeterminados que podrían generar excesos por parte del juzgador, estableciendo criterios subjetivos".[10] Más aún si se tiene en consideración que un día luego de la Audiencia la prensa escrita, en particular el diario El Correo, advertía del peligro que mi patrocinada quede en libertad.

10. En cuanto al derecho convencional se ven conculcados los artículos 16° y 24° de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, además del artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, al haberse excedido el plazo razonable.

11. Nuestro Tribunal Constitucional ha determinado respecto al derecho fundamental a la libertad personal y privación de libertad, sostiene lo siguiente: "La libertad personal en cuanto derecho subjetivo garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos, o condenas arbitrarias. Así: "(...) *las exigencias de la legalidad y no de arbitrariedad de la detención judicial no se satisfacen únicamente porque esta haya sido expedida por un juez competente, pues si bien el elemento de la competencia judicial constituye uno de los elementos que ha de*

[10] Ibid.

analizarse a efectos de evaluar la arbitrariedad o no de la privación de libertad, también existen otros elementos que se tienen que tomar en consideración, los que varían según se trate de una sentencia condenatoria o, por el contrario, de una detención judicial preventiva."[11]

12. El Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que la detención provisional es una medida extraordinaria que está sujeta a los **principios de proporcionalidad, necesidad, subsidiariedad, provisionalidad, excepcionalidad y razonabilidad**[12]. Es por ello que en respeto al principio de legalidad, y de taxatividad se debió declarar procedente nuestro pedido, y por ende la excarcelación inmediata de mi patrocinada, pues el término recurrida, hace referencia a los recursos señalados por el Libro Cuarto de nuestro Código Procesal Penal, y estos son: de reposición, apelación y reposición; finalmente rige un aforismo jurídico que dice que no se debe hacer distinciones donde la ley no las hace. Sin duda alguna, la razonabilidad o racionalidad de nuestro sistema se ve fracturada ante motivaciones aparentes como las de la Resolución N°2 emitida por su despacho.

POR LO EXPUESTO, sírvase a tener por interpuesta la apelación, fundada en Derecho

Arequipa, 10 de noviembre de 2015

OTROSÍDIGO - Se me deberá notificar a mi casilla electrónica: 35632.

MARCO BUSTINZA SIU
ABOGADO
C.A.A. 5932

[11] Cfr. STC 1091-2002-HC/TC
[12] Cfr. STC 1315-2004-HC/TC

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

DEMANDA DE HÁBEAS CORPUS

DEMANDA DE HÁBEAS CORPUS. Lima, 26 de noviembre de 2015.

SUMILLA: Demanda de hábeas corpus

SEÑOR JUEZ DEL JUZGADO PENAL DE TURNO DE LIMA

José Francisco Arriola Lizano, con registro CAL N° 41798, abogado defensor de la procesada, Sra. HELEN VERÓNICA AIZCORBE DELGADO, en la presente demanda de hábeas corpus, ante usted me presento y expongo.

I. DE LOS EMPLAZADOS

En la presente demanda de hábeas corpus se deberá correr traslado a la **Jueza Verónica Huaycho Anco**, del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Además, se deberá emplazar a los **Jueces Superiores Cornejo Palomino, Luna Regal, y Benavides del Carpio** de la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la misma Corte Superior.

Por haber cometido agravio constitucional contra la persona de Helen Verónica Aizcorbe Delgado, al haber vulnerado flagrantemente su derecho a la libertad y al debido proceso, derechos protegidos por los arts. 2° num. 24.e y 139° num. 3, 11 de la Constitución Política del Perú.

II. DELIMITACIÓN DEL PETITORIO

Al amparo de lo dispuesto de los arts. 274[1], inciso 4, y 283[2] del Código Procesal Penal, y art. 25, inciso 17[3] del Código Procesal Constitucional solicito a su Despacho se sirva declarar fundada la demanda de hábeas corpus.

---

[1] **Artículo 274. Prolongación de la prisión preventiva**
4. Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida.

[2] **Artículo 283 Cesación de la Prisión preventiva.-** El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente.

El Juez de la Investigación Preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el artículo 274.

La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa.

El Juez impondrá las correspondientes reglas de conducta necesarias para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida.

Artículo 25.- Derechos protegidos

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Mediante Resolución N° 13-2012, de 09 de octubre de 2012, emitida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Arequipa, se dictó prisión preventiva contra mi patrocinada Helen Verónica Aizcorbe Delgado.

2. En mérito a la Sentencia de Instancia, de 13 de junio de 2014, emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, se condenó a mi patrocinada a cuatro años y dos meses de pena privativa de libertad por la presunta comisión del delito de estafa, y a cinco años de pena privativa de libertad por la presunta comisión del delito de asociación ilícita para delinquir, lo cual aplicada la sumatoria de penas será de nueve años y dos meses de pena privativa de libertad, debiendo vencer ésta el 29 de diciembre de 2021.

3. Contra esta sentencia condenatoria se interpuso el correspondiente recurso de apelación el 19 de junio de 2014, recurso que pretendió determinar la atipicidad de los comportamientos atribuidos a mi patrocinada.

4. En este escenario, la Sentencia de Vista N° 132-2014, de 29 de diciembre de 2014, confirmó la Sentencia de Instancia, reformándola en el extremo del *quantum* de la pena, de tal forma que mi patrocinada es condenada a seis años de pena privativa de libertad, debiendo ésta vencer el 29 de octubre de 2018.

5. Esta última Sentencia define el *dies a quo*, es decir el plazo que ha de ser tomado en cuenta para el cese de la prisión preventiva de mi patrocinada. Esto es así porque se interpuso un recurso de casación, signado con el número 421-2015 y admitido por la Corte Suprema el 15 de enero de 2015, de forma que, en definitiva, el estado actual de mi patrocinada es el de tener la calidad de procesada pues aún no ha recaído sobre ella sentencia condenatoria definitiva.

6. Ante este panorama, el 29 de octubre de 2015, se solicitó una Audiencia de cese de prisión preventiva al Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, órgano jurisdiccional que mediante Resolución N°1 convocó dicha diligencia para el 2 de noviembre del año en curso.

7. En la Audiencia de cese de prisión preventiva se adujo que, por imperio del artículo 274, inciso 4, del Código Procesal Penal, mi patrocinada debía ser excarcelada porque ha cumplido la mitad de la condena impuesta y porque la Sentencia de Vista ha sido recurrida mediante recurso de casación número

---

Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual

(...) 17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

421-2015, admitido el 15 de enero de 2015. Cabe destacar que la literalidad del citado precepto señala que:

> **Artículo 274.4: Prolongación de la prisión preventiva:** *"Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida".*

8. En este orden de ideas, la jueza a cargo del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de 03 de noviembre del presente año, declaró improcedente nuestro pedido porque consideró que la Sentencia de Segunda Instancia constituyo ya una Sentencia definitiva. Sin embargo, este comportamiento de la magistrada representa una flagrante vulneración del principio de legalidad penal pues el ya citado artículo 274, inciso 4, solo hace referencia a la sentencia recurrida, siendo que entre los recursos que contempla el art. 413, de la Sección II del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, se encuentra taxativamente el de casación (además del de reposición, apelación y queja).

9. De igual forma, el 25 de noviembre de este año, la Tercera Sala Penal de Apelaciones, resolvió declarar infundado el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, confirmó la resolución de 05 de noviembre de 2015, sobre solicitud de Cese de Prisión Preventiva, que declaró improcedente el pedido de cesación de prisión preventiva. El argumento que sustentó la decisión de dicha Sala Penal, plasmado en el fundamento 2.4, fue que:

> *"[...] no resulta permitido debatir el pedido de cese de prisión preventiva de la sentenciada cuando su internamiento está sustentado en una sentencia condenatoria, que ya no tiene la calidad de recurrida, entendiéndose apelada por cuanto la segunda instancia ya se ha pronunciado y el sujeto activo ha dejado de ser procesado asumiendo la calidad de sentenciado, considerando que el recurso de casación es uno extraordinario y tiene una finalidad diferente a la apelación, no siendo instancia de mérito (...)".*

IV. AGRAVIO CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El agravio constitucional está constituido por la flagrante vulneración de la interpretación restrictiva de las normas limitativas de derechos, consecuencia del principio de legalidad, tanto por parte de la magistrada a cargo del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa como de los magistrados a cargo de la Tercera Sala Penal de Apelaciones.

2. En efecto, el principio de legalidad pretende garantizar dos finalidades que no son sino sus fundamentos: la seguridad jurídica de los ciudadanos y la libertad de éstos frente al ejercicio arbitrario del *ius puniendi* estatal.

Si esto es así, aunque existe una pluralidad de métodos de interpretación de normas, todos igualmente válidos, y aunque a la interpretación literal se le achaca su "tosquedad" (en la mayor parte de casos ha de complementarse con otros métodos de interpretación a efectos de desentrañar el verdadero mensaje normativo de la ley), se debe señalar que el tenor literal de la ley y su interpretación gramatical adquieren una especialísima relevancia en el ámbito del Derecho penal, como consecuencia de la vigencia en este sector del principio de legalidad y su estado fundamento de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

3. A partir de esta premisa se tiene que el ya citado art. 274.4 CPP señala que:

> *"Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, <u>cuando esta hubiera sido recurrida</u>".*

En consecuencia, a partir de una interpretación literal de este precepto, es decir, una interpretación restrictiva o *pro libertate* de las normas limitativas de derechos, se concluye de forma categórica que en el presente caso concurren los requisitos que dicho dispositivo legal exige para su aplicación. Y es que, 1) Ha trascurrido la mitad del plazo de la condena, es decir, tres años desde la imposición de prisión preventiva (faltan tres años para que la condena en su totalidad se cumpla: el 29 de octubre de 2018) y 2) La Sentencia de Vista, esto es, de segunda instancia, ha sido recurrida mediante recurso de casación número 421-2015, admitido por la Corte Suprema, de modo que aún no ha recaído sobre mi patrocinada una sentencia condenatoria definitiva.

4. En este orden de ideas, cabe señalar que los jueces demandados interpretan de modo amplio el tenor literal del art. 274.4 CPP, es decir, de forma contraria a la libertad personal de mi patrocinada, cuando señalan que *"(...) el recurso de casación es uno extraordinario y tiene una finalidad diferente a la apelación, no siendo instancia de mérito"*. Y vulneran el principio de la interpretación restrictiva de las normas limitativas de derechos, por dos razones. *Primero*, porque los jueces **introducen una diferencia donde la ley no la hace** y, en ese sentido, señalan que el recurso de casación es uno extraordinario, como si los arts. 274.4 y 413, ambos del CPP, estableciesen una diferencia entre recursos ordinarios y extraordinarios. Lo que verdaderamente ha de importar, si se quiere garantizar la libertad de los ciudadanos, fundamento del principio de legalidad, es que el art. 274.4 CPP exige para su aplicación que la sentencia esté recurrida y resulta que la casación, según el art. 413 CPP, es justamente eso, un recurso... no hay más.

Segundo, porque cuando los jueces demandados catalogan el recurso de casación como uno extraordinario, no hacen sino recurrir a la tan cuestionada división doctrinaria de los recursos. Sin embargo, lo que verdaderamente ha de importar, si se quiere garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, fundamento también del principio de legalidad, es que el art. 413 CPP menciona taxativamente, entre las clases de recursos, al de casación y el ciudadano común guía su conducta a partir de lo que las leyes señalan pues

sólo estas constituyen *las reglas de juego* y no los aportes de la doctrina. Una muestra clara de esto último es que existe la presunción *iuris et de iure* de que el ciudadano conoce las leyes una vez han sido publicadas, presunción que no opera respecto de los aportes doctrinarios. A ello se ha de sumar que, si se pretende garantizar la vigencia del Estado de Derecho, se ha de respetar el imperio de la ley como única fuente normativa pues evita los subjetivismos y las arbitrariedades del quienes ejercen el poder.

En consecuencia, el ciudadano espera, y esta expectativa se le ha de garantizar, que si su sentencia condenatoria está recurrida, con independencia del recurso que sea, él, en definitiva, aún no está condenado sino que mantiene todavía la calidad de procesado; por eso la privación de su libertad responde en ese caso a una detención preventiva mas no a una sentencia condenatoria definitiva.

Para los jueces demandados sentencia recurrida es única y exclusivamente aquella apelada, cuando, en estricto, según el art. 413 CPP, el recurso de casación es un recurso más dentro de nuestro sistema procesal... y todos los ciudadanos así lo entienden.

5. Esta vulneración del principio de interpretación restrictiva de las normas limitativas de derechos por parte de los jueces demandados genera, como lógica consecuencia, que en el presente caso **se configure también una flagrante y grave vulneración del derecho a la libertad locomotora de mi patrocinada, por lo que la interposición del presente hábeas corpus se encuentra plenamente justificada.**

V. HECHO CONCOMITANTE A TENER EN CUENTA

1. Aunado a lo anterior, se debe señalar, entre otras cosas, que mi patrocinada no tiene antecedentes de ninguna clase, no es reincidente y que, además, durante la tramitación del proceso ha actuado de manera diligente, sincera y veraz, con el fin de llegar a la verdad de los hechos materia de investigación, de ahí que resulta necesaria su excarcelación inmediata.

2. Las circunstancias descritas en el apartado anterior constituyen elementos de convicción suficientes que demuestran que en la actualidad no concurren los motivos que determinaron la imposición de la prisión preventiva, la misma que, según la Sentencia de Instancia, vencería el 29 de octubre de 2018 (ver folios 682 del expediente N° 3383-2012).

Anexos:

-Adjunto al presente las resoluciones que causan agravio.

ANEXO 01: Resolución de 05 de noviembre de 2015, emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa.

ANEXO 02: Resolución de 25 de noviembre de 2015, emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de Arequipa

POR LO EXPUESTO:

Señor Juez constitucional, sírvase declarar fundado el presente hábeas corpus, por estar fundado en Derecho, y como consecuencia de ello decretar la inmediata libertad de mi patrocinada Helen Verónica Alzzorbe Delgado.

Lima, 26 de noviembre de 2015

José F. Arriola Linares
ABOGADO
C.A.L. 41798

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

EXP. N° 03383-2012

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. 3° Juzgado de Investigación Preparatoria. Exp. N° 03383-2012. Arequipa, 2 de noviembre de 2015.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

3° JUZ. INVESTIG. PREPARATORIA - Sede Central
EXPEDIENTE : 03383-2012-4-0401-JR-PE-03
JUEZ : HUAYCHO ANCO VERONICA ELSA
ESPECIALISTA : MAURO FERMIN DIAZ CCUNO
MINISTERIO PUBLICO : 1RA FISCALIA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE AREQUIPA DR JUAN HUMBERTO FLORES CACERES ,
IMPUTADO : ZUÑIGA HERRERA, MARCO ANTONIO
DELITO : TRAFICO DE INFLUENCIAS.
AIZCORBE DELGADO, HELLEN VERONICA
DELITO : TRÁFICO DE INFLUENCIAS.
ZUÑIGA HERRERA, MARCO ANTONIO
DELITO : EXTORSIÓN.
DE LA TORRE VENEGAS, KATTY PAMELA
DELITO : EXTORSIÓN.
ZUÑIGA HERRERA, MARCO ANTONIO
DELITO : USO DE DOCUMENTOS FALSOS.
LLERENA PANCORBO, ELDER MARCO ANTONIO
DELITO : EXTORSIÓN.
DIAZ CRUZ, DYANA LIZ
DELITO : USO DE DOCUMENTOS FALSOS.
DIAZ CRUZ, DYANA LIZ
DELITO : TRÁFICO DE INFLUENCIAS.
DIAZ CRUZ, DYANA LIZ
DELITO : EXTORSIÓN.
AIZCORBE DELGADO, HELLEN VERONICA
DELITO : FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS.
DE LA TORRE VENEGAS, KATTY PAMELA
DELITO : TRÁFICO DE INFLUENCIAS.
DE LA TORRE VENEGAS, KATTY PAMELA
DELITO : USO DE DOCUMENTOS FALSOS.
AIZCORBE DELGADO, HELLEN VERONICA
DELITO : EXTORSIÓN.
AGRAVIADO : PROCURADURIA PUBLICA ANTICORRUPCION DESCENTRALIZADA DE AREQUIPA ,
CUADROS TREVIÑO, CHRISTIAN MARIO
PROCURADURIA PUBLICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA ,
PROCURADURIA PUBLICA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR RELATIVO AL ORDEN PUBLICO .

Resolución Nro. 2

Arequipa, dos mil quince
Noviembre dos.-

I. PARTE EXPOSITIVA

OÍDO: En audiencia el requerimiento de **CESE DE PRISIÓN PREVENTIVA** planteada por doña Helen Verónica Aizcorbe Delgado, sometido a debate en audiencia de fecha dos de noviembre del actual, con lo señalado por el Ministerio Público y al final la intervención de la primera de las nombradas. ----------

1.1. De Los Fundamentos de la solicitud planteada

En audiencia, la defensa técnica de la solicitante expuso:

1.1.1. Peticiona el cese de la prisión preventiva al amparo del artículo 274 inciso 4) del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP) que prescribe que una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta en la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida. ———

1.1.2. La solicitante ha sido condenada, por la Sala Penal de Apelaciones, a pena efectiva que vencerá el veintinueve de octubre del año dos mil dieciocho, conforme a la Sentencia de Vista emitida en el expediente 3383-2012, además cuenta con la constancia de haberse admitido la Casación Nro. 421-2015 (registro de expediente Nro. 3128-2015) contra aquel pronunciamiento, por ante la Corte Suprema de Justicia, el mismo que se encuentra pendiente de señalamiento de fecha para informe o vista de causa. ———

1.1.3. Ha purgado la mitad de la pena impuesta en la sentencia de vista que ha recurrido ante la Corte Suprema; además de ello presenta como nuevo elemento de convicción (y como hecho nuevo) que en el caso que se le venía siguiendo y que fue presentado como prueba por el Ministerio Público, caso seguido en agravio de la UNSA por el presunto delito de concusión, en fecha veintidós de octubre se ha declarado que no procede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria en contra de la solicitante y otros, disponiéndose el archivo. ———

1.1.4. Siendo ello así y al amparo de la norma procesal citada, norma de garantía procesal, es procedente, por vencimiento del plazo razonable, amparar su solicitud. ———

1.1.5. Además de ello debe tenerse en cuenta la conducta procesal intachable de la solicitante tanto en este causa como en otro proceso que se le viene siguiendo. ———

1.1.6. Ha solicitado -en total- cuatro veces la cesación de la prisión siendo que en las tres anteriores ocasiones ha sido denegada por otros motivos, seguramente porque no concurría una norma de carácter imperativo procesal como el citado artículo. ———

1.1.7. Una vez dictada la cesión correspondiente, al despacho, dictar las restricciones del caso.

1.2. Posición del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público, en audiencia, señaló su oposición a la solicitud invocada, por cuanto, según señaló, el pedido de cese de prisión preventiva está previsto por el artículo 283° del NCPP que señala que puede ser realizado por el imputado, siendo que, en este caso, la solicitante ya no tiene tal calidad sino la de "sentenciada". Así también, indicó, la defensa intenta incorporar como "nuevo elemento de convicción" una disposición de archivo expedida por órgano fiscal, pero no es posible emitir pronunciamiento sobre dicho documento pues ya se ha emitido sentencia condenatoria. Sostuvo asimismo que el artículo 274 inciso 4) estipula que el plazo de prisión puede prolongarse hasta por la mitad de la condena impuesta cuando la sentencia ha sido recurrida, lo que no se ajusta al presente caso, pues se expidió sentencia de primera instancia que fue recurrida y confirmada por la Superior Sala Penal, en tanto que el hecho que se halla interpuesto un recurso de casación, recurso de naturaleza extraordinaria o excepcional, no significa que el plazo de prisión esté por vencer. Por ello, concluyó, debe declararse improcedente la solicitud planteada. ———

II. PARTE CONSIDERATIVA

CONSIDERANDO:

Primero.- Sustento Normativo y Jurisprudencial

Conforme a lo señalado por el artículo 274 numeral 4) del NCPP *"una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida"*. ———

La Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de Casación N° 328-2012- ICA, del dieciséis de octubre del dos mil trece, que contiene fundamentos doctrinarios vinculantes, anotó en su fundamento noveno: *"(...) Sin embargo, luego de la emisión de la sentencia de primera*

instancia, que condenó al acusado (...) por el delito contra La Libertad-violación sexual de menor de edad, a dieciocho años de privación de la libertad, con las demás que contiene; el Fiscal solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria que se prolongue otra vez el plazo de prisión preventiva hasta por un plazo de nueve años, pedido que carece de eficacia y razonabilidad, pues **ello es de aplicación automática, en los casos de sentencia condenatoria de primera instancia, que haya sido recurrida**, *así, el inciso cuatro del artículo doscientos setenta y cuatro del Código Procesal Penal, señala: Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida. En tal sentido, no resulta arreglado a Ley, solicitar una prolongación de la prisión preventiva, luego de emitida la sentencia de primera instancia y que esta haya sido recurrida, por el plazo equivalente a la mitad de la pena impuesta, pues al respecto existe previsión legal expresa*[3].

Segundo - Sustento Jurídico Fáctico

Del análisis de los recaudos y con lo señalado por la partes en audiencia, se tiene lo siguiente:

2.1. De acuerdo a los antecedentes del caso y conforme a lo señalado por la propia defensa técnica de la solicitante, se tiene que doña Helen Verónica Aizcorbe Delgado fue condenada, mediante sentencia de primera instancia, por los delitos de Estafa y Asociación Ilícita para Delinquir, **imponiéndosele pena efectiva**[4], decisión que, impugnada vía recurso de apelación, fue **confirmada -en su extremo sustancial condenatorio- por la Superior Sala Penal**[5] (modificando únicamente la determinación en cuanto al delito de Estafa –atribuido inicialmente como delito consumado- y concluyendo que el mismo quedó en grado de tentativa, así como en el quantum de la pena a cumplir), sin perjuicio de ello y como se tiene anotado, se confirmó la decisión condenatoria mediante sentencia de segunda y definitiva instancia (conforme a la terminología así prevista por la norma procesal –NCPP- véase el artículo 425 del acotado en cuanto anota como sentencia de segunda instancia el pronunciamiento de alzada emitido –en

[3] Negrita y subrayado del juzgado.

[4] Conforme así se tiene de la citada sentencia (según el sistema SIJ, encontrándose el cuaderno de debates por ante la Corte Suprema de Justicia) de fecha trece de junio de dos mil catorce, por la que se declaró –entre otros- a doña Helen Verónica Aizcorbe Delgado y otros, coautores de delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Estafa, previsto en el artículo 196° del Código Penal, en agravio de Cristhian Cuadros Treviño, y, autora del delito del delito Contra la Tranquilidad Pública en la modalidad de Asociación Ilícita para Delinquir, previsto en el artículo 317° del Código Penal, en agravio del Estado representado por su Procurador Público especializado en Delitos contra el Orden Público – Ministerio del Interior; e imponiéndole una pena total de nueve años y dos meses de privación de libertad efectiva.

[5] Sentencia (según el sistema SIJ) emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones, de fecha veintinueve de diciembre del año dos mil catorce, por la que, entre otros, se resolvió: confirmar la sentencia materia de grado en cuanto dispone declararlos a doña Helen Verónica Aizcorbe Delgado y otros, coautores del delito contra el patrimonio en la modalidad de Estafa, previsto en el artículo 196° del Código Penal en agravio de Cristhian Cuadros Treviño; reformando el extremo de la sentencia en cuanto los declara coautores por delito consumado, en consecuencia los declaró coautores del mismo delito en grado de tentativa; confirmó la sentencia en el extremo que declaró a Helen Verónica Aizcorbe Delgado y otros autores del delito Contra la Tranquilidad Pública en la modalidad de Asociación Ilícita para Delinquir, prevista en el artículo 317° del Código Penal, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público especializado en delitos contra el Orden Público – Ministerio del Interior; revoca el extremo que impuso a Helen Verónica Aizcorbe Delgado y otros, por delito de Estafa, cuatro años y dos meses de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, reformándola le impuso un año de pena privativa de libertad efectiva –en cuanto a dicho ilícito-, confirmando además en cuanto se impone a la misma sentenciada y otros, cinco años de pena privativa de libertad por el delito de Asociación Ilícita para Delinquir; disponiendo la acumulación de penas impuestas, correspondiendo, en cuanto a la citada sentencia, una pena unificada de seis años de privación de libertad, pena que, con el descuento de la carcelería que venía cumpliendo, **vencerá el veintinueve de octubre del año dos mil dieciocho**.

este caso- por la Sala Penal de Apelaciones: "sentencia definitiva" contra la que puede proceder recurso de casación, conforme al tenor del artículo 427° inciso 1 del NCPP[1]). ----------

2.2. Al efecto, es necesario resaltar aquí la calificación de la "sentencia de vista" como "sentencia de segunda instancia" pues la defensa adujo en audiencia que, pese aquel pronunciamiento confirmatorio de la Superior Sala Penal, no se ha emitido aún sentencia de segunda instancia pues, a su entender, la segunda instancia no ha culminado por cuanto está pendiente el pronunciamiento de la Corte Suprema en mérito al recurso de Casación admitido a trámite. No obstante debe tener en cuenta el letrado defensor que el recurso de casación, si bien no constituye una tercera instancia, sí es un recurso jurisdiccional independiente y excepcional a los pronunciamientos de primera y segunda instancia, así lo anota JORGE DIAZ CABELLO al definir al recurso de casación penal como "***recurso de impugnación de carácter extraordinario, limitado e inimpugnable*** *que se interpone para ser resuelto por la Corte Suprema de la República como máxima instancia del Poder Judicial, con la finalidad de que se anulen determinadas sentencias o autos que ponen fin al proceso, cuando contravienen la Constitución, las normas legales de carácter sustancial o procesal cuyo incumplimiento es sancionado con nulidad, la lógica o la jurisprudencia de carácter vinculante emitida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional*"[2]. A más, los autores CARLOS CALDERÓN y ROSARIO ALFARO[3], definen la casación como "*(...) el recurso extraordinario que tiene por objeto que la Corte Casatoria anule resoluciones que ponen fin al proceso y que contienen fundamentalmente vicios de derecho*"; por su parte HESBERT BENAVENTE CHORRES y RENATO AYLAS ORTIZ –también citados por Díaz Cabello- definen a la casación como: "*(...) un* ***medio de impugnación extraordinario*** *con efecto devolutivo del que conoce la Corte Suprema* ***(sin ser una tercera instancia)*** *que se interpone exclusivamente por los motivos tasados en la ley y contra las resoluciones judiciales expresamente previstas por ella...*"[4]. ----------

2.3. En ese orden se colige que, en efecto, en el proceso seguido a la solicitante, se ha emitido sentencia definitiva (de segunda instancia y que pone fin al proceso) por lo que estando al contenido de la jurisprudencia vinculante antes reseñada, en cuanto anota que procederá la aplicación del artículo 274° inciso 4) luego de la emisión de sentencia de primera instancia, supuesto que no se ajusta a la situación actual de la causa que se siguió a la peticionante y a la condición que ahora ostenta la misma (sentenciada), no corresponde amparo de lo señalado por la defensa en este extremo y al bien, aquella, hace referencia a que se encuentra pendiente de pronunciamiento el recurso extraordinario de casación contra aquel pronunciamiento (recurso concedido a favor de don Elder Marco Antonio Llerena Poncobe, doña Kelly Pamela de la Torre Venegas; y, la Procuradora Pública Anticorrupción Descentralizada del distrito judicial de Arequipa[5]), que se encuentra pendiente de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia, ello no influye en su condición jurídica actual, tanto más si, como se tiene anotado, la causa se encuentra con sentencia de segunda instancia; ello sin perjuicio, claro está, de las posibles implicancias del pronunciamiento que, sobre dicho recurso, emita el Supremo Colegiado. ----------

2.4. Es procedente señalar, además, que la posición del juzgado respecto al extremo antes anotado -y que comparte la suscrita- ha sido ya materia de pronunciamiento anterior conforme aparece del sistema SIJ (así, véase la resolución número 02-2014, de fecha ocho de agosto de dos mil catorce, emitida en cuaderno número 3383-2012-58 sobre pedido de prolongación de prisión solicitado por el Ministerio Público, por lo que el juzgado declaró sin lugar a pronunciamiento a aquel pedido, precisamente porque, habiéndose expedido ya sentencia de primera instancia, era de aplicación, para ese estado procesal, la previsión normativa

[1] Art. 427.- Procedencia
1. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas...
[2] DIAZ CABELLO, Jorge. LA CASACIÓN PENAL; Gaceta Penal y Procesal Penal Primera Edición; Lima, Mayo 2014; Pag. 47.
[3] citados por el mismo autor en la página 46 de la obra citada.
[4] Conforme al tenor del documento signado como resolución número diecinueve, de fecha veintiséis de enero de dos mil quince (de acuerdo al descargo correspondiente en el sistema SIJ) y por el que, además, se declaró Improcedente el recurso casatorio presentado por Helen Alzamora Delgado.

contenida en el aludido artículo 274 inciso 4) del NCPP, pronunciamiento que, conforme se aprecia también del sistema SIJ, fue notificado a las partes procesales, y entre ellas, a la ahora solicitante). ——————————————————————————————

2.5. Bajo el mismo razonamiento, tampoco procede evaluación alguna de un hecho nuevo o elemento de convicción argumentado por la defensa técnica de la solicitante, en clara sintonía a los presupuestos necesarios para cesación de la medida de prisión preventiva, a tenor de lo previsto por el artículo 283 inciso 3) del NCPP[1] y que, estando a lo antes anotado no se ajusta a la situación actual del proceso seguido a la solicitante, en el que se ha expedido sentencia por la que, valorando la prueba aportada en juicio, se concluyó encontrando responsabilidad penal y civil en la conducta de la misma. ——————————————————————

Tercero.- **CONCLUSIÓN**

Siendo ello así, la petición planteada deviene en improcedente, siendo del caso así declararlo. -

III. PARTE RESOLUTIVA

Fundamentos por los cuales.

RESUELVO, DECLARAR IMPROCEDENTE el pedido de **CESACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA**, solicitado por doña **HELEN VERÓNICA AIZCORBE DELGADO** en el proceso seguido en su contra por delito Contra el Patrimonio en la modalidad de **ESTAFA EN GRADO DE TENTATIVA**, previsto en el artículo 196° del Código Penal, concordante con el artículo 16° del acotado código, en agravio de don Cristhian Cuadros Trevitho y por delito Contra la Tranquilidad Pública en la modalidad de **ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR**, previsto en el artículo 317° del Código Penal, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público especializado en delitos contra el Orden Público – Ministerio del Interior. **Tómese razón y hágase saber.-**

[1] En cuanto determina que la cesación de la medida –de prisión preventiva- procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

EXP. N° 03383-2012

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. 3ª Sala Penal de Apelaciones. Exp. Nº 03383-2012. Arequipa, 25 de noviembre de 2015.

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES

3° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 03383-2012-4-0401-JR-PE-03
ESPECIALISTA : GIOVANA CANO VALENCIA
CUARTA FISCALIA SUPERIOR PENAL .
IMPUTADO : ZUÑIGA HERRERA, MARCO ANTONIO
DELITO : TRÁFICO DE INFLUENCIAS.
DELITO : EXTORSIÓN.
DE LA TORRE VERGAS, KATTY PAMELA
DELITO : EXTORSIÓN.
ZUÑIGA HERRERA, MARCO ANTONIO
DELITO : USO DE DOCUMENTOS FALSOS.
DIAZ CRUZ, DYANA LIZ
DELITO : USO DE DOCUMENTOS FALSOS.
AIZCORBE DELGADO, HELLEN VERONICA
DELITO : FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS.
DIAZ CRUZ, DYANA LIZ
DELITO : TRÁFICO DE INFLUENCIAS.
DIAZ CRUZ, DYANA LIZ
DELITO : EXTORSIÓN.
AIZCORBE DELGADO, HELLEN VERONICA
DELITO : TRÁFICO DE INFLUENCIAS.
DE LA TORRE VERGAS, KATTY PAMELA
DELITO : TRÁFICO DE INFLUENCIAS.
DE LA TORRE VERGAS, KATTY PAMELA
DELITO : USO DE DOCUMENTOS FALSOS.
AIZCORBE DELGADO, HELLEN VERONICA
DELITO : EXTORSIÓN.
LLERENA PANCORBO, ELDER MARCO ANTONIO
DELITO : EXTORSIÓN.
AGRAVIADO : PROCURADURIA PUBLICA ANTICORRUPCION DESCENTRALIZADA DE AREQUIPA .
CUADROS TREVIÑO, CHRISTIAN MARIO
PROCURADURIA PUBLICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA .
PROCURADURIA PUBLICA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR RELATIVO AL ORDEN PUBLICO
JUEZ : VERÓNICA HUAYCHO ARCO
JUZGADO : TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

AUTO DE VISTA N° 276-2015

RESOLUCION N° 06-2015

Arequipa, diez mil quince.

Noviembre veintitrés.

VISTOS Y OIDOS: En audiencia pública.

PRIMERO: OBJETO DE LA ALZADA:

Es el recurso de apelación fundamentado y sustentado por la defensa técnica de la sentenciada Hellen Verónica Alarcón Delgado, en contra de la resolución N° 2, de fecha cinco de noviembre del dos mil quince, correspondiente a la solicitud de Cese de Prisión Preventiva, que declara improcedente el pedido de cesación de prisión preventiva solicitado por la referida sentenciada.

SEGUNDO: FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN

2.1. La defensa de la sentenciada fundamenta su apelación solicitando se revoque la resolución impugnada o se anule, para tal efecto señala básicamente que:

a) El A quo ha incurrido en error al sustentar que ha confirmado la sentencia condenatoria en segunda y definitiva instancia, lo cual es inaceptable por cuanto la sentencia de vista es pasible de ser impugnada mediante recurso de casación.

b) Que su patrocinado fue sentenciada mientras estaba dictando la prisión preventiva y que hasta la fecha computa el cumplimiento de la mitad de la pena y también que la sentencia de vista ha sido recurrida mediante recurso de casación y por tanto es de aplicación el artículo 274 numeral 4, por cuanto dicha norma no hace distinción entre un recurso de apelación y casación, por lo que no se debe distinguir donde la ley no distingue.

c) Se incurre en error al considerar que el recurso de casación es un recurso extraordinario en el punto 2.3 y 2.4 de la resolución, ello conlleva a la denegación de pedido, sin embargo los artículos 427° y 413° no establecen taxativamente la excepcionalidad de tal recurso.

d) El 2.5, cuando hace referencia a la cita de pie de página que precisa que la solicitante presentó recurso de casación y que este no sido declarado improcedente, por cuanto se encontraría vigente un recurso de casación que aún no ha sido resuelto.

e) Respecto a la unidad, la resolución cita la casación 328-2013-ICA, dicha casación tiene como sustento el pedido de prolongación de prisión y no de cese que es el pedido que se está tramitando.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- ARGUMENTOS NORMATIVOS

1.1 El artículo 268 del nuevo Código Procesal Penal, establece los presupuestos materiales para dictarse prisión preventiva.

1.2 El artículo 274° numeral 4 del nuevo Código Procesal Penal, prescribe respecto a la prolongación de la prisión preventiva: "4. *Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida*"

1.3 El artículo 283 del nuevo Código Procesal Penal, prescribe que el imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia, y ésta procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirlo por la medida de comparecencia.

1.4 El inciso 1 del artículo 284 del Nuevo Código Procesal Penal, prescribe que el imputado y el Ministerio Público podrán interponer recurso de apelación, dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quien se dictó auto de cesación de la prisión preventiva.

1.5 De la concordancia del Art. 286.2 y 287 del Nuevo Código Procesal Penal surge que de no corresponder la medida cautelar personal de privación de libertad, el Órgano Jurisdiccional competente dictará la comparecencia delimitando las restricciones de libertad correspondientes.

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO.-

2.1. Conforme a la naturaleza de las medidas cautelares, la decisión de prisión preventiva puede en principio ser modificada si surgieran nuevos elementos que desvanezcan los elementos que dieron lugar a su adopción, ello de conformidad con lo establecido en nuestro ordenamiento procesal penal (Código Procesal Penal: artículo 283).

2.2. En la presente, se observa que al haberse declarado improcedente el pedido de cesación de prisión preventiva solicitado por la sentenciada Hellen Veronica Aizcorbe Delgado, corresponde evaluar, en primer término, la resolución desde su ámbito de procedibilidad; en tal sentido, la controversia respecto a dicho presupuesto en el presente caso está referido a determinar si procede emitir pronunciamiento de fondo en un caso de cese de prisión preventiva cuando se ha dictado sentencia condenatoria confirmada en segunda instancia; en tal sentido, es de observar en principio la relevancia de la intervención jurisdiccional para el pedido expuesto, así, podemos establecer recurrentemente que la prisión preventiva constituye por su naturaleza una medida cautelar dirigida a garantizar la presencia del imputado durante el proceso judicial, es decir, que la finalidad y sustento de la prisión preventiva está subordinada a la existencia de un proceso judicial y a la necesidad de garantizar la presencia del imputado en el mismo.

2.3. En ese orden de ideas, sólo resulta relevante discutir un cese de prisión preventiva cuando esta se mantiene vigente y sustenta la privación de libertad del imputado durante el proceso penal; en la presente causa se ha determinado la improcedencia del pedido de cese de prisión preventiva en el entender que al haberse dictado sentencia condenatoria confirmada en segunda instancia el pedido efectuado no se ajusta a la situación actual del proceso; en tal sentido el debate propuesto por la defensa técnica referido a que el recurso de casación presentado constituye un recurso y por tanto es de aplicación el artículo 274° numeral 4 del Código Procesal Penal, conlleva a determinar si la sentenciada se encuentra recluida en el establecimiento penal en mérito al mandato de prisión preventiva dictada en su contra o en mérito a la sentencia condenatoria dictada y confirmada por segunda instancia, y, en tal caso, si el recurso de casación presentado suspende la ejecución de la mencionada sentencia o no, ello por cuanto si nos encontramos en el primer supuesto, si resultaría procedente discutir el cese de prisión preventiva por ser relevante y ser el camino correcto a seguir para alcanzar la libertad de la sentenciada, en caso que el sustento del internamiento sea otro, resulta improcedente tal debate. En tal sentido, es de observar sistemáticamente lo dispuesto en el artículo 402° del Código Procesal Penal, referido a la ejecución provisional de la sentencia

condenatoria, la cual distingue dos supuestos, el primero cuando el imputado se encuentre recluido y cuando este se encuentre en libertad; por regla general el primer párrafo del mencionado artículo establece: "1. ***La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella***, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos"; y en su segundo párrafo se establece la posibilidad que el imputado esté en libertad –comparecencia– mencionado que: "***2. Si el condenado estuviere en libertad y se imponga pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectiva, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288 mientras se resuelve el recurso***". Asimismo, se observa del texto del artículo 411° del mencionado código, referido a la libertad de los imputados, que este refiere: "***Los imputados que hayan sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso, sin perjuicio que éste sea resuelto, serán puestos en inmediata libertad.*** (...)"; también se tiene el artículo 412° del mismo cuerpo adjetivo de normas referido a la ejecución provisional, la cual determina que: "***1. Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente*** (...)". de lo anterior, resulta inobjetable que la imposición de la sentencia condenatoria tiene efectos de ejecución provisional de la sanción impuesta, siendo que a partir de la misma el internamiento del sentenciado deja de tener sustento en la prisión preventiva dictada y se sustenta en la condena impuesta, pudiendo incluso ordenar el internamiento de procesados que se encontraban en libertad –entendiéndose como comparecencia simple o con restricciones– bajo el sustento de la naturaleza y gravedad y el peligro de fuga, presupuestos diferentes al de prisión preventiva, por lo tanto, al encontrarse vigente la imposición de una sentencia condenatoria el internamiento de la sentenciada apelante encuentra sustento en la ejecución provisional de la mencionada sentencia y ya no en la prisión preventiva dictada en su contra durante el proceso penal, por lo tanto, la dispuesto por el a quo respecto a que el pedido no se ajusta a la situación actual del proceso resulta válido, por cuanto no se puede pretender debatir un cese de prisión preventiva y solicitar la excarcelación por dicho fundamento cuando el internamiento se encuentra sustentado por otro mandato –sentencia– y no por el que se pretende discutir.

2.9. En conclusión, no resulta pertinente debatir el pedido de cese de prisión preventiva de la sentenciada cuando su internamiento está sustentado en una sentencia condenatoria, que ya no tiene la calidad de recurrida, entendiéndose apelada por cuanto la segunda instancia ya se ha pronunciado y el sujeto activo ha dejado de ser procesado asumiendo la calidad de sentenciado, considerando que el recurso de casación es uno extraordinario y tiene una finalidad diferente a la apelación, no siendo instancia de mérito y en tal sentido, la normatividad alegada por la defensa técnica de la apelante al estar referida a la prisión preventiva carece de pertinencia su valoración y debate; en ese marco citado, al no corresponder el debate de la presente no se puede actuar o debatir los argumentos esbozados por la defensa técnica de la solicitante. Siendo ello así, el pedido en este extremo deviene en infundado.

4

2.5. Respecto al pedido de nulidad de la resolución, estando a que el fundamento expuesto por la defensa técnica apelante está dirigida a cuestionar la inobservancia del fundamento de la casación 338-2012-ICA, dicha data jurisprudencial se encuentra dentro de la extemporalidad relacionada al caso y no ha sido utilizada de manera directa –mencionada por omisión– en el contenido del fallo; además, si bien ha sido citada esta tiene concordancia con la prisión preventiva y no con la ejecución provisional de sentencia que es el fundamento de la resolución impugnada, por lo que al carecer de trascendencia la denuncia efectuada por el apelante, este extremo deviene en infundado.

Por los fundamentos señalados, los miembros de la Sala Superior Penal, a nombre del Pueblo

DECLARAMOS:

1. **INFUNDADA** la apelación formulada por la defensa técnica de la sentenciada Helen Verónica Aizcorbe Delgado; en consecuencia,
2. **CONFIRMAMOS** la resolución N° 2, de fecha cinco de noviembre del dos mil quince, correspondiente a la solicitud de Cese de Prisión Preventiva, que declaró improcedente el pedido de cesación de prisión preventiva solicitado por la sentenciada Helen Verónica Aizcorbe Delgado, con lodo lo que contiene. Registrese y notifíquese. Juez Superior Ponente: señor Benavides Del Carpio.

SS.

CORNEJO PALOMINO

LUNA REGAL

BENAVIDES DEL CARPIO

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

EXP. N° 16803-2015

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 11° Juzgado Penal de Reos Libres. Exp. N° 16803-2015. Lima, 27 de noviembre de 2015.

11° Juzgado Penal - Reos Libres
EXPEDIENTE : 16803-2015-0-1801-JR-PE-11
ESPECIALISTA : TREBEJO YRUPAILLA, CINTHIA
BENEFICIARIO : AIZCORBE DELGADO HELEN VERONICA .
DEMANDADO : HUAYCHO ANCO VERONICA .
CORNEJO PALOMINO .
LUNA REGAL .
BENAVIDES DEL CARPIO .
SOLICITANTE : ARRIOLA LIZANO JOSE FRANCISCO .

Resolución Nro.

Secretario : Falcón

Expediente N° 16803-2015

Resolución N° 01

HABEAS CORPUS.

Lima, veintisiete de noviembre

Del dos mil quince.-

AUTOS Y VISTOS

Proveyendo la demanda de Habeas Corpus interpuesta por José Francisco Arriola Lizano, a favor de la favorecida HELEN VERONICA AIZCORBE DELGADO, contra VERONICA HUAYCHO ANCO Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y los JUECES SUPERIORES Dres. CORNEJO PALOMINO, LUNA REGAL Y BENAVIDES DEL CARPIO de la Tercera Sala de apelaciones de la misma Corte. Por la supuesta vulneración al derecho a la libertad y al debido proceso.

I ATENDIENDO:

La demandante sustenta la interposición de la presente demanda, en los siguientes fundamentos de hecho:

1.-Que, la favorecida la presente acción de garantía se interpone por cuanto refiere la accionante que se ha expedido resolución signada con el N° 15-2012 con fecha 09 DE Octubre del 2012 emitida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la

Corte Superior de Arequipa en la que se dicto prisión preventiva contra su patrocinado Helen Verónica Aizcorbe Delgado.

2.- Asimismo en mérito de la Sentencia de Instancia de 13 de Junio de 2014, emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supra provincial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, se condeno a la favorecida a cuatro años y dos meses de pena privativa de Libertad por la presunta comisión del Delito de Estafa, y a cinco años de de pena privativa de Libertad por la presunta comisión del delito de Asociación Ilícita para delinquir, lo cual aplicada a la sumatoria de penas será de nueve años y dos meses de pena privativa libertad debiendo vencer esta el día 29 de Diciembre del 2021.

3.- Contra la sentencia condenatoria se interpone el recurso impugnatorio de apelación el día 19 de Junio del 2014 en la que se pretendió determinar la atipicidad de los comportamientos atribuidos a la favorecida, asimismo se confirmo la sentencia de vista con fecha 29 de Diciembre del 2014 y reformandola en el extremo del quantum de la pena la misma que es condenada a 6 años de pena privativa de la libertad debiendo esta vencer el día 29 de Octubre del 2018, asimismo se interpone un recurso de casación ante la Corte Suprema Exp. 421-2015 con fecha 15 de Enero del 2015, la cual a la fecha no ha sido resuelta es decir aun no ha adquirido la calidad de consentida.

4.- Que, siendo ello así con fecha 29 de Octubre del 2015 se solicita una Audiencia de cese de Prisión preventiva al Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, y este mediante resolución N° 1 convocó dicha diligencia para el 2 de Noviembre del presente año, y que en la referida audiencia de cese de prisión preventiva se adujo que por imperio del artículo 274 inciso 4 del Código Procesal Penal su patrocinada debía ser excarcelada por cuanto ha cumplido la mitad de la condena impuesta por cuanto se convocó a dicha diligencia para el día 02 de Noviembre del año en curso. Asimismo en la audiencia de prisión preventiva se adujo que, por imperio del artículo 274 inciso 4° del Código Procesal Penal su patrocinada debía ser excarcelada porque ha cumplido la mitad de la condena impuesta y porque la sentencia de Vista ha sido recurrida mediante recurso de Casación N° 421-2015, admitido el día 15 de Enero del 2015.

5.- Por lo que la Jueza a cargo del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria considero que la sentencia de Segunda Instancia constituye ya una Sentencia Definitiva sin embargo el comportamiento de la Magistrada representa una flagrante vulneración al principio de legalidad penal pues ya el citado artículo 274, inciso 4 solo hace referencia a la sentencia recurrida , siendo que entre los recursos que contempla el artículo 413, de la sección II del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, se encuentra taxativamente el de casación, en la que sala el 25 de Noviembre del 2015 la Tercera Sala Penal de Apelación, Resolvio declarar infundado el recurso de apelación y confirmo la resolución sobre la solicitud de Cese de prisión preventiva que declara improcedente el pedido de casacion de prisión preventiva

Siendo ello así, esta judicatura considera que los hechos que sustenta la demandante la interposición de habeas corpus, reúnen los supuestos establecidos en el artículo 25° del Código Procesal Constitucional, en concordancia con el artículo 200° inciso uno de la Constitución Política del Estado , que establece "La Acción de Habeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos".
Por lo antes expuestos, por ello de conformidad con lo establecido en la Ley veintiocho mil ochocientos treinta y siete (Código Procesal Constitucional).

SE RESUELVE: ADMITIR a trámite la demanda de Habeas Corpus interpuesta por José Francisco Arriola Lizano, a favor de la favorecida **HELEN VERONICA AIZCORBE DELGADO,** contra **VERONICA HUAYCHO ANCO** Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y los **JUECES SUPERIORES** Dres. **CORNEJO PALOMINO, LUNA REGAL Y BENAVIDES DEL CARPIO** de la Tercera Sala de apelaciones de la misma Corte. Por la supuesta vulneración al derecho a la libertad y al debido proceso.

DISPONGO: Practicar una <u>SUMARIA INVESTIGACIÓN</u>, a efectos de recibirse la declaración indagatoria de la autoridad emplazada, quien deberá explicar su conducta, y

siendo una restricción de la libertad individual en la que supuestamente se vulneraría la libertad individual del favorecido; y siendo que este Juzgado de Turno es de Tránsito; DERIVESE la presente demanda de manera aleatoria al Juzgado correspondiente, en donde el secretario encargado realizara las notificaciones y cursara los oficios a que se contrae la presente resolución, con conocimiento de la Sala Penal competente, Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, Oficina Descentralizada de Control de la Magistratura, y Procurador Publico correspondiente, notificándose, ofíciándose, con citación.-

PODER JUDICIAL

PERCY SANCHEZ TARRILLO
SECRETARIO
Juzgado de Turno Juzgado Penal de Turno de Tránsito
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

CAS. N° 328-2012 - ICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. CAS. N° 328-2012. LIMA, 17 DE OCTUBRE DE 2013.

El Peruano
DIARIO OFICIAL
Jueves 6 de marzo de 2014

JURISPRUDENCIA

PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 328-2012
ICA
SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciocho de octubre de dos mil trece.

VISTOS: en audiencia privada, el recurso de casación para desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el defensor público del sentenciado Antonio Alejandro Cabrera Jaramillo, contra la resolución de vista, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, del seis de junio de dos mil doce, de fojas cincuenta y ocho del cuaderno de prolongación de prisión preventiva, que confirmó la resolución de primera instancia del veintisiete de abril de dos mil doce, de fojas cuarenta y dos, en cuanto declaró fundado el requerimiento de prolongación de prisión preventiva solicitado por el Fiscal Provincial, derivado del proceso seguido contra el citado acusado Cabrera Jaramillo por el delito contra la Libertad-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.Y.J.M.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario de la causa en primera instancia

Primero. Que el día dieciséis de diciembre de dos mil diez, cuya disposición obra a fojas cinco del cuaderno denominado "expediente judicial", el señor Fiscal Provincial de Palpa dispone la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria de los seguidos contra Antonio Alejandro Cabrera Jaramillo por delito contra la Libertad-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.Y.J.M., sustentado, mediante disposición del quince de abril de dos mil once de fojas doscientos, en dispuso la prolongación del plazo de la Investigación Preparatoria por el término de sesenta días. En la misma fecha (diecisiete de diciembre de dos mil diez), el citado representante del Ministerio Público, emite su requerimiento de prisión preventiva en contra del encausado Cabrera Jaramillo, pedido que pone en conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria mediante documento de fojas doce. Realizada la audiencia correspondiente con fecha dieciséis de diciembre del año, se declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva por el término de nueve meses, en concordancia con el inciso uno del artículo doscientos setenta y dos del Código Procesal Penal.

Segundo. Posteriormente, y antes extremadamente cumplimiento del plazo de vigencia de dicha medida cautelar de naturaleza personal, el Fiscal Provincial, solicita la prolongación del plazo de la prisión preventiva, pedido que es declarado fundado por el Juez de la Investigación Preparatoria, mediante resolución de fojas veinte, del dieciséis de septiembre de dos mil once, disponiéndose que se prolongue dicha medida por cuatro meses, por lo que vencerá el día dieciséis de enero de dos mil doce. Esta resolución fue impugnada por el abogado defensor del encausado Cabrera Jaramillo, por lo que elevado que fuera el cuaderno correspondiente a la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, dicho órgano jurisdiccional, mediante resolución del catorce de octubre de dos mil once, de fojas veinticuatro, confirmó la resolución apelada, por lo que la prolongación decretada mantuvo todos sus efectos.

Tercero. Con fecha veintitrés de noviembre de dos mil once, el Fiscal Provincial emitió su requerimiento de acusación, como se aprecia de fojas treinta. Luego de ello, el día tres de enero de dos mil doce, el Ministerio Público, presenta ante el juez de la Investigación Preparatoria un nuevo requerimiento de prolongación de la prisión preventiva, realizándose la audiencia correspondiente el día doce de dicho mes y año, como se aprecia del acta de fojas cincuenta y tres. Al día siguiente, el día trece de enero de dos mil doce, el juez de la Investigación Preparatoria, emite resolución de fojas sesenta y dos, declarando fundado el requerimiento planteado, por lo que dispone la prolongación de la prisión preventiva, por el plazo de cinco meses adicionales (a los cuatro que con anterioridad se había dictado). Contra dicha decisión, el abogado defensor del encausado Cabrera Jaramillo mediante escrito de fojas setenta, interpone recurso de apelación. Elevado que fuera dicho medio impugnatorio, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante resolución de fojas ochenta y cinco del ocho de febrero de dos mil doce, confirmó la prolongación del plazo de prisión preventiva dispuesta por el Juez de la Investigación Preparatoria, siendo así, establecida que la citada medida cautelar vencerá el día dieciséis de junio de dos mil doce.

Cuarto. Cabe precisar, que antes de la emisión de la resolución que dispone la segunda prolongación de la prisión preventiva (el día trece de enero de dos mil doce), con fecha diez de enero de dos mil doce, el Juzgado Penal Colegiado de Palpa de la Corte Superior de Justicia de Ica, emitió sentencia que obra a fojas noventa y nueve, condenando a Antonio Alejandro Cabrera Jaramillo por el delito contra la Libertad-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.Y.J.M., a dieciséis años de pena privativa de libertad; con lo demás que al respecto contiene. Que la citada sentencia, fue recurrida por el Fiscal Provincial, mediante recurso de apelación de fojas noventa y nueve, del dieciséis de enero de dos mil doce, pues consideró que la pena impuesta era demasiado benigna. Es así, que mediante resolución del veintiuno de enero de dicho año, que obra a fojas veintiocho del cuaderno de prolongación de la prisión preventiva, el Juzgado Penal Colegiado de Palpa concedió el recurso de apelación interpuesto y dispuso que los actuados se eleven a la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica (la misma que mediante sentencia de vista del veintiséis de octubre de dos mil doce, confirmó la condena impuesta y revocó la pena, incrementándola a veinte años de privación de la libertad).

Quinto. Que elevado que fuera la causa a segunda instancia, el representante del Ministerio Público, formuló un nuevo requerimiento de prolongación de prisión preventiva,

ante el Juez de la Investigación Preparatoria, como se aprecia del cuarto de fojas uno del cuaderno respectivo, por el plazo de nueve días que era equivalente a la mitad de la pena impuesta en primera instancia). Pedido que fue atendido por dicho órgano jurisdiccional, el mismo que mediante resolución del veintiséis de abril de dos mil doce, de fojas cuarenta y uno, declaró fundado dicho requerimiento y prolongó la petición preventiva por nueve meses adicionales a los ocho ordenados con anterioridad. Ante ello, el abogado defensor del encausado Cabrera Jamanca interpuso el recurso de apelación correspondiente.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

Sexto. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante resolución del uno de junio de dos mil doce, de fojas cincuenta y tres, señaló fecha para la audiencia de apelación para el día cuatro de junio de dicho año. Realizada la citada audiencia, el seis del mencionado mes y año, se expidió el auto de vista de fojas cincuenta y ocho, por el que se confirmó la resolución de primera instancia que declaró fundado el requerimiento de prolongación preventiva.

III. Del Trámite del recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior.

Séptimo. Que al haberse expedido el auto de vista, el abogado defensor del sentenciado Cabrera Jamanca, dentro del plazo de Ley, interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas sesenta y nueve, al amparo de los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal vinculado a la necesidad que en el presente caso se desarrolle doctrina jurisprudencial respecto a dos aspectos: I) A qué órgano jurisdiccional le corresponde conocer funcionalmente de la prolongación de la prisión preventiva cuando el acusado está sentenciado y la pena impuesta ha sido recurrida al superior (artículo doscientos setenta y cuatro del citado Texto legal). II) Si la prolongación de prisión preventiva en etapa recursal está referida tanto a sentencias condenatorias efectivas como condicionales y si la medida de prolongación de prisión preventiva se suspende o cesa automáticamente cuando el preso preventivo es condenado a una pena privativa de libertad efectiva la cual se viene ejecutando provisionalmente o a un establecimiento penal.

Concedido el recurso por auto de fojas ochenta y uno, del diez de julio de dos mil doce, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha trece de agosto de dicho año.

Octavo. Cumplido el trámite de traslados a las partes procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del dieciséis de noviembre de dos mil doce, que obra a fojas veinticinco del cuaderno de casación respectivo, en uso de su facultad casatoria, declaró **BIEN CONCEDIDO** el mencionado recurso para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, en concordancia con las causales previstas en los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, único y exclusivamente respecto al tema propuesto en el punto II del segundo fundamento jurídico, esto es, para determinar a qué órgano jurisdiccional le corresponde avocarse al conocimiento del requerimiento de prolongación de prisión preventiva cuando el acusado ha sido pasible de una sentencia condenatoria y esta ha sido recurrida (inciso cuatro del artículo doscientos setenta y cuatro del Código Procesal Penal).

Noveno. Instruido el expediente en Secretaría, señalado para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que los requerimientos conforme al acta que antecede, el estado de la causa es el de expedir sentencia.

Décimo. Deliberada la causa en privado y vuelta al día de la fecha, esta Suprema Sala cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan– se realizará por la Secretaría de la Sala el día cinco de noviembre del año en curso a las ocho horas y treinta minutos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

Primero. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas veinticinco del cuaderno de casación, del dieciséis de noviembre de dos mil doce, el motivo de casación admitido es para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial en concordancia con los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal. Sobre el particular el defensor público que patrocina al encausado Cabrera Jamanca señala en su recurso formalizado de fojas sesenta y nueve del cuaderno de prolongación preventiva lo siguiente: "...*la solicitud de la prolongación de prisión preventiva no debió ser resuelta el Juez de la Investigación Preparatoria de la provincia de Palpa por ser incompetente. Solo debió ser remitida al Juez de Juzgamiento o en su defecto al órgano jurisdiccional que se encontraba avocado a la tramitación del recurso impugnatorio (apelación), esto es, la Sala Penal de Apelaciones de Ica. Sin embargo, dicha petición fue desestimada por dos órganos jurisdiccionales (Juez de la Investigación Preparatoria y Sala de Apelaciones) sucesivamente criterios distintos. Así, el primero de los citados precisa que el Juzgado Penal Colegiado sentenciador no se encuentra facultado para asumir competencia sobre requerimientos de medidas coercitivas o limitativas de derechos (entiéndase prisión preventiva, prolongación, etc.) de conformidad con lo que establece el artículo trescientos del Código Procesal Penal, pero sí se encuentran facultados los Juzgados de Investigación Preparatoria y si bien es cierto el inciso segundo del artículo trescientos solamente autoriza al Juez de investigación imponer dichas medidas durante la investigación preparatoria, ello debe aplicarse en forma extensiva al caso concreto, porque existe norma que lo prohíba. En tanto, que la Sala Penal de Apelaciones de Ica indicó que como quien es el Juzgado Penal Colegiado de Palpa había expedido sentencia condenatoria (...) ha de señalarse que la misma viene ejecutándose provisionalmente, de lo que se infiere que siendo el Juzgado de Investigación Preparatoria es competente de acuerdo a la normatividad respecto a la conclusión de la etapa de ejecución de sentencia, corresponde a este Juzgado el mandamiento de la prolongación de prisión preventiva (...) asimismo, agregó: "...que el primero de los argumentos contravienen el principio de legalidad procesal, puesto que aplica una norma por extensión cuando las normas serán vinculadas a la Ley, además, las interpretaciones que restringen derechos fundamentales deben ser interpretadas de manera restrictiva (...) que haciendo un análisis de los artículos respectivos del Código Procesal Penal, se colige que el legislador ha procurado normar y establecer de manera precisa y no genérica sobre la autorización que tiene el juez de juzgamiento y otros órganos jurisdiccionales superiores para imponer y hacer cesar las medidas de carácter personal, entonces no existe tampoco prolongarlas, no hacer ello contravienen el principio de preclusión procesal (...). En cuanto al segundo agravio, no nos encontramos ante una sentencia firme, debido a que la misma se encuentra impugnada vía recurso de apelación, por lo que se mantiene el principio de presunción de inocencia ...".*

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación

Segundo. El auto de vista impugnado en casación precisa lo siguiente: "...*Respecto a la competencia material y funcional advertida por la defensa técnica del sentenciado, el artículo trescientos del Código Procesal Penal señala la competencia de los Juzgados Penales Colegiados y Unipersonales, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el inciso cinco del artículo trescientos del Código aplicado también faculta al Juez de la Investigación Preparatoria a conocer de los demás casos que este Código y Leyes determinen; y en el presente caso se trata de una solicitud del Ministerio Público para prolongar la prisión preventiva de un acusado que ha sido sentenciado a pena privativa de libertad y que se encuentra en grado de apelación (...). Efectuado tal precisión, corresponde realizar un análisis a efectos de determinar si procede o no prolongar la prisión preventiva, y si ello le está facultado al Juez de la investigación Preparatoria. En el caso en autos se advierte que se mantienen los requisitos que se tuvieron para dictar la prisión preventiva, esto es, que los presupuestos materiales no han decaído o no han sido cuestionados por los sentenciados actos de investigación, más aun cuando el recurrente ha sido sentenciado a pena privativa de libertad de efectividad ella y que esta aún no está firme por haber sido apelada, y respecto a que la resolución ha sido dictada por el Juez de la Investigación Preparatoria, se debe tener en cuenta que con la citada resolución, no se le está causando ningún perjuicio al procesado...*"

III. Del motivo casacional. Desarrollo de la Doctrina Jurisprudencial.

Tercero. Ha quedado establecido que el tema a desarrollar vía doctrina jurisprudencial por este Tribunal, en virtud a lo regulado en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal con relación a los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del citado Cuerpo de Leyes, es el siguiente: **A qué órgano jurisdiccional le corresponde conocer funcionalmente de la prolongación de la prisión preventiva cuando el acusado está sentenciado y la pena impuesta ha sido recurrida al superior (artículo doscientos setenta y cuatro del citado Texto legal).**

Cuarto. En dicho sentido, cabe precisar que la prisión preventiva entendida como la privación de libertad ordenada antes de la existencia de una sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente, basada en el peligro de fuga del imputado con la finalidad de evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro que este vaya obstaculizar la investigación de la verdad, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra prevista en Título III, de la Sección III, del Libro Segundo "La Actividad Procesal" del Código Procesal Penal. Así, los artículos doscientos sesenta y ocho, doscientos setenta y nueve y doscientos setenta se refieren a los presupuestos que la configuran; En tanto, que el artículo doscientos setenta y uno y doscientos setenta y dos, se encuentran vinculados a la audiencia y resolución, así como, a la duración de la prisión preventiva, respectivamente. Y el **artículo doscientos setenta y cuatro, a la prolongación de la prisión preventiva**. Este último dispositivo legal en su inciso dos, precisa sobre dicha solicitud, lo siguiente: "*...El Juez de la investigación preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y de su defensor. Una vez instaladas las asistencias y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes bajo responsabilidad...*". Asimismo, el inciso tres del citado dispositivo legal indica: "*...La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral dos del artículo trescientos setenta y ocho...*", siendo que esta última norma legal establece lo siguiente: "*Contra el auto de prisión preventiva procede recurso de apelación. El plazo para la apelación es de tres días. El Juez de la investigación preparatoria elevará los actuados dentro de las veinticuatro horas, bajo responsabilidad y...). La Sala Penal se pronunciará previa vista de la causa, que tendrá lugar dentro de las setenta y dos horas de recibido el expediente, con citación del Fiscal Superior y del defensor del imputado...*".

Quinto. De lo expuesto se desprende que nuestra normatividad legal le otorga facultad y competencia para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva, exclusivamente al Juez de la Investigación Preparatoria, no estableciendo límites a dicha potestad, esto es, no restringe en modo alguno a que dicha facultad la realice únicamente a nivel de la investigación preparatoria; por lo que en existiendo prohibición legal en concreto, se puede entender, en principio, que es permisible que siga realizando esta función como Juez de Garantías, aún si la causa se encuentra en etapa intermedia, juicio oral o cuando se haya dictado sentencia condenatoria de primera instancia, que se encuentra recurrida vía recurso de apelación. Al respecto, el inciso dos del artículo veintinueve del Código Procesal Penal, establece, como competencias de los Juzgados de Investigación Preparatoria: "*Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria...*", de lo que se colige que no hay una prohibición expresa a que realice dicha actividad en otros estadios del proceso.

Sexto. Ello es entendible, pues lo que se procura en que la discusión sobre la prolongación de la prisión preventiva, se realice vía una audiencia específica, la misma que se encuentra normativamente vinculada a la actuación del Juez de la Investigación Preparatoria como se ha precisado en el fundamento jurídico anterior. Por tanto, debe entenderse que es este Magistrado el competente para pronunciarse sobre las medidas cautelares que se solicitan con posterioridad a la conclusión de la etapa de investigación preparatoria, a fin que no exista el riesgo que la decidido pueda influir en el futuro del proceso, toda vez que ve otro órgano jurisdiccional el que se va a encargar del juzgamiento: Juez de Juzgamiento Unipersonal y/o Colegiado, que no realizaría un pronunciamiento de los hechos materia de investigación si tuviera que pronunciarse sobre la medida cautelar de naturaleza personal solicitada. Tanto más, si uno de los presupuestos de la prisión preventiva se refiere a la presencia de elementos de convicción que vinculen razonablemente al procesado con los hechos que se le imputan, pues solo se prevé excepcionalmente que se pueda decidir la admisibilidad de la prueba penal ofrecida por el Juez de la Investigación Preparatoria en la etapa intermedia o cuando se haya descubierto con posterioridad, celebrándose formar convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral. Garantía de imparcialidad que también se busca resguardar y se extiende en los supuestos en que el caso de fondo se encuentre con sentencia condenatoria en grado de apelación ante la Sala Penal Superior, que además no permitiría que haya derecho al recurso, por ser esta la última instancia.

Sétimo. En el mismo sentido, el inciso dos del artículo novecientos veintitrés del Código Procesal Penal, señala que: "*El Juez de la investigación preparatoria, excepcionalmente, está facultado para (...) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y –cuando corresponda– las medidas de protección...*". De ello se deriva entonces, que es el Juez de la Investigación Preparatoria el que, garantizando el derecho de las partes, debería citarlos a la audiencia de prolongación de prisión preventiva, asumiendo en el que actuadas las circunstancias propuestas resuelva el pedido, absolviendo y analizando debidamente la posición de las partes, ello en el estado en el que se encuentre el proceso, sin que tal situación signifique que la Sala Penal Superior al resolver el tema de fondo pueda desconocer lo resuelto por el Juez de la Investigación Preparatoria con los efectos garantistas que se pudieran observar para el procesado, como sería el hecho de que en los casos que se declare la nulidad de la sentencia de primera instancia, el encausado quede en libertad y se sustraiga a la acción de la justicia. Ello pues, el artículo doscientos setenta y siete del Código Procesal Penal, indica: "*El Juez debe pone en conocimiento de la Sala Penal la orden de libertad, su revocatoria y la prolongación preventiva*".

Octavo. En conclusión, a efectos de salvaguardar tanto el principio de imparcialidad como el de pluralidad de instancias –este último, pues se daría lugar a que en virtud del recurso de apelación la parte que se considere afectada pueda recurrir lo decidido por el Juez de la Investigación Preparatoria, ante el Superior Jerárquico– se hace necesario establecer vía desarrollo jurisprudencial, que el encargado de resolver el pedido de prolongación de prisión preventiva, en todos los casos, es el Juez de la Investigación Preparatoria, conforme se ha procedido en el presente proceso.

Noveno. Finalmente, cabe indicar que en el caso analizado, el representante del Ministerio Público, primero efectuó su requerimiento de prisión preventiva, pedido que fue otorgado por el Juez de Garantías (y que tuvo un plazo de nueve meses de acuerdo con el inciso uno del artículo doscientos setenta y dos del Código Procesal Penal); posteriormente, hasta en dos oportunidades solicitó la prolongación de la prisión preventiva, la que fue concedida por cuatro y cinco meses, respectivamente (de acuerdo con lo estipulado en el inciso uno del artículo doscientos setenta y cuatro de dicho Texto legal). Sin embargo, luego de la emisión de la sentencia de primera instancia que condenó al encausado Cabrera Jaramillo por el delito contra La Libertad-violación sexual de menor de edad, a dieciocho años de privación de la libertad, con las demás que contiene; el Fiscal solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria que se prolongue una vez el plazo de prisión preventiva hasta por un plazo de nueve años, pedido que carece de eficacia y razonabilidad, pues ello es de aplicación automática, en los casos de sentencia condenatoria de primera instancia, que haya sido recurrida; así, el inciso cuatro del artículo doscientos setenta y cuatro del Código Procesal Penal, señala: "*Una vez confirmada el agraviado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta sentencia no hubiera sido recurrida*". En tal sentido, no resulta arreglado a Ley, solicitar

una prolongación de la prisión preventiva, luego de emitida la sentencia de primera instancia y que esta haya sido recurrida, por el plazo equivalente a la mitad de la pena impuesta; cuando al respecto exista previsión legal expresa. Tanto más, si los plazos previstos tanto en el inciso uno del artículo ciento setenta y dos, y en el inciso uno del artículo doscientos setenta y cuatro, ya se agotaron.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación para desarrollo de la doctrina jurisprudencial en concordancia con los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, interpuesto por el defensor público del sentenciado Antonio Alejandro Cisneros Jiménez, contra la resolución de vista, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, de seis de junio de dos mil doce, de folios cincuenta y ocho del cuadernillo de prolongación de prisión preventiva, que confirmó la resolución de primera instancia del veintisiete de abril de dos mil doce, de folios cuarenta y dos, en cuanto declaró fundada el requerimiento de prolongación de prisión preventiva solicitado por el Fiscal Provincial, derivado del proceso seguido contra el citado sentenciado Cabrera Jiménez por el delito contra la Libertad-violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales I. Y. J. M.

II. MANDARON que en los Distritos Judiciales en los que se encuentre en vigencia el Código Procesal Penal, constituya precedente vinculante, conforme a lo establecido en el quinto, sexto, séptimo y octavo fundamento jurídico de los fundamentos de derecho de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

III. ORDENARON se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Intervino el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

S.S.

VILLA STEIN

PATRICIA FAJARDO

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

J-1056883-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 251-2012
LA LIBERTAD

Sumilla: La libertad anticipada constituye una institución de naturaleza procesal, toda vez que, en la norma y en lo desarrollado por el legislador, no otorga un derecho material sino, más bien, el artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, su estructura, presupuestos, compatibilidad y efectos que permiten su aplicación de esta manera. En el caso analizado, se utilizó el pedido de libertad anticipada como argumento para analizar la vinculación de la suspensión de la ejecución de la pena que quedó condicionada por haber sido encontrado

SENTENCIA CASATORIA

Lima, veintiocho de septiembre de dos mil trece.-

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial -y no como ordinariamente se consigna: la causal de indebida aplicación de la ley, toda vez que si bien en la parte resolutiva del auto de calificación de recurso de casación del cinco de octubre del dos mil doce, obrante a fojas cinco, se declaró bien concedido por dicha causal, en la parte considerativa se indicó que debe desestimarse dicha causal-, interpuesto por el representante del Ministerio Público contra el auto de vista del once de mayo de dos mil doce, de folios cuarenta y cinco, que revocó el auto que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada del sentenciado Faustino Asencio Maya, contenido en la resolución del número cinco, del veintidós de marzo de dos mil doce, y reformándola declararon por mayoría fundada la solicitud de libertad anticipada, bajo reglas de conducta que debe cumplir el sentenciado hasta que se dé cumplimiento al término de la suspensión de la ejecución de la pena, dejándose su extinción dentro del proceso –en ejecución de sentencia- que se le siguió al precitado por el delito contra la Familia –Omisión a la Asistencia Familiar-, en agravio de Esther Elizabeth Ibáñez Villalva y el menor Kevin Smith Asencio Ibáñez.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I.- ITINERARIO DEL PROCESO

Primero: Que, mediante sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil nueve, se condenó a Faustino Asencio Maya, por el delito contra la Familia – Omisión a la Asistencia Familiar, en agravio del menor Kevin Smith Asencio Ibáñez y Esther Elizabeth Ibáñez Villalva, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el mismo plazo, imponiéndole determinadas reglas de conducta -dentro de las cuales se consigna el cumplimiento del pago de las devengadas obligaciones alimentarias-.

Ante el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias, el representante del Ministerio Público, solicitó revocar la suspensión de la pena. En mérito a ello, el órgano jurisdiccional competente decretó mediante resolución del tres de enero del dos mil doce, revocar dicha suspensión. Ante tal situación, el sentenciado Asencio Maya –privado de su libertad-, mediante escrito de fecha quince de marzo de dos mil doce, obrante a fojas veintiocho, peticionó su pedido de libertad anticipada, alegando que ya había cumplido con el pago de las pensiones devengadas y la reparación civil.

Que, a fojas treinta y cuatro obra el Acta de Registro de Audiencia de Libertad Anticipada, llevada a cabo por el Juez de Investigación Preparatoria de Ascope de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con fecha veintidós de marzo de dos mil doce, quien declaró infundada la solicitud de libertad anticipada.

II. DEL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Segundo: Que, contra dicha decisión judicial el sentenciado Faustino Asencio Maya, interpuso recurso de apelación, fundamentándolo a fojas treinta y siete, siendo elevados los actuados a la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, la misma que en la audiencia de apelación del once de mayo de dos mil doce, cuya acta obra a fojas cuarenta y seis, declaró por mayoría fundado el recurso de apelación, en consecuencia, revocaron la resolución de primera instancia que declaró infundada la solicitud de libertad anticipada y reformándola declararon fundada dicha solicitud de libertad anticipada a favor de Faustino Asencio Maya, al considerar que la libertad anticipada no podría cuando no ha dado cumplimiento al pago con respecto de las cuotas adeudadas al delito de Omisión a la Asistencia Familiar, toda vez que la razón de la medida preventiva habría desaparecido.

III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO

Tercero: Que, ante la sede Suprema, el señor Fiscal Supremo interpuso recurso de casación mediante escrito

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

CAS. N° 328-2012 - ICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. CAS. N° 328-2012. LIMA, 17 DE OCTUBRE DE 2013.

Sumilla: Del examen y valoración global de los hechos y las pruebas actuadas, bajo los principios de inmediación y del contradictorio, se ha establecido que el procesado incurrió en el delito atribuido, infiriéndose también que su defensa, en rigor, se sustenta en argumento de defensa y en la presunta existencia de vicios procesales, que no afectan el derecho de defensa, habiéndose concedido erróneamente el recurso de casación, por lo que, es indispensable y con la inmediatez del caso subsanarlo, declarando infundada la casación.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, ocho de septiembre de dos mil quince

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación concedido por las causales referidas a la inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales; así como por la manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia, cuando el vicio resulte de su propio tenor, la misma que fuera interpuesta por la defensa del procesado Ronny Martín Coral Macedo, contra la sentencia de vista, de fecha veinticinco de marzo de dos mil catorce, de fojas doscientos cuarenta y cuatro, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha veintiuno de marzo de dos mil trece, de fojas sesenta, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión pasivo propio, en agravio del Estado.
Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

ANTECEDENTES

Itinerario del proceso en primera instancia

Primero. Que Ronny Martín Coral Macedo fue procesado penalmente, con arreglo al nuevo Código Procesal Penal.

Se formuló requerimiento de acusación fiscal contra el precitado encausado Coral Macedo por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado, previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos noventa y tres del Código Penal (tipo principal); y alternativamente, por el delito previsto en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal .

Mediante resolución de fecha treinta y uno de enero de dos mil trece, de fojas uno, del denominado Cuaderno de Debates, el Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima Sur, declaró la existencia de una relación jurídica procesal válida y dictó el auto de enjuiciamiento contra Ronny Martín Coral Macedo; asimismo, admitió diversas pruebas ofrecidas por el representante del Ministerio Público y no admitió otras, tan igual como en las pruebas ofrecidas por la defensa del acusado.

Posteriormente los actuados fueron remitidos al Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Lima Sur.

Segundo. Que, mediante resolución de fecha trece de febrero de dos mil trece, de fojas ocho, del denominado cuaderno de debate, la titular del Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, dictó auto de citación a juicio oral contra Ronny Martín Coral Macedo para el día diecinueve de febrero de dos mil trece, a horas diez de la mañana.

El juzgamiento se llevó a cabo en diversas audiencias públicas conforme consta de las actas correspondientes, la misma que concluyó con la sentencia expedida con fecha veintiuno de marzo de dos mil trece, de fojas sesenta, del cuaderno de debates, que falló absolviendo al acusado Ronny Martín Coral Macedo por el delito de concusión, ordenando el archivamiento del proceso en dicho extremo; asimismo, condenando a Ronny Martín Coral Macedo como coautor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de corrupción de funcionarios –cohecho pasivo propio– tipificado en el artículo trescientos noventa y tres, segundo párrafo del Código Penal, a seis años de pena privativa de libertad efectiva; asimismo, le impuso la pena de inhabilitación de tres años de conformidad con lo dispuesto en el artículo treinta y seis, incisos uno y dos del Código Penal; y fijó el monto de la reparación civil que deberá pagar el sentenciado en la suma de diez mil nuevos soles.

La abogada defensora del procesado Ronny Martín Coral Macedo a fojas setenta y nueve del cuaderno de debates, interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria.

Este recurso impugnativo fue posteriormente concedido.

Del trámite en segunda instancia

Tercero. Que, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, mediante resolución de fecha cuatro de febrero de dos mil catorce, de fojas doscientos siete del cuaderno de debate, resolvió admitir el recurso impugnatorio de apelación presentado por la defensa técnica del sentenciado Ronny Martín Coral Macedo; asimismo, comunicó a los sujetos procesales que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días.
Mediante resolución número veintisiete, de fecha diecinueve de febrero de dos mil catorce, de fojas doscientos veinte del cuaderno de debates, declaró inadmisibles los medios probatorios ofrecidos por la defensa del sentenciado y citó a juicio oral de segunda instancia, emplazando a las partes procesales. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece de las actas de su propósito, la Sala declaró cerrado el debate y suspendió la audiencia para la expedición y lectura de sentencia.

Cuarto. Que, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, mediante sentencia de segunda instancia de fecha veinticinco de marzo de dos mil catorce, de fojas doscientos cuarenta y cuatro del cuaderno de debates, confirmó la sentencia apelada de fecha veintiuno de marzo de dos mil trece, que condenó a Rouny Martín Coral Macedo como cosutor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de corrupción de funcionarios –cohecho pasivo propio– tipificado en el artículo trescientos noventa y tres, segundo párrafo del Código Penal, a seis años de pena privativa de libertad efectiva; asimismo, le impuso la pena de inhabilitación de tres años de conformidad con lo dispuesto en el artículo treinta y seis, inciso uno y dos del Código Penal; y fijó el monto de la reparación civil que deberá pagar el sentenciado en la suma de diez mil nuevos soles.

Del trámite del recurso de casación

Quinto. Que, contra dicha sentencia de vista, la defensa técnica del sentenciado Ronny Martín Coral Macedo formuló recurso de casación, el mismo que fuera fundamentado mediante escrito de fojas doscientos setenta y tres, del mencionado cuaderno de debates, el mismo que fuera concedido por resolución de fecha quince de abril de dos mil catorce, de fojas doscientos ochenta y dos.
Elevados los autos a la Suprema Instancia y cumplido el respectivo trámite de traslado, esta Sala de Casación mediante auto de calificación de fecha veintitrés

de enero de dos mil quince, de fojas sesenta y seis, del cuadernillo formado en esta instancia, declaró bien concedido el citado recurso por las causales referidas a la vulneración de las garantías constitucionales del debido proceso y debida motivación de las resoluciones judiciales, así como la manifiesta ilogicidad en la motivación, comprendidas en las casuales previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

Sexto. Que, instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la audiencia de casación el día diecinueve de agosto de dos mil quince. Instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden, conforme al acta que antecede, con la intervención de las partes, el estado de la causa es la de expedir sentencia.
Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y cuatrocientos veinticinco, apartado cuatro del Código acotado.

CONSIDERANDO

Acerca de la presunta afectación de la debida motivación de las resoluciones judiciales

Séptimo. Que, la resolución que declaró bien concedido el recurso de casación, se sostentó en la causal comprendida en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, esto es, por la presunta infracción de garantías procesales como de la debida motivación de las resoluciones judiciales y el debido proceso .
Es abrumadora tanto la doctrina como la propia jurisprudencia en señalar, que en todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, debe ser rechazada.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que la administración exprese las razones o justificaciones objetivas que la lleva a tomar una determinada decisión. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo ciento treinta y nueve, inciso cinco de la Constitución Política del Perú) y, por el otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. No está por demás indicar, que su contenido esencial se da siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión [...]" (STC N° 1291-2000-AA/TC. FJ 2).

Octavo. Que en el fundamento jurídico séptimo de la referida resolución, que declaró bien concedido el recurso de casación, se sostuvo que revestía interés casacional el tracto procesal sobre la incorporación de la testimonial de un coacusado, el mismo que al acogerse a una conclusión anticipada cambió su condición procesal a testigo impropio; asimismo, otro tema a dilucidar correspondería a la incorporación de la prueba documental, constituida por los informes periciales, que a criterio de la defensa no fueron ofrecidos ni admitidos en la etapa procesal correspondiente.

Noveno. Que, en cuanto al primer motivo expuesto por el casacionista, es decir, a lo que la recurrente denominada necesidad de un mejor análisis del caso, para que sirva para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a los alcances de la solicitud y admisión de nueva prueba, prevista por el artículo trescientos setenta y tres del Código Procesal Penal, en lo que respecta al coautor con sentencia de conformidad, por conclusión anticipada del juicio y cambia de posición a la de testigo impropio no previsto en el artículo trescientos setenta y dos del acotado Código, resulta indispensable que se delimite el ámbito de aplicación de la referida institución jurídica sobre la admisión del testigo impropio y si no es de aplicación lo previsto por el artículo ciento cincuenta y cinco, inciso dos, del Código antes mencionado.

Décimo. Que, el referido inciso dos, del artículo ciento cincuenta y cinco del Código Procesal Penal, dispone, que las pruebas se admiten a solicitud del

Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.

El numeral antes mencionado es preciso y no merece interpretación alguna, menos en el ámbito casacional, en tanto, el inciso uno del artículo ciento sesenta y dos del Código Procesal Penal, dispone que toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedimento por la Ley, lo que no sucede en el caso de autos, al no estar comprendido el testigo Wilber Andrés Salas Sabuco en los alcances del inciso tres, del artículo ciento sesenta y tres, y ciento sesenta y cinco del mencionado texto procesal.

Décimo primero. Que debido a que el inciso dos del artículo ciento cincuenta y cinco del citado Código, señala que sólo podrán ser excluidas las pruebas que no son pertinentes o están prohibidas por la Ley, lo que tampoco se advierte en el caso de la testimonial de Wilber Andrés Salas Sabuco, es de inferirse que la pretensión de la casacionista también está referida a la exigencia de que su admisión será mediante auto especialmente motivado.

Aún cuando no consta una resolución motivada como lo menciona la norma procesal antes acotada, no significa que no haya sido así, pues lo que la legislación procesal garantiza es el rechazo de la arbitrariedad judicial y la inclusión de un testigo sin que se haya ofrecido o sin el conocimiento de las partes procesales, tanto más, si el nuevo modelo procesal penal es enteramente oral y no escrito.

Lo cierto es que durante la audiencia de juicio oral de fecha cinco de marzo de dos mil trece, cuya acta corre a fojas cuarenta y dos y siguientes, se colige que aperturada la audiencia pública, tanto Wilber Andrés Salas Sabuco como el procesado casacionista Ronny Martín Coral Macedo fueron invitados a acogerse a la conclusión anticipada del juicio oral, habiéndose acogido o aceptado tal propuesta únicamente el primero de ellos. Se consigna en el acta de audiencia que a las doce horas con once minutos Salas Sabuco luego de consultar con su abogado defensor aceptó tal propuesta y cuarenta minutos después fue leída la sentencia condenatoria en su contra, razón por la que éste abandonó la Sala de audiencias, tanto más si no existía razón alguna para su presencia en ella, pues dejó la condición de acusado. No obstante ello, con posterioridad, a las doce y cincuenta y cinco de la tarde, el Fiscal ofreció como nuevo medio probatorio la

testimonial de Wilber Andrés Salas Sabuco, ofrecimiento del cual se corrió traslado a todas las partes procesales, llamando la atención que la defensa técnica del ahora casacionista, no planteó oposición, observación u objeción alguna a esta testimonial, lo que motivó que se admitieran los medios probatorios ofrecidos.

Desde el momento en que se dio lectura de la sentencia condenatoria contra Wilber Andrés Salas Sabuco hasta que se inició el interrogatorio del acusado Ronny Coral Macedo, esto es ala una y treinta y seis de la tarde aproximadamente, de la fecha en mención, ya había transcurrido más de cuarenta minutos; de ahí que no existe justificación alguna que apoye el argumento de la defensa técnica, respecto a una contaminación procesal del testigo Salas Sabuco, en tanto, no estuvo presente en el momento que el procesado Coral Macedo declaró.

Décimo segundo. Que, el artículo trescientos setenta y dos del Código Procesal Penal regula exprofesamente el trámite de una de las formas de conclusión del juicio oral, por tanto, al ser un procedimiento dedicado de manera exclusiva a regularlo es irrelevante la mención de la prueba testimonial, pues esta recién y de manera sistémica es regulada por el numeral trescientos setenta y tres del Código acotado, que se limita únicamente a indicar, que culminado el procedimiento de conclusión anticipada del juicio oral, las partes procesales pueden ofrecer nuevos medios de prueba.

El ofrecimiento de la declaración testimonial de Wilber Andrés Salas Sabuco, quien antes había tenido la condición de acusado, asume la calificación de lo que la doctrina procesal ha denominado "testigo impropio", esto es, aquél que fue condenado en un proceso anticipadamente y pasa a la condición de testigo en la misma causa.

Como ya se ha sostenido al citar el artículo ciento sesenta y dos del Código Procesal Penal, en principio toda persona es hábil para prestar su testimonio, en dicho sentido, no existe motivo ni justificación alguna para que el mencionado Código regule de manera taxativa la existencia o declaración de un testigo denominado impropio, sólo por la doctrina procesal, pues en rigor, sólo es un testigo más, como lo es un testigo presencial o testigo típico, el testigo propio o el testigo de referencia o de oídas, llamados así por la doctrina procesal, pues lo que importa es consolidar instrumentos y prácticas que faciliten el tránsito hacia un modelo acusatorio adversarial donde la litigación tome al proceso en más oral, dinámico, igualitario y sobre contradictorio, lo que en todo momento se le ha garantizado a la defensa, prueba ello, es que no observó o planteó oposición

alguna en su debida oportunidad, recurriendo a ella, sólo cuando se dictó la sentencia de condena.

Décimo tercero. Que la defensa del casacionista también ha sostenido como vulneración del debido proceso y de la debida motivación de las resoluciones judiciales, que es necesario el desarrollo de la doctrina jurisprudencial para obtener una interpretación correcta de específicas normas de derecho penal y procesal penal sobre la procedencia y admisión de pruebas en la audiencia preliminar para ser actuadas en juicio prevista por el inciso cinco del artículo trescientos cincuenta y dos del Código Procesal Penal, cuando se refiere al examen del perito, que exponga sobre una pericia no ofrecida ni admitida como prueba en juicio.

El inciso cinco del artículo trescientos cincuenta y dos del Código Procesal Penal, dispone que la admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:

a) Que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso; y,

b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificar el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada , así como el domicilio de los mismos. La resolución que se dicte no es recurrible.

Décimo cuarto. Que, en principio, cabe aclarar que la pretensión del casacionista consignado en su recurso de casación es la necesidad de un mejor análisis de la norma procesal antes acotada; sin embargo, la defensa no señala en qué consistiría dicha interpretación errónea de la norma y en todo caso, de qué forma habría afectado, sobre todo, su derecho de defensa.

En rigor, lo que cuestiona el casacionista es que a su entender la Fiscalía no ofreció como pruebas de cargo durante la etapa procesal correspondiente del juicio oral, el Informe Pericial Técnico Fonético número cero treinta y cinco-dos mil doce, de fecha cinco de noviembre de dos mil doce, así como el Informe Pericia Aclaratorio Técnico Fonético número cero treinta y seis-dos mil doce, de la misma data y que pesar de dicha grave omisión, ambos documentos técnicos fueron sustento de la sentencia condenatoria dictada en su contra.

Décimo quinto. Que lo sostenido por la abogada de la defensa no se ajusta a la verdad. Durante la audiencia pública de la exposición del requerimiento

acusatorio y control de requisitos formales y sustanciales de la acusación, así como el ofrecimiento y admisión de medios de prueba, llevado a cabo con fecha treinta y uno de enero de dos mil trece, y cuya resolución corre inserta en el cuaderno de debate de fojas uno, denominado auto de enjuiciamiento, se tiene que los Informes Periciales Técnico Fonéticos sí fueron ofrecidos por la Fiscalía, no obstante se rechazó su admisión debido a fueron considerados por el Juzgado de Investigación Preparatoria como sobreabundantes.

El referido Juzgado sostuvo tal decisión debido a que ya se habían admitido los exámenes de los peritos Luis Tito Loyola Mantilla, en su condición de Especialista en Fonética Forense y de Milton Hinojosa Delgado, en calidad de Ingeniero de Sistemas, precisamente para que expliquen las conclusiones arribadas en los referidos informes periciales. Cabe acotar, que incluso el Juzgado de Investigación Preparatoria acotó que de no presentarse dichos peritos a la audiencia de juicio oral, debería oralizarse la prueba documental conforme a lo dispuesto por el inciso uno, del artículo trescientos ochenta y tres del Código Procesal Penal.

De ser así, no existe pues el ingreso al juicio oral de una prueba sorpresiva de la cual no haya tenido conocimiento la defensa técnica del acusado, como así lo pretende hacer creer, tanto más, si una vez más se advierte que la abogada durante dicha audiencia no objetó ni se opuso a lo decidido por el Juez de Investigación Preparatoria que ahora cuestiona.

En conclusión no se está ante una prueba inconstitucional en la medida que sí se cumplió con los principios fundamentales de la actuación probatoria, contradicción, inmediación y publicidad. Estas garantías procesales en la actuación probatoria, que es lo esencial desde la presunción de inocencia, no han sido vulneradas.

Sobre la presunta manifiesta ilogicidad en la motivación

Décimo Sexto: Que, este Tribunal Supremo concedió la casación también por la causal prevista en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal. La defensa en su escrito de casación sostuvo que existe contradicción interna del argumento del Juzgado, pues "la señal que indica el testigo impropio Salas Sabuco (sobándose los dedos) no está corroborado con la actitud del acusado, pues éste ha demostrado en juicio que la señal que hizo el testigo era que lleve al detenido y regrese, observándose en el video (moviendo el brazo en alto hacia delante y atrás), subsistiendo una contradicción, pues el

testigo Cristian Vílchez Méndez corrobora la señal del imputado y la del testigo impropio Salas Sabuco. (...)".

Aduce también la defensa del casacionista, "que el sentenciado Salas Sabuco ha reconocido haber solicitado dinero a las personas de Evelyn, Jason y Cristian Méndez para borrar un video, que supuestamente incriminaba el entonces detenido Vílchez Méndez, habiendo manifestado en el juicio, que no le consta que el acusado Cotal haya solicitado dinero a las personas de Evelyn, Jason y Cristian Vílchez Méndez (...)"; asimismo, que el "Juzgador ha omitido lo alegado en la defensa, en cuanto a las reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados –testigos víctimas- las que se describen en los párrafos nueve y diez del Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis".

Concluyó indicando la casacionista en su recurso de casación, "que la sentencia impugnada no tiene motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probados o improbados (...), como se advierte de la sentencia de segunda instancia, que reproduce la sentencia condenatoria que se ha sustentado en pruebas inexistentes y viciadas, reproduciendo parte del Informe Pericial, que no ha sido admitido, ignorando la contradicción desarrollada en juicio, que los llevó a una valoración sesgada, incompleta e incongruente de los medios de prueba".

Décimo séptimo. Que se ha transcrito textualmente el fundamento de hecho del recurso de casación promovido por la defensa del casacionista, con el único propósito de entender y demostrar que lo alegado constituyen propiamente argumentos de defensa y cuestionamientos a la valoración de la prueba realizada por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur.

Cabe precisar también, cuando el legislador consideró como causal de casación el supuesto comprendido en el inciso cuarto, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, esto es, la manifiesta ilogicidad en la motivación, se debe entender como contradicción de los supuestos fácticos, es decir, cuando se emplean en la sentencia, en el extremo referido a los hechos probados, términos o frases que por ser antagónicos resultan incompatibles entre sí, de tal manera que la afirmación de una, resta eficacia a la otra, por que resultan incompatibles al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos, situación que evidentemente no se observa en el caso planteado por el casacionista.

Por otro lado, el casacionista tampoco ha señalado cómo o de qué forma se habría incurrido en tales fundamentos contradictorios. De ser así, este causal tampoco merece amparo.

Décimo octavo. Que, en cuanto a los vicios que afectan la motivación interna de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la falta de dicha motivación se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión, y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, a esta situación se refiere la causal de ilogicidad en la motivación de la resolución judicial.
Ilogicidad en la motivación se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión[1]. En dicho sentido, podemos sostener que existe esta clase de motivación cuando una determinada resolución judicial, si bien contiene argumentos o razones de derecho o de hecho que justifican la decisión del juzgador, éstas no resultan pertinentes para tal efecto, sino que son falsos, simulados o inapropiados en la medida que en realidad no son idóneos para adoptar dicha decisión.

Décimo noveno. Que, no obstante, que no fue objeto de la resolución que declaró bien concedida la casación, la defensa del casacionista durante la audiencia de casación, introdujo argumentos de defensa referidos a que el testigo Wilber Andrés Salas Sabuco no atribuyó preliminarmente que el dinero requerido era para el procesado Coral Macedo, sino que durante el juicio oral y ante la propuesta del representante del Ministerio Público para acogerse a la conclusión del juicio oral es que varió su inicial versión, sosteniendo que solicitó el dinero ha pedido expreso de Coral Macedo.
Como el testigo en mención no declaró como acusado en juicio oral, precisamente por su sometimiento a dicho procedimiento, es de inferirse que la defensa se refiere a la versión que otorgó como testigo.
Este argumento igualmente resulta inaceptable, pues desde su primera manifestación policial rendida con fecha nueve de mayo de dos mil doce, de fojas veintidós del cuaderno denominado expediente judicial –acompañado–, así como de su declaración ampliatoria de fecha veintiocho de julio de dos mil

[1] Cfr. Expedientes N.° 03943-2006-PA/TC, fundamento 4 y N.° 00728-2008-PHC/TC, fundamento 76).

doce, de fojas treinta y tres, se concluye que el testigo Wilber Andrés Salas Sabuco sí atribuyó a Coral Macedo como el autor de la solicitud de dinero; aún más, aludió otro detalle, que éste último en su condición de Comisario y Oficial Superior lo llamaba constantemente a su celular cuando estaba en su domicilio, para que acuda al local de la Comisaría el día que se encontraba de franco.

Vigésimo. Que la defensa del casacionista también ha sido incisiva en sostener que se vulneró la cadena de custodia respecto a un teléfono celular ofrecido como prueba de cargo y en donde se realizó la grabación de las voz del procesado Coral Macedo, apareciendo éste en poder de la hermana del detenido. Aún cuando el teléfono celular al que hace referencia la abogada de la defensa fue objeto de recepción, con fecha diez de mayo de dos mil doce, conforme consta del acta de fojas treinta del denominado expediente judicial, también lo es que esta no fue la única prueba de cargo ofrecida, pues el día ocho de mayo de dos mil doce, conforme al acta de entrega de fojas cuatro, también se hizo entrega de un CD, que quedó en cadena de custodia; asimismo, con fecha uno de junio de dos mil doce, cuya acta de recepción corre a fojas treinta y uno, se ofreció otro Cd rotulado "Grabación de la llamada del ocho de mayo", el que igualmente quedó en cadena de custodia.
Cabe aclarar, que el Informe Pericial Técnico Fonético número cero treinta y cinco-dos mil doce, de fecha cinco de noviembre de dos mil doce, así como el Informe Pericial Aclaratorio Técnico Fonético número cero treinta y seis-dos mil doce, de la misma data, fueron practicados sobre este último Cd rotulado "Grabación de la llamada del ocho de mayo", que fue sustento de la condena y cuya cadena de custodia, no ha sido cuestionado por la abogada de la defensa.
Es de concluir que la real pretensión de la defensa está dirigida a tratar de demostrar presuntos vicios procesales que afectarían su derecho de defensa, único mérito para su amparo, lo que no se advierte en el caso de autos y en todo caso, ha sido ampliamente desvirtuado, pues lo que prima en el nuevo proceso penal no es el cumplimiento de las formalidades, sino la necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados, lo que exige que se superen interpretaciones formalista de la ley procesal, sin que ello por cierto, signifique, desde luego, una lesión a los derechos de la partes; que por lo demás también ha sido descartado con solicitud, tratando de encontrar el punto medio entre garantías y eficacia.

Vigésimo primero. Que finalmente, cuando el procesado Ronny Martín Coral Macedo fue consultado acerca del motivo por el cual llamó a la hermana del

detenido, justificó su accionar en que traba de regularizar una papeleta de detención con que debió notificar al detenido y sobre todo, por temor a que esta omisión pueda ser de conocimiento de Inspectoría de la Policía.
No es creíble que esta diligencia haya sido realizada por el propio Comisario y no por uno de sus subalternos a quien fácilmente pudo comisionar; por otro lado, otro detalle que llama la atención es que en la primera manifestación policial que dio el referido procesado, con fecha once de julio de dos mil doce, de fojas cuarenta y dos, en presencia de la abogada de su libre elección, sostuvo otra versión distinta; dicho en otros términos, no adujo lo sostenido en la presente audiencia de casación, sino que se estuvo motivado a devolver las llamadas por que había visto en su celular diversas llamadas perdidas.
Por todas estas razones la sentencia de casación deviene en infundada.

Vigésimo segundo. Que es necesario mencionar, que habiéndose declarado fundada el cese de prisión preventiva por vencimiento de la mitad de la pena y al estarse declarando en la fecha infundada la casación, subsiste la sentencia condenatoria.

Vigésimo tercero. Que, el artículo quinientos cuatro, inciso dos, del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio, conforme al apartado dos, del artículo cuatrocientos noventa y siete del aludido Código adjetivo, y no existen motivos para su exoneración.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

i) Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación concedido por las causales referidas a la inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales; así como por la manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia, cuando el vicio resulte de su propio tenor, la misma que fuera interpuesta por la defensa del procesado Roony Martín Coral Macedo, contra la sentencia de vista, de fecha veinticinco de marzo de dos mil catorce, de fojas doscientos cuarenta y cuatro, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha veintiuno de marzo de dos mil trece, de fojas sesenta, que lo condenó como autor del

delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho pasivo ptopio, en agravio del Estado.

ii) **CONDENARON** al pago de las costas por la tramitación del recurso de casación a Ronny Martín Coral Macedo.

iii) **ORDENARON** que la presente sentencia casatoria se les en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso, a las no recurrentes.

iv) **DISPUSIERON** la inmediata captura del indicado condenado, oficiándose a la División de Requisitorias de la Policía Judicial y en caso concurra a la audiencia, el policía adscrito proceda conforme a Ley.

Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por vacaciones del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

08 SEP 2015

rr/kk

Lima, ocho de septiembre de dos mil quince

AUTOS y VISTOS: con la razón expedida por la Secretaria de la Sala Penal Permanente, de la fecha, por intermedio del cual comunica que el Establecimiento Transitorio de Procesados de Lima, requiere el cómputo de la pena a cumplir del sentenciado Ronny Martín Coral Macedo; y ATENDIENDO: que en virtud de la sentencia de fecha veintiuno de marzo de dos mil trece, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal de Lima Sur, el sentenciado Coral Macedo fue condenado como coautor del delito de cohecho pasivo propio, a seis años de pena privativa de libertad efectiva, la misma que se ejecutó a partir de dicha data. Posteriormente, mediante resolución de fecha quince de junio de dos mil quince, expedida por este Supremo Tribunal se declaró fundado el cese de prisión preventiva por vencimiento de la mitad de la pena, ordenando la inmediata excarcelación de Ronny Martín Coral Macedo, habiendo cumplido hasta dicho día, tres años y cuatro días de reclusión efectiva. En consecuencia, habiendo sido condenado a seis años de pena privativa de libertad efectiva, corresponde consignar en la sentencia de casación, la fecha de vencimiento de la condena, por lo que, en atención del artículo ciento veinticuatro del Código Procesal Penal, que faculta al Juez a adicionar el contenido de la resolución por la ocurrencia de alguna omisión, que no altere el fondo del asunto; INTEGRARON la sentencia de casación de fecha ocho de septiembre de dos mil quince, correspondiente a la casación número 181-2014-Lima Sur, expedida por este Supremo Tribunal, a fin de que se consigne en la referida que la sentencia, que al haber sufrido reclusión el sentenciado Ronny Martín Coral Macedo desde el once de junio de dos mil doce hasta el quince de junio de dos mil quince, data en que fue excarcelado, la pena privativa de libertad impuesta de seis años, vencerá el tres de septiembre de dos mil dieciocho. DISPUSIERON que esta resolución corra anexa con la sentencia de casación; sin perjuicio, de ponerse en conocimiento del Establecimiento Transitorio de Procesados de Lima. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por vacaciones del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

S.S.
VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

6 6 SET 2015

TEMA N° 3

LA PRESCRIPCIÓN Y LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

Los Acuerdos Plenarios 1-2010/CJ-116 y 3-2012/CJ-116 ratifican la validez de la institución de la suspensión de la prescripción de la acción penal, recogida en el artículo 339° del Código Procesal Penal, sin embargo, no está definido si el cómputo de plazos de prescripción y de suspensión, son independientes o indistintos; y, si la suspensión de plazos de prescripción opera en los procesos donde no existe Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

Primera Ponencia

La suspensión de la prescripción de la acción penal se inicia cuando se instaura el proceso penal, teniendo como límite el plazo extraordinario, conforme al artículo 83° del Código Penal. A su vencimiento, el plazo de prescripción debe continuar computándose, sumándolo al plazo que existía antes de la suspensión.

Segunda Ponencia

Los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal se compatibilizan con el plazo de suspensión de la prescripción; en consecuencia, la acción penal se extingue cuando transcurre el plazo extraordinario de prescripción, en el entendido que la suspensión de estos plazos, no puede permanecer por siempre.

Fundamentos

Se toma como referencia los Acuerdos Plenarios 01-2010/CJ-116, 03-2012/CJ-2012, Casación Nro.76-2010-Arequipa, Casación Nro.383-2013-La Libertad, Casación Nro.613-2013-Arequipa, Casación Nro.58-2014-Arequipa.

Los plazos de prescripción y de suspensión de la prescripción son distintos, sostiene un sector de la judicatura, y deben computarse sucesivamente. El plazo de prescripción de la acción penal –*computado desde el día que cesó la actividad delictuosa, o, desde que fue consumado, o, a partir que cesó la actividad delictuosa, o, que cesó la permanencia*- se interrumpirá con las diligencias preliminares del ministerio público, en cuyo caso, la acción penal se extinguirá conforme las reglas del plazo extraordinario de prescripción; no obstante, este plazo de prescripción se suspende con la promoción de la acción penal, donde se realiza

un nuevo cómputo por el equivalente al plazo extraordinario. A su vencimiento, sin que se haya resuelto el proceso penal, se reanuda el cómputo extraordinario de prescripción de la acción penal.

Otro sector, reconoce la institución de la suspensión de los plazos de prescripción, contenida en el artículo 339° del Código Procesal Penal, pero, no considera tenga trascendencia diferente al plazo de prescripción de la acción, aquellos plazos son, uno solo. Iniciado el plazo de prescripción, este se suspende con la promoción de la acción penal, el cual se mantendrá por el plazo extraordinario, a cuyo vencimiento se extingue la posibilidad de persecución del delito, no se admite la reanudación del cómputo del plazo extraordinario de prescripción.

N°	DOCUMENTOS DE TRABAJO	PÁG.
	LECTURAS NACIONALES	
1.	PRADO SALDARRIAGA. Víctor Roberto. *Nuevo Proceso penal: Reforma y Política criminal*. Primera Edición. Idemsa. Lima 2009. Pág. 171 – 185.	415
2.	ARBULÚ MARTÍNEZ. Víctor Jimmy. Derecho Procesal Penal. Primera edición. Ediciones legales. Tomo 1. Lima 2013. Pág. 141 – 155.	425
	ARTÍCULO DE REVISTA	
3.	SÁNCHEZ MERCADO. Miguel Ángel. *"La prescripción en el Código Procesal penal peruano"*. Instituto Pacífico. Actualidad penal. Vol. 21. Marzo 2016. Pág. 254 – 274.	435
4.	LUNA RAMOS. Edwin Alejandro. *"La prescripción de la acción penal en el artículo 46° - A y el artículo 49° del Código Penal"*. Instituto Pacífico. Actualidad penal. Vol. 19. Marzo 2016. Pág. 349 -356.	449
5.	GACETA JURÍDICA. Actualidad Penal y Procesal Penal. *"El cómputo del plazo de la suspensión de la prescripción de la acción penal: Análisis de las interpretaciones del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema"*. Tomo 239. Octubre 2013. Pág. 141 – 145.	455
6.	GACETA JURÍDICA. Gaceta Penal y Procesal Penal. *"Sólo las actuaciones del Ministerio Público en las que se efectúe una imputación válida contra el investigado pueden interrumpir el plazo ordinario de prescripción"*. Tomo 65. Noviembre 2014. Pág. 100 – 106.	461
7.	INSTITUTO PACÍFICO. Actualidad Penal. *"Suspensión del plazo de prescripción penal (caso contumacia)"*. Vol. 16. Octubre 2015. Pág. 269 – 278.	467
8.	GACETA JURÍDICA. Actualidad Penal y Procesal Penal. *"Prescripción: ¿Aplicación de la técnica del distinguishing para apartase de un acuerdo plenario"*. Tomo 78. Diciembre 2015. Pág. 67 – 75.	474
	ARTÍCULOS ELECTRÓNICOS	
9.	ALCÓCER POVIS. Eduardo. *"¿Qué aspectos deben ser reevaluados en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal, prevista en el artículo 339° del CPP y que fundamentos o alternativas pueden plantearse al respecto?"*.	483
10.	ALCÓCER POVIS. Eduardo. *"Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción"*. Pág. 1 – 18. [En Internet]. Consultado: 17/05/16 Enlace en: http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/articulo_prescripcion-10-final--2014.pdf.	487

11.	PARIONA ARANA. Raúl. *"La suspensión de la prescripción en el Código Procesal penal de 2004 según el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-166 – La consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 del NCPP"*. Pág. 1 – 12. [En Internet]. Consultado: 18/05/16. Enlace en: http://www.rpa.pe/media/articulos/3_RPA_Pariona_Abogados_Prescripci%C3%B3n_en_el_Acuerdo_Plenario_03-2012.pdf	499
	JURISPRUDENCIA	
12.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Sala Penal de Apelaciones. Exp. N° 00018-2012. Lima, 6 de Julio de 2012.	513
13.	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. CAS. N° 613-2013. Lima, 8 de agosto de 2014.	523
14.	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. CAS. N° 58-2014. Lima, 31 de octubre de 2014.	529
15.	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116. Lima, 16 de noviembre de 2010.	537
16.	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116. Lima, 26 de marzo de 2012.	549
17.	SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. N° 1805-2005-PHC/TC. Lima, 29 de abril de 2005.	557
18.	SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. N° 03681-2010-PHC/TC. Lima, 11 de mayo de 2012.	565

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

LA PRESCRIPCIÓN

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Nuevo Proceso penal: Reforma y Política criminal. Primera Edición. Idemsa. Lima 2009. Pág. 171 – 185.

Como causal de extinción de la pena el legislador nos vincula, más bien, con las llamadas ***excusas absolutorias o causales personales de exclusión de pena***. Como señala ZAFFARONI: *"Se trata de causas personales que excluyen sólo la penalidad de la conducta y que se establecen por puras consideraciones político-penales"* (EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Ob. Cit. p. 560).

El Código vigente incluye excusas absolutorias en dos casos:

a) En los delitos contra el patrimonio cuyos sujetos se encuentran estrechamente vinculados, tal como se regula en el artículo 208° del Código Penal.

b) En los delitos de encubrimiento real y personal que ejecuta el agente por sus relaciones estrechas con el autor de los mismos, tal como se dispone en el artículo 406° del Código Penal.

De lo que eximen estas causales es de la imposición de la pena. **En términos más precisos se exime de la pena concreta, pues ella no llega a definirse ni evaluarse judicialmente.**

Ahora bien, como hemos mencionado en ocasiones anteriores, la exención de pena que menciona el artículo 298° en los casos de posesión de drogas en escasa cantidad y para consumo personal no es tal (Cfr. VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA, Ob. Cit., p. 178). Fundamentalmente porque la exención presupone una persona culpable y esto último tiene como presupuesto la ejecución de un injusto por el imputado. No siendo típica la posesión de drogas para el consumo personal, no es posible declarar culpable a su autor, ni mucho menos poder aplicarle una pena.

OTRAS CAUSALES DE EXTINCIÓN

El Código Penal y la legislación penal complementaria y especial han incorporado varias instituciones que tienen también efectos cancelatorios sobre la acción penal y la penalidad. El supuesto más generalizado, en los últimos tiempos, es el que deriva de los procedimientos especiales de colaboración eficaz o lo que se ha denominado también ***derecho penal premial o el derecho penal de recompensas***.

Efectivamente, a partir de la experiencia de la legislación contra el terrorismo, el legislador nacional viene promoviendo la aplicación de efectos de extinción de la acción penal o de la ejecución de la pena, en el caso de delincuentes que se arrepientan de su actividad ilícita y colaboren con las autoridades del sistema de control penal para la prevención y

sanción de la criminalidad grave y organizada. (Cfr. Decretos Legislativos N°s. 815, 824, 901 y 902; CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, Volumen II, Ob. Cit., p. 1036 y ss.).

Cabe recordar que el Código Penal contiene también supuestos premiales que se vinculan con un arrepentimiento posterior al delito y que permiten la exención de la pena. Ello ocurre en el caso del delito de falsedad en juicio (Art. 158°) y en los delitos de rebelión, sedición y motín (Art. 351°).

La diferencia entre estos supuestos de exención y los que se regulan como causales extintivas conforme al artículo 85°, inciso 3 del Código Penal, es que los primeros, al igual que en el caso del artículo 68°, son facultativos y su aplicación depende de una decisión judicial. En cambio en los segundos la causal extintiva surge directamente por mandato imperativo de la ley.

A. La prescripción

a. Concepto y fundamentación

De manera concreta la prescripción puede definirse como el transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito o la ejecución de una pena. No obstante, en un plano más técnico se identifica a la prescripción como la pérdida, por parte del Estado, de la facultad de ejercitar en un caso concreto el *ius puniendi*. En ese sentido, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA precisa que la prescripción viene a ser *"la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a imponer o hacer ejecutar la pena ya impuesta"* (JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español. Parte General. Décima Edición. Dykynson. Madrid, 1985, p. 681).

Otros conceptos de prescripción aluden más bien a los efectos que aquella produce sobre la antijuricidad de un hecho punible y sobre la culpabilidad o responsabilidad de su autor. Señalándose que aquella tendría la condición de circunstancia que invalida el delito y sus consecuencias. Al respecto, DEL TORO MARZAL, sostiene que la prescripción *"supone la invalidación por el transcurso del tiempo de la valoración penal de aquellas acciones y omisiones que, hallándose penadas por la ley, comparecen en la realidad social y jurídica"* (Cfr. JUAN CÓRDOVA ROCA y otros. Comentarios al Código Penal. Tomo II, Barcelona, 1972, p. 668).

REY GONZALES, luego de evaluar los distintos criterios de fundamentación de la prescripción que se han sustentado en la doctrina y jurisprudencia, a lo largo del tiempo, destaca que en el presente ella encuentra

su sustento en "*los principios constitucionales de presunción de inocencia, prohibición de indefensión y derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, todos ellos conectados con el principio de seguridad jurídica*" (Cfr. CARLOS REY GONZÁLEZ. La Prescripción de la Infracción Penal en el Código de 1995. Marcial Pons. Madrid, 1999, p. 43 y ss.). Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ asocia el fundamento de la prescripción a la necesidad de pena, ya que "*después de pasado un determinado tiempo se estima innecesaria la pena, no sólo por razones de tipo preventivo-general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de la pena*" (JUAN BUSTOS RAMÍREZ. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Ariel, Barcelona, 1984, p. 460). A ello, MORILLAS CUEVA, agrega que: "*el Estado, ante poderosas razones de política criminal y utilidad social basadas todas ellas en los efectos que produce el paso del tiempo y entre los que pueden incluirse la mayoría de los enunciados con anterioridad que van desde la disminución del interés represivo, la extinción de los efectos antijurídicos del hecho y de la alarma social producida, las dificultades probatorias hasta la eliminación de un estado de incertidumbre en las relaciones jurídicas entre el delincuente y el Estado, renuncia al ejercitar el ius puniendi que le corresponde al declarar extinguida la responsabilidad penal*" (LORENZO MORILLAS CUEVA. Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito. Editorial Tecnos. Madrid, 1991, p. 197).

Por consiguiente, pues, no cabe duda que el fundamento esencial de la prescripción responde a una necesidad político criminal de controlar el *ius puniendi* a partir de su ejercicio temporal razonable y a favor de la seguridad jurídica de los ciudadanos. Al respecto MEINI señala, desde una óptica de costo - beneficio, que la prescripción: "*Encuentra su razón de ser en consideraciones político - criminales y sus consecuencias se plasman en el proceso penal*" (IVÁN MEINI. Imputación y Responsabilidad Penal. ARA Editores. Lima. 2009, p.293.)

b. La prescripción en la legislación penal nacional

Tradicionalmente el legislador peruano ha elaborado un sistema normativo sobre la prescripción, en el cual se diferencian los plazos de extinción en función a la naturaleza de las penas conminadas y a su duración legal. Ese fue, por ejemplo, el criterio que predominó en el Código Penal de 1924 y que era coherente con la pluralidad de tipos de penas privativas de libertad que en él coexistían (Cfr. Arts. 119° y ss.).

En el Código Penal de 1991, se ha establecido un régimen legal algo distinto. Como regla general se señala que para la determinación del plazo de prescripción de la acción penal o de la ejecución de la pena,

debe atenderse al límite máximo de pena privativa de libertad conminada en la ley para el delito cometido. Esto es, dicho límite máximo de pena legal será el término del plazo de la prescripción ordinaria. Sin embargo, el legislador ha establecido que el plazo de prescripción no será superior, en ningún caso, a los veinte años.

Ahora bien, tratándose de penas conminadas no privativas de libertad (multas, limitativas de derechos, restrictivas de la libertad), conjuntas o alternativas, el plazo ordinario de prescripción será de dos años.

En el caso de penas de duración indeterminada, como la cadena perpetua, la ley establece un plazo legal de prescripción ordinaria de treinta años.

Los artículos 80° y 86° del Código Penal tratan de los plazos de prescripción que hemos mencionado. Cabe anotar que dichas disposiciones asumieron criterios similares a los acordados durante el proceso de elaboración del denominado Código Penal Tipo para Latinoamérica (Cfr. Art. 102°, Incs. 2 y 3).

La llamada **prescripción extraordinaria**, consecuencia de la concurrencia de causales de interrupción de la prescripción y que se define en los artículos 83° y 87° del Código Penal, mantiene el mismo modelo de regulación que se adoptó durante la vigencia del Código Penal derogado. En efecto, la ley precisa que la prescripción extraordinaria opera al cumplirse el plazo de prescripción ordinario más la adición de la mitad de dicho plazo. Esto supone que si la pena conminada para el delito de estafa es de 6 años (Art. 196°) como máximo, lo que sería el límite del plazo de prescripción ordinaria para dicho delito, la prescripción extraordinaria se cumpliría al transcurrir un total de 9 años. Ese plazo extraordinario de la prescripción de la acción penal se contabiliza desde la consumación del delito. No obstante, algunos autores como MEINI consideran que el plazo extraordinario debería contarse desde el momento en que se produjo la primera interrupción del plazo ordinario (IVÁN MEINI. Imputación y Responsabilidad Penal. Ob. Cit., p. 297 y ss.).

En el caso de delitos cuyas penas conminadas sean multa, inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, expatriación o expulsión de extranjeros, la prescripción extraordinaria operaría transcurridos 3 años. Ello en atención a que, como se ha mencionado, el plazo de prescripción ordinario en tales casos es de 2 años.

Ahora bien, como lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el caso Rojas Zulaeta, el garante cualificado del artículo 46°A del Código Penal, determina que el plazo de la prescripción ordinaria y extraordinaria se compute desde un tercio por encima del máximo de la pena conminada para el delito cometido (STC del 22 de noviembre de 2007, en EXP. N° 0065-2006-PHC/TC).

El artículo 84° del Código Penal regula la **suspensión de la prescripción**. La norma mencionada sólo se aplica a los plazos de prescripción de la acción penal. En ella se precisa que se suspende la secuencia del plazo de prescripción de la acción penal, cuando, excepcionalmente, el proceso penal a incoar o ya incoado, por el delito imputado, queda supeditado a lo que se resuelva en una vía extrapenal. Es el caso, por ejemplo, de las **cuestiones prejudiciales** a que se refiere el artículo 4° del Código de Procedimientos Penales (Cfr. FLORENCIO MIXÁN MASS. Cuestión Previa, Cuestión Prejudicial, Excepciones en el Procedimiento Penal. Ediciones BI.G. Trujillo, 1999, p. 122 y ss.) y el artículo 5° del Código Procesal Penal de 2004.

Cabe señalar que la jurisprudencia nacional también ha considerado como causales que generan la suspensión del plazo de prescripción **al antejuicio y al procedimiento extradicional**. El efecto, pues, de la suspensión radica en que los plazos ordinario o extraordinario no corren mientras subsista la causal que determinó dicha situación.

Cabe señalar que el Código vigente estipula en su artículo 88° que ante la pluralidad de agentes, los plazos de prescripción se aprecian y contabilizan de modo individualizado. Por su parte, el artículo 91° declara expresamente que el imputado tiene el **derecho de renunciar a la prescripción de la acción penal**. Esta disposición, que implica un reconocimiento de la primacía constitucional de la presunción de inocencia, modificó radicalmente la posición que asumió sobre el particular el Código de 1924 (Art. 129°: "*La prescripción es irrenunciable*").

Ahora bien, la coherencia original del marco legal de la prescripción de la acción penal se vio alterada como consecuencia de un suceso político que repercutió en el Derecho Penal. En efecto, la finalidad de evitar la superación por el paso del tiempo de los cargos formulados contra un ex Presidente de la República, determinaron que el Congreso decidiera la promulgación de la controvertida Ley N° 26641 **que consideró delito la situación procesal de contumacia, e incorporó confusas fórmulas de suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal para tales casos**. Sobre esta norma de excepción es esclarecedora la

reflexión crítica que en torno a ella ha formulado ROY FREYRE: "*Pensamos que es una arbitrariedad, disfrazada con ropaje jurídico, conminar de la manera indicada a que un ciudadano, presumiblemente inocente según norma constitucional (Art. 2, Inciso 24, apartado "e"), soporte sumisamente la eventualidad de una condena a pena privativa de libertad, y en caso de rehusarse a comparecer, considerarlo como autor de un insólito delito de contumacia, aparte de agravar su situación jurídica el quedar en suspenso la prescripción del delito primigenio que motiva su alejamiento del proceso. Resulta, así, que un mismo hecho consistente en que el agente se sustrae a la acción de la justicia, con el complemento se le «declare contumaz», genera dos graves consecuencias jurídico-penales: la comisión de un nuevo delito y la suspensión de la prescripción de la acción penal.*

Es un principio propio del Derecho Natural reconocerle a la persona que se sabe perseguida por la justicia, la posibilidad de eludir su detención y juzgamiento valiéndose de un medio tan elemental y a su alcance como es el sustraerse a «la acción de la justicia», sin que tal decisión haga suponer al menos su responsabilidad en los hechos investigados" (LUIS EDUARDO ROY FREYRE. Ob. Cit., pp. 106 y 107).

Esta norma no sólo distorsionó los criterios imperantes en la legislación nacional e internacional de la materia, sino que, además, hizo visible lo negativo y arbitrario que se vuelve el Derecho Penal cuando se le utiliza como un medio de persecución política. En la actualidad, de dicha disposición sólo subsiste en la praxis judicial el reconocimiento de la contumacia como una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal.

c. Reglas especiales de prescripción de la acción penal

El Código Penal de 1991contempla también normas especiales de prescripción de la acción penal. Ello ocurre en los supuestos siguientes:

a. **Cuando existe un concurso de delitos.**

b. **Cuando el autor o partícipe del hecho punible, al momento de comisión del delito, tenía más de 18 años y menos de 21 años de edad; o más de 65 años de edad.**

c. **Cuando se sanciona el delito con penas conminadas alternativas o conjuntas.**

d. **Cuando el autor de un delito contra el patrimonio del Estado tenía la condición de funcionario o servidor público.**

e. **Cuando la infracción penal cometida es una falta.**

Con relación al primero de los supuestos mencionados, esto es, **cuando media un concurso de delitos**, el legislador ha diferenciado en el artículo 80° los plazos de prescripción aplicables a un concurso ideal de delitos (Art. 48° C.P.), de aquellos que corresponden a un concurso real de delitos (Art. 50° C.P.).

En el caso del **concurso ideal** el plazo de prescripción se contabiliza en función de las penas conminadas para el delito más grave. Se aplica, pues, un criterio similar al de absorción que regulaba la determinación de la pena en este tipo de concursos antes de la Ley 28726.

Tratándose de un **concurso real** la regla es que el plazo de prescripción deberá apreciarse de modo independiente para cada uno de los delitos en concurso. Esto es, contabilizando, por separado, los términos prescriptorios que corresponden a las penas conminadas para cada delito. Cabe señalar que el cambio de reglas dispuesto por la Ley 28730 para la determinación de la pena, en el concurso real de delitos, no ha alterado esta modalidad reguladora de la prescripción. Sin embargo, tal opción legislativa carece de efectos prácticos ante un concurso real homogéneo, por tratarse del mismo tipo de delito y, por ende, del mismo estándar de pena conminada.

En atención **a la edad del agente**, lo temprano y avanzado de la misma en los niveles etáreos que fija el artículo 81° del Código Penal, determinan que los plazos de prescripción ordinario y extraordinario aplicables al delito cometido se reduzcan a la mitad. Para lo cual, claro está, la edad del agente al momento de comisión del delito debe acreditarse de modo suficiente y con los documentos pertinentes para ello (Partida de Nacimiento, Libreta Militar, Libreta Electoral, Documento Nacional de Identidad, etc.). Cabe anotar que el artículo 81° alude de modo genérico al plazo de prescripción, sin diferenciar los de la acción penal y los de la pena. En consecuencia, pues, estimamos que la reducción prevista es también aplicable para efectos de la prescripción de la sanción punitiva. Lo cual, por lo demás, resulta coherente con lo establecido en el artículo 86° del Código Penal que establece que: ***"El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal"***.

Merece especial atención el caso en el cual la ley penal fija para un delito **penas conminadas alternativas o conjuntas**. Por ejemplo, pena privativa de libertad o prestación de servicios a la comunidad, tal como ocurre en el delito de autoaborto que tipifica y sanciona el artículo 114° del Código Penal. O cuando se trata de pena privativa de libertad y multa como se observa en el artículo 194° que se refiere a la receptación patrimonial. Ante la ausencia de norma expresa que dé pautas al respecto, somos de opinión que en estos casos la prescripción de la acción penal deberá contabilizarse en función de las dos o más penas alternativas o conjuntas que el legislador fija para la sanción de un mismo delito. En consecuencia, pues, la extinción de la acción penal por prescripción ordinaria o extraordinaria, sólo será posible cuando se hayan vencido, paralela o secuencialmente, los diferentes plazos de prescripción que correspondan a todas las penas alternativas o conjuntas. En tal sentido, no estimamos correcto considerar la prescripción solamente en atención a los plazos de las penas privativas de libertad. Sobre esto último hay que recordar que las penas no privativas de libertad no son más benignas que aquellas, sólo se trata de penas de distinta naturaleza.

Tampoco consideramos legal entender que frente a sanciones alternativas, la exclusión de una o más de tales penas se produce a través de la acusación fiscal. Sobre esto último cabe recordar que la pena que el Fiscal solicita en su acusación escrita u oral, es solamente una pretensión punitiva y no un acto de determinación de la pena, tarea que, como bien lo expresa el artículo 46° del Código Penal, es de absoluta competencia del órgano jurisdiccional, el cual la ejerce exclusivamente en el momento de la sentencia. Sólo en ese instante se decide cuál de las penas alternativas se aplicará al condenado.

Ahora bien, el hecho que el tiempo transcurrido desde la comisión del delito alcance el plazo de prescripción de la pena privativa de libertad que concurre como sanción alternativa con una pena no privativa de libertad, cuyo plazo de prescripción no ha vencido, no inhabilita al Juzgador a decidir en la sentencia la imposición de una pena privativa de libertad. Esta interpretación es compatible con la función de la prescripción de la acción penal, cual es extinguir el derecho de persecución penal del Estado ante el delito cometido y no la extinción de la pena que, como ya se ha mencionado, sólo se produce en función de los plazos a que alude el artículo 86°. Plazos que, por lo demás, recién se contabilizan con posterioridad a la emisión de la sentencia condenatoria correspondiente. Más adelante revisaremos los criterios jurisprudenciales que se han desarrollado sobre todos estos aspectos.

Cuando el autor del delito es **funcionario o servidor público**, conforme a las categorías reguladas en el artículo 425° del Código Penal, y se trata de un delito contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, los plazos de prescripción ordinaria o extraordinaria se duplican. Son delitos contra el patrimonio del Estado la colusión (Artículo 384°) y el peculado (Arts. 387°).

Finalmente, si la infracción penal cometida es una **falta** la acción penal y la pena prescriben al año. En estos casos si hay reincidencia los plazos se elevan a dos años (Art. 440°, Inc. 5). No obstante, no queda claro como se configuraría una reincidencia en faltas pues en estos casos no se aplican penas privativas de libertad (Cfr. Artículo 440°, Incisos 3 y 7).

d. Inicio de la prescripción

Los artículos 82° y 86°, párrafo segundo, señalan el inicio de la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente.

En cuanto al **inicio de la prescripción de la acción penal**, la ley toma en cuenta el modo de ejecución y el momento consumativo del delito. La regla general es que el plazo de prescripción de la acción penal debe comenzar a contarse a partir del momento en que el agente concluyó su actividad ejecutiva del delito. Ahora bien, el legislador ha contemplado normas específicas para los casos de tentativa, delito continuado y delito permanente.

Con relación a la **tentativa** (Art. 16° C.P.), acabada o inacabada, el plazo de prescripción corre desde que cesa la ejecución imperfecta del hecho punible.

Para el caso del **delito continuado** (Art. 49° C.P.) la prescripción comienza cuando el agente termina la actividad delictuosa que materializa su única resolución criminal.

Y en el **delito permanente** la cuenta de la prescripción se inicia desde que concluye la situación antijurídica creada y mantenida por el agente.

Un problema jurisprudencial y doctrinario vinculado al inicio de la prescripción de la acción penal, se ha presentado de modo recurrente en el caso del **delito de usurpación en la modalidad de despojo** (Art. 202, Inc. 2 C.P.). Al respecto, la discusión giró siempre en torno a determinar si dicha infracción penal es un delito instantáneo o permanente, o si se trata de un **delito instantáneo pero de efectos permanentes**.

Sobre el particular, debemos mencionar que el verbo típico que gobierna la hipótesis del artículo 202° inciso 2 es **despojar**. Esto es, despojeer mediante violencia, amenaza o abuso de confianza al sujeto pasivo de la conducción de un inmueble. Es decir, la acción acontece de modo inmediato y concluye excluyendo a la víctima de la posesión del bien. Y esto último determina la consumación del delito y, por ende, el inicio de la prescripción. El que el inmueble se mantenga en poder del agente más o menos tiempo constituye un efecto posterior a la consumación, y que ya no implica despojo. **La usurpación, pues, en su forma de despojo es un delito instantáneo pero que puede tener efectos permanentes.**

Por tanto, consideramos no adecuadas a nuestra legislación la propuesta de interpretación que formulaba PEÑA CABRERA (Cfr. RAÚL PEÑA CABRERA, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial II-A. Ediciones Jurídicas. Lima, 1995, p. 512 y ss.) El desaparecido penalista nacional, influenciado por la doctrina española, equiparaba la acción del despojo de carácter instantáneo con la de *"ocupar"*, de claro sentido permanente y que es la que comanda la conducta típica prevista en el artículo 245° del Código Penal español *("al que con violencia o intimidación en las personas **ocupare** una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de ajena pertenencia....")*.

La **prescripción de la ejecución de la pena**, según lo dispone el artículo 86° del Código Penal, se inicia en función al hecho procesal de la sentencia firme. Esto es, aquél corre sólo desde que se configura cosa juzgada.

El artículo 87° señala las **causales de interrupción en la prescripción de la pena**. En primer lugar, la ley concede tal condición al comienzo de la ejecución de la pena impuesta. Y, en segundo lugar, a la detención del condenado por la comisión de un nuevo delito doloso. Todo parece indicar, en este último supuesto, que es suficiente que medie la imputación del nuevo delito y ella se encuentre en trámite procesal de investigación o juzgamiento. No es, pues, necesario una nueva condena. Se trata, entonces, de una detención preventiva y no del cumplimiento de una nueva pena privativa de libertad. ROY FREYRE asume que esta causal sólo podría operar en el caso de un delito cometido en el extranjero, y sólo en la medida en que exista por él una sentencia condenatoria con una pena impuesta pero pendiente de cumplimiento (Cfr. LUIS E. ROY FREYRE. Ob Cit., p.129).

c. Jurisprudencia vinculante sobre la prescripción

El Pleno de Magistrados integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, aprobó el Acuerdo Plenario N° 9-2007/CSJ-116 del 16 de noviembre de 2007. En él se adoptan criterios hermenéuticos vinculantes sobre la prescripción ordinaria de la acción penal en caso de penas privativas de libertad. A continuación transcribimos sus principales aportes al respecto:

"6. El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80° regula lo concerniente al ***plazo ordinario*** *y en el artículo 83° in fine hace referencia al* ***plazo extraordinario****.*

7. Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando "el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción". Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicie observando las reglas que se definen en el artículo 82° del Código Penal.

8. Ahora bien, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29° o en diferentes delitos tipificados en la Parte Especial del Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80° del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua.

9. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que ***tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal****; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83° del Código Penal.*

10. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años".

LAS EXCEPCIONES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004 Y LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

Según la doctrina tradicional, las excepciones pueden ser definidas como medios de defensa técnica que se basan en la ausencia de presupuestos esenciales para un ejercicio válido de la acción penal. De allí que se sostenga también que son **obstáculos a la incoación del proceso penal**. A través de ellas, pues, el procesado cuestiona la falta de presupuestos de validez de la acción penal planteada contra él. En tal sentido, como sostenía GARCÍA RADA, las excepciones expresan *"un derecho de defensa que la ley le otorga a todo inculpado a fin de que mediante él pueda enervar los efectos penales de la denuncia instaurada en su contra"* (DOMINGO GARCÍA RADA. Manual de Derecho Procesal Penal. 8ª Edición. EDDILI. Lima.1984, ps. 84 y 85).

Por tanto, el efecto procesal de las excepciones radica siempre, según los especialistas, en provocar la extinción temporal o definitiva de la relación jurídico procesal penal. De allí que se asuma diferencias entre excepciones de efectividad dilatoria como las excepciones de naturaleza de juicio o de incompetencia, y las de efectividad perentorias como la prescripción o la amnistía. Al respecto ORE GUARDIA señalaba que las excepciones las *"utiliza el imputado para extinguir el proceso penal o para regularizar su tramitación"* (ARSENIO ORE GUARDIA. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Alternativas. Lima, 1996, p. 215).

El Código Procesal Penal de 2004 regula lo concerniente a las excepciones en cuatro artículos (**Artículos 6° al 9°**), de la Sección I (**La Acción Penal**), del Libro Primero (**Disposiciones Generales**). En su estructura y contenido estas disposiciones reproducen, en lo esencial, las reglas sobre la materia que regulaba el Código Procesal Penal de 1991 (Artículos 8° al 12°). La morfología de estas disposiciones es la siguiente:

El ***artículo 6°*** contiene el catálogo cerrado de las excepciones que contempla nuestra legislación procesal penal así como el efecto que cada una de ellas produce.

El *artículo 7°* señala la oportunidad procesal para el planteamiento de tales medios de defensa técnica.

Por su parte el *artículo 8°* hace referencia al procedimiento y trámite que corresponde dar a una excepción planteada.

Finalmente el *artículo 9°* contempla el régimen de impugnación que se concede sobre la resolución judicial adoptada sobre la excepción deducida.

A continuación haremos una breve exégesis de cada una de estas normas.

El catálogo de excepciones y sus efectos

El sistema de excepciones que contempla el artículo 6° es taxativo y cerrado. Es así que conforme a dicha norma solo pueden deducirse contra la acción penal ejercida cinco modalidades de excepción y que son las siguientes:

1. ***Excepción de naturaleza de juicio.***
2. ***Excepción de improcedencia de acción.***
3. ***Excepción de cosa juzgada.***
4. ***Excepción de amnistía.***
5. ***Excepción de prescripción.***

Se trata, pues, de los mismos supuestos que consignaba el artículo 5° del Código de Procedimientos Penales de 1940, con la notoria diferencia de que la excepción basada en la carencias de relevancia penal o de punibilidad del hecho denunciado, y que era denominada ***excepción de naturaleza de acción,*** cambia de nomenclatura por la de improcedencia de acción que entendemos es más adecuada e ideográfica, pues alude a la imposibilidad formal, por intrascendencia legal del hecho imputado, para activar la justicia penal.

Ahora bien, resulta evidente que no hay plena coincidencia entre las causales de extinción de la acción penal que admite el Código Penal en su artículo 78°, con las que adquieren calidad de excepciones en la codificación procesal. Efectivamente, el artículo 6° del Código Procesal Penal no incluye como tales al ***derecho de gracia, a la muerte del procesado, al desistimiento y a la transacción.*** Tal vez la naturaleza nominal o privada de estas causales de extinción, como razonan algunos especialistas, explica y justifica tal omisión. Sin embargo, cabe señalar que para otras opciones legislativas toda causal de extinción debe ser considerada como excepción específica. Esta fue la posición asumida por el denominado Proyecto Huanchaco en el inciso 3 de su artículo 10° que permitía oponer como excepción todo supuesto de *"Extinción de la acción penal en los casos previstos en el Código Penal"*. No obstante, consideramos obvio que la propia estructura y dinámica del proceso autorizan a las partes a articular y declarar la extinción de la acción penal, en el supuesto de muerte acreditada del procesado o, en su caso, por aplicación del derecho de gracia presidencial.

En cuanto a sus efectos las excepciones de improcedencia de acción, cosa juzgada, amnistía y prescripción al ser declaradas fundadas determinan la extinción de la relación jurídico procesal penal y por ende el sobreseimiento definitivo del proceso incoado contra el imputado. Y, en lo concerniente a la excepción de naturaleza de juicio, esta conserva la efectividad dilatoria que le era reconocida también en el Código de 1940 por lo que la ley estipula que cuando deviene en fundada *"el proceso se adecuará al trámite reconocido en el auto que la resuelva"*. Es de señalar que conforme al inciso 6 del artículo 8°, la eficacia extintiva de una excepción declarada fundada se proyecta y extiende también sobre otros imputados que se encuentren en igual situación jurídica que aquel que la promovió.

La oportunidad y legitimación procesal

El Código de Procedimientos Penales de 1940 permitía que las excepciones fuesen deducidas por las partes en cualquier etapa del proceso. Además se otorgaba al Juez la facultad de resolverlas de oficio. El cambio operado en la dinámica procesal y en los roles funcionales de los sujetos intervinientes en ella, han determinado que el Código Procesal Penal de 2004 opte por una regulación expresa y preclusiva de la legitimación y oportunidad para interponer tales medios de defensa técnica. En concreto se reconoce la facultad de deducirlas al abogado defensor en el inciso 10 del artículo 84°, pero, también, en el inciso 3 del artículo 7° se insiste en que las excepciones *"pueden ser declaradas de oficio"*.

Sobre la oportunidad la nueva legislación procesal regula dos momentos. En primer lugar, luego de que el Fiscal decida continuar con las investigaciones preparatorias o cuando se contesta la querella ante el Juez en los procesos especiales por delitos de ejercicio privado de la acción penal.

Y, en segundo lugar, luego de notificada la acusación fiscal. Esta posibilidad se regula en el literal b) del inciso 1, del artículo 350°. En estos casos las excepciones deberán deducirse dentro de un plazo de 10 días y a condición de que no hayan sido planteadas con anterioridad o de que se basen en hechos nuevos.

El trámite de las excepciones

El artículo 8° regula de modo detallado el procedimiento a seguir para la tramitación y resolución de las excepciones que sean deducidas. Al respecto se dispone que ellas se planteen formalmente mediante solicitud fundamentada ante el Juez de Investigación Preparatoria y acompañando los recaudos y elementos de convicción pertinentes. Posteriormente, el órgano jurisdiccional luego de conocer por informe del Fiscal quienes son los sujetos procesales apersonados a la causa los notificará sobre la admisión de la excepción planteada y los citará a audiencia, dentro del tercero día, llevándose a cabo esta con todos los que concurrieren el día y hora fijados. La norma establece que la concurrencia del Fiscal a la audiencia será obligatoria y que este deberá exhibir en ella el expediente fiscal para su examen inmediato por el Juez de la Investigación Preparatoria.

El órgano jurisdiccional durante la realización de la audiencia programada se realizará escuchará en primer lugar al abogado defensor que planteó la excepción. Luego, y en estricta secuencia, intervendrán el Fiscal, el defensor del actor civil, el defensor de la persona jurídica emplazada y el defensor del actor civil. El asistiera el imputado podrá intervenir en último lugar. El contenido del informe de las partes girará sobre los elementos de convicción obrantes en autos o que fueron aportados en sede judicial.

El juez podrá emitir resolución en el mismo acto de la audiencia o dentro de un plazo de dos días posteriores a ella. Se autoriza, de modo excepcional, a que la autoridad jurisdiccional retenga el expediente fiscal por 24 horas para mejor resolver. Esto último requiere "*auto debidamente fundamentado*". Entendemos que la complejidad del planteamiento o la naturaleza técnica del fundamento pueden justificar tal supuesto especial. Por lo demás el breve término de la retención es razonable y no perjudicará la marcha de la investigación fiscal.

Ahora bien, las excepciones promovidas conforme al artículo 350°, inciso 1, literal b) las resolverá el Juez de investigación Preparatoria según las reglas establecidas en el Artículo 352° para las decisiones en el marco de la audiencia preliminar. Esto es, al finalizar dicha diligencia

procesal o por razones atendibles de complejidad dentro de las 48 horas posteriores a dicho acto. Cabe anotar que el inciso 3° de la última norma citada establece lo siguiente: "*De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el Juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda*", contra la cual procederá recurso de apelación sin que el mismo afecte la continuación del proceso.

Régimen de impugnación

Según el artículo 9°, la resolución del Juez de Investigación Preparatoria, que recaiga sobre la excepción planteada durante la etapa de investigación, puede ser apelada. En estos casos, una vez concedido el recurso impugnatorio el órgano jurisdiccional dispone que en un plazo no superior a 5 días, se agreguen a los actuados en sede judicial copias certificadas de las piezas pertinentes del expediente fiscal. Luego eleva el recurso a la Sala Penal Superior competente. Ahora bien, si transcurriere dicho plazo sin que se agreguen las piezas mencionadas el Juez elevará de inmediato el expediente al la instancia superior aún con dicha carencia. Ante tal situación el párrafo *in fine* del inciso 2, señala que la Sala Penal Superior deberá poner tal omisión en conocimiento del Fiscal Superior para los fines correctivos pertinentes, sin perjuicio de requerir al Fiscal Provincial del caso para que complete el cuaderno de apelación elevado.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN EN TIPOS PENALES SIN PENA MÁXIMA CONMINADA EN LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE

ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy: Derecho Procesal Penal. Primera edición. Ediciones Jurídicas. Tomo I. Lima 2013. Pág. 141 – 155.

cripción constituye un medio de liberarse de las consecuencias penales por la comisión de un ilícito o una condena por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley, siendo factor predominante para que opere la excepción de prescripción, el transcurso de tiempo...". En esta misma línea, como doctrina jurisprudencial consolidada, tenemos al R. N. N° 1856-2002, Cusco, del dieciocho de marzo del dos mil tres.

En la Ejecutoria Suprema R. N. N° 1446-2005, de Arequipa, del cinco de julio de dos mil cinco, se reconoce la prescripción como una sanción al Estado por su morosidad.

> *"... la prescripción de la acción penal se presenta como una sanción al ius puniendi Estatal, en donde a pesar del transcurso del tiempo no ha sido posible resolver el conflicto penal beneficiando al procesado, en pro del respeto irrestricto al debido proceso, entendiéndose en este caso, en particular, como el derecho de todo ciudadano a someterse a un proceso judicial seguido dentro de un plazo razonable..."*

Cuando los delitos son contra el patrimonio del Estado se duplica el plazo de prescripción, así se consagra en la Ejecutoria Suprema R. N. N° 3606-2002, San Martín, del nueve de abril del dos mil tres:

> *"... el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado..."*

En la Ejecutoria Suprema Exp. N° 2135-2001, Lima, del doce de julio de dos mil dos, se describe como opera la prescripción en concurso ideal de delitos:

> *"... que, los hechos que ameritan el desarrollo de la presente causa ponen en evidencia la existencia de un concurso ideal de delitos cuya ejecución continuada imposibilitaría la prescripción de los delitos contra el patrimonio –estafa–, contra la administración pública –contra la función jurisdiccional–, en la modalidad de fraude procesal, contra la confianza y buena fe en los negocios –usura–, los cuales dada la naturaleza del hecho delictivo prescribirían de acuerdo al tercer párrafo del artículo noventa del Código Penal cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave, en el presente caso el delito contra la fe pública –falsificación de documentos–..."*

En el Exp. N° 3037-2001, Puno, del dieciocho de julio de dos mil dos, se fija como se da la prescripción en concurso real de delitos:

> *"... nos encontramos ante un concurso real de delitos, por lo que, respecto a los delitos de falsificación de documentos y estafa, considerando la fecha de producidos los hechos es de aplicación el Código Penal de mil novecientos veinticuatro, teniendo en cuenta que se hizo uso de dicho documento fraguado el veinte de febrero de mil novecientos..."*

Existen en el Código Penal tipos penales en los que el legislador ha fijado la pena mínima, pero no la máxima, por ejemplo, en el delito de parricidio que se sanciona con pena privativa de libertad no menor de quince años; el homicidio calificado que reprime con pena privativa de libertad no menor de quince años; secuestro que reprime las agravantes con pena no menor de treinta años, el artículo 153-A, agravantes del delito de trata de personas, con pena no menor de 25 años. El Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete, considerando el artículo 80 del Código Penal, nos recuerda que la prescripción no será mayor a 20 años, y tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los 30 años. La interpretación del Pleno es que estos plazos están referidos al plazo ordinario, por lo que en cuanto a la prescripción extraordinaria opera a los 30 y a los 45 años respectivamente, esto es, aumentando la mitad al plazo anterior, bajo pautas de racionalidad y proporcionalidad, y que nos parecen atendibles.

4. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN EN TIPOS PENALES SIN PENA MÁXIMA CONMINADA EN LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE

En el Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete, se planteó el problema de establecer cuáles eran los límites máximos de los tipos penales sin pena máxima conminada, estos existen en el Código Penal como, por ejemplo, en el delito de parricidio que se sanciona con pena privativa de

libertad no menor de quince años, el homicidio calificado que reprime con pena privativa de libertad no menor de quince años, secuestro que reprime las agravantes con pena no menor de treinta años, el artículo 153 A agravantes del delito de trata de personas con pena no menor de 25 años. Esta opción permite que el legislador recorra la pena máxima hasta los 35 años establecidos en el Código Penal y ese es el criterio del Pleno. ¿Pero cómo se calcula el plazo de prescripción? El Pleno, considerando el artículo 80 del Código Penal, nos recuerda que la prescripción no será mayor a 20 años y tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los 30 años. La interpretación del Pleno es que estos plazos están referidos al plazo ordinario por lo que en cuanto a la prescripción extraordinaria opera a los 30 y a los 45 años respectivamente, esto es, aumentando la mitad al plazo anterior, bajo pautas de racionalidad y proporcionalidad y que nos parecen atendibles.

Como conclusión, tenemos que los delitos con pena mínima conminada sin pena máxima no pueden llevarse a extremos arbitrarios, estableciendo plazos de prescripción irracionales, por lo que hace bien la Corte Suprema con una interpretación sistemática establecer sus límites.

4.1. Suspensión de prescripción

La prescripción de la acción penal es una de las formas de extinción de esta cuando el Estado pierde la facultad de perseguir y de sancionar por el paso del tiempo. Está vinculada a la idea que ninguna persona puede ser perseguida eternamente, pero en estos tiempos se han fijado excepciones cuando se trata de delitos de lesa humanidad como genocidio, tortura, trata de personas, etc.

El plazo de prescripción tiene causas de interrupción y de suspensión señaladas por ley. A efectos de diferenciar estos institutos, tenemos que el Código Penal los regula en los artículos 83 y 84 respectivamente. La acción penal se interrumpe por las siguientes causas: actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, y por la comisión de un nuevo delito doloso.

El Código Penal de 1924 en el artículo 121 contemplaba el instituto de la interrupción formalmente, pero tratándose del carácter preclusivo de las actuaciones fiscales y las judiciales, no parecen hay razonables las causas que pasamos a detallar: "1. *Por denuncia del Ministerio Público. 2. Por dictarse auto de apertura de instrucción. 3. Por emitirse acusación escrita del Ministerio Público. 4. Por expedirse auto que dispone pasar a juicio oral. 5. Por dictarse resolución señalando fecha y hora para iniciarse el juicio oral. 6. Por interponerse recurso de apelación o nulidad y 7. Por expedirse orden judicial de citación y captura*".

Por ejemplo, en un caso concreto, el Ministerio Público denuncia e inicios que hay interrupción, y si se dicta auto de apertura de instrucción, ¿habría otra interrupción? Y así sucesivamente. La redacción del artículo 83 del actual Código, por otro lado, al contrario del 121 del Código derogado establece causales más genéricas, por ejemplo, ¿a qué actuaciones del Ministerio Público se refiere, al inicio de la investigación preliminar?, o ¿cuándo recién formaliza denuncia?

Somos del criterio que cuando se señala que la acción penal se interrumpe con las actuaciones del Ministerio Público, son entendidas como aquellas que realiza el Fiscal desde el inicio de la investigación preliminar. Además, se tiene que el TC en su sentencia número 4118-2004 a la letra dice:

> *"5. Asimismo, existen causas establecidas en la ley que tienen por efecto interrumpir o suspender el plazo de prescripción de la acción penal. La interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que, producida la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando. 6. Las causales de interrupción del plazo de la prescripción se encuentran reguladas en el artículo 83 del Código Penal, y son las siguientes: a) Las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales".*

Este precedente constitucional es vinculante y en consecuencia de obligatorio cumplimiento para los Jueces de la República conforme al artículo VII del Código Procesal Constitucional. De

aquí se colige que el Supremo Intérprete de la Constitución no ha establecido, como criterio, que el plazo se interrumpe con la formalización de la denuncia. Asumir que el Ministerio Público solo actúa, a partir de la denuncia, es no reconocer que este tiene facultades antes de dicho ejercicio y que las emplea durante la investigación preliminar, esto es, que el Estado está ejerciendo el *ius puniendi*, esto es, la actividad de persecución. Al contrario de estos penalistas, como Roy Freyre, dicen que se debe considerar las "actuaciones del Ministerio Público" únicamente aquellas actividades que se relacionen de manera directa con la promoción de la acción penal, con la satisfacción de su deber de soportar la carga de la prueba y la acusación[134].

El artículo 84 del Código Penal dice que se suspende la prescripción si el comienzo o la continuación del proceso penal dependen de cualquier cuestión que **deba resolverse en otro procedimiento** y se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.

En la doctrina, se reconoce el instituto de la suspensión de la prescripción como *"... aquel detenimiento que experimenta la iniciación o la continuación del plazo legal para perseguir el delito, sin que el tiempo transcurrido con anterioridad a la presentación del impedimento pierda su eficacia cancelatoria parcial, ya que solamente queda en reserva para sumarse al tiempo prescriptivo que transcurra luego de la desaparición del obstáculo puesto por la misma ley..."*[135]

El artículo 84 del Código Penal dice que se suspende la prescripción cuando el comienzo o la continuación del proceso penal dependen de cualquier cuestión que se deba resolver en otro procedimiento. El artículo en mención no ha señalado cuáles serían esos procedimientos, como sí lo hace el Código Penal Argentino en su artículo 67, estableciendo que son las cuestiones previas o prejudiciales, y la permanencia del agente en cualquier cargo público. El Código Penal Alemán en su artículo 78-b, expresamente establece que se suspende cuando se procese a un autor que sea miembro del parlamento federal o de un órgano legislativo. Similar criterio ha sido empleado por el TC en la sentencia del Expediente N° 0026-2006-PI-TC, publicado el 18 marzo 2007, que declara que el artículo 83 es la norma aplicable para el caso de los congresistas protegidos por la inmunidad de proceso. También la Ley N° 26641 establece una causal de suspensión, tratándose de reo contumaz, cuando existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye el proceso penal. Esta norma, consideramos, colisiona con el derecho a la defensa, toda vez que puede ser parte de la línea estratégica de defensa del imputado.

La doctrina en general reconoce como causas de suspensión la cuestión previa, la cuestión prejudicial, el antejuicio constitucional y el desafuero. En el Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete, se considera que la queja excepcional es **"otro procedimiento"** y que tiene por objeto que se dilucide si, al denegarse un recurso de nulidad, se hizo violando la Constitución o el denominado bloque de constitucionalidad. Entonces desde que se presentó el recurso hasta la decisión de la Corte Suprema, se considerará suspendido el plazo de prescripción y, en consecuencia, no se computará.

¿La queja es un recurso o un procedimiento? Si hay una pretensión que conceda el recurso de Nulidad por infracción constitucional, se convierte en una instancia de revisión de la negativa del concesorio, porque en un primer pre-juzgamiento, si hay elementos que así lo determinan, la Suprema puede ordenar que la Sala Superior eleve los actuados, convirtiéndose en una tercera instancia de revisión sobre el fondo, reiniciando el proceso penal. No deja de tener cierta sindéresis lo planteado por la Sala Suprema, pero alguien podría alegar también que, estando a que el recurso impugnatorio de nulidad es especialísimo o extraordinario, tratándose de procesos sumarios, también este debería suspender la prescripción, porque sería un procedimiento excepcional.

La conclusión es que el trámite del recurso de queja es un procedimiento y que el tiempo de suspensión va a depender de la celeridad con que sea tramitada la queja en la Corte Suprema.

134 ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Causas de extinción de la Acción penal y la pena*. Grijley, 2.ª edición. Lima, 1988, p. 77.

135 Ibídem, p. 93.

LEGALES EDICIONES

4.2. La duplica de la prescripción en los delitos cometidos por funcionarios públicos

ACUERDO PLENARIO 1-2010/CJ – 116

El origen de esta norma proviene directamente del artículo 41 de la Constitución del Estado, último párrafo, que señala:

"El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado".

Los destinatarios de la regla jurídica son los agentes o sujetos activos del Capítulo II, Título XVIII del Libro Segundo; sin embargo, el Pleno aclara que no todos los delitos de esa parte, tienen contenido patrimonial, pues hay aquellos que solo atentan contra el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

El Fundamento de esta duplicación del plazo de prescripción es la lesión del Patrimonio del Estado.

Es necesario que exista vínculo directo entre funcionarios y servidores con los bienes, debiendo cumplirse tres requisitos:

1. Relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado.
2. El vínculo implica que estos ejerzan o puedan ejercer actos de administración, percepción o custodia de estos bienes públicos.
3. Puede servir, como fuente de atribución de dicha posición o facultad funcionarial, una orden administrativa y, por tanto, es posible que, mediante una disposición verbal, se pueda transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de la administración percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente, por su nivel y facultades específicas, no poseía.

Los bienes sobre los que recae la conducta:

Pueden ser del Estado.

Parcialmente del Estado, como bienes de sociedad de economías mixtas donde el Estado tiene parte en el capital, confluyendo con capital privado. Reconocidos en los artículos 40 y 60 de la Constitución y el artículo 2 del Dec. Leg. 674.

Privados; pero en los que el Estado ejerce administración temporal para fines institucionales o de servicio.

En conjunto, en estos bienes, se consideran muebles e inmuebles, los caudales y efectos.

4.3. Interpretación del artículo 339 del NCPP que dispone la suspensión de la prescripción

ACUERDO PLENARIO 1-2010/CJ – 116

Definición

La suspensión implica que el plazo deja de correr, porque se presenta una situación que impide la persecución penal. La continuación dependerá de la decisión de la autoridad civil, administrativa, comercial o de familia. El término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

En el Código Penal, el artículo 84 regula una forma de suspensión de la prescripción así: "Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido. La suspensión en la forma establecida por el artículo citado es cuestionada en la doctrina, por la razón que se ha debido poner un límite"[136].

Consecuencias de la suspensión

El tiempo anterior se sumará cuando se levante la suspensión al nuevo tiempo generado; y el tiempo de la suspensión no se computa para la prescripción extraordinaria.

La suspensión en el Código Procesal Penal

El Pleno de Supremos enfatiza que el art. 339 del NCPP se refiere a una suspensión de prescripción y que, de ninguna manera, se debe interpretar como que el legislador quiso decir interrupción.

136 ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Curso de exhibición de la Acción penal y la pena*. Grijley, 2.ª edición. Lima, 1988, p. 90.

Entonces, durante la formalización de la investigación preparatoria hasta la sentencia, rige la suspensión y los plazos no corren.

Límites al plazo de suspensión

El plazo no es ilimitado, porque se reconoce al Juez de Investigación Preparatoria facultades para controlar el plazo de dicho procedimiento.

Según el raciocinio de los jueces supremos, ¿cuándo se levantaría la suspensión de la prescripción? Pues inferimos que al dictarse la sentencia, si bien es justo reconocer que la norma dice suspensión y no interrupción, no queda muy claro si colocar la suspensión fue la intención del legislador.

La doctrina procesal ha reconocido siempre que la suspensión de la prescripción se da bajo el supuesto de existencia de un procedimiento distinto al proceso penal donde se va a resolver una controversia que luego va a tener incidencia, en el mismo proceso.

En el artículo 84 del CP, se establece con claridad que el inicio o la continuación del proceso penal depende de una cuestión que debe resolverse en un procedimiento.

La suspensión que trae el artículo 339 del NCPP es *sui generis* y puede traer problemas, debido a la forma como se desarrollan los procesos penales. Puede darse el caso de un proceso dilatado no imputable al procesado y; sin embargo, este se ve afectado en cuanto al plazo razonable y al hecho que se le aplica la suspensión de la prescripción.

Por otro lado, tenemos que si el Código Penal, en el artículo 83 del CP, señala que la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Interpretado esto, se tiene que si hay intervención fiscal en las diligencias preliminares antes de la formalización de la investigación preparatoria, se interrumpe el plazo ordinario y empieza a correr el plazo extraordinario. ¿Cómo quedan estos plazos si se formaliza la investigación preparatoria? Simplemente ya no existen, ya no corren, porque se encuentran suspendidos.

No nos parece acertado que el legislador haya dispuesto la suspensión de la prescripción con supuestos distintos a los construidos históricamente por la legislación procesal y la doctrina, por lo que es razonable una reforma legislativa que la derogue, y que se opere bajo las reglas del Código Penal.

Conclusiones

1. Desde una interpretación literal, tiene sentido la regla vinculante fijada por los jueces supremos, de admitir la suspensión de los plazos de prescripción cuando se formaliza la investigación preparatoria.
2. Esta suspensión puede devenir en arbitraria cuando los procesos penales se dilatan injustificadamente sin responsabilidad del imputado.
3. Se debe reformar el artículo 339 del NCPP, dejando sin efecto la suspensión, debiendo aplicarse las normas sobre prescripción del Código Penal.

En la Casación N° 76-2010, del 27 de abril de 2011[137], en una apelación a la declaración de oficio de extinción de prescripción de la acción penal dispuesta por una Sala Superior de Arequipa, basado en la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial (Artículo 429.4 NCPP) invocada por el Ministerio Público, parte apelante, se elevó a la Corte Suprema para que se determine si la formalización de la investigación preparatoria interrumpe o suspende el curso de la prescripción penal, por lo cual solicitan se precise los alcances del artículo 339 del NCPP.

Luego de hacer un desarrollo de los institutos de la interrupción y la prescripción, y detectar que, en la Corte de Moquegua, en el Expediente N° 00056-2801-JR-PE-01, Secuencia Sala N° 47-2010-66 en su resolución, de fecha 27 de abril de 2010, y la Corte de Huaura, Exp-N° 00592-2008-49-1302-JR-PE-01, en su resolución, de fecha 21 de marzo de 2011, han optado porque al término de suspensión, la Sala Suprema ha considerado que el Acuerdo Ple-

137. *Gaceta Penal & Procesal penal*: Tomo 4, Abril 2012. Edit. Gaceta Jurídica, p. 388.

nario 1-2010/CJ – 116 no ha resuelto el conflicto en la judicatura, por lo que considera que es necesario que un Pleno formule un nuevo estudio sobre el tema. Sin perjuicio de esto, declaró fundado el recurso de Casación, acatando la decisión del Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 en cumplimiento del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales (aunque debiera ser en base a lo dispuesto por el Artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y las reglas del NCPP, porque el recurso es de casación que tiene su previsión legal en el Código Rituario de 2004), porque consideró que la formalización de la investigación preparatoria había suspendido el plazo prescriptorio.

CASO ERNESTO SCHÜTZ LANDÁZURI

La STC 03681-2010-PHC/TC que declara improcedente la pretensión de declaración de prescripción de la acción penal.

Esta sentencia provocó discusión en la prensa y la comunidad jurídica, pues erróneamente se publicó la decisión, declarándola fundada cuando faltaba aún el voto de un magistrado del TC, que inclinó la balanza por la improcedencia.

La Pretensión de la parte demandante fue que se declaren nulas las siguientes resoluciones:

- Auto, de fecha 21 de noviembre de 2006, que suspendió los términos prescriptorios dictados por la 3.ª Sala Penal.
- Auto, de fecha 1 de octubre del 2001, que amplía la instrucción contra el accionante por delito de asociación ilícita para delinquir y cómplice primario en el delito de peculado por el Primer Juzgado Anticorrupción de Lima.

Cuatro magistrados del Tribunal Constitucional votaron por declarar improcedente la demanda por la razón que no se había acreditado, que la resolución tenía la calidad de firme y este supuesto se encuentra en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional que señala: *"El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva"*.

La postura de minoría fue la que provocó un impacto mediático y sus fundamentos fueron, en principio, que la resolución, de fecha 21 de noviembre del 2006, era firme, porque el abogado interpuso apelación y este fue declarado improcedente. En este caso, a diferencia de la posición de mayoría, la minoría razona que la firmeza se da cuando ya no existen otros medios intraprocesales para remover la resolución, es decir, cuando adquiere la calidad de cosa juzgada, sin detenerse a reflexionar si esta firmeza se ha obtenido por el consentimiento del afectado, o porque presentó recurso impugnatorio extemporáneamente, o si la resolución fue confirmada por instancia superior. A los miembros del voto en minoría, les ha bastado que esta sea firme por la razón que fuese, por lo que se pronunciaron sobre el fondo del petitorio.

La minoría analiza el fundamento de la resolución de la 3ª Sala Superior de Lima que, en el octavo considerando, señala que, en atención a que el juzgamiento del procesado depende de la extradición y resulta legítimo proceder a suspender el plazo prescriptorio de la acción penal conforme al art. 84 del CP. Además que el procesado incurrió en causal de contumacia y, por ende, tiene que soportar sus efectos. En el noveno considerando, agrega la 3ª Sala Penal de Lima, que no se le ha restringido su libertad personal de forma arbitraria, y que resulta razonable y compatible, con la potestad punitiva del Estado, suspender el plazo prescriptorio de la acción penal desde el momento de la declaratoria de contumacia.

La minoría del TC establece que, para que proceda la suspensión de la prescripción, debe comprobarse a) si preexiste una cuestión jurídica que impida la iniciación o continuación del proceso; y b) la decisión del otro procedimiento distinto incida sobre el mismo.

Como ejemplo señalan que, en la STC 4118-2004 – HC, se consideró que la cuestión prejudicial y el antejuicio son causales de suspensión de la prescripción de la acción penal, y que la motivación del auto cuestionado, de fecha 21 de noviembre de 2006, no es conforme con las norma contenida en el artículo 84 del Código Penal para que legítimamente se declare la suspensión de la prescripción; y que la contumacia no puede ser entendida como otro procedimiento ajeno y distinto al proceso penal.

Agregan los magistrados otro argumento sustentado en las STC 4115-2004 – HC y STC 07451-2005, que han fijado como regla, que tratándose de reos contumaces, los plazos de prescripción se suspenden si es que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho.

Concluyen que la 3ª Sala Penal no ha tenido presente que, en la STC 4959 - 2008 - HC, se precisó que la ley N° 26641 que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, solo puede aplicarse en el caso que no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable.

Consideramos que la Ley N° 26641 ha establecido, como causal de suspensión de la prescripción, la declaración de contumacia y se ha aplicado válidamente al demandante, además tenemos que el procedimiento extradicional puede ser considerado también una causa de suspensión, porque de su éxito depende la continuación del juzgamiento del requerido.

Estimamos que el derecho al plazo razonable opera solo para algunos supuestos, y en el caso concreto, es el mismo accionante Ernesto Schütz Landázuri quien con su conducta es el causante de su larga agonía procesal.

Comentario a la STC Exp. N° 1388-2010-PHC/TC sobre suspensión de la prescripción

El demandante arguyó que el que el juez penal no había declarado expresamente la suspensión de la prescripción conforme a la Ley N° 26641, y que debía declararse inaplicable la prescripción y computarse el plazo. El colegiado, al afirmar que es el propio procesado quien causó dilaciones en el proceso, dio una respuesta tácita en el sentido que no es necesario que, en el auto de contumacia, se mencione que se suspende la prescripción. Consideramos que esta exigencia sí será necesaria cuando se dan causales de suspensión distintas a la contumacia como el antejuicio o cuestión prejudicial o extradición.

La pregunta es entonces, ¿cuándo la suspensión viola el derecho al plazo razonable del imputado? Una primera respuesta que ensayamos es, cuando la declaración de reo contumaz contiene un

vicio de nulidad absoluta; por ejemplo, si es que no se ha notificado correctamente, en el domicilio procesal señalado por el inculpado, el apercibimiento de declarársele contumaz. El tiempo generado por prescripción suspendida inválida, tendría que ser acumulado al plazo de interrupción de la acción penal. El cuestionamiento a la suspensión sería indirecto si es que se discute la formalidad de la declaración de reo contumaz. En otras palabras, la suspensión sólo opera si existe una declaración de contumacia válida.

Una segunda respuesta es determinar si la declaración de contumacia ha devenido en un contexto de violación del plazo razonable, ya que si el órgano jurisdiccional es el responsable de las dilaciones, estaría deslegitimado para decretar la contumacia con dicho efecto suspensivo, por ejemplo, los casos en que un procesado se ha mantenido diligentemente arraigado por cuenta propia en el proceso y en este se han dictado sentencias que luego fueron anuladas y así hasta el infinito. En este caso, sí tendría sentido ajustar la interpretación de la Ley N° 26641 conforme a la Constitución.

En esta línea de raciocinio, planteamos el criterio siguiente: se debe interpretar que la declaración de contumacia surte efectos suspensivos del plazo de prescripción, siempre y cuando sea válida, y el imputado sea responsable de la dilación del proceso al rehuir al juzgamiento.

Fuera de todo esto, si la declaración de contumacia es válida y el plazo de suspensión corre indefinidamente, ¿cuál sería el límite? En el supuesto de interrupción de la prescripción, existe límites, ya que el artículo 80 del Código Penal establece que la prescripción no será mayor a 20 años, y tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los 30 años. El Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116 ha interpretado que estos plazos son ordinarios, y que, en el caso de la prescripción extraordinaria, esta opera a los 30 y 45 años respectivamente.

Como propuesta de *lege ferenda*, podría plantearse un límite a la suspensión, asimilando el plazo máximo de prescripción ordinaria, esto es, 20 años como término, y vencido este, volverían a correr los plazos de interrupción, de tal forma que equilibremos el

derecho subjetivo al plazo razonable con el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

Oportunidad de los medios de defensa

En los delitos de persecución pública, se presentan, durante la etapa de investigación preparatoria, la cuestión previa y las excepciones. En las querellas se solicitan en el momento que contestan la demanda. Todos esos medios deben resolverse antes de la etapa intermedia (Artículo 7 del NCPP) y en las acciones privadas en la audiencia única.

La cuestión previa y las excepciones también se pueden deducir en la etapa intermedia durante el control de acusación. Pueden ser declaradas de oficio en ambas etapas preparatoria e intermedia.

Trámite

Los medios de defensa técnicos como la cuestión previa, prejudicial o las excepciones serán deducidas durante la investigación preparatoria mediante solicitud fundamentada al Juez que recibió la comunicación de formalización de la investigación, adjuntando elemento de convicción. (Artículo 8 del NCPP).

El juez, luego de recabar información del fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la admisión del medio de defensa deducido en el plazo de tres días, fijará fecha para la realización de la audiencia que se realizará con quienes concurran a la misma. El fiscal asistirá obligatoriamente y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto.

Instalada la audiencia, el juez oirá, en el siguiente orden, al abogado defensor que propuso el medio de defensa, al fiscal, al defensor del actor civil y al defensor de la persona jurídica y del tercero civil.

Los participantes harán mención a los elementos de convicción que consten en autos o que han acompañado en sede judicial. Si asiste el imputado, tiene derecho a intervenir en último término.

El juez resolverá inmediatamente o, en todo caso, en el plazo de dos días luego de celebrada la vista, mediante auto fundamentado.

Los medios de defensa técnicos también podrán deducirse durante la etapa intermedia y resolverse en la misma.

Si el juez decide fundar una cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones, el efecto de esta decisión es que es benéfica a los imputados que no la presentaron, siempre que se encuentren en igual situación jurídica.

Esta decisión del juez es recurrible por quien se considere agraviado y será resuelta por la Sala Penal Superior.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

La prescripción en el Código Procesal Penal peruano

SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. "La prescripción en el Código Procesal penal peruano". Instituto Pacífico. Actualidad penal. Vol. 21. Marzo 2016. Pág. 254 – 274.

Contenido

DOCTRINA PRÁCTICA — MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ MERCADO: La prescripción en el Código Procesal Penal peruano — 254
DOCTRINA PRÁCTICA — [illegible] — 336
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL — [illegible] — 360
NOS PRONUNCIAMOS Y CONSTITUIMOS — CORTE SUPREMA: "¿Cuál es la finalidad de los requisitos sustantivo, aplicativo y de persecución jurídica en un proceso de extradición de nacionales?" — 372
CORTE SUPREMA: "¿En qué consiste el derecho de cosa especializada y derechos conexos?" — 414
RESEÑA DE JURISPRUDENCIA — La prueba científica en el proceso penal (Casación N.° 383-2013-Arequipa) — 418
La extradición pasiva (Extradición Nueva N.° 22-2010) [cont] — 506

Doctrina práctica

DOCTRINA PRÁCTICA

La prescripción en el Código Procesal Penal peruano

Miguel Ángel Sánchez Mercado*
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO

1. Base legal: Código Procesal Penal
2. ¿Es el Código Procesal Penal perfecto?
3. ¿Suspensión o interrupción? El artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal
3.1. Conceptos
4. Defensores de la suspensión y de la interrupción
5. Argumentos que sostiene la tesis de la interrupción
6. Argumentos a favor de la tesis de la suspensión
6.1. Interpretación teleológica
6.2. Hay que respetar el principio de legalidad
6.3. Interpretación sistemática
6.4. Técnica legislativa
7. Lo que dice el Acuerdo Plenario N.° 03-2012: "Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339 del Código Procesal Penal"
8. ¿Cuántos debe durar esta suspensión de la prescripción?
9. ¿Los casos de suspensión de la prescripción pueden sobrepasar el plazo de la prescripción extraordinaria?
10. La teoría de las tres líneas de tiempo. ¿Desde cuándo computar la duración de esta suspensión?
10.1. Tesis de una línea de tiempo (la vuelta a la vida de la tesis de la interrupción)
10.2. Tesis de las dos líneas de tiempo
10.3. Tesis de las tres curvas o líneas de tiempo
11. Conclusión
12. Referencias bibliográficas

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Mg. en Ciencias Penales por la misma universidad.

RESUMEN

La prescripción penal es una institución jurídica que extingue la acción penal; en el presente artículo, el autor nos da a conocer las distintas interpretaciones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que han generado los artículos 83 (del CP) y 339.1 (del CPP), respecto de si nos encontramos ante un supuesto de "interrupción" o "suspensión" de la prescripción penal.

PALABRAS CLAVE

Prescripción / Interrupción / Suspensión / Norma material / Norma procesal

Recibido: 15-12-2015
Aprobado: 02-03-2016
Publicado online: 04-04-2016

SUMARIO

1. Base legal: Código Procesal Penal
2. ¿Es el Código Procesal Penal perfecto?

Artículo 339.1. "La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal".

2. ¿Es el Código Procesal Penal perfecto?

Ninguna ley, al ser obra humana, puede aplicar a ser perfecta, y el Código Procesal Penal no es la excepción. Un ejemplo de sus errores se aprecia cuando, a pesar de que el Código Penal señala y el Tribunal Constitucional lo ratifica al señalar que es inaplicable por cuanto el Código Procesal Penal se contrapone a una norma material (STC N.° 5068-2006-PHC)[1], por lo cual se suspende la prescripción mientras no se obtenga la autorización derivada de un antejuicio[2], sin embargo, no se explica cuál es la razón por la que el artículo 450.9 del

1 Exp. N.° 42-2003-Lima, Sala Penal Especial de la Corte Suprema. Vitar: "Caso del vocal Tineo Cabrera: se debe interrumpir el plazo prescriptorio ante un antejuicio constitucional", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.° 161, Febrero, Gaceta Jurídica, 2012, pp. 202-205.

2 Artículo 89. Si el enjuiciado a la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otros procedimientos, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél quede concluido. Conforme al Exp. N.° 0010-2006-PI-TC, el presente artículo es aplicable a los Congresistas protegidos por la inmunidad de proceso.

CPP señale que no lo suspende[3]. Esto sirve para deducir que la respuesta a la pregunta de si el artículo 339.1 creó un supuesto de interrupción o de suspensión, no puede en ningún caso limitarse a señalar que literalmente el Código Procesal Penal señala "suspensión"[4][5].

3. ¿Suspensión o interrupción? El artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal

3.1. Conceptos

En nuestro análisis se parte de un concepto según el cual, en la figura de la "suspensión", el tiempo previo a darse una causal de suspensión se conserva, y se sumará al que recoja al levantarse la causal de suspensión, pero lo más importantes es que, mientras se mantenga la suspensión el tiempo que transcurra, de menos o años, no se contabilizará, por lo cual no se ve afectada por la prescripción ordinaria o extraordinaria. Por su parte, en la "interrupción", el tiempo que haya transcurrido vuelve a "cero", iniciándose un nuevo cómputo que no podrá superar en ningún caso el plazo extraordinario de prescripción[6] (el máximo más la mitad de la pena)[7]. 20 años en caso de que este cálculo pudiera superar esta cantidad de años, o 30 años en casos de cadena perpetua[8].

¿SABÍA USTED QUE?

[E]l artículo 83 del CP señala que toda actuación del Ministerio Público "interrumpe" la prescripción, pero el artículo 339.1 del CPP señala que la actuación del Ministerio Público llamada disposición de formalización de investigación, "suspende" la prescripción [...].

1. Artículo course. 9. El plazo que se refiere el artículo 80 de la Constitución se interrumpe se suspende la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 84 del Código Penal.
2. La STC N.° 2389-2002 AA y STC N.° 2389-2002 AA señalan la inadecuación del método literal en el análisis constitucional.
3. En cuanto indica que existe un error en la enumeración de dos Acuerdos Plenarios, el Acuerdo Plenario N.° 3-2012 CJ-116, "sobre la necesidad de entablar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339.1 del Código Procesal penal 2004", y existe otro Acuerdo Plenario N.° 3-2012 CJ 116, pero referido a la "Función y operatividad de la Libertad Anticipada" del 24-01-2013.
4. STC N.° 2451-2005-PHC, "La interrupción y la suspensión [...] se distinguen en [...] que producida la interrupción el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando".
5. Artículo 83. La prescripción [...] se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales [en la querella], quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Después [...] comienza a correr un nuevo plazo [...] a partir del día siguiente de la última diligencia.
   Se interrumpe igualmente la prescripción [...] por la comisión de un nuevo delito doloso. Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción.
6. Artículo 80 CP. La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos cometidos con fines de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

4. Defensores de la suspensión y de la interrupción

A favor de esta tesis de la "interrupción" se encuentran los siguientes autores:

- Peña Cabrera Freyre[9]
- Gálvez Villegas/Rabanal Palacios/Castro Trigoso[10]
- Alcócer Povis[11]
- Pasta Cueva[12]
- Burgos Alvarado[13]
- Sáenz Torres[14]
- Hurtado Huailla[15]

Lo contrario los siguientes pronunciamientos:

- Pleno Regional de la Libertad-2013.
- Corte Superior de Justicia de Huaura. Resolución de la Sala de Apelaciones del 21-03-2011[16].

A favor de esta tesis de la "suspensión" se encuentran:

- El Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N.° 03-2012
- Paitona Arana[17]

9. Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Rhodas, Lima, 2007, t. II, p. 368 y ss.
10. Gálvez Villegas, Tomás Aladino; William Rabanal Palacios y Hamilton Castro Trigoso, *El Código Procesal Penal*, Jurista, Lima, 2008, p. 677.
11. Alcócer Povis, Eduardo, *¿Qué aspectos deben ser considerados en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal*, previsto en el artículo 339 del código procesal penal, y qué fundamentos o alternativas pueden plantearse al respecto? Versión en línea: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/2008/04/20080429-1.pdf>.
12. Pasta Cueva, David y otros, *Investigación preparatoria y etapa intermedia*, Lima, 2010, p. 101.
13. Burgos Alvarado, José David, "La formalización de la investigación preparatoria: propuesta o interrupción de la acción penal?", en *Gaceta penal y procesal penal*, N.° 22, Abril 2011, p. 201 y ss.
14. "[U]na norma procesal [...] no puede modificar lo dispuesto en una norma sustantiva" (Sáenz Torres, Abad, "Comentarios a las diversas reformas de la prescripción penal regulada en el Código Penal a cinco años de su vigencia", en Pedro Salinas Siccha, Víctor Roberto Sánchez Velarde, Pablo Velásquez Reynoso, Alfonso Cano Jones, José Antonio San Martín Castro, César y Luis Alejandro Tomy Mejía, *Libro homenaje a José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*, Idemsa, 2013, p. 330).
15. "[L]a Sala Suprema esta respecto a la suspensión del plazo de prescripción aplica lo ya señalado mediante Acuerdo plenario N.° 3-2012/CJ-116 [...] aplicando [...] dicha interpretación en el caso concreto, lo que nos lleva a concluir que en el efecto la suspensión prevista en el artículo 339.1 del código procesal penal, es solo bien una causal de interrupción, y que [...] la acción prescribe en todo caso cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción" [Hurtado Huailla, Ana Cecilia, "Comentario jurisprudencial sobre la Sentencia Casatoria N.° 585-2013", en *Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Versión en línea: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/2014/03/20140304-1.pdf>].
16. Exp. N.° 00592-2008-49-1302-JR-PE-01.
17. Paitona Arana, Raúl, "La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el Acuerdo Plenario 03-2012/CJ. La consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP", en Pedro Salinas Siccha *et al. Libro homenaje a José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*, cit., p. 833 y ss.; Paitona Arana, Raúl, "La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?", en *Gaceta penal y procesal penal*, N.° 23, Lima,

- Vásquez Shimajuko[18]

5. **Argumentos que sostiene la tesis de la interrupción**

- Existiría un problema de claridad en la norma.
- No es la regulación correcta.
- Hay confusión en el uso de los conceptos suspensión e interrupción.
- La norma procesal no es compatible con la norma penal, y en caso de duda debe darse lo más favorable, para eso se aplica no solo a la norma material, sino que también señala el Código Procesal lo siguiente: "Artículo VIII.4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo".
- Existe una antinomia que se resuelve dando preferencia la norma material frente a una norma procesal.
- Al ser la prescripción de naturaleza sustantiva, sus reglas deben establecerse en el Código Penal y no en el procesal.
- Se estaría derogando el artículo 83 del Código Penal.
- El Código Penal suspende el plazo cuando se requiere la remisión a otro procedimiento distinto al penal para cumplir un requisito para continuar el proceso[19], por lo cual, si la formalización de investigación es parte del mismo proceso penal, no se cumple lo dicho por el Código Penal.
- El Código Penal interrumpe y no suspende el plazo cuando recae una actuación Fiscal, y si la formalización de investigación es una actuación fiscal, entonces encaja en el supuesto de una interrupción.

6. **Argumentos a favor de la tesis de la suspensión**

No sería la más adecuada, la tesis de la interrupción, no solo porque no se puede interrumpir lo ya interrumpido, sino también por las siguientes razones[20]:

6.1. Interpretación teleológica

Si el nuevo Código Procesal se creó para superar los defectos del viejo modelo, y un defecto era la facilidad con la que se ganaba la impunidad con la prescripción, el legislador es profesamente creó un nuevo supuesto de suspensión de la prescripción para evitar arrastrar el mismo defecto, siendo ello una posición político-criminal válida.

> **IMPORTANTE**
>
> **[M]ientras se mantenga la suspensión, el tiempo que transcurra, de meses o años, no se contabilizará, por lo cual no se ve afectada por la prescripción ordinaria o extraordinaria. Por su parte, en la "interrupción", el tiempo que haya transcurrido vuelve a "cero", iniciándose un nuevo cómputo que no podrá superar en ningún caso el plazo extraordinario de prescripción [...].**

6.2. Hay que respetar el principio de legalidad

No existe una falta de claridad, pues podemos observar a simple vista que la norma (art. 339.1) menciona la palabra "suspensión" y no "interrupción". Interpretar interrupción allí donde la ley dice suspensión es no respetar el sentido literal de la norma, y admitir que el juez deje de someterse a la ley y se convierte en legislador porque impone su criterio cuando señale que "el legislador dijo lo que no dijo" (interpretación *contra legem*).

Sin embargo, hay que reconocer que la jurisprudencia y la doctrina aceptan casos donde se interpreta el Código Penal cambiando sus palabras, añadiendo aquello que no señala la norma:

- El artículo 243 dice lo siguiente: "juegos de casino y máquinas tragamonedas", pero en la práctica en vez de entenderlo como una suma, donde dice "y", los jueces leen una "o".
- El artículo 202 dice lo siguiente: "1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo". La norma no dice nada más, pero en la práctica los jueces leen como añadido que solamente puede hacerlo el colindante o vecino.
- El artículo 196 dice lo siguiente: "El que procura [...] un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error *al agraviado* mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta". Sin embargo, en la práctica se lee "al agraviado o a cualquier tercero".
- El artículo 297 señala lo siguiente: "El que, sin estar debidamente autorizado, [...] tiene en su poder [...] armas". En la práctica, donde dice armas los jueces leen que basta una sola.

En contra de esta práctica se tiene lo señalado por la STC 8-2012-AI:

> "61. [L]as [...] 'sentencias interpretativas', 'sentencias aditivas' o 'sentencias sustitutivas', [...] no solo pueden ser adoptadas por el Tribunal Constitucional, sino también por los jueces del Poder Judicial.
>
> [...]
>
> 63. En materia penal, en el caso de las decisiones aditivas, el principio de legalidad penal tiene un mayor peso axiológico frente a la actividad jurisdiccional de creación normativa complementaria [...], *prima facie*, la jurisdicción no puede emitir decisiones aditivas cuando

---

mayo 2011, p. 221 y ss.

18 Vásquez Shimajuko, Carlos Shikara, "La suspensión de la prescripción de la acción penal del art. 339.1 CPP: una propuesta proxenial", en *Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Versión en línea: <http://bit.ly/1pO0NOs>.

19 Como podría ser la vía administrativa o un antejuicio.

20 Ver por todos, Pariona Arana, Raúl, "La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el Acuerdo Plenario N.° 03-2011/CJ. La consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP", en Pedro Salinas *et al. Libro homenaje a José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*, cit., p. XV y ss.; Pariona Arana, Raúl, "La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?", en *Gaceta penal y procesal penal*, N.° 23, Lima, mayo 2011, p. 221 y ss.

control leyes penales [...], al relegar al legislador penal cierto ámbito competencial en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas.

70. [U]na decisión sustitutiva [...] declara la inconstitucionalidad parcial de una ley [e] [...] incorpora un exemplum [...] [dando una] alteración de una parte [esencial de la ley. La parte sustituyente [...] es [...] una norma ya vigente [...] [ello] para impedir [...] efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

80. En materia penal, [...] [quedé] *prima facie*, neutralizada la posibilidad de que la jurisdicción emita decisiones sustitutivas cuando controle leyes penales, toda vez que [...] afectaría el principio [...] de legalidad penal".

No obstante ello, al ser el artículo 339.1 del CPP una norma de orden público, y por tanto de obligatorio cumplimiento, si el juez quiere desvincularse de la norma e inaplicarla, solamente le será posible hacerlo a través del control difuso de constitucionalidad, y no usando un criterio interpretativo que afecta una cultura de respeto a la separación de poderes.

6.3. Interpretación sistemática

Si bien el artículo 83 del CP señala que toda actuación del Ministerio Público "interrumpe" la prescripción, pero el artículo 339.1 del CPP señala que la actuación del Ministerio Público llamada disposición de formalización de investigación, "suspende" la prescripción, solo en apariencia hay una contradicción, y no existe ni antinomia por lo siguiente:

- Se trata de una "nueva regla de la prescripción" que no existía anteriormente.
- Una ley posterior y específica tiene prioridad de aplicación frente a una ley anterior.
- El artículo 83 del CP no podía regular la disposición de formalización de investigación, pues no existía cuando entró en vigencia.
- El CPP ha limitado el ámbito de aplicación del artículo 83 CP: en el CPP, de todas las actuaciones fiscales, una en específico suspende la prescripción y las otras la interrumpen.
- Incluso si se quisiera aceptar que hay un conflicto la tercera Disposición Modificatoria y Derogatoria del CPP señala que se derogan todas las leyes que se opongan al Código Procesal Penal, es decir, toda norma que se oponga a la suspensión (art. 339.1) está derogada.

6.3.1. Naturaleza de la prescripción ¿Es una norma material o una procesal?

Según la tesis de la interrupción, el derecho penal sería norma especial frente al derecho procesal, por lo que al considerar que existe una antinomia entre las reglas de prescripción consideradas como normas materiales, y el Código Procesal Penal, debería darse preferencia al Código Penal, afirmación que exige establecer previamente cuál es la naturaleza de la prescripción, y de ello se encargan tres tesis: la tesis material, la mixta y la procesal.

IMPORTANTE

[S]iendo el artículo 339.1 del CPP una norma de orden público, y por tanto de obligatorio cumplimiento, si el juez quiere desvincularse de la norma e inaplicarla, solamente le será posible hacerlo a través del control difuso de constitucionalidad, y no usando un criterio interpretativo que afecta una cultura de respeto a la separación de poderes.

a. Tesis material

Quienes defienden que se ha establecido una causal de interrupción, y no de suspensión, se basan en la naturaleza material de la prescripción y señalan lo siguiente:

- El paso del tiempo impediría probar el delito.
- La prescripción brindaría seguridad jurídica al ciudadano.
- La tipicidad sumada a la antijuridicidad se llama injusto, y el paso del tiempo lo desgasta hasta hacerlo desaparecer.
- Con el tiempo la sociedad deja de reprochar la conducta (pierde su dovuloso).
- No se necesitaría la resocialización, pues la pena ya no cumpliría un fin preventivo-general (negativo o positivo), por no recordarse el delito.

Así, sostienen que la prescripción tendría naturaleza de una ley material igual que la norma que define lo que es un delito[21]. Defienden la tesis material en el Perú, entre otros:

- Huertado Pozo[22]
- Gálvez Villegas/Rabanal Palacios/Castro Trigoso[23]
- Alcócer Povis[24]
- Parra Cueva[25]

21 La STC N.° 04593-2008-PHC del 01-09-2009, sobre los fundamentos reales, entre sustancia material (desaparición del injusto, antijuridicidad, etc.) y procesales (impedimento): "3. [...] la prescripción [...] desde la óptica penal es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius puniendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido hasta los efectos de la infracción, extinguido aquella necesaria social de ella. Dicho de otro modo, es una Norma Fundamental inspirada en el principio pro *homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva, teniendo que se funda en la necesidad de que pasado cierto tiempo se elimine toda incertidumbre jurídica y se absuelva el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honestamente, cumpliendo de esta manera el principio de seguridad jurídica".

22 Huertado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general I*, 3.ª ed., Grijley, Lima, 2005, pp. 330-331, sostiendo contrario a la aplicación retroactiva en los cambios que se efectúen a sus reglas.

23 Gálvez Villegas, Rabanal Palacios y Castro Trigoso, *El Código Procesal Penal*, cit., p. 477.

24 Alcócer Povis, Eduardo, *El plazo especial debe ser interpretado en contra a la suspensión de la prescripción de la acción penal, prevista en el artículo 339 del código procesal penal, y qué fundamentos o alternativas pueden plantearse al respecto?* Versión en línea: <http://bit.ly/24P7nMK>.

25 Parra Cueva, David y otros, *Investigación preparatoria y etapa intermedia*, cit., p. 101.

- Sáenz Torres[26]
- La Corte Suprema (Acuerdo Plenario N.° 1-2010[27])

A favor de esta tesis tenemos:

- Tiene amplia aceptación en la doctrina española.
- La prescripción de la persecución penal toma al injusto como referente, y establece sus límites en el máximo de la pena o en esta más una mitad.

¡IMPORTANTE

[S]i el injusto fuera la base de la prescripción, no se podría explicar la "prescripción de la ejecución de la condena", pues no tiene relación con el injusto [...].

Esta tesis está equivocada y debemos rechazarla porque si el injusto fuera la base de la prescripción, no se podría explicar la "prescripción de la ejecución de la condena", pues no tiene relación con el injusto[28].

i. **La dificultad de probar un delito como fundamento de la prescripción**

- Tampoco es fundamento de la prescripción la dificultad de probar, pues de eso se encarga el *in dubio pro reo* y no la prescripción[29]. Asimismo, solo se condena lo que se puede probar, y lo que no debe absolverse.
- Aunque pase mucho tiempo siempre puede existir la posibilidad de probar un delito[30] como ocurre con los viejos crímenes contra la humanidad, donde tras varios años se logra condenar a sus autores.
- Aunque no hayan pruebas del autor del delito, por eso deja de existir la "necesidad de pena el hecho".
- Sostener que la prescripción debe darse por dificultades probatorias, es premiar a quien logró dificultarla o decir que el Estado solo debe investigar lo que sea fácil de probar. Por todo ello, se equivoca la STC N.° 2522-2005-PH, cuando señala lo siguiente: "extingue la posibilidad de investigar".

ii. **La seguridad jurídica como fundamento de la prescripción**

La prescripción no se basa en la seguridad jurídica. Por ejemplo, en Alemania no prescriben los homicidios calificados[31], en Venezuela el tráfico de drogas[32], en España el terrorismo[33] y los delitos de corrupción en Bolivia[34] y Ecuador[35], y nunca se ha afirmado que ello afecte la seguridad jurídica de los asesinos, terroristas o narcotraficantes.

En todo caso, como dice Bustos, no debe protegerse la confianza en ganar la impunidad con una prescripción, "nadie puede confiar en no ser penado por [...] que se vaya a producir la prescripción [...] o que en el futuro se vaya a dictar una amnistía, ese sino circunstancias sobre las que la persona no pudo decir nada al momento en que cometió el hecho y en las que nadie puede confiar. Son [especulaciones] no dignas de protección y no tienen el apoyo en el principio de legalidad"[36].

Si se trataca de la seguridad jurídica, se tendría que admitir que nuestro sistema la afecta cuando posee plazos distintos para algunos, cuando lo reduce a la mitad para menores de 21 años de edad o mayores de 65 años al cometer el delito (art. 81 del CP[37]), o cuando lo duplica para los funcionarios que afecten el patrimonio estatal.

iii. **La necesidad de penar como fundamento de la prescripción**

No se puede aceptar que la necesidad de penar puede dar un salto tan brusco que un día antes se pueda condenar a cadena perpetua y al siguiente ya no.

Tampoco es coherente decir que la ausencia de necesidad de penar es un fundamento, pues sino no existirían prescripciones en segunda instancia cuando se impugna una condena. Es claro que el procesado aún mantiene la presunción de inocencia, pero también que la prescripción no se vincula a la presunción de inocencia.

26 Sáenz Torres, Abasi, "Comentarios a los diversos supuestos de la prescripción penal regulada en el Código Penal a más de veinte años de su entrada en vigencia", en Puentes Sacramentos et al, *Libro homenaje a José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos* cit., p. 328.

27 "La institución de la prescripción como está regulada en el artículo octavo y noveno del Código Penal, *es una frontera de derecho penal material* que establece una autolimitación al [...] Estado" (Acuerdo Plenario N.° 1-2010, f. j. n.° 6). "Dicha institución nuevamente está regulada en [...] que no hace debida inquisitiva, pero limitando a los órganos [...] de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el archivo a la extinción de causas promovidas que impondrían el curso de la prescripción" (f. j. n.° 11, 31).

28 Bal, Mazuelos, Gálvez y Zúñiga, p. 348; Bustos, § 5; Feijoo, en Schröder y Schröder, *Comentario al art. 2*, p. 35.

29 Jakobs y Wolters, *Tomado*, PG, §86.1.1.

30 Rueda i Valles, *La prescripción penal*, p. 31.

31 StGB, § 78 Verjährungsfristen. (2) Verbrechen nach § 211 (Mord) verjähren nicht.

32 Constitución de 1961, artículo 271. [...] No prescribirán las acciones judiciales [...] contra el tráfico de estupefacientes.

33 Reforma operada por la LO 5/2010. Artículo 131del CP. [...] Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona.

34 Artículo 103 del CP. [...] No procederá la prescripción de la pena [...], en delitos de corrupción. Ley de Lucha contra la Corrupción e investigación de fortunas de origen ilícitos —Ley N.° 004 del 31-03-2010 (art. 34)—.

35 Constitución Política de Ecuador, texto del 20-09-2008. Artículo 233. [Los] servidores públicos [...] delegados o representantes a los cuerpos colegiados [...] del Estado, estarán sujetos [...] [a] procesados, sobrellos, concurrir y participar mientras dicten. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles".

36 Bustos, Clases, *Parte General*, Civitas, Madrid, 1997.

37 Artículo 81. Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de 21 o más de 65 años al tiempo de la comisión del hecho punible.

y a pesar de estar vigente la necesidad de emitir una sentencia de fondo de segunda instancia, igual prescribe. Por ello, se equivoca la STC N.° 1805-2005-HC cuando se basa en que "el tiempo [...] borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma".

IMPORTANTE

[S]e equivoca la STC N.° 1805-2005-HC cuando se basa en que "el tiempo [...] borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma".

b. Los fines de la pena como fundamento de la prescripción

- Tampoco puede ser su fundamento los fines de la pena, porque el simple paso del tiempo no resocializa, no garantiza que se aprenda a respetar las normas, debe añadírsele al menos la educación o el trabajo.
- Si fuera cierto, tampoco deberían prescribir los casos donde el autor vuelve a cometer un delito doloso, pues nos muestra que el paso del tiempo no lo resocializó, pero el delito doloso solo interrumpe el cómputo de la prescripción y no impide la prescripción extraordinaria.
- Un delito culposo también requiere resocialización, pero la ley no los considera una causal que interrumpa la prescripción.
- Para la prescripción no interesa si se trata de una persona inocente o culpable, ni nadie podría sostener seriamente que el con el paso del tiempo se estuvo resocializando o ejecutando las fines de la pena a quien la sentencia declara inocente.

b. Tesis de la naturaleza mixta procesal y material

Sostiene que la prescripción tiene una parte material que es hacer desaparecer la "necesidad de penar" y una parte procesal la "dificultad de probar". A su favor se tiene que la "interrupción" y la "suspensión" son aspectos netamente procesales y que al declarar la prescripción se emite un "archivamiento" no una declaración de acreditación de la inocencia. Sin embargo, se puede negar la con los mismos argumentos contra la tesis material:

- El carácter de injusto proviene de estar previsto por la ley como delito, y no que se investigue o deje de hacerlo.
- Las figuras procesales también garantizan la paz social y tienen en cuenta la falta de "necesidad de penar". Así, para Roxin también se puede declarar que ya no tiene sentido imponer una pena por motivos de prevención general, porque no existe necesidad de penar y por problemas de prueba[38].
- Las partes materiales no son determinantes, pues el proceso penal también busca imponer el derecho material y por ello cumple una finalidad preventivo general.

c. Tesis procesal

A favor de esta tesis se encuentran:

- Alvarez Vázquez[39];
- Meini Méndez[40];
- La Corte Suprema en el Exp. Asuntos Varios (A.V) 45-2003 del año 2006, seguido contra Alberto Fujimori Fujimori "Quinto: [...] la interpretación de un supuesto de prolongación del plazo de prescripción [...], no conspira contra la naturaleza de la prescripción"[41].

38 Roxin, *Pena penal*, cit., 1997, p. 884 y ss., (§ 23, n. marg. 37, 39).

39 Alvarez Vázquez, Manuel, *Delitos contra la administración pública*, 2.ª ed., Lima, 2005, Acerca de la Naturaleza de la Prescripción, edit: Idemsa; Manuel, Miguel Angel; Moreira Fuentes, Elvira y Alonso R. Pablo Carrera Fuentes, *Libro homenaje al profesor Peña Cabrera*, t. I, Ara, Lima, 2005, pp. 344-371.

40 Meini Méndez, Iván, "Sobre la naturaleza de la prescripción de la acción penal", en revista *Ius Iuridico*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 79-81, aunque solo en el supuesto de aplicación inmediata de los cambios en los plazos prescriptorios.

41 Sala Penal Especial. A.V. 45-2003 [Cuadernos Principal], contra Alberto Fujimori Fujimori o Kenyo Fujimori, Lima, 23-07-2006. "Cuarto: [...] [la] prosecución de investiga y detiene a un procesado sin dilaciones indebidas, opinan [...] independientes [...] de la prescripción [...] [pues] no [...] suspenden ni aplica a [...] la prescripción de vinculante [...] [y] extienden el plazo de prescripción [...], sin efecto [...] la exigencia de suficiente actividad probatoria [...]. Quinto: [...] *la interpretación de un supuesto de prolongación del plazo de prescripción [...] no conspira contra la naturaleza de la prescripción* [...]. Sexto: [...] la Ley (2004) [...] establece que "mientras se encuentre [...], se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, [...] desde que existen evidencias [...] que [...] subsiste del proceso y hasta que [...] se proteja a derecho. El juez [...] declara la conclusión de comunicar y la suspensión de la prescripción", [...] la norma no incluye [...] por la suspensión [...], sin que [...] obste un resultado está perjudicial para el imputado — no se trata de otorgar siempre una opción favorecedora más favorable al imputado —, sino de advertir la opción que más se acomode a los fines perseguidos por la ley [...] no se vuelva el tiempo [...] entre la declaración [de conocimiento] [...] y la puesta a derecho del imputado. [...] [pues] el tiempo transcurrido con razonabilidad [...] no puede ser objeto cumplimiento parcial [...]; [y] en nada altera el plazo extraordinario o absoluto ya transcurrido [...]» Jan María Caceres Valdez Rivas, Lecturas Consejo.

legítimas protegido si el delito ya no existe.

ii. Al darse una prescripción corta para el autor, debía ser imposible sentenciar a los cómplices e instigadores, o los encubridores reales o personales o receptadores de los bienes, pero eso es falso, la jurisprudencia demuestra que son condenados.

- Un hecho es considerado delito porque la ley le asigna una pena no porque se investigue más o menos[42].
- El principio de legalidad se refiere a que el delito siga estando tipificado o no se agrave, no a las reglas sobre la suspensión de los plazos de prescripción.
- El principio de legalidad no dice nada sobre cuánto debe durar la persecución o reprimirse un delito.
- Los plazos de prescripción no son proporcionales a la responsabilidad, un inocente y el más cruel criminal deben esperar lo mismo para ver prescribir la persecución.
- Si el delito se iría desgastando poco o poco con el tiempo, debería rebajarse la pena con una atenuación que iría creciendo cuando más cerca *esté por* hacer el plazo de prescripción, lo que no ocurre.

- No es importante si la prescripción está regulada en el Código Penal o el Procesal Penal, porque el legislador puede usar normas procesales para fines materiales y normas materiales para fines procesales.

6.4. Técnica legislativa

Era muy fácil para el legislador y sus asesores usar expresamente la palabra interrupción. Si hubieran querido regular una interrupción, no se explica porqué introdujeron un artículo que señale la suspensión, cuando bastaba con que no crean ningún artículo, para ya el artículo 83 del CP señala que una actuación fiscal interrumpe la prescripción. Deberíamos, así, elegir entre una de dos explicaciones, o bien el legislador repitió inútilmente lo que ya existía una interrupción, o el legislador no actuó por gusto, sino para apartarse de la interrupción y crear un nuevo supuesto de suspensión para el Código Procesal.

7. Lo que dice el Acuerdo Plenario N.° 03-2012: "Sobre la necesidad de revaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339 del Código procesal penal"

Debemos mencionar que la tesis de la suspensión ha sido elevada a la categoría de doctrina legal por el Acuerdo Plenario N.° 3-2012 del 26-03-2012, obligando a ser acatada por los jueces, a menos que señalen expresamente las razones que tienen para apartarse de la misma. Este acuerdo señala lo siguiente:

42 De la misma forma ocurre cuando se da un derecho de gracia, pero eso no significa que el hecho dejó de ser un delito. Mezger, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 7.ª ed., 1989, § 75, n-m. 15.

"8. [...] en Chile siempre la iniciación de un proceso [...] es causal de suspensión [...] y no de interrupción. La misma ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004[43].

[...]

10. [E]l artículo 84 del Código Penal siempre ha sido derogado [...] por el inciso 3 del artículo 339 [...] se trata [...] de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión.

11. Es pertinente y oportuno establecer un límite [...] para la duración de la suspensión de la prescripción [...] en adelante debe entenderse que la *suspensión* [...] en el caso del artículo 339 inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente *al plazo ordinario* de prescripción más una mitad".

8. ¿Cuánto debe durar esta suspensión de la prescripción?

Pareciera que existe consenso en reconocer que el Acuerdo Plenario N.° 3-2012 del 26-03-2012, establecían su duración de la siguiente forma: "11. Es pertinente y oportuno establecer un límite [...] para la duración de la *suspensión* de la prescripción [....] en adelante debe entenderse que la *suspensión* [...] en el caso del artículo 339 inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad", es decir, se coincide en que se trata de la misma duración de una prescripción extraordinaria, y esto es lo que genera problemas, para existe un sector que considera que se estaría afirmando que con ello se reconoce que, a pesar de la suspensión, hasta llegar al tradicional plazo de prescripción extraordinaria para que se archive el caso. Sin embargo, a ello podríamos poner que no se señala a aquello, sino que por el contrario, se señala que es sí lo que va a durar la suspensión, para la teoría enseña que toda suspensión no se ve afectada por el plazo ordinario extraordinario de prescripción, sino que crea un vacío en el tiempo.

9. ¿Los casos de suspensión de la prescripción puede sobrepasar al plazo de la prescripción extraordinaria?

- Desde que se inicia el trámite de extradición, hasta ponerlo a disposición de la justicia peruana[44].
- Hasta ponerse a derecho o ser capturado el contumaz (Consulta N.° 2901-2010-Tumbes)[45]; (STC N.° 03681-2010-PHC, del 20-04-2011)[46].

43 En ninguna se debe mencionar que otras legislaciones adoptan la interrupción, como el artículo 292, del Código Procesal Penal colombiano: "La prescripción [...] se interrumpe con la formulación de la imputación".

44 "[E]stuvo sometido a un proceso de extradición, temporalidad de dicho procedimiento en el que —cualquiera [...] [el] artículo 84 del Código Penal —se suspendió el plazo de la prescripción [...] *desde el inicio del trámite de extradición (14 de febrero de 2008), hasta que sea puesto a disposición de la justicia peruana, lo que ocurrió el 18 de abril de* [2008] [...]" (STC N.° 03899-2010-PHC, del 10-10-2011, f. j. n.° 10).

45 Versión en línea: <http://bit.ly/1P1PvC7>.

46 "5. [...] en justicia adecuadamente los conceptos

- Hasta que concluya el trámite del antejuicio (SSTC N.os 04118-2004-HC/TC y 03116-2012-PHC)[47].
- Hasta que se autorice el levantamiento de la inmunidad parlamentaria. Pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia relacionado con sentencia expedida por tribunal constitucional sobre caso *Elsa Canchaya* (3-10-2013): "Para la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, [...] el plazo de prescripción solo comienza a contabilizarse *desde* [...] *que el Congreso* [...] *autoriza el levantamiento de su inmunidad*. [...] El tiempo anterior, como dispone el artículo 84 del Código Penal —misma que el Tribunal Constitucional desconoce por completo—, no puede ser tomado en cuenta, pues, por mandato expreso de dicha norma, la prescripción del delito se suspende en casos como el de la mencionada excongresista".
- Hasta que se resuelva la cuestión prejudicial, por ejemplo, si en el proceso penal por bigamia, se argumenta que el primer matrimonio es nulo y ello se viene examinando en sede civil.

10. La teoría de las tres líneas de tiempo. ¿Desde cuándo computar la duración de esta suspensión?

Si tuviéramos que ser coherentes con lo señalado por la Corte Suprema, tendríamos que aceptar que el artículo 339.1 CPP creó un nuevo supuesto de "suspensión", mas no de "interrupción", y que su duración no será mayor al máximo más la mitad de la pena; sin embargo, esto no dice nada aún respecto a desde cuándo comenzar a contabilizar el inicio de esta duración, existiendo para ello tres posibilidades:

- Contarlo desde el día en que se inicia el cómputo de la prescripción, pero concluido y archivar el caso cuando llega al plazo previsto para la prescripción extraordinaria[48] (un solo plazo de prescripción extraordinaria).
- Contarlo desde el día en que se formaliza la investigación preparatoria, pero concluirlo en el plazo que hubiera faltado para arribar a una prescripción extraordinaria, plazo que se aplicará *dos veces*, la primera como periodo de suspensión, y la segunda para alcanzar la prescripción extraordinaria.
- Contarlo desde que se formaliza la investigación preparatoria, que culminará al completar desde dicha fecha un tiempo igual al máximo más la mitad de la pena, y tras ello, adicionar el tiempo faltante, antes de la suspensión para alcanzar la prescripción extraordinaria (dos veces el plazo de prescripción extraordinaria).

Estas tesis pueden ser graficadas de la siguiente manera:

10.1. Tesis de una línea de tiempo (la vuelta a la vida de la tesis de la interrupción)

Se ha querido señalar a favor de esta tesis, la existencia de la siguiente casación:

Casación N.° 383-2012-La Libertad, del 15-10-2013[49]

4.18. [...] empieza a computarse el plazo [...] desde que *"cesó la permanencia"*, y [...] la omisión cesó recién el 7-01-2011; y desde allí debe computarse el plazo prescriptorio; por lo tanto, el plazo ordinario es de [3] años; sin embargo, al haberse formalizado la investigación [...].

---

por los cuales debe suspenderse el plazo [...] y [...] la contumacia no puede ser entendida como *procedimientos ajenos y distintos al proceso penal* [...].

[...] en las SSTC 04118-2004-HC/TC y 03431-2005-PHC/TC se estableció que tratándose de reos contumaces, los plazos de prescripción se interrumpen si es que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho; o, [...] la Resolución [...] vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, [...], ya que ordenó —mecánicamente— la suspensión [...] sobre la base de una declaratoria de contumacia, sin tener presente que en la STC N.° 04959-2008-PHC/TC se precisó que "la Ley N.° 26641, que dispone la suspensión de los plazos de prescripción [...] para los reos contumaces, solo puede ser de aplicación en caso [...] no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso". En tanto, Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Exp. N.° 45-2013, caso *Sistema del SIE*: "[C]uando la última frase del artículo uno de la ley [...] entonces que el juez [...] declarará la condición de contumaz y la suspensión [...] no permite entender que si no se pronuncia expresamente al respecto ha de estimarse que la prescripción no ha sido producida, por cuanto se trata de un efecto jurídico necesario e impedible de obviar" (citado en Caso *Elena Cabrera*: se debe interrumpir el plazo prescriptorio ante un antejuicio constitucional) (Exp. N.° 42-2003, Lima, Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.° 161, Gaceta Jurídica, febrero, Lima, 2012, pp. 202-205).

47 "[E]l hecho [...] fue subsumido en el artículo 381 del Código Penal [...] [cuya pena del] máximo a cuatro veces diez multa, por lo que de conformidad con el artículo 80 del Código Penal, el plazo de prescripción [ordinario] [...] sería de dos años [y el extraordinario de 3]. Sin embargo, [...] la acción [...] [el] antejuicio político, en su condición de Congresista [...], se suspende el plazo [...] durante el tiempo que duró el procedimiento de Antejuicio" (STC N.° 03116-2012-PHC, f. j. n.° 14).

48 Así, "la Sala Suprema con respecto a la suspensión del plazo de prescripción aplica lo ya adelantado mediante Acuerdo plenario N.° 3-2012/CJ-116 [...] aplicando [...] dicha interpretación en el caso concreto, lo que nos lleva a concluir que en el efecto la suspensión prevista en el artículo 339.1 del código procesal penal, es más bien una causal de interrupción, y que [...] la acción prescribe en todo caso cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción" (Hurtado Huailla, *Comentario jurisprudencial sobre la sentencia casatoria N.° 383-2012*", ob. cit.).

49 Referido al proceso seguido ante el Juzgado Mixto de Cascas-La Libertad y la 2.° Fiscalía Provincial de Prevención del delito de Trujillo y especializada en materia ambiental, por el delito de vertimiento de contaminantes al suelo en agravio de la población de Sayapullo, representada por la Municipalidad Distrital de Sayapullo.

se suspende el curso de la prescripción [...], el cual no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo [...] [Ac.Pl. 3-2012/CJ-116]; por lo que, **en todo caso vence indefectiblemente a los [4 años y 6 meses]**, esto es el [...] [7/JUL/2015]; en consecuencia, debe revocarse la resolución impugnada, debiendo declararse infundada la excepción de prescripción.

Se han decantado a favor de esta tesis:

- Alcócer Povis[30]
- Oré Sosa[31]
- Hurtado Huailla[32]

Sin embargo, dicho razonamiento fue desechado cuando dicho proceso continuó su secuela, y si bien el juzgado declaró fundada la prescripción, ello fue revocado por la Primera Sala Penal de Apelaciones de La Libertad (Exp. N.° 504-2015), lo cual es coherente, pues la casación no señala lo que se le quiere hacer decir. Señala que el día límite de "la suspensión" acaecería el 7-07-2015, y no el de la "prescripción". En el proceso, la formalización de la investigación (15-09-2010) fue anterior a cesar el delito permanente y no pudiendo suspenderse lo que no existía, la suspensión se inició el 07-01-2011, fecha en la cual normalmente también se hubiera iniciado el cómputo de la prescripción que ajustó suspendido hasta su límite máximo (07-07-2015).

Una interpretación contraria debe rechazarse, no solo por negar que el principal efecto a la suspensión sea imposibilitar contabilizar para la prescripción el tiempo que dure, sino que en la práctica es insistir en ver aquí una causal de interrupción donde la ley ordena una suspensión, intentando ingresar por la ventana aquello que se expulsó por la puerta. En este sentido, sea adoptando una tesis de dos o una línea de tiempo, la prescripción recién ocurriría el 07-01-2020.

30 "[L]a tesis [...] la Casación N.° 383-2012 La Libertad, en el que se menciona [...] que la suspensión [...] (art. 339 del CPP) no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo [...]". Considero que materialmente se desarrolla un supuesto de interrupción de la acción penal, no de suspensión" (Alcócer Povis, Eduardo, "Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal". Versión en línea: <http://bit.ly/1pi6ov>.)

31 "[D]e determinarse —en la sentencia casatoria— cuándo vence indefectiblemente el plazo de prescripción (esto es, el plazo ordinario más la mitad, contado desde la comisión del delito), entonces que la Sala parece alinearse con aquella postura [...] que entiende que la suspensión [...] permite no el artículo 339 inc. 1 [...] es materialmente un supuesto de interrupción" (Oré Sosa, Eduardo, "Delito de contaminación ¿Fuera la omisión y el delito permanente? A propósito de la Sentencia Casatoria N.° 383-2012 La Libertad". Versión en línea: <http://bit.ly/1pi5ov>.)

32 Hurtado Huailla, "Comentario jurisprudencial sobre la sentencia casatoria N.° 383-2012", cit.

Casación N.° 383-2012

10.2. Tesis de las dos líneas de tiempo

Según este punto de vista, esta suspensión no tendría duración fija, sino que se determinaría en cada caso concreto, pues si bien se iniciaría desde el día en que comenzaría el cómputo de la prescripción, al instituirse la disposición de formalización de investigación preparatoria, se suspendería el cómputo del tiempo por el plazo que hubiera faltado para arribar a una prescripción extraordinaria, segmento que se aplicaría nuevamente, esta vez para contabilizar la prescripción, y completar lo que faltaba para alcanzar la prescripción extraordinaria del proceso.

10.3. Tesis de las tres cuerdas o líneas de tiempo

Si tuviéramos que ser coherentes con aceptar lo señalado por la Corte Suprema, y que parecería ser la opción correcta, "la suspensión [...] del artículo 339

inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad" (f. j. n.° 11), entendemos que aceptar como resultado que, para todos los delitos cometidos bajo las reglas del Código Procesal, el tiempo que se deberá esperar para ver surtir los efectos de la prescripción extraordinaria es esperar el doble de tiempo de aquella.

A favor de esta tesis se tiene lo siguiente:

- El Acuerdo Plenario 1-2010, cuando señala en su f. j. n.° 25 lo siguiente: "la consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará a que transcurra después de su reanudación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria".
- Una causal de suspensión puede hacer que el tiempo para ser prescrito el delito se extienda más allá del plazo extraordinario de prescripción. Así, lo ha señalado la STC N.° 01388-2010-PHC del 4-04-2012 (f. j. n.° 14)[53], y la STC N.° 03681-2010-PHC, del 20-04-2011 (f. j. n.° 4)[54] nos reafirman que el cómputo se efectúa desde el día de la comisión del hecho, para el caso de la suspensión derivada de la declaración de contumacia. Lo mismo ocurre respecto de los congresistas la suspensión derivada de no obtener la autorización para juzgarlos; para todos estos casos se solucionan aplicando el aforismo *contra non valentem agere non currit praescriptio* (contra quien no se

53 "[...] si bien la consideración del plazo de prescripción corre desde el momento en que [...] se cometió el hecho [...], por lo que el plazo extraordinario de prescripción habría vencido el 25 de noviembre de 2008, [...] [sin embargo] el artículo 1 de la Ley N.° 28641 dispone la suspensión de los plazos de prescripción [...] para los ex congresistas [...] [y] con fecha 4 de junio de 2008, se declaró contumaz al recurrente" (*Vid.* STC N.° 01388-2010-PHC, del 04-04-2012, f. j. n.° 14).

54 "4. [...] produciría la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal [...] el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando [...]".

puede ejercer una acción penal, la prescripción no corre)[55].

11. Conclusión

El Código Procesal Penal (art. 339 inciso 1) optó por hacer que la formalización de la investigación preparatoria suspenda los plazos de prescripción, suspensión que deberá empezar a contabilizarse desde el día en que se emita dicha disposición y se extenderá un tiempo igual al máximo de la pena conminada más su mitad, por lo cual la consecuencia práctica más importante es haber duplicado el tiempo que deberá esperarse para beneficiarse de una prescripción extraordinaria de la acción penal.

12. Referencias bibliográficas

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública*, 2.ª ed., Lima, 2003.

ALCÓCER POVIS, Eduardo, *¿Qué supuestos deberían ser considerados en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal, previsto en el artículo 339 del código procesal penal, y qué fundamentos o alternativas podrían plantearse al respecto?* Versión en línea: <http://bit.ly/2AP3dMe>.

ALCÓCER POVIS, Eduardo, "Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal". Versión en línea: <http://bit.ly/1jnSuiv>.

BOBOLYA ALEMANDRO, José David, "La formalización de la investigación preparatoria ¿suspensión o interrupción de la acción penal?", en *Gaceta penal y procesal penal*, N.° 23, Lima, Abril 2013.

55 Ver FERRO, Luis, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Grijley, Lima, 1997, p. 84.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; William ROSALES PALACIOS y Hamilton CASTRO TRIGOSO, *El Código Procesal Penal*, Jurista, Lima, 2008.

HURTADO HUDELA, Ana Cecilia, "Comentario jurisprudencial sobre la Sentencia Casatoria N.° 385-2013", en *Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Versión en línea: <http://bit.ly/1QCJ5qG>.

HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general I*, 3.ª ed., Grijley, Lima, 2005.

JOECKS, Hans-Heinrich y WESTPHAL, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción Olmedo Cardenete, 5.ª ed., Comares, Granada, 2002.

MAURACH, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, t. II, 7.ª ed., 1989.

MIRAN MÉRIDES, Iván, "Sobre la naturaleza de la prescripción de la acción penal", en revista *Ius Iuridico*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

ORÉ SOSA, Eduardo, "*Delitos de contaminación*: ¿Frente la omisión y el delito permanente? A propósito de la Sentencia Casatoria N.° 385-2013 La Libertad". Versión en línea: <http://bit.ly/1pnSuiv>.

PARTE CUBAS, David y otros, *Investigación preparatoria y etapa intermedia*, Lima, 2010.

PERONA ARANA, Raúl, "La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?", en *Gaceta penal y procesal penal*, N.° 23, Lima, mayo 2011.

PERONA ARANA, Raúl, "La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el Acuerdo Plenario 03-2012/CJ. La consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP", en PRADO SALDARRIAGA *et al. Libro homenaje a José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*, Moreno, Lima, 2015.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Rodhas, Lima, 2007, t. II.

ROXIN, Claus, *Parte general*, Civitas, Madrid, 1997.

Rey Pastor, Luis, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Grijley, Lima, 1997.

Sáenz Tobara, Abraú, "Comentarios a las diversas reformas de la prescripción penal regulada en el Código Penal a más de veinte años de su entrada en vigencia", en Pedro Salinas Siccha, Víctor Roberto; Sánchez Velarde, Pablo; Villavicencio Revoredo, Alfonso; Caro Jiménez, José Antonio; San Martín Castro, César y Luis Alejandro Vega Meza, *Libro homenaje a José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*, Moreno, Lima, 2013.

Sánchez Mercado, Miguel Ángel; Huertas Figueroa, Efraín y Alonso R. Peña Cabrera Freyre, *Libro homenaje al profesor Peña Cabrera*, t. I, Ara, Lima, 2015.

Vásquez Sotelo, Carlos Shikara, "La suspensión de la prescripción de la acción penal del art. 339 I CPP: una propuesta personal", en *Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Versión en línea: <http://bit.ly/1p7ONCv>.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

La prescripción de la acción penal en el artículo 46°-A y el artículo 49° del Código penal

LUNA RAMOS, Edwin Alejandro. "La prescripción de la acción penal en el artículo 46° -A y el artículo 49° del Código Penal". Instituto Pacífico. Actualidad penal. Vol. 19. Marzo 2016. Pág. 349-356

JURISPRUDENCIA PROCESAL PENAL:
Informe Especial

La prescripción de la acción penal en el artículo 46º-A y el artículo 49º del Código Penal

| Edwin Alejandro LUNA RAMOS(*) |

SUMARIO

I. Introducción. II. Determinación judicial de la pena. III. Prescripción de la acción penal en el Código Penal. IV. Prescripción de la acción penal en el artículo 46º-A y artículo 49º del Código Penal conforme al Acuerdo Plenario Nº 8-2005/CJ-116. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

RESEÑA

A partir del Acuerdo Plenario Nº 8-2005/CJ-116, el autor analiza la institución de la prescripción penal, regulada en los artículos 46º-A y 49º del Código Penal, brindando adicionalmente algunos alcances sobre la determinación judicial de la pena.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo hacemos un breve estudio de la problemática que se origina entorno al artículo 46º-A y el artículo 49º del Código Penal, sobre si los agravantes que establecen, forman o no parte de la norma abstracta, y por consiguiente si deben ser considerados para determinar el plazo de la prescripción penal.

En primer lugar, desarrollaremos los aspectos esenciales sobre la determinación judicial de la pena, cabe decir: los sistemas que existen y las circunstancias agravantes del delito que el Juez considera en esta institución. Seguidamente, abordaremos el tema de la prescripción de la acción penal, su naturaleza, su concepto, así como algunas reglas que establece el Código Penal. Finalmente, trataremos la problemá-

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales y estudios de Doctorado en Derecho por la misma casa de estudios. Capitán de Servicios de la Policía Nacional del Perú.

tica que plantea el Acuerdo Plenario Nº 8-2005/CJ-116, del 13 de noviembre de 2005, que nosotros creemos distinto en el tratamiento del artículo 46º-A y el artículo 49º del Código Penal.

II. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

A fin de tratar la prescripción de la acción penal en el artículo 46º-A[1] y el artículo 49º[2] del Código Penal, es necesario indicar que existen ítems o aspectos que constituyen agravantes en el marco penal abstracto que establece el legislador en la norma primaria, y que será el marco de referencia en el cual el Juez debe determinar la pena y imponer una vez que se configure un hecho delictivo, esto es, una vez determinado que existe una acción típica, antijurídica y culpable.

2.1 Sistemas de determinación de la pena

Al respecto, se conocen tres sistemas de determinación de la pena: 1) el establecido en el Código Penal francés de 1791, en el cual el legislador establece penas ya fijas y en el que "no judga en otro que la boucha que pronuncia la parola de la ley" como lo indicaba Montesquieu; 2) por otro lado se ve el sistema anglosajón, en el que la determinación de la pena se deja al arbitrio del Juez; 3) por último, un sistema en el que la ley establece los márgenes de aplicación de la pena, dejando sin embargo cierta discrecionalidad a los Jueces. Siendo este último sistema, el que acoge nuestra legislación penal[3]. A su vez, "dentro de este tercer sistema cabrían dos extremos: a) 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"[4].

(1) "Artículo 46º-A. Circunstancias agravantes que configuran del supuesto activo.
Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal o el supuesto 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 cuando para ello utiliza bienes proporcionados por el Estado o cuya uso le sea encomendado por su condición de funcionario público.
En estos casos el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, sin perjuicio de aplicar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad.
No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo, cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando sea una elemento constitutivo del hecho punible".

(2) "Artículo 49º. Delito continuado.
Cuando varias acciones u omisiones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieren sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiere perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la mínima prevista para el delito más grave. La aplicación de las sanciones dispuestas en este artículo cuando involucre afectados bienes jurídicos de naturaleza estrictamente personal prescindirán de la pluralidad de víctimas".

(3) "Es frecuente que dentro los primeros encontremos la opinión denominar todo incluyente por dispositivos referentes, en donde también podremos situar a nuestro Código Penal, pues se observa como el libre arbitrio judicial y el sistema legalista. De cualquier modo, el Código Penal está edificado sobre la intervención de respetar en cuanto se pueda el principio de legalidad". PEÑA CABRERA, Raúl. "Estudio de Derecho Penal". Quinta Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1999, p. 539.

(4) GARCÍA CAVERO, Percy. "Lecciones de Derecho Penal". Parte General, Primera Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2008, pp. 688-689.

404

2.2 Elementos accidentales del delito

Pasamos de una determinación legal, correspondiente al legislador, a una determinación judicial, a cargo del Juez, para finalmente pasar a una determinación ejecutiva, que cae a cargo de la autoridad penitenciaria[5].

En el segundo estadio, uno vemos frente a una serie labor por parte del Juez, el cual debe tener en cuenta ciertos elementos al momento de determinar la pena, en este caso se tratará de los elementos accidentales del delito[6], en el presente caso nos referimos a circunstancias agravantes genéricas (artículo 46° A del Código Penal) y específicas (artículo 49° del Código Penal), las mismas que deben diferenciarse de los elementos típicos accidentales. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, en su Acuerdo Plenario N° 8-2008/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, señala que los "elementos típicos accidentales", son aquellos que concurren con una conducta típica. Esta (la circunstancia) se asocia a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prescripto en el particular. Vemos entonces que, estos elementos típicos accidentales son conocidos en los delitos en los que la ley los incorpora como parte del tipo, mientras que las circunstancias agravantes genéricas o específicas no son conocidas para que exista el delito[7].

Otro punto que debemos tener en cuenta es que, si se trata de una institución sustantiva penal o más bien procesal penal, Reginaldo Núñez a mostrar la teoría de la "doble naturaleza"[8], por lo que algunas instituciones jurídicas pueden pertenecer tanto al Derecho material como al Derecho procesal.

Asimismo, sabemos que el tema de la prescripción constituye una garantía del imputado, que por el transcurso del tiempo hace extinguir la acción penal, es decir, hasta el Estado en su actividad persecutoria. Señala BINDER que "La prescripción es entonces una institución jurídica que exigida el tiempo por el cual se faculta al Estado a ejercer la persecución penal (...) En fin, a través del régimen de la extinción de la acción penal se están reconociendo en muchas ocasiones que se han perseguido solicitudes para el caso, que son mucho más civilizadas que el ejercicio del poder penal, o permiten cumplir las finalidades de la administración de la justicia de un modo más acabado".

(5) PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., pp. 537-539.
(6) MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal" - Parte General, Séptima Edición, Editorial Reppertor, Barcelona – España, 2004, p. 681.
(7) "En primer lugar, debe señalarse que la agravante o circunstancia genérica sólo alcanzará el nuevo grado 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 lo tanto, contraviendo una sobre-regla el principio de non bis in ídem."
(8) MIR PUIG, Santiago, Ob. Cit., p. 683.
(9) "El problema de la autonomía de la prescripción está ligado al principio de la necesidad de la pena. El transcurso del tiempo afecta directamente a la finalidad punitiva del Estado. Unas la prescripción, en consecuencia, una vinculación directa con un principio de carácter básico material en el sistema penal, que informa como el Derecho Penal sustantivo como el Derecho Procesal penal". BUSTOS RAMÍREZ, Juan, citado por ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso en "La prescripción de la Acción Penal", publicado en Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Política de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil http://www.revistajuridica.ucsg.edu.ec/images/resumen/articulos/2008/24/24-la-prescripcion-de-la-accion.pdf, p. 162.

En ese sentido, ROXIN nos indica que "la necesidad de pena, cuando se basa en circunstancias ajenas al complejo del hecho, en términos ex ante de vista preventivo general, de la misma no se puede deducir una "doble naturaleza". La verdad es que tanto la extinción de la necesidad de pena como la desaparición de la prueba conducen conjuntamente a la conclusión de que en los casos de prescripción el castigo estaría contraindicado o ilícitos preventivos, porque un proceso que se llevara a cabo con medios probatorios inútilmente sólo provocaría nuevos intranquilidad social y un cuestionarlo en vano a la estabilización de la paz jurídica"[10]. Razón por la cual, consideró que la prescripción de la acción penal tiene una naturaleza procesal más que sustantiva.

600

3.2 Concepto

Uno de los principios que informan todo el Derecho Penal es el de legalidad, en sus cuatro expresiones, "Nullum crimen nulla poena sine lege scripta", (la ley penal debe ser escrita). "Nullum crimen nulla poena sine lege certa", (la ley penal debe ser precisa); "Nullum crimen nulla poena sine lege previa" (prohibición de la retroactividad in malam partem); "Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta" (prohibición de la analogía in malam partem)[11]. Este principio es esencial, toda vez que salvaguarda de la seguridad jurídica, garantía que tiene el ciudadano de conocer con certeza las reglas de juego, esto es, saber con certeza la acciones penal, la acciones secundaria (prohibición) y acciones penosa (extinción), y a cabo cómo ésta será aplicado.

600

607

En tal que la potestad sancionadora y persecutora del delito que tiene el Estado, no puede ser ilimitado, sino que la propia ley pone cotos a su accionar. En el presente caso, la ley establece expresamente el marco legal dentro se dentro del cual el Juez podrá aplicar la sanción penal. Por otro lado, limita su facultad persecutoria, a través de la prescripción de la acción penal, es decir, teniendo en consideración la función que tiene la pena, preventivo general positiva, por el transcurrir del tiempo deja de ser necesaria la imposición de dicha pena, relativizamos de la misma primaria.

Entonces, frente a la extinción de la facultad de persecución penal que tiene el Estado, debido al transcurso del tiempo. Esto se debe a que la necesidad de pena desaparece, y porque la actividad probatoria sería casi inviable (ver supra). Se trata entonces de una garantía del imputado[12]. "Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien al derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad -como consecuencia de la regulación de la prescripción-, principios que un sistema democrático para el Estado en razón los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y sanción de límites y límitables por la ley"[13].

3.3 Descripción legal

"Artículo 78°.- Causales de extinción

La acción penal se extingue:

1. Por muerte del imputado, prescripción, cosa juzgada y el derecho de gracia.
2. Por autoridad de cosa juzgada.
3. En los casos que sólo proceda la acción pri-

608

(10) HURTADO, Claus. "Derecho Penal" - Parte General, Tomo I, Reimpresión de la Primera Edición, Editorial Centro, Madrid – España, 2000, p. 891.
(11) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. "Derecho Penal" - Parte General, Tercera reimpresión de la Primera Edición, Editorial Grijley Lima – Perú, 2006 pp. 139 y ss.
(12) "Sin embargo como la prescripción es una garantía del imputado, en ese sentido no es problema de la acción, en realidad, sino del ejercicio de garantía". BINDER, citado por ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Ob. Cit., p. 165.
(13) Acuerdo Plenario N° 8-2008/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, p. 6.

vada, tiene su antítesis, además de las establecidas en el numeral 1, por desistimiento o renuncia."

"Artículo 80°.- Plazos de prescripción de la acción penal

La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.

En caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica".

"Artículo 83°.- Reducción de los plazos de prescripción

Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de dieciocho o más de setenta años de edad al tiempo de la comisión del hecho punible".

"Artículo 82°.- Inicio de los plazos de prescripción

Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan:

1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa;
2. En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó;
3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y
4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia."

"Artículo 83°.- Interrupción de la prescripción de la acción penal

La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.

Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso.

Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción."

b) respecto, cabe indicar que en el artículo 80° del Código Penal se establecen las reglas de la prescripción ordinaria, en la cual el tiempo transcurrido desde la comisión del delito es igual al límite máximo de la pena abstracta señalada en cada tipo penal, haciéndose la acotación de que en ningún caso podrá superar los treinta años, salvo cuando la pena a imponerse sea cadena perpetua, caso en el que la prescripción se dará a los treinta años. Asimismo, dicho artículo in fine señala que cuando la calidad del agente sea la de un funcionario o servidor público, en la comisión de delitos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplicará.

Por otro lado, en el artículo 83° del Código Penal se establece la prescripción extraordinaria. In que establece que ante la interrupción de la prescripción ordinaria (sea por el accionar de las autoridades competentes, o la comisión de un nuevo delito doloso) se empieza a computar un nuevo plazo de prescripción a partir del día siguiente del hecho que interrumpe la prescripción de la acción. Asimismo, señala que la acción penal prescribirá cuando el tiempo transcurrido desde la comisión del delito sobrepase en una mitad el plazo ordinario de prescripción[10]. Debe tenerse presente, se aplicará lo más favorable al imputado.

IV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL ARTÍCULO 80° A Y ARTÍCULO 49° DEL CÓDIGO PENAL CONFORME AL ACUERDO PLENARIO Nº 8-2009/CJ-116

El Acuerdo Plenario hace un distingo entre dos estadios distintos, el de la determinación legal de la pena y la determinación judicial de la misma. En el primer momento, nos encontramos frente a la pena abstracta, que viene informada por el principio de legalidad, lo que "constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que ahora el derecho a saber con sólo qué será prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que resultará la realización de la conducta delictiva"[11].

En un segundo momento, el juez se ve en la obligación de imponer la pena concreta, para lo cual debe tener en cuenta las circunstancias agravantes como atenuantes. "En razón en este momento en el que acontecen las denominadas "circunstancias" (agravantes o atenuantes), siempre y cuando por el mismo no constituyan ya un delito (un injusto), sean subsidiarias del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, pueden que de no ser así, debe considerarse que ya hubiera servido al legislador para fijar el marco penal abstracto, y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta"[12].

El Acuerdo Plenario, respecto al artículo 46°-A del Código Penal, considera respecto a la calidad del agente (ser o haber sido funcionario o servidor público), así como respecto al delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro, estando cumpliendo pena en un centro penitenciario, que estas son circunstancias agravantes genéricas, que deben ser vistas al momento de la determinación judicial, es decir para determinar la pena concreta, y no en la pena abstracta, razón por la cual no sería factible que con exceso de la pena que sucesivamente dichos artículos al límite máximo de la pena, sea parte de la pena abstracta sí que se tome en cuenta al momento de computar el plazo de prescripción para los delitos en las que concurran las agravantes del artículo 46°-A del Código Penal.

Cercano distinto se somete respecto al artículo 49° del Código Penal, que se refiere al incremento de un tercio de la pena cuando se trate de un delito continuado que afecte a una pluralidad de sujetos pasivos, supuesto aquí frente al Bastado delito mixto[13]. Al respecto, se señala en el Acuerdo, que si bien se trata de una circunstancia agravante específica, dada la fórmula en que la regula el artículo 49° del Código acotado, se trata ya de un delito en sí, del delito mixto, por lo que no in-

(10) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal" - Parte General, Sexta Edición, Editorial EDDILI, Lima – Perú, 2005, pp. 477 y ss.

(11) Acuerdo Plenario Nº 8-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, p. 7.

(12) Ibídem.

(13) "El respecto, este delito continuado con pluralidad de sujetos pasivos, debe cumplir con requisitos objetivos: pluralidad de acciones o omisiones, igual norma violada, o de naturaleza semejante (unidad de bien jurídico); unidad del sujeto activo, conexión temporal y espacial); y requisitos subjetivos: unidad normativa, conexo, un dolo global y un dolo de continuación. Un ejemplo del mismo es el delito de estafa en la venta de terrenos, en la que hay pluralidad de sujetos pasivos. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Op. Cit., p. 485 y ss.

comienzo de un nuevo de la misma manera para dicho delito, forma parte de la pena abstracta, por lo que debe considerarse dicho incremento al momento de establecer el plazo de prescripción para dichos delitos.

Consideramos, que dicha posición es cuestionable, toda vez que no hay uniformidad de criterio, toda vez, que en la manera en que viene el artículo 80° A y el artículo 89° del Código sustantivo, tratándose un conjunto de delitos en los que el límite máximo se sitúa incrementado en un tercio, creándose un nuevo marco legal abstracto en cada tipo penal. Por esta razón, más cuestionable incluir dichas agravantes en cada tipo penal.

La posición más acertada es la del voto discrepante que considera que "por respeto del principio de legalidad, las circunstancias agravantes establecidas y sus efectos punitivos deben tener una previsión formal o abstracta igual que la previsión y regulación en la penalidad de cada hecho punible. Esta exigencia garantista demanda que, de antemano, el delincuente y el Juez deban tener siempre previsto por la ley un espacio potencial de sanción o pena hábil."[10]. Se mantiene entonces que, si la extensión de la pena se amplía a tenor de dichas agravantes, el plazo de prescripción del delito debe ser ampliado a su vez, por lo que la agravante establecida en el artículo 80° A del Código sustantivo constituye en realidad una ampliación al marco penal abstracto, que debe ser tenido en cuenta a su vez al momento de establecer el plazo de prescripción.

V. CONCLUSIONES

Las circunstancias agravantes se deben tener en consideración al momento de la determinación judicial de la pena, esto es, de la pena concreta, una vez de la misma abstracta, ya que ello está en el ámbito del legislador.

La prescripción de la acción penal está relacionado con el principio de legalidad y constituye este uno de derechos del imputado, una garantía. Por otro lado, considerando la necesidad de la pena y la actividad probatoria que devenga difícultosa el transcurso del tiempo, la prescripción de la acción penal no de naturaleza procesal.

Si bien es cierto el artículo 80° A y el artículo 89° del Código Penal son circunstancias agravantes y no atenuadas en cuanto al momento de la determinación judicial, a fin de que se respete el principio de legalidad, así como conocedor la pena, cuándo comienza el plazo que tiene el Estado para perseguir el delito al que contiene dicha agravante.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, Cesar. "De los delitos y de las penas", Facsímilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio De las Casas de 1774, Primera Edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal" Parte General, Tercera Edición, EDDILI. Lima - Perú, 2005.

GARCÍA CAVERO, Percy. "Lecciones de Derecho Penal" - Parte General, Primera Edición, Editorial Grijley. Lima - Perú, 2008.

MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal". Parte General, Séptima Edición, Editorial Reppertor, Barcelona – España, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito", Reimpresión de la Segunda Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 2004.

PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal", Quinta edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1998.

ROXIN, Claus. "Derecho Penal" - Parte General, Tomo I, Reimpresión de la Primera Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 2000.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal" - Parte General, Tercera Reimpresión de la Primera Edición, Editorial Grijley, 2000

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. "La Prescripción de la Acción Penal"; publicado en Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

http://www.revistapublicacionline.com/images/stories/revistas/2008/24/24-la-prescripcion-de-la-accion.pdf

Acuerdo Plenario Nº 8-2008/CJ-116, del 13 de noviembre de 2008; V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

(10) Acuerdo Plenario Nº 8-2008/CJ-116, del 13 de noviembre de 2008, p. 11.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

El cómputo del plazo de la suspensión de la prescripción de la acción penal

GACETA JURÍDICA. Actualidad Penal y Procesal Penal. "El cómputo del plazo de la suspensión de la prescripción de la acción penal: Análisis de las interpretaciones del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema". Tomo 239. Octubre 2013. Pág. 141 – 145.

El cómputo del plazo de la suspensión de la prescripción de la acción penal

Análisis de las interpretaciones del Tribunal Constitucional y de la Corte suprema

MARCO MORMATTEO

▪ Código Penal: arts. 80 y 83.

TEMA DESTACADO

En el presente informe se analiza el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal en el artículo 84 del Código Penal sobre la base de las interpretaciones del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional recaídas en el recurso caso de la congresista Elsa Canchaya. En este artículo se sostienen dos interpretaciones: en primer lugar, que la suspensión de la prescripción de la acción opera durante el tiempo que dure el antejuicio político y su formale acusación; por otra parte, que la suspensión de la prescripción de la acción opera hasta la formalización de la acusación constitucional.

INTRODUCCIÓN

Mediante STC N° 5316-2015-PHC/TC, el Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de hábeas corpus interpuesto por la congresista Elsa Canchaya por la violación de su derecho al debido proceso por haber sido condenada por un hecho prescrito. Sin embargo, la relevancia jurídica del presente caso deriva de los criterios usados tanto por la Corte Suprema como por el Tribunal Constitucional para interpretar cómo opera la suspensión de la prescripción de la acción cuando sea requisito el antejuicio político y la acusación constitucional.

En principio, debemos recordar que el artículo 84 del Código Penal establece que: "Si el ejercicio o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que debe resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido". En este sentido, es claro que debe aplicarse este criterio al antejuicio político y la acusación constitucional como criterios de suspensión, empero, el cómputo del plazo ha significado un tema de especial relevancia en el caso de la congresista Elsa Canchaya.

Así, pues, el tema central radica en la calidad de congresista y el cómputo del plazo de la prescripción con relación al antejuicio político y la acusación constitucional. Por lo tanto, a modo de introducción puede expresarse que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial representan dos interpretaciones completamente distintas, las mismas que, brevemente, pueden ser resumidas de la siguiente manera:

1. *El plazo de la suspensión de la prescripción de la acción opera* desde el inicio antejuicio político hasta la formalización de la acusación constitucional. Este criterio es manejado por el Tribunal Constitucional.
2. *El plazo de la suspensión de la prescripción de la acción opera* desde la emisión del dicho hasta la formalización de la acusación constitucional. Este criterio es manejado por la Corte Suprema.

1. LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN BAJO EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los argumentos para considerar que el plazo de la suspensión de la prescripción de la acción se da solamente desde el inicio del

Suspensión del plazo de prescripción de la acción penal

Orlando [illegible]

[illegible]

La prescripción de la acción penal es un límite a la persecución penal impuesto por el Estado. Es una regla de juego mediante la cual se señala un límite temporal a la posibilidad de perseguir el delito. Para referencia, también, el inventor al delito, bajo el cual dispone de cierta razonabilidad social de pena y, por tanto, debe garantizarse la seguridad jurídica de aquel sujeto quien es un ciudadano principal penalmente. La prescripción de la acción está recogida en el artículo 80 del Código Penal (en adelante, CP). Sin embargo, la prescripción de la acción penal no opera incondicionada.

Después de cometido el delito no se computa el plazo descrito por el artículo 80 del CP, sino que un plazo diverso y plazos reglas. Así, primero, se bloquean el plazo de prescripción de la acción penal cuando se inicia la persecución del delito o por la comisión de un nuevo delito doloso; y, segundo, se suspende en caso de que el comienzo o la continuación del proceso penal dependan de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento. El CP dispone que en estos casos se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido. Esta segunda circunstancia es el que ha ocasionado las divergentes interpretaciones en la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

> "Si bien la prescripción es un límite a la persecución estatal, debe tenerse presupuesta que el delito puede ser perseguible, lo que sería posible en el caso de congresistas con la publicación de la resolución acusatoria del Congreso."

En el caso en concreto de la congresista Elsa Canchaya procesos conocidos se fundamentó, mediante por la Corte Suprema respecto a la suspensión de la acción penal, en la cuestión de que solían aquí estas contabilizarse a partir de que la mayor parte sobre puesta paralizar el delito cometido y no desde que este se cometió. Dicho de otro modo, si bien la prescripción es un límite a la persecución estatal, hemos como presupuesto que el delito puede ser perseguible, lo que sería posible en el caso de congresistas con la publicación de la resolución acusatoria del Congreso. Es decir, está permitido que se suspenda la acción penal cuando se puede ejercer debido a un procedimiento previo constituido por ley. En este sentido, y siguiendo a la Corte Suprema, antes procedimos cuando la condición de congresista de la República es un impedir el ejercicio de la acción penal y, por tanto, el cómputo de plazo prescriptorio.

El fundamento de esta interpretación radica en dicha restricción a la prescripción de la acción penal sobre la prohibición de la persecución penal en exhibirse, pues, sino existe una validad de perseguir el delito, no puede continuarse con una persecución prolongada e ilegítima. Sostiene que el plazo debe transcurrir según las reglas generales de comisión del delito, como lo hace el Tribunal Constitucional, es una interpretación equivocada, porque atenta de nuevamente el principio de igualdad en tanto no se puede equiparar el cargo de un congresista con la de un ciudadano y/o que, contra la ley evaluada, el primero goza de otra prerrogativa constitucional formal de formalidad y de una mayor atención política que imposibilita o dificulta enormemente una persecución penal respecto del ciudadano común. De no considerarse esta circunstancia, se beneficiaría desmedidamente al legislador.

En este sentido, el mismo Tribunal ha establecido: actuar contrario lo bajo del trato diferenciado bajo la premisa de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales" que implica "diferenciar aquellas situaciones que son constitucionalmente admisibles" (STC Exp. N° 00606-2004-AA/TC). Evaluando que considero con de perfecta aplicación al presente caso.

1 Maestro del área penal y procesal penal de Estudio Jurídico Asociado de Abogados en Lima. Asesor del Programa de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

antejuicio político hasta la formalización de la acusación constitucional con los siguientes:

- Originalmente del tipo de delito, la prescripción ya tiene un plazo de inicio establecido que debe contar conforme a lo establecido en el artículo 82 del Código Penal:

  a) En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictiva.

  b) En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó.

  c) En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictiva.

  d) En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

- Como un todo procedimiento previo para la acción de la tercia penal, el antejuicio político debe comprender la suspensión por el tiempo que tome la Comisión Especial del Congreso en evaluar si procede acusación constitucional. Esto es así porque que su naturaleza, todo definido función contenido por un congresista sigue tuvalera criterios que prevé el artículo 83 del Código Penal.

a) Argumentos a favor

De los varios argumentos a favor de esta postura resalta el principio de igualdad ante la ley, mediante el cual debe considerarse que los congresistas responden bajo los mismos parámetros previstos en el artículo 83 y, desde luego, el artículo 84 del Código Penal. Es decir, el plazo de suspensión de prescripción de la acción debe regir solamente durante el plazo que dure el antejuicio y se disponga la acusación constitucional, al igual que para los otros procedimientos a los que puede hacer referencia el artículo 84.

b) Argumentos en contra

La principal crítica a la postura del Tribunal Constitucional provienе de la Corte Suprema, la cual sostiene que la posición del referido intérprete de la Constitución desvía del desenvolvimiento de las instituciones jurídico-penales. En este sentido, el supremo órgano jurisdiccional expone que no se ha tomado en cuenta que la institución de la suspensión de la prescripción de la acción penal prevista en el artículo 84 del Código Penal abarca a todos aquellos procesos que, por depender de un procedimiento previo, no pueden iniciar o continuar, tal como en el caso del antejuicio político y de la acusación constitucional que fueron resaltadas en el caso de la congresista Elsa Canchaya.

II. LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN BAJO EL CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA

Esta postura parte de una de las dos situaciones previstas en el artículo 84 del Código Penal: el comienzo del proceso. Además, toma en consideración características propias de la función congresal que no son aplicables a otras funciones o servidores públicos y, menos aún, a personas naturales. Entre estas tenemos:

- En caso de los congresistas, el gozar de inmunidad parlamentaria ante delitos de función ocasiona implícitamente la imposibilidad de procesarlos sino que requiere la propia investigación de los hechos.
- Sobre la base de esto, en los casos de los congresistas, la suspensión de la prescripción de la acción prevista se computa desde la comisión del hecho ilícito hasta la pérdida de la inmunidad porque recién en ese momento podría iniciarse el proceso penal conforme lo prevé el artículo 84.

a) Argumentos a favor

El argumento a favor más transcendental es que el antejuicio político no impide la continuación del proceso con lo que se justificaría la suspensión de la prescripción de la acción por el plazo que dure, sino que es una restricción para su inicio. Esto así, la figura de la inmunidad *resaltada* como una situación personal que debe ser levantada por el Congreso para dar paso a la actividad procesal.

b) Argumentos en contra

Uno de los argumentos en contra es que existe una falta de desarrollo *jurisprudencial* y doctrinario considerable como para fijar una línea interpretativa que pueda solventar el problema que acarrea la inmunidad de los congresistas con el inicio de un proceso penal. Esto es, pues, no contenido que tocaría análisis constitucionales y penales.

CONCLUSIÓN

Ambas posiciones constituyen argumentos de interpretación válidos para el artículo 84 del Código Penal aplicables al caso concreto. Sin embargo, consideramos que deben resaltarse algunos de estos:

1. Si bien el principio de igualdad ante la ley es propio de un Estado Constitucional, debemos tener presente que, con relación a los delitos de función, no corresponde ser hoy en una situación de ventaja sobre cualquier otra persona ilícita en razón a la inmunidad parlamentaria. Es decir, la igualdad ante la ley ejerce plenos efectos cuando versa sobre delitos comunes cometidos por el parlamentario, sin embargo, la calidad de funcionario proveído de una disposición

Antejuicio político y el cómputo del plazo de la suspensión de la proscripción de la acción penal

[redacted]

La STC Exp. N° 0211-16-PA/TC (caso Elsa Canchaya Sánchez) resolvió importantes por sus aspectos controvertidos. Si la procedencia del hábeas corpus sobre aquellos que no afectan la libertad ambulatoria y, la nueva regla de suspensión de la prescripción de la acción penal en los casos de antejuicio político. En este acápite nos ocuparemos de estos controvertidos sobre el segundo de los aspectos señalados.

La ambigua ley suspensión de la prescripción de la acción penal aquel determinante que sobreviene el comienzo o la continuación del funcionario del plazo legal para proseguir el delito, dejando a cualquier procedimiento que dicho recordatorio no haya procedimiento. En otras palabras el ejercicio de la acción penal no corre cuando este último no se puede ejercer. En caso de que el procedimiento no sea del conocimiento del fiscal del proceso penal, el tiempo transcurrido con anterioridad a la presentación del requerimiento de no puede ser efectivo considerado parcial, ya que solamente queda en nuevo para reiniciar el tiempo prescriptivo que transcurrió luego de la designación del afectado imposible por la misma ley.

Al respecto el artículo 84 del CP establece: "Si el **comienzo o la continuación** del proceso penal dependa de cualquier otro cuestión que debe resolverse en otro procedimiento, se considera la suspensión la prescripción hasta que aquel sea de conocido". De la misma legal anotada, queda claro que esta penal dos formas de suspensión: a **suspensión de origen**, cuando no es posible iniciar el proceso penal por existir un impedimento legal que obliga a la justicia penal a esperar una autorización o habilitación legal para que pueda iniciarse. En estos casos de inicio se inicia un plazo prescriptorio que luego empezado a correr y que luego haya sido paralizado, pues la acción penal no siguiera puede iniciarse por falta la autorización requerida. El **suspensión en transcurso**, cuando los casi circunstancias aparecer a la tramitación del proceso penal que obliga a paralizar este, es decir no puede continuarse con el proceso penal y la acción penal ejercida por un dictámen sobrevenido.

Dentro del primer supuesto (suspensión de origen) ubicamos a la inmunidad parlamentaria (prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios para que no puedan ser procesados judicialmente por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie previamente una de la República) y el antejuicio político (en el caso parlamentario de levantamiento de inmunidad que autoriza a tramitar a la Corte Suprema a ejercitar la acción penal a aquel alto funcionario público que haya cometido delito penal). En la explicación del antejuicio político no se puede iniciar acción penal alguna contra aquel funcionario que goza de inmunidad parlamentaria.

> **"Ministerio Público está impedido desde un inicio de ejercitar la acción penal, pues, por mandato constitucional los congresistas gozan de inmunidad parlamentaria y, por la tanto, ello no es una causal de impedimento sobrevenido"**

* Adjunto de Asesoría de Despacho Fiscal, Director Procesal Penal y Criminólogo en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Miembro del Instituto Nacional de Investigadores del Crimen.

En el caso en concreto, según la autoridad por el TC el mencionado legal para ejercer cargo político es un delito instantáneo (no existe las razones por las cuales se considera así), y agrega que la incongruencia habría ocurrido en dicho delito el 3 de enero de 2007, fecha que en dicho momento se inicia el antejuicio político y acción del congresista Y, además, como el procedimiento de antejuicio político se inició desde el 24 de abril hasta el 8 de junio, más siete días, 69 días que dentro consumó el cuenta como suspensión del plazo de la prescripción.

Entonces para el TC, el plazo de prescripción debía correr desde el 3 de enero del 2007 (fecha en que se cometió el delito) y por lo tanto, concluiríamos hasta el 24 de abril de 2007 (fecha en que se inicia el antejuicio político) y recién del suspensión hasta el 8 de junio del año referido más (fecha en que culmina el antejuicio político) y luego transcurrir los plazos prescriptorios, por lo que a su forma de entender en la sentencia (confirmatoria 24 de mayo de 2010) la acción penal no encontraría prescrita (lo que no habría producido el 3 de enero de 2010).

Sin desmerecer no puede ser sostenible, pues, que habilidad de un delito indiscutible, no inicia en que en la fecha de su consumación, también ocurrió la suspensión de la acción penal. (El no que acaeció en el delito del 3 de enero de 2007 el 24 de abril del mismo año cuando, aun no se iniciaba el antejuicio político), el Ministerio Público podía ejercitar la acción penal contra la congresista o, más aun, podía iniciarse un proceso penal ante la Corte Suprema? Si la respuesta fuera afirmativa (como así parece entenderlo el TC), podría correr el plazo prescriptorio y luego administrar el plazo que acaba a correr cuando la suspensión cesa por el antejuicio político) terminar.

Sin embargo, la respuesta es negativa. El Ministerio Público está imposibilitado, desde un inicio, de ejercitar la acción penal, pues, por mandato constitucional los congresistas gozan de inmunidad parlamentaria y, por lo tanto, ello no es una causal de impedimento sobrevenido (ni) su origen. Si la acción penal no puede iniciarse ni debido un impedimento no nace, no es posible sostener que nos plazos de prescripción si pueden iniciarse. En otras palabras, los plazos de prescripción solo pueden empezar cuando la acción penal también ha nacido.

El el delito se cometió el 3 de enero de 2007, donde una vez que la acción penal estaba imposible de ser iniciada y, por lo tanto, sus plazos estaban suspendidos hasta la habilitación parlamentaria, hasta el el antejuicio político que sucedió el 8 de junio de 2007. Es en esa ocasión que los plazos de prescripción vuelven porque la acción penal ya habilitada. Siendo así, la prescripción recién habría operado el 8 de junio de 2012, es decir, después de la sentencia confirmatoria emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, dada el 6 de mayo de 2010.

Asimismo, la última sentencia en mención expone nuevamente los criterios por los que considera que no ha ocurrido la prescripción. Sin embargo, para el TC existe una motivación insuficiente, pues no explica, mucho fundamento porque la consumo así. Que el TC en consecuencia los criterios de la Corte Suprema no explica que esta haya incurrido en una motivación insuficiente. Resulta preocupante que el TC trate así que no sólo de ajustarse con la situación por la justicia penal ordinaria, sino una motivación inexistente para finalmente resolver cuestiones como el quien. No es acorde en un Estado Constitucional de Derecho que un TC pretenda dar un propio concepto de la legislación penal, ignorando siempre tener la última palabra en este tema.

imposibilitando el ejercicio de la actividad procesal.

2. La falta de desarrollo jurisprudencial no puede considerarse un argumento correcto para evitar el pronunciamiento sobre un caso en el que, aparentemente, habría un problema de interpretación. En estas casos, es deber del juzgador dar solución al vacío o deficiencia de la ley (artículo VIII del CC). En consecuencia, el artículo 84 del Código Penal, interpretado desde la premisa de "impedir el inicio del proceso", requiere el desarrollo jurisprudencial necesario para resolver los problemas causados del cómputo del plazo de la prescripción de la acción por el antejuicio político.

Por lo expuesto, consideramos que la interpretación adecuada es la que somete el Poder Judicial al mismo de conducir a la encargada Ulta Canchaya. Conforme a ella, el antejuicio político y la acusación constitucional son tomados como requisitos indispensables para permitir el inicio del proceso y, por lo tanto, como causales para la suspensión de la prescripción de la acción. Con ello, se descarta que puedan ser interpretados como requisitos necesarios para la continuación del proceso penal, lo que fundamentaría que la prescripción de la acción sea suspendida únicamente por el plazo que dura los actuaciones políticas.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

SÓLO LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LAS QUE SE EFECTÚE UNA IMPUTACIÓN VÁLIDA CONTRA EL INVESTIGADO PUEDEN INTERRUMPIR EL PLAZO ORDINARIO DE PRESCRIPCIÓN

GACETA JURÍDICA. Gaceta Penal y Procesal Penal. "Sólo las actuaciones del Ministerio Público en las que se efectúe una imputación válida contra el investigado pueden interrumpir el plazo ordinario de prescripción". Tomo 65. Noviembre 2014. Pág. 100 – 106.

PARTE GENERAL

JURISPRUDENCIA SUMILLADA

SOLO LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LAS QUE SE EFECTÚE UNA IMPUTACIÓN VÁLIDA CONTRA EL INVESTIGADO PUEDEN INTERRUMPIR EL PLAZO ORDINARIO DE PRESCRIPCIÓN

Sumilla

El artículo 83 del CP establece en qué circunstancias se interrumpe el plazo de prescripción: a) Por las actuaciones del Ministerio Público (v. gr. diligencias realizadas por el Ministerio Público, denuncia fiscal, dictamen acusatorio, etc.); b) Por actuación de las autoridades judiciales (v. gr. auto de apertura de instrucción, orden de captura, etc.); y, c) Por la comisión de un nuevo delito doloso. La interpretación de dicha norma debe realizarse con sujeción a la Constitución, en forma restrictiva (debe asumir el sentido interpretativo más favorable al reo) y respetando el principio de legalidad (a fin de evitar la arbitrariedad y conservar el orden del sistema de las normas jurídicas).

Sumilla

La interrupción del plazo ordinario de prescripción no se produce por cualquier actividad del Ministerio Público, sino por aquellas en las que se efectúe una imputación válida contra el investigado (v. gr. la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación de cargos), pues solo así se tiene la certeza de que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada. En cambio, el hecho de que reciba la declaración de un testigo, no interrumpe el plazo ordinario de prescripción, ya que puede ser que aquel esté declarando como testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 247-2011-LIMA
SENTENCIA CASATORIA

Lima, catorce de mayo de dos mil trece

Procesado	: José Antonio Peña Armatinguí
Delito	: Colusión desleal
Agraviado	: El Estado
Fecha	: 14 de mayo de 2013

REFERENCIAS LEGALES:

- Constitución Política del Estado: arts. 43, a 139 incs. 11 y 13.
- Código Procesal Penal de 2004: arts. 336 inc. 2, 429 inc. 3, y 433 inc. 4.
- Código de Procedimientos Penales: art. 77.
- Código Penal: arts. 80, 82, 83, 88 y 384.

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación por indebida interpretación de la ley penal, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista del veintidós de septiembre de dos mil once, de fojas trescientos ochenta y dos, mediante el cual revocó la resolución del cinco de agosto de dos mil once, que declaró infundada excepción de prescripción deducida por

el recurrente José Antonio Peña Armatinguí, en la investigación preliminar que se le sigue por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado, reformándola declararon fundada la excepción de prescripción deducida; en consecuencia, extinguida la acción penal incoada contra el antes mencionado, disponiéndose el archivo definitivo de los autos en este extremo. Interviene como ponente el señor *Juez Supremo* Villa Stein; y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: FUNDAMENTOS DE HECHO

§

1. ITINERARIO DEL INCIDENTE EN PRIMERA INSTANCIA

1.1. El señor Fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, el veintiocho de noviembre de dos mil diez, formalizó denuncia penal contra el encausado José Antonio Peña Armatinguí, en calidad de cómplice, por el presunto delito contra la Administración Pública - colusión desleal, en agravio del Estado, tal como se aprecia a fojas doscientos veintiuno. Los hechos objeto de imputación consisten en que el procesado José Antonio Peña Armatinguí, se habría coludido con sus coprocesados, para contratar sus servicios profesionales, con la finalidad de limpiarse el recupero del crédito otorgado a Palm Suite S.A., a cambio de un pago de cien mil dólares, por concepto de honorarios, estando a que dicho monto resulta astronómico e injustificado, teniendo en cuenta que no existía cautelas contenciosas a ventilarse, ya que había la autorización dada al Notario Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán, para que el incumplimiento de la obligación por parte de Palm Suite S.A., procediera al remate del inmueble, sito en Alcanfores número doscientos noventa y uno, distrito de Miraflores; siendo que esta contratación resultó a todas luces ser detrimento para la Caja de Pensiones Militar Policial. Participación que fue aprobada en Sesión del Consejo Directivo de fecha treinta de mayo de mil novecientos noventa y cinco, según el Acta número diez guion noventa y cinco, pagándosele la suma antes indicada con fecha veintidós de mayo de mil novecientos noventa y cinco, según copia del recibo de honorarios profesionales.

1.2. Posteriormente, el representante del Ministerio Público, el treinta y uno de marzo de dos mil once, a fojas doscientos ochenta, adecuó la investigación a las disposiciones y normas del Nuevo Código Procesal Penal, aprobadas por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete y dispuso continuar con las diligencias preliminares en sede fiscal, en la investigación seguida contra José Antonio Peña Armatinguí y otros, por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado.

1.3. Luego de ello, el procesado José Antonio Peña Armatinguí, mediante escrito obrante a fojas uno, dedujo excepción de prescripción contra la acción penal incoada en su contra, por la presunta comisión del delito de colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que prescribe una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años, toda vez que señala que los hechos se consumaron en mayo de mil novecientos noventa y cinco, habiendo prescrito en mayo de dos mil diez, al no haberse considerado como investigado o imputado en las investigaciones realizadas por el Ministerio Público; sin embargo, posteriormente, en noviembre de dos mil diez, se formalizó la denuncia penal en su contra, cuando ya había prescrito la acción penal, tal como se verifica a fojas doscientos veintiuno.

1.4. En mérito a ello, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, emitió la resolución del cinco de agosto de dos mil once, obrante a fojas doscientos ochenta y nueve,

declarando infundada la excepción de prescripción solicitada por la defensa del imputado José Antonio Peña Arrunátegui, en el proceso de investigación preparatoria, que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado, argumentando que:

> "Los hechos que marcan la imputación criminal al investigado José Antonio Peña Arrunátegui, han sido debidamente determinados con anterioridad al vencimiento del plazo ordinario de prescripción, esto es, mayo del dos mil diez; y, si bien es cierto, no existiría hasta antes de la emisión de la denuncia penal formalizada, mención expresa a dicho imputado, no es menos cierto que, se le ha comprendido al encausado, en una investigación ya iniciada contra otros procesados determinados, operando la causal genérica de la interrupción del plazo de prescripción de la acción penal, por lo que, no se puede aplicar falta de determinación expresa de imputación penal ya que ha existido el hecho imputable y por ende corresponde al Ministerio Público proceder conforme a lo establecido en el artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales".

1.5. Estando a ello, la defensa técnica del encausado José Antonio Peña Arrunátegui, interpuso recurso de apelación contra la resolución antes mencionada, a fojas doscientos noventa y nueve, habiendo concedido el mismo mediante resolución del *dieciséis de agosto de* dos mil once, de fojas trescientos tres.

II. DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA

2.1. El Superior Tribunal por resolución del veintiocatro de agosto de dos mil once, obrante a fojas trescientos ocho, corrió traslado de la formalización del recurso de apelación a los sujetos procesales, por el plazo de cinco días. Absuelto el traslado, por la Procuraduría Pública, la Sala de Apelaciones, emitió la resolución del seis de septiembre de dos mil once, a fojas trescientos setenta y seis, que admitió el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado José Antonio Peña Arrunátegui y señaló fecha para la audiencia de apelación. Esta se realizó conforme al acta del trece de septiembre de dos mil once, de fojas trescientos ochenta, con la intervención del representante del Ministerio Público y el abogado defensor del investigado José Antonio Peña Arrunátegui.

2.2. Luego, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, emitió la resolución del veintidós de septiembre de dos mil once, obrante a fojas trescientos ochenta y dos, que revocó la resolución del cinco de agosto de dos mil once, obrante a fojas trescientos ochenta y dos, que declaró infundada la excepción de prescripción solicitada por la defensa del imputado José Antonio Peña Arrunátegui, en el proceso de investigación preparatoria, que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado; y reformándola declararon fundada la excepción de prescripción deducida; en consecuencia, extinguida la acción penal incoada contra José Antonio Peña Arrunátegui, dispusieron el archivo definitivo de los autos en este extremo; fundamentando en:

> "En primer lugar, señaló que el delito presuntamente cometido, se debe computar desde el veintidós de mayo de mil novecientos noventa y cinco y no el treinta de mayo de mil novecientos noventa y cinco; asimismo, precisó que analizadas las actuaciones efectuadas por el Ministerio Público y de las autoridades judiciales, no se ha suspendido o interrumpido para el encausado Peña Arrunátegui el plazo de prescripción, ya que conforme a lo previsto en el artículo ochenta y ocho del Código Penal, la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible. Por lo que, se advierte que desde la fecha del hecho imputado, esto es, el veintidós de mayo de mil novecientos noventa y cinco hasta la denuncia fiscal del veinticinco de noviembre de dos mil diez, cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal contra el recurrente por los hechos imputados, ya habían transcurrido quince años, seis meses y cuatro días; operando el plazo ordinario de prescripción de la acción penal, el cual era de quince años. Asimismo, no resulta de aplicación la diplica, por cuanto no se le considera Funcionario o servidor público; en consecuencia, se encuentra extinguida la acción penal respecto del procesado Peña Arrunátegui".

2.3. Estando a ello, el Fiscal Superior interpuso recurso de casación, mediante escrito de fojas trescientos noventa, contra la resolución antes aludida, invocando como causales la indebida aplicación de la ley penal, manifiesta ilogicidad de la motivación y necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial, contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve incisos tres y cuatro del Código Procesal Penal.

III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

3.1. El Tribunal Superior por resolución de fecha diez de octubre de dos mil once, de fojas cuatrocientos cinco, concedió el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, elevándose la causa con fecha veinte de octubre de dos mil once.

3.2. Cumplido el término de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria de fecha diecisiete de febrero de dos mil doce, de fojas treinta y seis del cuadernillo de casación, en uno de sus fundamentos, declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación a la causal de "indebida interpretación de la ley penal".

3.3. Deliberada la causa en secreto y votada el día catorce de mayo de dos mil trece, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan– se realizará por la Secretaría de Sala el día seis de junio de dos mil trece.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. Del ámbito de la casación: Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del dieciocho de febrero de dos mil doce –véase fojas treinta y seis, del cuadernillo de casación–, admitió a trámite el recurso de casación, la causal de indebida interpretación de la ley penal, contenida en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos tres del Código Procesal Penal.

4.2. Los agravios que invoca, admitidos por el Tribunal Supremo, son: que la Sala Superior aplicó indebidamente el artículo ochenta y ocho del Código Penal, ya que dicha norma jurídica penal no era aplicable a los supuestos de hecho, toda vez que no señala que las actuaciones del Ministerio Público sean personales o individualizadas para que tengan el efecto de la interrupción de la prescripción, por el contrario dicha norma se orienta a que si el autopor de una prescripción respecto de un autor o partícipe del hecho punible, no alcanza a los otros imputados si su situación no es similar. Por tanto, debió aplicarse el artículo ochenta y tres del Código Penal, pues se dio la interrupción de la acción penal con las actuaciones del Ministerio Público.

EL MOTIVO CASACIONAL: INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

4.3. En principio, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma, encontrando su fundamento constitucional en el último párrafo del artículo cuarenta y uno como en el artículo ciento treinta y nueve, inciso trece, de la Constitución (véase la sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente número tres mil setecientos ochenta y uno guion dos mil diez guion HC, fundamento jurídico dos).

4.4. Para ello, la ley penal (en el artículo ochenta del Código Penal), fija un periodo o plazo después del cual la acción penal no puede iniciarse, el cual constituye un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito si es privativa de libertad. A su vez, el artículo ochenta y dos del Código Penal, precisa que el plazo de prescripción de la acción penal comienza en el delito instantáneo a partir del día en que se consumó. En el caso de autos, el encausado Peña Arrunátegui, se encuentra procesado por el delito de colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, el cual es considerado un delito instantáneo y tuvo lugar en el caso examinado el día veintidós de mayo de mil novecientos noventa y cinco, cuando el acusado recibió un pago de cien mil dólares, por concepto de honorarios profesionales.

4.5. Para el cómputo de la prescripción, se tiene que el delito de colusión desleal, tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, se encuentra reprimido con pena privativa de libertad no mayor de quince años. Iniciando el cómputo desde la fecha de consumación del delito, se tiene que el plazo de quince años equivalente al máximo de la pena legal ocurrió indefectiblemente el veintidós de mayo de dos mil diez. No obstante, la Fiscalía comprendió recién en forma expresa al procesado Peña Arrunátegui, mediante la denuncia penal contra el encausado Peña Arrunátegui, el veinticinco de noviembre de dos mil diez, la cual fue recepcionada por el Juzgado el nueve de enero de dos mil once, tal como se aprecia a fojas doscientos veintiuno, cuando la acción penal ya se había extinguido (prescripción ordinaria), no cumpliéndose uno de los requisitos sustanciales para que el Ministerio Público pueda proceder a formalizar válidamente la investigación, tal como lo exige el artículo trescientos treinta y tres, inciso uno, del Código Procesal Penal.

4.6. A su vez, el artículo ochenta y tres del Código Penal, establece en qué circunstancias se interrumpe el plazo de prescripción y comienza a computarse uno nuevo, operando en todo caso el plazo de prescripción extraordinaria, las cuales son: a) Por las actuaciones del Ministerio Público (v. gr. diligencias realizadas por el Ministerio Público, la denuncia fiscal, el dictamen acusatorio, etcétera); b) Por actuación de las autoridades judiciales (v. gr. auto apertura de instrucción, orden de captura, etcétera); y, c) Por la comisión de un nuevo delito doloso (véase VILLA STEIN, Javier: *Derecho Penal. Parte general*. Tercera edición, Grijley, Lima, dos mil ocho, páginas quinientos veintinueve a quinientos treinta y dos). Para interpretar dicha norma, el juez debe realizarla con sujeción a la Constitución Política del Estado, en forma restrictiva (la cual debe asumir el sentido interpretativo más favorable al reo, en concordancia con el principio del *in dubio pro reo*, previsto en el artículo ciento treinta y nueve, inciso once de la Carta Magna) y respetando el principio de legalidad (a fin de evitar la arbitrariedad y conservar el orden del sistema de las normas jurídicas) (véase GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, dos mil ocho, páginas doscientos treinta y seis a doscientos cuarenta).

4.7. Estando a lo expuesto, debemos determinar en el caso concreto cuáles son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues solo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada; pues aun cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si este no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal, ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, un derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros.

4.8. En consecuencia, las actuaciones del Ministerio Público respecto de otros procesados, no interrumpen el plazo ordinario de prescripción de una persona que aún no ha sido incluida como partícipe en la investigación o procesamiento del hecho delictivo, si pueden sus efectos serlos extensivos; por ello, el artículo ochenta y ocho del Código Penal, establece que los plazos de prescripción corren, **se interrumpen** o suspenden **en forma separada para cada uno de los partícipes del hecho punible**.

4.9. Por lo expuesto, habiéndose denunciado que el Ministerio Público comprendió en el presente proceso, recién en forma expresa y plena al procesado Peña Arrunátegui, cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción ordinario de la acción penal, en razón al delito de colusión desleal, objeto de imputación y no evidenciándose que haya operado la interrupción o suspensión del plazo de prescripción por alguna actuación realizada por el fiscal o juez, respecto de dicho encausado; por ende, el plazo prescriptorio para el procesado Peña Arrunátegui ha seguido corriendo en forma independiente de los demás procesados, configurándose así el plazo de prescripción ordinario; por lo tanto, este Supremo Tribunal considera que la interpretación desarrollada por la Sala Superior, que declaró fundada la excepción de prescripción, es acorde a derecho, pues resguardó los derechos fundamentales del procesado y realizó una correcta interpretación del artículo ochenta y ocho del Código Penal.

4.10. De otro lado, cabe precisar que no opera la duplica del plazo prescriptorio contra el procesado Peña Arrunátegui, pues se desprende de la imputación fáctica que pesa en su contra, que al momento de la comisión del delito no ostentaba la calidad de funcionario o servidor público, toda vez que cuando ejecutó la acción típica, prevista en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, "concertar con los miembros del Consejo Directivo de la Caja de Pensiones Militar Policial para su contratación, a fin de recibir una prestación"; no ostentaba dicha condición, sino más bien se concertó con ellos para que sea contratado por el Estado, a fin de recibir una prestación; por ende, no concurren los tres presupuestos concretos, establecidos en el Acuerdo Plenario número uno guion dos mil diez ocho/CJ guion ciento dieciséis, del diecinueve de noviembre de dos mil diez, si las

circunstancias previstas en el artículo cuarenta y cuatro del Código Penal.

4.11. Respecto de las costas, estas no se fijan en el presente caso, por estar exento del pago de costas los representantes del Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y nueve del nuevo Código Procesal Penal.

4.12. Que, en lo sucesivo, deben en forma indubitable tomar en consideración los elementos y presupuestos que se hacen en la presente Ejecutoria - cuarto considerando -, respecto a la interrupción o suspensión del plazo de prescripción.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por indebida interpretación de la ley penal, interpuesto por el representante del Ministerio Público; en consecuencia **NO CASARON** el auto de vista del veintidós de septiembre de dos mil once, de fojas trescientos ochenta y dos, mediante el cual revocó la resolución del cinco de agosto de dos mil once, que declaró infundada la excepción de prescripción deducida por el recurrente José Antonio Peña Arrunátegui, en la investigación preliminar que se le sigue por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado, reformándola: declararon fundada la excepción de prescripción deducida, y en consecuencia extinguida la acción penal incoada contra el antes mencionado, disponiendo el archivo definitivo de los autos en este extremo.

II. **ESTABLECER como doctrina jurisprudencial** lo señalado en el punto cuarto de la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema - de conformidad con lo previsto en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal -, respecto a los supuestos en los que se produce la interrupción del plazo de prescripción de la acción penal, el cual concurre cuando se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tal como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; para tales así, existe certeza de que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada; asimismo, las actuaciones del Ministerio Público tendientes a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, no comprenden a una persona que aún no ha sido incluida como partícipe en la investigación o procesamiento del hecho delictivo, ni pueden sus efectos ser los extensivos.

III. **EXONERAR** al recurrente del pago de las costas en la tramitación del recurso de casación.

IV. **ORDENAR** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia Pública y se publique como corresponde; interviniendo el señor Juez Supremo Rueda Escalante por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi; Hágase saber.

S.S. VILLA STEIN; PARIONA PASTRANA; SALAS ARENAS; BARRIOS ALVARADO; RUEDA ESCALANTE

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

Suspensión del plazo de prescripción penal (caso contumacia)

INSTITUTO PACÍFICO. Actualidad Penal. "Suspensión del plazo de prescripción penal (caso contumacia)". Vol. 16. Octubre 2015. Pág. 269 – 278.

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

R. N. N.° 1524-2013-Lima

Suspensión del plazo de prescripción penal (caso de contumacia)

R. N. N.° 1524-2013-LIMA	
TEMA	Suspensión del plazo de prescripción penal (caso de contumacia)
FECHA DE EMISIÓN/ PUBLICACIÓN	28-02-2014 / 30-08-2013
NORMAS APLICADAS	Ley N.° 26641
CONTEXTO FÁCTICO	Mediante resolución del nueve de julio de mil novecientos noventa y siete, de fojas trescientos treinta y dos, se declaró reo contumaz al procesado Ramírez Rojas, entendiéndose el entendimiento de audiencia hasta que este sea habido y ponga a disposición del Colegiado; por lo cual, la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres dispuso, mediante resolución del siete de septiembre de dos mil diez, de fojas cuatrocientos treinta y cuatro, que se proceda con el trámite del proceso precisando, en tanto el Ministerio Público, titular de acción penal, no cuestionó dichas resoluciones en su oportunidad.
EXTREMOS DE LA PRETENSIÓN	Tras la fundamentación citada a fojas quinientos cincuenta y nueve, el representante del Ministerio Público alega su disconformidad con el pronunciamiento judicial, pues refiere que el haberse declarado procesal la acción penal se ha afectado la garantía de tutela jurisdiccional efectiva de los agraviados, al interpretar erróneamente la ley vigente mediante sus sentencias casatoria y una, ya que por su carácter naturaleza, la contumacia tiene como efecto la suspensión de la prescripción de la acción penal. El hecho de que el juzgador haya emitido conclusor expresamente la suspensión del plazo de prescripción no puede ser controlado como que no tenga lugar; dicir que el juez debe dispensarlo, no hace sino ratificar que la suspensión es una consecuencia o efecto jurídico necesario de la declaración formal de contumacia, y, si faltan declarado reo contumaz al procesado, conforme se desprende de la resolución de nueve de julio de mil novecientos noventa y siete, se dispuso la reserva del proceso hasta que sea habido; por ende, los plazos de prescripción se interrumpen.
CRITERIOS DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL	La Ley señalada sin embargo consagra y una práctica que el juez encargado del proceso debe declarar la suspensión del plazo de prescripción; por ende, no una frase valorativa de interpretación. Debe entenderse que el juez debe declarar la suspensión de dicho plazo y para ello no basta la declaración de contumacia, pretensión ultima la contraria —que la sola declaración de contumacia implica la suspensión del plazo de prescripción—, implica incurrir en una interpretación extensiva de la ley, la cual no debe darse cuando de restringir derechos se trata, pues una de los criterios de interpretación mayormente acogido es el pro homine.

TEXTO DEL RECURSO DE NULIDAD

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 1524-2013
LIMA

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS BARRIOS ALVARADO Y SIVINA FLORES, ES COMO SIGUE:

Lima, veintiocho de febrero de dos mil catorce.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la resolución de trece de enero de dos mil trece, obrante en fojas quinientos cincuenta y dos, interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

CONSIDERANDO

Primero: Que mediante resolución del nueve de julio de mil novecientos noventa y siete, de fojas trescientos treinta y dos, se declaró Reo Contumaz al procesado Ramírez Rojas, ensenándose el entendimiento de audiencia hasta que este sea habido y ponga a disposición del Colegiado; disponiendo la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, mediante resolución del siete de septiembre de dos mil diez, de fojas cuatrocientos treinta y cuatro, que se prosiga con el trámite del proceso precisando, en tanto el Ministerio Público, titular de acción penal, no cuestionó dichas resoluciones en su oportunidad.

Segundo: Al respecto, cabe indicar que la declaración de contumacia, por su propia naturaleza, tiene como efecto la suspensión de plazo derecho de la prescripción de la acción penal, desde el momento en que se declaró contumaz al acusado hasta que se ponga a derecho, plazo que deberá descontarse al tiempo transcurrido desde la fecha de la comisión del delito. Que, no obstante que el órgano jurisdiccional en la resolución que declaró contumaz al acusado no sancionó expresamente la suspensión del plazo de prescripción, aunque ello en modo alguno significa que tal plazo no se evalúe pues la norma —Ley número veintisiete mil novecientos cuarenta y una, del veintinueve de junio de mil novecientos noventa y uno— no acciones discrecionalidad alguna al Juez para suspender o no la prescripción. En tal sentido, si la suspensión es imperativa, la omisión del Juez en decretarla expresamente no puede convertirse como que esta lamentable no tiene lugar. La omisión en que incurrió el juzgador en un caso concreto al no aplicar la norma en forma debida —como en este caso, en que no sancionó expresamente la suspensión del plazo de prescripción—, no puede generar derechos). Decir que el Juez debe disponer la suspensión del plazo de prescripción, no hace sino ratificar que tal medida es una consecuencia o efecto jurídico necesario de la declaración formal de contumacia, ello en virtud del Principio de legalidad, que impide que las normas puedan ser aplicadas arbitrariamente por el error jurisdiccional; por el contrario, su debida aplicación responde al cumplimiento del deber que ostenta el Juez.

Tercero: Para los efectos de establecer los plazos de prescripción de la acción penal, se deberán cumplir con los requisitos de temporalidad exigidos en los artículos octavo y noveno y tres del Código Penal, referidos al plazo ordinario y extraordinario de prescripción, respectivamente. El artículo octavo establece que la acción penal en su forma ordinaria prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, sin exceder nunca el artículo noveno y tres, precisa que en dicho caso la acción penal en su forma extraordinaria prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción.

Cuarto: El delito de robo agravado, materia de imputación, fue tipificado en el artículo ciento ochenta y ocho, debidamente concordado con el inciso cuatro del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, *(vigente al momento de los hechos)* que lo sancionaba con una pena privativa de libertad *no menor de diez ni mayor de ocho años*. En tal sentido, desde el inicio de abril de mil novecientos noventa y dos (fecha última de comisión del delito imputado) hasta el mismo día del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (fecha en que se declaró con conexitud a Ramírez Rojas —ver fojas trescientos treinta y dos— y suspensión del señalamiento de audiencia hasta que sea habido o puesto a disposición de la autoridad competente) transcurrieron cinco años y tres meses; asimismo mediante Oficio número cuatro mil trescientos noventa y siete guión dos mil doce guión INPE/dirección guión cero seis-SD, de fecha doce de noviembre de dos mil doce, el Sub Director de Registros Penitenciarios comunica al Colegiado que la persona de Walter Ramírez Rojas o Villena Oyola, se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario Miguel Castro Castro, certificándose que desde esa fecha hasta la actualidad han transcurrido un año y tres meses, lo que sumado al plazo anterior hace un total de seis años y seis meses. En tanto que la prescripción de la acción penal, en el caso que nos ocupa, en su plazo ordinario será de ocho años, y de diez años en su plazo extraordinario, tiempo que aún no ha transcurrido.

Quinto: En consecuencia, para la prescripción de la presente acción penal es necesario que transcurran diez años computados desde la fecha en que se produjo el mismo criminoso; por ello, dado que los hechos imputados al procesado, ocurrieron entre los meses de marzo y abril de mil novecientos noventa y dos, determinándose el plazo en que dicha acción penal estuvo suspendido por haberse declarado contumaz al acusado, se concluye *que a la fecha no han transcurrido más de diez años*, por lo que la acción penal aún se encuentra expedita.

DECISIÓN

Con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, **NUESTRO VOTO** es porque se declare: **HABER NULIDAD** en la resolución de trece de marzo de dos mil trece, de fojas quinientos cincuenta y dos a quinientos cincuenta y cuatro, que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por el procesado Walter Ramírez Rojas o Jorge Mauro Villena Oyola; inconda en su contra por el delito contra el Patrimonio —robo agravado—, en perjuicio de la firma Radda Barnes; Ana María González Klemm; De la Cruz, Jorge Guillermo Vuela Silva, Ángel Eduardo Tapia Manares; Arnulfo Carbajal Robles y Fernando Augusto Mezal Vignale; y **REFORMÁNDOLA** declararon **INFUNDADA** la excepción de prescripción deducida por el procesado Walter Ramírez Rojas o Jorge

Mauro Villena Oyola; **ORDENARON**: continúe con la secuela del proceso según su estado; y los devolvieron.

SS.

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS VILLA STEIN, MORALES PARRAGUEZ Y CEBALLOS VEGAS, ES COMO SIGUE:

Lima, veintiocho de febrero de dos mil catorce.-

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la resolución de trece de marzo de dos mil trece, obrante en fojas quinientos cincuenta y cuatro, que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por el procesado Walter Ramírez Rojas o Jorge Mauro Villena Oyola; inconda en su contra por el delito contra el Patrimonio —robo agravado—, en perjuicio de la firma Radda Barnes; Ana María González Klemm; De la Cruz, Jorge Guillermo Vuela Silva, Ángel Eduardo Tapia Manares; Arnulfo Carbajal Robles y Fernando Augusto Mezal Vignale;

CONSIDERANDO

MATERIA DE GRADO: Es materia de grado el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la resolución de trece de marzo de dos mil trece, obrante en fojas quinientos cincuenta y dos a quinientos cincuenta y cuatro, que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por el procesado Walter Ramírez Rojas o Jorge Mauro Villena Oyola; inconda en su contra por el delito contra el Patrimonio —robo agravado—, en perjuicio de la firma Radda Barnes; Ana María González Klemm; De la Cruz, Jorge Guillermo Vuela Silva, Ángel Eduardo Tapia Manares; Arnulfo Carbajal Robles y Fernando Augusto Mezal Vignale;

RECURSO DE APELACIÓN:

En la fundamentación obrante a fojas quinientos cincuenta y nueve el representante del Ministerio Público alega su disconformidad con el pronunciamiento judicial, pues refiere que al haberse declarado procesa la acción penal, se ha afectado la garantía de tutela jurisdiccional efectiva de los agraviados, al interpretar erróneamente la Ley número veinticinco mil ochocientos cuarenta y uno, ya que por su propia naturaleza, la contumacia tiene como efecto la suspensión de la prescripción de la acción penal; que el juzgador hizo extensiva asimismo expresamente la suspensión del plazo de prescripción, no puede ser entendido como que no tenga lugar; dicó que el Juez debe disponerlo, no hacerlo tal efecto que la suspensión es una consecuencia o efecto jurídico necesario de la declaración formal de rebeldía, y , al haber declarado rea contumaz al procesado, conforme se desprende de la resolución de trece de julio de mil novecientos noventa y siete, dispuso también la reserva del proceso hasta que sea habido, por ende, los plazos de prescripción se interrumpen, más aún, si existe evidencia que determina que obtuvo del proceso el pronunciamiento una identidad y domicilio señalados, generando de esta manera una conducta obstruccionista.

ARGUMENTACIÓN LÓGICO JURÍDICA:

1. Del análisis de lo actuado durante el decurso del proceso, se advierte que según el hecho fáctico quinto de la sentencia impugnada, expresa a la actividad procesal del acusado Walter Ramírez Rojas, "fue fue absuelto por la Sala Penal, disponiendo la Sala Penal

Supremo un nuevo pargumento". Posteriormente mediante resolución del nueve de julio de mil novecientos noventa y siete, de fojas trescientos treinta y dos, se declaró reo contumaz al procesado encontrándose el señalamiento de audiencia hasta que el acusado sea habido y puesto a disposición del Colegiado; por otro lado la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, mediante resolución de siete de septiembre de dos mil doce, de fojas cuatrocientos treinta y cuatro, dispone que se prosiga el trámite del presente proceso seguido, advirtiéndose del contenido de las citadas resoluciones que se declaró reo contumaz, empero en el transcurso del proceso no se emitió alguna resolución que disponga la suspensión de los plazos de prescripción por tener la condición de reo contumaz para que pueda no operar, más aún, si el Ministerio Público que es el titular de la acción penal, no ha cuestionado dichas resoluciones en su oportunidad.

SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO PRESCRIPTORIO:

2. La Ley número veintisiete mil trescientos cuarenta y uno, en su artículo tres señala que: "(...) tratándose de consentimiento el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia se aplica sin perjuicio de las intervenciones de los sistemas garantísticos, *la misma que opera desde que existan evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derechos. El juez encargado del proceso, declara la conclusión de instrucción y la suspensión de la prescripción*" (resaltado nuestro). Que, si bien el Juzgado declaró reo contumaz al acusado Walter Ramírez Rojas e Jorge Mandro Villena Oyola; sin embargo para surtir sus efectos la suspensión de dichos plazos debe ser declarado, por mandato imperativo del texto legal de acuerdo con el artículo tres de la citada Ley, conforme lo establecido el Tribunal Constitucional (expediente número cuatro mil cinco cero dieciséis —cinco mil cuatro— 10 TC del fecha seis de junio de dos mil cinco), Pleno, Luis Alberto Velásquez Angulo, y sentencia de hábeas corpus N.º 74-51-2005-PHC/TC, Cono Norte de Lima con Franklin Macedonio Alcántara Muñoz **de fecha 17 octubre 2005**, respectivamente, motivos que la suspensión del plazo prescrito era legítima y por ende válida constitucionalmente, **tal y conforme lo normado ley 26641.**

3. El Tribunal Constitucional, respecto al Art. 1 de la ley 26641, en el caso de hábeas corpus Expediente N.º 04939-2008-PHC/TC Lima, caso Benedicto Nemesio Jiménez Baco de fecha seis de **septiembre de 2009** publicado en su página Web, el 9 septiembre 2009, expediente número 04939-2008, en su fundamento 15 mantiene: "Este tribunal considera necesario señalar que la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la referida ley N.º 26641, en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum* resultaría vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y en tal sentido ser de inconstitucional aplicación. Y es que la persecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría a todas luces inconstitucional. Como ya se ha señalado el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito".

Y en su fundamento 16. "En ese sentido este tribunal constitucional considera que la ley N.º 26641 que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, sólo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso".

Ya dicho que, el TC, al haber declarado infundadas las pretensiones vía hábeas corpus, para considerar que los procesados vencerían la acción de la justicia si no concurrían a las citaciones judiciales, también señaló que, siempre en constitucional, mantenga vigente la acción penal *ad infinitum*, con la suspensión de la prescripción sin fijarle un plazo determinado.

4. En ese mismo sentido, recientemente el Tribunal Constitucional en la causa seguida en el expediente de hábeas corpus N.º 01279-2010-PHC/TC, caso Antonio Yapuchura Canil de **fecha 18 agosto 2010** señaló en su fundamento 3 y 4 que el cómputo del plazo de prescripción en los procesos penales está reservado de manera exclusiva a la justicia ordinaria, que no puede ser dilucidado por la justicia constitucional, y precisó:

Fundamento 3: "El tribunal, en sentencias jurisprudenciales ha señalado que, no obstante la relevancia constitucional que conviene la prescripción de la acción penal, el cómputo de dichos plazos requiere, en algunas ocasiones, la dilucidación de aspectos que no corresponde determinar a la justicia constitucional. En efecto, conforme al artículo 83 del Código Penal, el cómputo del plazo de prescripción se cuenta desde la fecha en que se consumó el delito (para el delito instantáneo), o desde el momento en que cesó la actividad delictiva (en los demás casos). Como el de tener la determinación de la prescripción de la acción penal requerirá previamente dilucidar la fecha en la que cesó la actividad delictiva o el momento de consumación, lo que es competencia de la justicia ordinaria".

Fundamento 4: "Así el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 5890-2006-PH /TC, no obstante la relevancia constitucional que conviene la prescripción de la acción penal, no puede extinguir la pretensión incoada, toda vez que la justicia ordinaria no habría establecido la fecha de consumación del delito, aspecto crucial para determinar el plazo de prescripción de la acción penal y que no puede ser dilucidado por la justicia constitucional".

Seguidamente el tribunal sostiene en Fundamento 5, "No obstante lo anterior, de mantener vigente la acción penal *ad infinitum* en aplicación de la referida ley N.º 26641, podría resultar vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y en tal sentido sería inconstitucional su aplicación...".

5. Así mismo, el Acuerdo Plenario N.º 5- 2011 /CJ-116 de los vocales en lo penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, su fecha, **26 de enero de 2012 , sobre la necesidad de evaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el art. 339.3 del CPP 2004,** precisó: "en adelante, debe entenderse que la suspensión de la prescripción, en el caso del art. 339, inc. 3 **no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo.**"

7. Además de lo explicado, otra exigencia de tutela de derechos, exige que al dictarse la resolución de conclusión debe disponerse de manera expresa, la suspensión del plazo prescriptorio contra el imputado, pues de no hacerlo se violaría no solo el texto expreso y claro de la ley, sino que también estaría violentando el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, respecto a la debida motivación de las resoluciones, máxime con ese "decisión inviable e ilícita" se le está ocasionando un derecho fundamental como es el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

8. Por último, se debe tener presente que, transcurrido el plazo determinado por ley, la prescripción se produce (*ipso iure*) es decir, produce sus efectos liberatorios a través del civil, la persecución penal por el hecho delictivo cesa de pleno derecho, y de esta manera, obliga

a la autoridad judicial a declarar la extinción de la persecución penal, aún de oficio, sin que medie pedido de parte previo.

9. Para los efectos de establecer los plazos de prescripción de la acción penal, se deberá cumplir los requisitos de temporalidad exigidos en los artículos octavo y octavo y uno del Código Penal, referidos al plazo ordinario y extraordinario de prescripción, respectivamente. El artículo octavo, establece que la acción penal en su forma ordinaria prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la Ley para el delito, mientras que el artículo octavo y uno, previsto que en todo caso la acción penal en su forma extraordinaria prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. Una adecuada y sin interpretación literal al art. 1 de la ley 26641, puede llevar a concluir en el extremo de suspender los plazos prescriptorios de manera *ad infinitum* y con ello vulnerar el derecho fundamental a ser juzgado dentro de un plazo razonable como elemento constitutivo integrante del debido proceso.

10. El delito de robo agravado, materia de imputación, fue tipificado en el artículo ciento ochenta y ocho, debidamente concordado con el inciso cuatro del artículo ciento ochenta y ocho y nueve del Código Penal, (vigente al momento de los hechos) que lo sancionaba con una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. En tal sentido, la prescripción en el caso que nos ocupa, es de diez años en su plazo extraordinario, y en el presente caso, atendido de pronunciamiento dado que los hechos imputados al procesado, ocurrieron entre los meses de enero y abril de mil novecientos noventa y dos, **a la fecha han transcurrido más de veintiún años**, por tanto, la potestad persecutoria feneció por el transcurso del tiempo.

DECISIÓN

De conformidad con el señor Fiscal Supremo en lo Penal, **NUESTRO VOTO** es porque se declare: **NO HABER NULIDAD** en la resolución de trece de marzo de dos mil trece, de fojas quinientos cincuenta y dos, que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por el procesado Wilber Ramírez Rojas o Jorge Marcelo Villena Ortiz; en consecuencia declararon persistía y consecuentemente extinguida la acción penal, iniciada en su contra por el delito contra el Patrimonio —robo agravado—, en perjuicio de la firma Ridder Barrett, Ana María González Elvinson De la Cruz, Jorge Guillermo Villa Silva, Ángel Eduardo Tapia Manzano, *Arnaldo Carbajal Ballena* y Fernando Augusto Moral Vigoder; con lo demás que contiene; y los devolvieron, interviniendo el señor Juez Supremo Morales Parraguez por impedimento del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.

VILLA STEIN / MORALES PARRAGUEZ / CEVALLOS VEGAS

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO LOLI BONILLA ES COMO SIGUE:

Lima, diecinueve de febrero de dos mil quince.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la resolución del trece de marzo de dos mil trece —fojas quinientos cincuenta y dos—, de conformidad con en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO

I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DE LA DISCORDIA

1.1. En el caso sub examine, los señores Jueces Supremos Barrios Alvarado y Neyra Flores —conforme al voto de fojas quince del cuaderno formado en este Supremo Tribunal—, consideran que para efectos de suspender los plazos de prescripción por declaración de continuación no es necesario que el juez la declare expresamente en la resolución que declara la continuación, pues la ley vernácula sólo señalaría cuándo cesaría y una no lo dispone así y lo contrario sería afectar el principio de legalidad. Por otro lado, los señores Jueces Supremos Villa Stein, Morales Parraguez y Cevallos Vega —conforme al voto de fojas diecinueve del cuaderno formado en este Supremo Tribunal—, consideran que la suspensión del plazo de prescripción debe estar establecida expresamente en la resolución que declara la continuación, pues no hacerlo y suspender de forma tácita los plazos de prescripción afecta el derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales, además, vulnera el derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. Luego de analizados los votos expedidos en el presente caso, el suscrito hace suyo el voto expedido por los señores Jueces Supremos Villa Stein, Morales Parraguez y Cevallos Vegas sin perjuicio de los fundamentos expuestos por los citados señores Jueces Supremos, en del caso precisar que la Ley vigesimoctava sin embargo cuando y caso de forma expresa señala en su artículo 1, segundo párrafo, que **"El juez encargado del Proceso declarará la condición de continuas y la suspensión del plazo de prescripción"**, y dicha norma debe interpretarse de forma sistemática con las demás normas y principios que regulan el ordenamiento jurídico, es decir, conforme a las garantías formales el principio de legalidad, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

2.2. En ese sentido, la Ley vigesimo sexta, sexagésima cuarta y cinco penúltima que el juez encargado del proceso debe declarar la suspensión del plazo de prescripción, por tanto, en una lógica sistemática de interpretación, debe entenderse que el juez debe declarar la suspensión de dicho plazo y para ello en hasta la declaración de continuación pretender afirmar lo contrario —**que la sola declaración de continuación implica la suspensión del plazo de prescripción**— implica excavar en una interpretación contraria de la ley, la cual no debe darse cuando de restringir derechos se trata, pues una de los criterios de interpretación mayormente aceptado es el *pro homine*, criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria en ese sentido, la interpretación de la norma siempre tiene que estar regida por el principio *pro homine* y en ese orientado, no puede realizarse una interpretación contraria y gramatical que afecte los intereses del condenado —véase Edgar Carpio Marcos, "La interpretación de los derechos fundamentales", Palestra Editores, Lima 2004, p. 28.

2.3. Advertido, no procesar expresamente en la resolución que declara la continuación, la suspensión del plazo de prescripción, sobre todo cuando la Ley dispone declarado, implica

afectación al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, más si la resolución que declaró la conformidad no presenta fundamentos respecto a la suspensión de los plazos de prescripción, para conformar al inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, las resoluciones judiciales deben estar debidamente motivadas, expresando la ley aplicable y los fundamentos de hecho que la sustentan, situación que no se advierte en el caso sub examine, donde la resolución que declara la conformidad únicamente se limita a ésta y no a la suspensión; por otro lado, también se afecta el derecho que tiene el justiciable a ser juzgado en un plazo razonable, pues la suspensión de los plazos de prescripción no puede prolongarse *ad infinitum*.

2.4. Ahora a lo anterior que el Fiscal Supremo, en su dictamen fiscal, ha precisado que la resolución recurrida está conforme a derecho, pues advierte que la Sala Superior sí declaró la suspensión de los plazos de prescripción, en hay actuación obstruccionista por parte del procesado; en ese sentido, teniendo en cuenta que el artículo cinco del Decreto Legislativo N.° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, señala que el Ministerio es un cuerpo jerárquicamente organizado, por lo que los fiscales deben sujetarse a las instrucciones que puedan impartirles sus superiores; y conforme se precisó en ejecutorias Ejecutorias Supremas, suscritas por el Juez Supremo que suscribe el presente voto, no existe permisión penal del órgano encargado de ejercitarla, pues aun cuando el titular de la Fiscalía Superior Penal recurrió la resolución que declaró fundada la excepción de prescripción, la Fiscalía Suprema en lo penal, órgano jerárquicamente superior, opinó que se debe declarar no haber nulidad, es decir está conforme con el archivo de la persona por prescripción penal. Ello por cuanto bajo las reglas del principio acusatorio se ha dilatado la imputación penal; obviamente, el titular de la acción penal, a nombre del pueblo peruano, ha obrado de modo que repercute a su detrimento de la persecución del delito, tal como se aprecia en el referido dictamen Fiscal Supremo.

2.5. En consecuencia, atendiendo a que en el caso materia de análisis no se suspendieron los plazos de prescripción y que la institución de la prescripción en la culpabilidad del derecho que le asiste al Estado de perseguir y sancionar las conductas delictivas por haber vencido el plazo para ejercer su poder punitivo conforme a las leyes penales; debe tenerse en cuenta para los efectos del cómputo del plazo de prescripción lo establecido en el artículo octavo del Código Penal, esto es, que haya transcurrido un plazo igual al máximo de la pena conminadamente al delito, sin embargo, cuando el plazo ordinario de prescripción de la acción penal se interrumpido por actuaciones del Ministerio Público u órgano judicial, la acción penal prescribe de modo extraordinario, al cumplirse cronológicamente el plazo de prescripción ordinario más la adición de la mitad de dicho plazo, tal como lo dispone el párrafo *in fine* del artículo octavo y tres del Código Penal.

2.6. En ese sentido, debe precisarse que el procesado Walter Ramírez Rojas o Jorge Manolo Villena Oyola se le imputa los delitos contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, previsto en el artículo 188 del Código Penal, concordante con el inciso 4 del artículo 189 del citado Código, cuya pena máxima, según la ley vigente al momento de hechos, era no mayor de ocho años de pena privativa de libertad, por ende, en la medida que los hechos imputados al citado encausado se circunscriben entre el treinta y uno de marzo y treinta de abril de mil novecientos noventa y dos, la acción penal se extinguió por el paso del tiempo entre el treinta y uno de marzo y treinta de abril de dos mil cuatro.

esto es, a la fecha los plazos de prescripción ordinarios ya vencen; por ende, a criterio del suscrito, la resolución recurrida, que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por Walter Ramírez Rojas o Jorge Manolo Villena Oyola está conforme a derecho y debe mantenerse.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: mi **ADHIERO** al voto de los señores Jueces Supremos Villa Stein, Morales Parraguez y Cevallos Vegas, que declara **NO HABER NULIDAD** en la resolución del trece de marzo de dos mil trece —fojas quinientos cincuenta y dos—, que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por el procesado Walter Ramírez Rojas o Jorge Manolo Villena Oyola; en consecuencia extinguida la acción penal iniciada en su contra por delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en perjuicio de la Firma Rodda Barnes, Ana María González Khiroma de la Cruz, Jorge Guillermo Ysola Silva, Ángel Eduardo Tapia Montero, Armulfo Carbajal Rubina y Fernando Augusto Moral Vignolo; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S.

LOLI BONILLA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 1324-2013
LIMA

Lima, veinte de agosto de dos mil quince.-

AUTOS y VISTOS: con la Razón de relatoría que antecede; y **CONSIDERANDO**: Que los señores Villa Stein, Morales Parraguez y Cevallos Vegas votaron porque se declare No Haber Nulidad en la resolución que declara fundada la excepción de prescripción deducida por el procesado Walter Ramírez Rojas o Jorge Manolo Villena Oyola, que ha suscrito el señor Loli Bonilla para obtener discordia; se adhirió al voto de los mencionados Jueces Supremos; por tanto, a la fecha hay cuatro votos conformes para formar resolución —conforme a lo establecido por el artículo cuatro cuarenta y uno del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial—; por lo que la votación final es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en la resolución del trece de marzo de dos mil trece —folios 552— que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por el procesado Walter Ramírez Rojas o Jorge Manolo Villena Oyola, en consecuencia extinguida la acción penal iniciada en su contra por delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en perjuicio de la Firma Rodda Barnes, Ana María González Khiroma de la Cruz, Jorge Guillermo Ysola Silva, Ángel Eduardo Tapia Montero, Armulfo Carbajal Rubina y Fernando Augusto Moral Vignolo; con lo demás que contiene y es materia de recurso. **REMÍTASE** los actuados al órgano jurisdiccional correspondiente; notifíquese y ejecútese.-

Ss.

LOLI BONILLA

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

PRESCRIPCIÓN: ¿APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DEL DISTINGUISHING PARA APARTARSE DE UN ACUERDO PLENARIO?

GACETA JURÍDICA. ACTUALIDAD PENAL Y PROCESAL PENAL. "PRESCRIPCIÓN: ¿APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DEL DISTINGUISHING PARA APARTARSE DE UN ACUERDO PLENARIO?". TOMO 78. DICIEMBRE 2015. PÁG. 67 – 75.

PRESCRIPCIÓN: ¿APLICACIÓN DE LA TECNICA DEL *DISTINGUISHING* PARA APARTARSE DE UN ACUERDO PLENARIO?

La técnica denominada distinguishing permite al juez analizar los elementos constitutivos del precedente a fin de encontrar en él elementos que determinen su inaplicación al caso concreto. La técnica del distinguishing es, pues, la operación por la cual el juez declara que no considera aplicable un determinado precedente vinculante, respecto de la situación en examen, porque no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que estaría obligado a aplicar.

Sumilla

El texto original del artículo 80 del CP tenía un texto distinto al que fue evaluado en el Acuerdo Plenario Nº 9-2007, para establecía: "En ningún caso, la prescripción será mayor a veinte años", expresión que significa que de ninguna manera puede existir un plazo de prescripción que se extienda más allá de los veinte años. Además, no se agregaba ningún adjetivo al término "prescripción", por lo que consideramos que comprende tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria.

Sumilla

El plazo máximo de 20 años no puede significar una limitación general para la prescripción, pues se refiere únicamente a la prescripción ordinaria y no a la extraordinaria. Así, conforme al artículo 80, si el plazo ordinario de prescripción de un delito (como sucede en los casos de duplicidad) sobrepasa los 20 años, debe reducirse a este límite; en tanto que su prescripción extraordinaria se producirá (conforme al artículo 83 del CP) a los 30 años (voto discordante).

Sumilla

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Procesados : Arturo Ernesto Marquina Gonzales y otros.

Delito : Colusión ilícita.

Agraviado : El Estado y la Caja de Pensiones Militar Policial.

Fecha : 18 de diciembre de 2015.

REFERENCIAS LEGALES:

- Constitución Política del Estado: arts. 41 y 139 inc. 11.
- Código Penal: arts. 80, 83 y 204.
- Código de Procedimientos Penales: art. 5.

SEGUNDA SALA PENAL LIQUIDADORA
EXP. Nº 25-2010

Lima, dieciocho de diciembre del dos mil catorce.-

AUTOS Y VISTOS

En audiencia de pronunciamiento las Excepciones de Prescripción Extraordinaria interpuestas por las defensas técnicas de los procesados Arturo Ernesto Marquina Gonzales, Danfer Guillermo Suárez Carranza, Néstor Gustavo Tafur López, Jorge Raúl Esteban Kisic Wagner, Carlos Gustavo Salcedo Williams y Enrique Demetrio Falcón Maldonado y con lo opinado por el señor fiscal, en su dictamen fiscal de folios cuatro mil ciento diecinueve a cuatro mil ciento veintidós, y;

CONSIDERANDO

PRIMERO.- SOBRE LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LA DEFENSA DE LOS PROCESADOS ARTURO ERNESTO MARQUINA GONZALES, DANFER GUILLERMO SUÁREZ CARRANZA, NÉSTOR GUSTAVO TAFUR LÓPEZ, JORGE RAÚL ESTEBAN KISIC WAGNER, CARLOS GUSTAVO SALCEDO WILLIAMS Y ENRIQUE DEMETRIO FALCÓN MALDONADO.

La defensa técnica de los procesados, al amparo del artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, tramitado los escritos de Ejes cuatro mil ciento dos a cuatro mil ciento cinco; cuatro mil ciento nueve a cuatro mil ciento diez; cuatro mil ciento trece a cuatro mil ciento dieciséis; los acusados han deducido excepción de prescripción extraordinaria bajo los siguientes argumentos: i) que, el delito de colusión tiene una pena abstracta máxima de quince años de pena privativa de la libertad; b) que, el artículo 80 del Código Penal dispone que la prescripción no será mayor a veinte años; c) que, no es posible que el artículo 83 "derogue" el artículo 80 del Código Penal, en relación a la dúplica del plazo prescriptorio; d) que, los delitos con pena superior a veinte años tienen prescripción ordinaria de veinte años y extraordinaria de treinta años.

SEGUNDO.- SOBRE LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR PARTE DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Ante los fundamentos esgrimidos por la defensa técnica de los procesados Arturo Ernesto Marquina Gonzales, Danfer Guillermo Suárez Carranza, Néstor Gustavo Tafur López, Jorge Raúl Esteban Kisic Wagner, Carlos Gustavo Salcedo Williams y Enrique Demetrio Falcón Maldonado, el representante del Ministerio Público, a través de su Dictamen Fiscal, indicó lo siguiente: (Que, el Acuerdo Plenario Nº 1-2010-CJ-116, del diecisiete de noviembre del dos mil diez, prevé que: "la dúplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y obtuvo [...] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó el bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica una mayor dosvalor de la acción [...] y resultado derivado de la superflua función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para cometer sus actividades ilícitas", ii) Que, el legislador duplicó el plazo de prescripción en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal y dentro la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Perú. De la lectura de estos dos artículos es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, asunción de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan. En ese sentido, el pedido de prescripción de la defensa deviene en infundado, en tanto sus patrocinados están procesados

en calidad de funcionarios públicos y a la fecha ella no ha prescrito el delito.

TERCERO.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SALA

3.1.- A efectos de resolver las excepciones de prescripción deducidas será necesario previamente establecer la fecha de cometido los hechos, no solo con el fin de computárlos a partir de ella el inicio del plazo de prescripción, sino también para constatar las normas, que sobre este particular, se encontrarán vigentes y que en esa medida correspondería ser aplicadas.

3.2.- En el sentido antes expuesto, debemos considerar que el Ministerio Público estableció como fecha en la cual se habría consumado el acto de concertación ilegal atribuido a los acusados el 14 de junio de 1994, fecha en la que el Consejo Directivo de la Caja de Pensiones Militar Policial (CPMP) acepta la propuesta de dación en pago de la Empresa GESSA INGENIEROS S.A., por la cual transfiere a favor de la caja diversos inmuebles con los cuales cancelaría la deuda que tenía con la referida entidad, para cuyos fines -confirma- la imputación formulada por el Ministerio Público- se produjo un acto de concertación entre los diversos funcionarios de la caja de pensiones que intervinieron en ese trámite y los representantes de la mentada empresa.

3.3.- Entonces, en principio debemos verificar que, para junio de 1994, ya se encontraba vigente[1] la Constitución Política del Estado de 1993, la misma que en su artículo 41, referido a la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, establecía en su último párrafo, que: "El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado"; en consonancia con ello, en mayo de ese año el Poder Legislativo, mediante la Ley N° 26314[2], modificó el artículo 80 del Código Penal, a fin de incorporar dentro de su texto, el siguiente párrafo: "En caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica".

3.4.- La inclusión de la prescripción de la acción penal, en la norma constitucional, nos pone en el entendido de la prescripción del constituyente para que hechos de corrupción cometidos por funcionarios públicos y que agravien el patrimonio del Estado no queden impunes, debido, ciertamente, al grave daño que causa el desarrollo, tanto moral (por la infracción al deber de los funcionarios y servidores públicos) como económico, de la Nación. En el sentido antes expuesto, tenemos entonces que el plazo ordinario de prescripción, conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 80 del Código Penal, será igual al máximo de la pena prevista para cada delito, salvo en los casos de los delitos cometidos por funcionarios públicos en agravio del patrimonio del Estado, en cuyo caso el plazo de prescripción será el doble del máximo de la pena prevista para el mismo.

3.5.- La circunstancia antes señalada no implica, bajo ningún punto de vista, que el plazo de prescripción no tenga un tope o un límite, pues aun en caso el plazo de prescripción se duplique, se interrumpa o se suspenda, nuestra legislación ha establecido plazos máximos; así, por ejemplo, en la actualidad el artículo 80 del Código Penal establece en su cuarto párrafo, que el plazo de prescripción no será mayor a veinte años, y en caso de penas de cadena perpetua, el plazo no será mayor a 30 años. A este respecto la Corte Suprema de Justicia de la República, en acuerdo plenario ha establecido[3]:

> "Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua [de] treinta años. No obstante, ha de destacar que tales límites excepcionales solo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal; no afectan en nada y menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal y que se precisan en el párrafo final del artículo 83 del Código Penal."
>
> "En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción será de treinta años. Y, cuando la pena que supone el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años".

3.6.- Ciertamente, esta interpretación es acorde y posible con el tenor modificado del artículo 80 del Código Penal, introducido por Ley N° 26360 del 29 de setiembre de 1994, que taxativamente establece que: "La prescripción no será mayor a veinte años", pues ciertamente el tener esta tan lectura abierta posibilita que existan circunstancias particulares o distintas a este límite, como puede ser el caso de la prescripción extraordinaria. No obstante ello, a efectos de resolver la excepción de prescripción materia de la presente, resulta necesario analizar no solo el texto del artículo 80 que se encontraba vigente al tiempo de ocurridos los hechos materia de la presente, sino el contexto normativo que guardaba relación con este tema.

3.7.- En este sentido, sin necesidad de proceder al análisis de la naturaleza jurídica de los acuerdos plenarios y de la vinculación que ellas generarían, es menester señalar que en el caso que nos ocupa se produce una circunstancia particular que permite realizar un análisis igualmente particular; así corresponde realizar una pequeña pero significativa distinción entre el objeto de análisis del referido acuerdo plenario y el que nos ocupa; a este respecto existe una técnica denominada *distinguishing*, la cual permite al juez escapar de los rígidos márgenes conceptuales en los que suele encasillarlo una ratio, es decir, a través de esta técnica, la labor del juez es usada más refinada y exquisita, en tanto ingresa a analizar los elementos constitutivos del precedente a fin de encontrar en él elementos que determinen su inaplicación al caso sub materia. En ese sentido, la técnica del *distinguishing "es la operación por la cual el juez del caso concreto declara que no considera aplicable un determinado precedente vinculante, respecto de la situación en examen, porque no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que estaría obligado a*

1 Vigente desde el 1 de enero de 1994.
2 Vigente desde el 28 de mayo de 1994.

3 Fundamento 6, Acuerdo Plenario Nº 4-2007/CJ-116.

aplicar"[4]. En ese, la referida técnica permite que la doctrina del precedente mantenga su rigor al mismo tiempo que concede ámbitos de actuación al juzgador de los jueces. Así, el juez puede reconocer el efecto vinculante del precedente que tiene ante sí y advertir que fue decidido correctamente, a pesar de lo cual puede no aplicarlo al advertir que la decisión tiene un defecto que lo hace significativamente diferente al caso a ser resuelto[5].

3.8.- En el caso *sub judice*, tenemos que el texto original del artículo 80 antes de la modificación a la que hemos hecho referencia, tenía un sesgo distinto al que fue materia de evaluación en el acuerdo plenario en comento, así establecía: "*En* ***ningún caso****, la prescripción será mayor a treinta años*". (subrayado nuestro); no será difícil aceptar o comprender que **en ningún caso** claramente significa que de ninguna manera, bajo ningún concepto puede existir un supuesto distinto al que se alude, esto es, exclusión de alguna posibilidad, para el caso en particular, de un plazo distinto al citado para que ocurra la extinción de la acción penal; en este sentido, consideramos que el legislador al establecer de manera tajante, clara y precisa la expresión "en ningún caso" estaba haciendo referencia a que no podía existir circunstancia, suceso o hecho alguno –llámese interrupción, suspensión, dúplica, plazo especial por la condición del agente o demás- que sobrepase, más allá de los veinte años, el plazo de la prescripción.

3.9.- Por lo demás, debe considerarse que esta interpretación se guía por el principio de favorabilidad, establecido en el artículo 139 inciso (11) de la Constitución Política del Estado, así como los *principios de interpretación pro homine y pro libertatis*, esto es, que aun cuando existiera incertidumbre del alcance de la frase "en ningún caso", con la redacción original del artículo 80 antes glosado, ha de interpretarse la norma conforme al sentido más favorable al procesado, con lo que debemos asumir una doble consecuencia: por un lado, que el alcance de esa restricción se enfoca a cualquier circunstancia limitativa del poder del Estado para perseguir al delito; por otro lado, no se adosa ningún adjetivo del término "prescripción", por lo que consideramos que se debe comprender tanto a la prescripción "ordinaria" como a la "extraordinaria", de lo contrario se estaría haciendo una distinción donde el legislador no distingue.

3.10.- Ahora a lo expuesto precedentemente que, en el contexto normativo referido a la prescripción y normas relacionadas a ella –como lo es el límite de la pena privativa de la libertad– vigentes al tiempo de ocurridos los hechos, no existía la pena de cadena perpetua y el límite máximo de la pena privativa de libertad era de 25 años, lo que claramente nos indica que tanto el aspecto persecutorio como el punitivo no coexisten, en ambos tiempos, los límites que en la actualidad han alcanzado; por lo que bajo estas consideraciones entendemos que hasta antes que se suprimiera el texto original del artículo 80 del Código Penal, no existía –no ningún caso– un plazo de prescripción más allá de los 20 años.

3.11.- Además de lo precedentemente expuesto, debe considerarse que este texto de ninguna manera contraviene el

4 MORETTI, Francesca. "El precedente judicial en el sistema inglés". En: GALLEGOS, Francisco (coordinador). *Atlas de Derecho Privado comparado*. Fondo Cultural del Notariado, Madrid, 2005, p. 45.

5 Véase a MORSHY VALVEZ, Juan. *Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law*. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/24911/20120610-Morsky.doc>.

dispositivo constitucional que establecía la duplica de los plazos de prescripción, pues este plazo perfectamente se desplegaba en todos los delitos referidos a la corrupción pública, pero precisamente el Código Penal, cuerpo específico que regía el desarrollo del *ius puniendo* del Estado, establece un tope, para tiempos la norma constitucional señala como protección del Estado la imprescriptibilidad de los delitos contra la Administración Pública, o que sea contrario a lo constitución la existencia de un tope general al plazo de prescripción penal.

3.12.- En el caso que nos ocupa tenemos que el delito imputado por el Ministerio Público a los acusados es el de Colusión, previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal, que establece, tanto ahora como al tiempo de ocurridos los hechos, una penalidad máxima de 15 años de privación de la libertad. Al haberse producido la interrupción de la prescripción de la acción penal, deberíamos agregar una mitad al plazo ordinario de la prescripción, lo que haría 22 años y 6 meses como plazo máximo de prescripción; no obstante ello, al haber ocurrido los hechos el 14 de junio de 1994, este plazo máximo se reduce a 20 años conforme a lo expuesto precedentemente, lo que hace que el ejercicio de la acción penal se haya extinguido el 13 de junio de 2014, por lo que deberá amparase la excepción promovida por los recurrentes.

3.13.- Por otra parte, conforme lo prescribe el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, las excepciones pueden deducirse en cualquier estado del proceso y pueden ser resueltas de oficio por el juez. Siendo así, corresponde a este Colegiado Supremo pronunciarse de oficio sobre la prescripción de la acción penal, con respecto a los procesados Vladimiro Montesinos Torres, en calidad de presunto instigador, contra Isaías Alberto Figueroa Escalante, Javier Manuel Revilla Palomino, Alfonso Máximo Balabarca Torres, Mario Antonio Rodríguez Huerta, Segundo Francisco Arnao Laos en calidad presuntos coautores, contra Víctor Alberto Venero Garrido, Juan Silvio Valencia Rosas, Alberto Ricardo Espinoza Pérez, Ricardo Gómez Ríos, Germán Díaz Portugal y María Mercedes Cuadros Dueñas de Díaz, en calidad de presuntos cómplices primarios, por la comisión del delito contra la Administración Pública - Colusión Desleal, en agravio del Estado - Caja de Pensión Militar Policial, toda vez se encuentran en la misma situación jurídica que los recurrentes, por cuanto han sido comprendidos en el mismo delito y por los mismos hechos.

En base a los fundamentos precedentemente expuestos, los magistrados de la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, conforme a las facultades conferidas por la Constitución Política del Estado de impartir justicia a nombre de la Nación

DECLARAMOS

PRIMERO.- FUNDADAS por mayoría las excepciones de prescripción de la acción penal deducidas por los defensores de los procesados Arturo Ernesto Marquina Gonzales, Dunfer Guillermo Suárez Carranza, Néstor Gustavo Tafur López, Jorge Raúl Esteban Elías Wagner, Carlos Gustavo Salcedo Williams y Enrique Demetrio Falcón Maldonado, en el proceso que se les sigue en calidad de coautores por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública - Colusión Desleal, en agravio del Estado y la Caja de Pensiones Militar Policial.

SEGUNDO.- FUNDADAS DE OFICIO por mayoría excepciones de prescripción de la acción penal con respecto a los procesados Vladimiro Montesinos Torres, en calidad de presunto instigador, Isaías Alberto Figueroa Escalante, Javier Manuel Revilla Palomino, Alfonso Máximo Balabarca Torres,

Marco Antonio Rodríguez Huerta, Segundo Francisco Arnao Luna en calidad presuntos coautores, Víctor Alberto Venero Garrido, Juan Silvio Velencia Rosas, Alberto Ricardo Espantoso Pérez, Ricardo Gómez Ríos, Germán Díaz Portugal y María Mercedes Cisneros Dueñas de Díaz, en calidad de presuntos cómplices primarios, por la comisión del delito contra la Administración Pública - Colusión Desleal, en agravio del Estado y la Caja de Pensiones Militar Policial.

DISPUSIERON: Concretada y/o ejecutoria que sea la presente causa, se levanten las medidas personales y reales que se hubieren generado en contra de los antes mencionados y se **ARCHIVE** de forma definitiva donde corresponda. **Oficíndose y notificándose.-**

FIGUEROA NAVARRO
Presidente

LEÓN VELASCO
Juez Superior

EL SECRETARIO DEJA CONSTANCIA DE QUE EL VOTO DISCORDANTE DE LA SEÑORA JUEZA PLACENCIA ROBINOS RESPECTO A LAS EXCEPCIONES DE PRESCRIPCIÓN DEDUCIDAS POR LAS DEFENSAS DE LOS PROCESADOS ARTURO ERNESTO MARQUINA GONZALES, DANFER GUILLERMO SUÁREZ CARRANZA, NÉSTOR GUSTAVO TAFUR LÓPEZ, JORGE RAÚL ESTEBAN KISIC WAGNER, CARLOS GUSTAVO SALCEDO WILLIAMS Y ENRIQUE DEMETRIO FALCÓN MALDONADO, ES COMO SIGUE:

Con el mayor respeto al criterio de mis colegas, la suscrita expone los fundamentos por los cuales debe declararse infundadas las excepciones de las excepciones materia de pronunciamiento:

1.- El artículo 139, inciso 13), previsto en la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales y el artículo 78 del Código Penal, en su primer inciso, consagran la institución jurídica de la prescripción, *que desde la óptica penal es una causa de exinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos de índole defectuoso o la renuncia del Estado al ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción existiendo apenas memoria social de ella[6]; la Ley distingue dos supuestos de prescripción, a saber, la prescripción de la acción penal (artículo 80 del Código Penal) y la prescripción de la pena (artículo 85 del Código Penal)[7], **"a su vez esta puede ser deducida en cualquier estado del proceso como medio de defensa técnica, pudiendo ser resuelta la misma, incluso de oficio, por el órgano jurisdiccional"**[8].

2.- En el presente caso, se tiene que la prescripción ordinaria se encuentra regulada en el artículo 80 del Código Penal, que en su primer párrafo prevé: *"La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la Ley para el delito, si es privativa de la libertad"*; y que en su último párrafo indica: *"En caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica"*; por otro lado, en el último párrafo del artículo 83 del mismo cuerpo jurídico, se prevé que: *"La acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción"*.

3.- Asimismo, para la correcta aplicación de la institución jurídica de la prescripción, deben fijarse adecuadamente los parámetros de su interpretación a fin de no generar indefensión ni impunidad a los partes procesales; en ese sentido, es que a través del método sistemático se advierte que por ubicación de la norma, su interpretación[9] deberá hacerse teniendo en cuenta el conjunto, el subconjunto y grupo normativo en el cual se halla incorporada, a fin de que no signifiquen sea excluyendo por los elementos conceptuales propios y específicos de tal estructura normativa[10]; en razón a que los códigos modernos constituyen un todo orgánico y sistemático debido a la necesidad del sistema jurídico a ser sistemático, coherente y ordenado, es sistemático; de allí que las palabras y disposiciones legales están normalmente coordinadas entre sí e integradas en un sentido general[11], por lo tanto, se puede establecer sistemáticamente que los alcances y límites fijados para el cuarto párrafo del artículo 80 del Código Penal vigente al momento de ocurridos los hechos, esto es, catorce de junio de mil novecientos noventa y cuatro, no puede significar una limitación general para la institución jurídica de la prescripción, debido a que su regulación comprende únicamente a la institución de la prescripción ordinaria; estableciéndose así una excepción específica dedicada por interpretación sistemática en el último párrafo del artículo 83 del *Código Penal*, que es materia de empeño materia aplicable al caso bajo análisis.

4.- El delito de colusión desleal en su texto originario[12] es entendido como un delito de resultado[13], es decir, se concreta en el momento en que se produce la defraudación a los intereses del Estado o organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico del Estado[14]; adicionalmente, se tiene que el marco punitivo para el citado delito fija los quince años como pena conminada máxima; siendo esto así, se advierte que el cómputo para la prescripción ordinaria de los recurrentes, en virtud, a lo establecido por el Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116[15] y por el último

6 Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 4900-2006-PHC/TC, fundamento 6 y Exp. N° 1964-2006-PHC/TC, fundamento 3.

7 PARIONA ARANA, Raúl. "La prescripción en los delitos contra la Administración Pública". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 31, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2010, p. 133.

8 El resaltado no pertenece al original.

9 La interpretación de la norma jurídica no provee a la aplicación de la misma.

10 RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima, p. 267.

11 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. B de F, Montevideo, Buenos Aires, p. 225.

12 **Artículo 384.-** El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subasta o en cualquier otra operación concierta en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta o empresa comendada por el Estado, concertándose con los interesados en los concursos, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido *con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.*

13 Indispensablemente del inicio de negociación como autor o partícipe.

14 La Corte Suprema sobre la consumación y el perjuicio defraudatorio ha precisado lo siguiente: "Para la configuración del delito de colusión ilegal, es necesario la concurrencia de los siguientes elementos: a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, c) mediante formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial" (Ejecutoria Suprema del 16 de mayo del 2003, Exp. N° 3611-2002-Huánuco).

15 Cuando se trata de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un extremo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años.

plenario del artículo 80 del Código Penal vigente, ora hasta los treinta años[16], fijándose así un nuevo marco temporal para el cómputo de la prescripción ordinaria, sin embargo, la misma se encuentra delimitada a la luz de lo previsto en el cuarto párrafo del artículo 80 del Código Penal[17], fijándose así un tercer y último plazo final para el cómputo de la prescripción ordinaria, esto es, que la misma no puede exceder los veinte años; en ese orden de ideas, habiéndose establecido un nuevo marco temporal para el cómputo de la prescripción ordinaria en el caso de los asesores corresponde señalar que la acción penal prescribirá extraordinariamente cuando el tiempo transcurrido sobrepase en una mitad al nuevo plazo ordinario de prescripción fijado, esto es, hasta los treinta años, en virtud a los fundamentos precedentes.

5.- En este orden de ideas, se colige del Dictamen Acusatorio que los hechos ocurrieron el interior de junio de mil novecientos noventa y cuatro, fecha en la que los directores y gerente general, miembros del Consejo Directivo de la Caja de Pensiones Militar Policial, habrían defraudado a la Caja concertando voluntades con Montesinos Torres, el broker MAR EGEO INVERSIONES S.A. –de propiedad del grupo "Venero-Dathurbura-Valencia"– y los directivos de GESSA INGENIEROS S.A. con la finalidad de aprobar la cancelación de la deuda contraída por esta última mediante la entrega de inmuebles que habrían sido sobrevaluados con respecto al precio real que tenían en el mercado inmobiliario de esa entonces, con lo que se habría consumado de esta forma el delito.

6.- Por otro lado, se tienen los argumentos esgrimidos por la defensa técnica de los procesados Arturo Ernesto Marquina González, Danfer Guillermo Suárez Carranza, Néstor Gustavo Tafur López, Jorge Raúl Esteban Klein Wagner, Carlos Gustavo Salcedo Williams y Enrique Demetrio Falcón Maldonado, quienes sostienen que a la fecha han transcurrido más de veinte años, por lo que habría prescrito la acción penal; sin embargo, pese a que ha transcurrido dicho periodo de tiempo, la acción penal aún no se encuentra prescrita toda vez que el plazo de Prescripción Ordinario de la acción penal es de veinte años (ver fundamento 4), y en aplicación del fundamento nueve del Acuerdo Plenario Nº 9-2007 que señala: *"(...)... el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de la libertad siempre será de veinte años (...) No obstante, es de destacar que todos límites excepcionales solo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal; no afectan en nada, ni mucho menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal...".* **quedando totalmente acturado este punto, se tiene que a la actualidad no ha transcurrido el plazo ordinario ni extraordinario de prescripción para los recurrentes.**

16 En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica.

17 La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

7.- Que, de otra parte concierne al estado del proceso, de la revisión de autos se advierte que el representante del Ministerio Público ha emitido su Dictamen Acusatorio, obrante a fojas tres mil novecientos cinco a tres novecientos veinte y ocho, el mismo que ha sido objeto de control de acusación mediante las resoluciones obrantes a fojas cuatro mil noventa y ocho a cuatro mil noventa y nueve y cuatro mil ciento ochenta y ocho (reverso) respectivamente, estableciéndose que las omisiones realizadas en el Dictamen Acusatorio han sido subsanadas, por lo que, corresponde emitir el Auto Superior de Enjuiciamiento.

En consecuencia, y en base a los fundamentos precedentemente expuestos, mi voto es porque:

Se **DECLARE: INFUNDADAS** las excepciones de prescripción deducidas por los defensas de los procesados Arturo Ernesto Marquina González, Danfer Guillermo Suárez Carranza, Néstor Gustavo Tafur López, Jorge Raúl Esteban Klein Wagner, Carlos Gustavo Salcedo Williams y Enrique Demetrio Falcón Maldonado sostuvieron que bajo

HABER MÉRITO para pasar a juicio oral contra Vladimiro Montesinos Torres como instigador; Isaías Alberto Figueroa Escalante, Javier Manuel Revilla Palomino, Alfonso Máximo Baldeosa Tuvez, Danfer Guillermo Suárez Carranza, Mario Antonio Rodríguez Huerta, Enrique Demetrio Falcón Maldonado, Carlos Gustavo Salcedo Williams, Segundo Francisco Arana Laos, Jorge Raúl Esteban Klein Wagner, Arturo Ernesto Marquina González y Néstor Gustavo Tafur López como coautores; y contra Víctor Alberto Venero Garrido, Juan Silvio Valencia Rosas, Alberto Espantoso Pérez, Ricardo Gómez Ríos, Germán Díaz Portugal y María Mercedes Cuadros Dueñas de Díaz como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública - **COLUSIÓN DESLEAL**, en agravio del Estado - Caja de Pensiones Militar Policial; **SEÑALÁNDOSE** fecha y hora para el inicio del juicio oral.

PLACENCIA RUBIÑOS
Juez superior

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

¿Qué aspectos deben ser reevaluados en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal, prevista en el artículo 339° del CPP y que fundamentos o alternativas pueden plantearse al respecto?

ALCÓCER POVIS, Eduardo. "¿Qué aspectos deben ser reevaluados en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal, prevista en el artículo 339° del CPP y que fundamentos o alternativas pueden plantearse al respecto?".

¿QUÉ ASPECTOS DEBEN SER REEVALUADOS EN TORNO A LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 339° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, Y QUÉ FUNDAMENTOS O ALTERNATIVAS PUEDEN PLANTEARSE AL RESPECTO?

Por Eduardo Alcócer Poma

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Mediante el art. 339.1 del NCPP se establece que un efecto de la formalización de la investigación preparatoria es la **suspensión del plazo de prescripción de la acción penal**. A propósito del I Pleno Jurisdiccional Supremo Extraordinario en materia penal se ha planteado la siguiente pregunta: ¿dicha norma regula un supuesto de interrupción o de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal?

II. ANÁLISIS

2. Considero que la formalización de la investigación preparatoria debe tener como efecto la **interrupción del plazo de prescripción**. Los motivos son los siguientes:

   - La posibilidad que tiene el Estado de ejercer la acción penal contra una persona supone para él o ella un permanente riesgo de castigo. La prescripción anula dicha posibilidad de persecución por el mero transcurso del tiempo[1]. La prescripción se funda en la función que cumple el Derecho penal: la de ejercer *ius puniendi* **por razones de necesidad**. El fundamento de la prescripción es, *pues tanto*, que el paso del tiempo diezca la *necesidad de pena*.

   - La prescripción es una institución propia del Derecho Penal sustantivo. Así, en el Acuerdo Plenario N.2008/CJ-116, F.J. 10 se menciona que: "La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico voluntario puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal"[2]. Además, en cuanto al fundamento de la prescripción de la acción penal se afirma que [con razón] en "la falta de actualidad de tales hechos los acontecimientos que en el tiempo pasó del pasado no pueden ya peligrar el mundo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción" [se cita: Ramón Ragués y Vallés, La prescripción penal. Fundamento y aplicación. Barcelona, 2004, p. 42]. Asimismo, en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, F.J. 31.B se indica lo siguiente: "[Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los exigentes consagrados de la prescripción penal"[3].

     De esta forma, no concordo y tengo en desacuerdo en el Código Penal (arts. 80 y ss). Por ello, cualquier duda concluida a la aplicación de dicha institución debe resolverse utilizando como fuente la norma sustantiva.

   - El art. 339.1 del CPP al utilizar el término suspensión de la prescripción penal por la mera formalización de la investigación preparatoria, se aleja de lo dispuesto por el art. 84 CP que regula los supuestos de suspensión del plazo de prescripción: "si el comienzo o la continuación del proceso penal *dependiese* de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido". El inicio de formalización de la investigación preparatoria no da origen al proceso (no es otro procedimiento) y no provoca resolver una cuestión determinante para el comienzo o continuación del mismo.

   - *En resultado en el art. 339.1 del CPP se advierte* a un supuesto de interrupción del plazo de prescripción (art. 83 CP), el mismo que se presenta ante la actuación (*actos procesales*) del Ministerio Público[4]. Esta interpretación es seguida por un sector de la doctrina[5] y de la jurisprudencia penales[6].

   - ¿Además que lo regulado en el art. 339.1 CPP es una causal de interrupción de la prescripción de la acción penal y no de suspensión de la misma afecta el principio de legalidad y de interpretación literal de las normas penales? Esto claro que si se utilizara el método literal para la interpretación de las normas penales, el margen de discusión del contenido del mencionado dispositivo legal [art.339.1 CPP] sería nulo: la mención de una causal de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Sin embargo, entendiendo que *tal tenido* de la norma pues sino se nos encontraríamos frente a una prohibición de comportamiento con la norma penal (art. 84 CP) lo observamos a partir de una interpretación teleológica y sistemática de la misma[7]. Estos métodos de interpretación nos lleva a decir que lo allí regulado es un supuesto de "interrupción" del plazo de prescripción.

     En efecto, como advertimos antes, el formalizar la disposición de investigación preparatoria no constituye una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal tal como se explica en el art. 84 del CP (interpretación sistemática), debe ser interpretada

---

[1] La prescripción, "dicho en pocas de otra manera, es la renuncia jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones". Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos y la renuncia del Estado al ius puniendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, considerado ajustes necesario social de la misma" (Exp. 1401-2005-HC/TC). En mismo, mediante la prescripción "se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con ello, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo" (Exp. 5527-2005-HC/TC).

[2] Por ejemplo: a) La cuestión previa prevista en el art. 4 del CPP, b) La cuestión prejudicial prevista en el art. 5 del CPP, c) El conflicto constitucional previsto en el art. 99 de la Constitución, y d) El desafuero previsto en el art. 93 de la Constitución". Cuando en el art. 84 CP se menciona a "otro procedimiento", se hace referencia a uno vía administrativa o judicial distinta al propio proceso penal en el cual se cita invocando la prescripción.

[3] Art. 83 CP: "La prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público...".

[4] Tomás Gálvez Villegas sostiene que: "conviene que el legislador ha confundido los conceptos de suspensión con interrupción, y lo que sostenemos la aquella es sobrevive a interrumpirse y no a suspenderse". Y es que "la actuación del Ministerio Público, en este caso, solicitando fundamentar la investigación preparatoria (con la cual da cuenta al juez de dicho derecho) cumple claramente en el supuesto de interrupción". Afirma que habría una contradicción entre lo regulado en el art. 339.1 CPP y en el art. 83 CP: "existiendo ante una ambivalencia jurídica, se tendrá que determinar cuál es la norma aplicable al caso, y creando a que la prescripción es una institución de carácter sustantivo, la norma previsión para su regulación es el Código Penal". Vid. GÁLVEZ VILLEGAS y otros. El Código Procesal Penal. Lima, 2000. P. 431. Pérez Cárdenas Noyra sólo que: "el legislador ha equivocado conceptualmente al utilizar 'suspensión'". JUNA CARRERA PRETEL, Alonso Marco Código Procesal Penal. Tomo II. Lima, 2007, p. 568. Pastor Cueva sostiene que: "un resultado correcto que el art. 339.1 CPP de 2004 contempla la formalización de la investigación preparatoria como una causa de suspensión de prescripción extraordinaria, pues admite la formalización no es más que la actuación del Ministerio Público que genera que la acción penal [...] lo que sujeta el art. 83 de nuestro CP, es una causal de interrupción". Vid. PASTA CUEVA. Investigación preparatoria y etapa intermedia. Lima, 2010, p. 85.

[5] Vid. Resolución N° 9 (Expediente 4924-2008-19), del Tercer Juzgado Penal de Investigación preparatoria de Trujillo. Asimismo, el Pleno Jurisdiccional de la Corte Superior de la Libertad, del año 2009.

[6] En la STC N° 3299-2005-HC/TC STC N° 3299-2005-AA/TC el Tribunal Constitucional se pronuncia categóricamente por la interrupción del método literal en el ámbito constitucional. En materia de derecho fundamentales, el operador judicial no puede recurrir en decisiones importantes únicamente en una interpretación literal de una o más principios constitucionales, ya que esta vía la solución de tales conflictos no con todos puede resolverse apelándose a con criterio de interpretación".

como una causa de interrupción (pues se fundamenta en la actividad del Ministerio Público), tal como emerge del art. 83 CP (interpretación sistemática).

- Por otro lado, a pesar que los procesos regulados por los nuevos del Nuevo Código son más cortos, lo cierto es que dicha característica en nada afecta o debería de afectar la normal aplicación de la prescripción. Si bien el NCPP en vigor en nuestro ámbito de aplicación, lo cierto es que este dispositivo normativo como tanto tiempo, a la finalidad, por economía procesal, de acelerar el tiempo de los procesos. A diferencia de la prescripción que constituye un derecho para el ciudadano de un pronunciamiento pronto de persecución y de sanción penal (seguridad jurídica) cuando la misma ya no sea necesaria, limitando la potestad punitiva del Estado.

- En todo caso, en virtud de los principios que regulan la interpretación extensiva (*pro homine* y *pro libertati*), esta debe prevalecer siempre como norma promotora de los derechos, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. En esa medida, lo establecido en el art. 339 del NCPP debe de ser interpretado como una causa de interrupción de la prescripción de la acción penal, conforme al art. 83 del CP, que incluya entre los cuales a las actividades del Ministerio Público, como se aquella antes. El fundamento normativo de esta afirmación lo tenemos en el art. 159.11 de la Constitución Política del Perú: "Son atribuciones y deberes de la función jurisdiccional: [...] La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales".

- La suspensión del plazo de prescripción con el solo inicio de la investigación preparatoria, desde el punto de vista político criminal, deja un mensaje aberrante a un estado de Estado garantizador de derechos: la seguridad preocupación mínima puesta sobre los derechos de los procesos. Mas allá que el nuevo modelo procesal penal promueve la celeridad de los procesos, el carácter de la prescripción se fundamenta en el derecho que toda persona tiene a no ser perseguido o sancionado cuando por el transcurso del tiempo se advierta la falta de necesidad de pena.

Lima, 27 de febrero de 2012

[1] Código Procesal Penal colombiano, en su art. 292, establece que: "La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación". Al respecto, el art. 86 del Código Penal ibi dicha para describir la oportunidad: "La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación". Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del establecido en el artículo 83 [...]".

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

ALCÓCER POVIS, EDUARDO. "PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN". PÁG. 1 – 18. [EN INTERNET]. CONSULTADO: 17/05/16
ENLACE EN:
HTTP://WWW.INCIPP.ORG.PE/SITES/DEFAULT/FILES/DOCUMENTOS/ARTICULO_PRESCRIPCION-16-PENAL--2014.PDF

PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Eduardo Alcócer Povis[*]

I. APUNTE PREVIO

1. La prescripción de la acción penal es uno de los temas más controvertidos en el escenario jurídico nacional. Son diversas las posturas que se han plasmado a las cuestiones que van desde su ubicación sistemática hasta los problemas de aplicación en casos concretos (continuada o en los delitos de infracción de deber). A continuación se presentará un resumen del debate y mi posición al respecto.

II. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

2. El tiempo es un dato de la realidad que tiene efectos normativos. Por ejemplo, según nuestra legislación, una persona es reincidente solo cuando, dentro de los cinco años inmediatos desde su excarcelación, vuelve a cometer un delito doloso. Al verificarse la situación de reincidencia, el juez puede agravarle la sanción en una mitad por encima de la pena máxima establecida por el legislador para el delito cometido (art. 46-B del Código Penal). Esta sanción más grave se fundamenta en la *mayor peligrosidad objetiva* mostrada por el delincuente al volver a cometer un delito, dentro de un plazo determinado. De ese modo, el tiempo (5 años desde que fue excarcelado) es un criterio que permite a la autoridad afirmar y —con ello— desvalorar la peligrosidad del sujeto y legitimar una pena más severa. De otro lado, el tiempo también es un elemento a tener en cuenta al momento de determinar la legitimidad o no de un proceso. Así, un proceso llevado a cabo en un plazo irrazonable resulta ajeno a un Estado Social y Democrático de Derecho.

   Ahora bien, el paso del tiempo también cumple un papel configurador de la necesidad de intervención del Estado a través de un proceso y de una pena. La acción penal prescribe, de manera ordinaria, cuando ya ha superado el *plazo ordinario* de la pena abstracta del delito materia de cuestión (art. 80 del CP). Y se toma en cuenta el plazo máximo de la pena abstracta sumado en una mitad, cuando se incurra en una causal de interrupción, como lo es la actuación del Ministerio Público (art. 83 del CP). Y es que, en líneas generales, el Estado no tiene *de modo permanente* la potestad de perseguir y sancionar a una persona por un supuesto delito cometido. Existe un plazo que se presenta como una barrera *para el ius puniendi*.

3. En cuanto a los fundamentos de esta institución, tradicionalmente las posturas se han definido entre las teorías procesales y las teorías materiales. ¿Se trata de un instituto procesal o un instituto material? o, lo que es lo mismo, ¿estamos ante una causa de extinción de la "acción penal" o de la responsabilidad penal ("del delito")?[1]. En la actualidad esta discusión es abordada desde una perspectiva funcionalista, la misma que lleva a decir que las diversas instituciones que fundamentan la imposición de la pena comparten fines comunes, en especial, el de la necesidad de pena[2]. La *necesidad de pena* dota de unidad a los presupuestos de la pena —"atribuibilidad" diferenciados en materiales y procesales—[3].

4. En esa línea, considero que la prescripción se fundamenta en el decaimiento la *necesidad de pena* por el paso del tiempo. La prevención general y la prevención especial se ven mermadas hasta extinguirse por motivos temporales. El "llamado de la norma" tiene una actualidad determinada a los efectos intimidatorios[4], mientras que la resocialización del individuo solo puede operar en un tiempo circunscrito.

---

[*] Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado al Instituto de Ciencia Procesal Penal. Abogado integrante de Estudio Oré Guardia.

[1] Aunque el legislador pareciera decir en el art. 80 CP: "la acción penal prescribe...", perfectamente puede interpretarse "el delito prescribe...", por lo que ello no puede considerarse una opción sobre la naturaleza procesal de la institución de la prescripción.

[2] Cfr. GILI PASCUAL, Antonia: *La prescripción en Derecho Penal*, Prólogo de Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Aranzadi, 2000, p. 63. En sentido similar: GONZÁLEZ TASIA, María Isabel: *La prescripción en el Derecho Penal*, Madrid, Dilynson, 2005, p. 111.

   Sin perjuicio de lo antes indicado, podría decirse que para la Corte Suprema de Justicia del Perú la prescripción es una institución propia del Derecho Penal sustantivo. Así, en el Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, F.J. 10 se menciona que: "La *ratio* de la prescripción en el ordenamiento jurídico nacional puede explicarse de manera introductoria si se toma en cuenta la función del Derecho penal". Además, en cuanto al fundamento de la prescripción de la acción penal se advierte que este radica en "la falta de necesidad de tales fines [los constitucionales que ya hemos visto] del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido hoy día que justifique su sanción" [*sic* cita: RAMÓN RIBAYA Y VILLEN, *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004, p. 45]. Asimismo, en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, F.J. 31-B se indica lo siguiente: "Desde institución sustantiva esta respuesta no es mayor de la *necesidad de que no haya delitos impunes*, pero teniendo a los mismos encargados de la persecución penal". Hasta posición también la tiene el Tribunal Constitucional. En efecto, dicho organismo ha indicado que la prescripción, "desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos, a la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido hasta los efectos de la sublimación ocasionada ignora exigencia social de la misma" (Exp. 1805-2005-HC/TC). Es decir, mediante la prescripción "se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo" (Exp. 2525-2005-HC/TC).

[3] Existe posición que sostiene la prevención general positiva, que no se comparte, también se considera como el fundamento de la prescripción a la necesidad de pena: para que la pena pueda cumplir la función de asegurar la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma infringida, es preciso que la pena esté conectada a la infracción de la norma, conexión que queda debilitada con el paso del tiempo. En España asume esta postura GARCÍA PÉREZ, Octavio: *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 80.

5. En resumen, la posibilidad que tiene el Estado de ejercer la acción penal contra una persona imputa para él o ella un permanente riesgo de castigo. La prescripción anula dicha posibilidad de persecución por el mero transcurso de tiempo. Cumbreras señala la doctrina mayoritaria se basada en la función que cumple el Derecho penal: la de ejercer o no el *ius puniendi* **por razones de necesidad**.

6. ¿Cómo determinar la *necesidad de pena*? Esta se puede fijar teniendo en cuenta la gravedad del hecho. Así, según la legislación penal para adultos, el plazo de prescripción se duplica cuando se trate de delitos que afecten el patrimonio del Estado y que sean cometidos por funcionarios públicos (art. 80 del CP) o cuando se declara la imprescriptibilidad en los delitos contra la humanidad (Res. Legislativa N° 27998). Otro elemento que nos sirve para determinar la necesidad de pena son las características del agente: por ejemplo, si el agente es mayor de 18 y menor de 21 años o más de 65 años, el plazo de la prescripción se reduce a la mitad (art. 81 del CP).

III. LA DUPLICIDAD DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO COMETIDO POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

7. Respecto a la sustitución en el último párrafo del artículo 80 del CP (que es objeto de una parte del comentario), se tomará posición respecto a dos problemas interpretativos: ¿para determinar la ampliación del plazo de prescripción resulta exigible una relación funcional entre el *sujeto activo* cualificado (funcionario y servidor público) y el patrimonio del Estado? ¿Y qué debemos de entender por delito cometido contra el "patrimonio del Estado"?

8. El sentido de una determinada norma penal no solo se obtiene del significado literal o gramatical del precepto, sino también de su finalidad, ello da lugar a la llamada interpretación teleológica[1]. Este método de interpretación me parece el más adecuado para delimitar los alcances del último párrafo del artículo 80 CP.

[1] ROJAS VARGAS, Miguel. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Brosh, Barcelona, 1999, pp. 429-430. Considera que "...el tenor de la ley constituye sólo un referente en torno a lo que en el contexto cognitivo que ha de ser extraído de las normas: el texto no puede nunca comprender, ni penetrar, plenamente en su pensamiento. De ahí que una ulterioridad en el Derecho penal trascienda este sólo del texto literal, exclusivo una determinación de sentido contextual". En la STC N° 2196-2002-AA/TC EU N° 1320-2003-AA/TC el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la insoslayable del método literal en el sentido constitucional. Se indica que en materia de derechos fundamentales, el operador judicial no puede sustituir sus decisiones arquitectónicas básicamente en una interpretación literal de una o más preceptos constitucionales, ya que esta vía la relación de una constricción en una jurídica puede manifestar ambivalencia y una relación de interpretación. Asimismo, en el Acuerdo Plenario 1-2012 se indica que: "Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación se manifiesta a partir de una serie interpretación literal de la misma, ya que en la actividad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, la cual ordinariamente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes" (F.j. 18).

9. ¿Cuál es la finalidad de la duplicidad del plazo de prescripción indicado en el artículo 80 del CP? Endurecer el tratamiento penal del ciudadano que ostenta una función pública y que se encuentre vinculado al patrimonio del Estado, situación que lo obliga a cumplir deberes de aseguramiento del objeto material (patrimonio público) que representa el bien jurídico mediatamente protegido (correcto funcionamiento de la administración pública). A contrario, no es relevante que el funcionario o servidor público tenga una relación de hecho con el patrimonio del Estado, situación que sí bien es desvalorada por el derecho penal, no incrementa la necesidad estatal de perseguir y de sancionar penalmente el comportamiento.

10. La mayor gravedad de la conducta del sujeto activo que fundamenta la mayor necesidad de sanción prevista en el último párrafo del artículo 80 del CP (lo que explica la duplicidad del plazo de prescripción) no estriba, pues el agente no solo infringe una norma de prohibición general propia del cargo público ("no abusar de la función"), sino también una norma de mandato ("salvaguardar el patrimonio del Estado"), dada su vinculación estrecha y de deber con el bien jurídico mediato (correcto funcionamiento de la administración pública) y directamente protegido (patrimonio del Estado).

Por tanto, consideramos que el último párrafo del artículo 80 del CP exige un vínculo funcional (de deber) entre el sujeto activo y el patrimonio del Estado. En el Acuerdo Plenario 1-2010-CJ/116 F.j. 16, se indicó que: "Si el fundamento material de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre ellos. Tal fundamento exige que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado (...)".

En otras palabras, solo al sujeto debidamente cualificado (funcionario o servidor público que contenta un vínculo funcional de derecho con el patrimonio del Estado) se le puede duplicar el plazo de prescripción pues la necesidad de pena se ve incrementada cuando se presenta dicha circunstancia.

11. Por otro lado, respecto al concepto jurídico penal de "patrimonio público", este es entendido a partir de una noción amplia y funcional, como el disfrute o bienes puestos a la disponibilidad jurídica del Estado. Dichos bienes no tienen que ser necesariamente de propiedad pública, pueden ser también de propiedad privada "siempre y cuando estos últimos hayan ingresado, integrado, cerrado o se hallen temporalmente bajo poder de la administración pública en condición de disponibilidad jurídica"[2]. En el Acuerdo Plenario 1-2010-CJ/116, F.j. 18 se indicó que: "El patrimonio del Estado, particularmente del Estado o privado está

[2] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos contra la administración pública*. Lima, Grijley, 2007, p. 473.

constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio real o efectivo en la entidad estatal".

La pérdida de la disponibilidad jurídica del Estado de dichos bienes es la consecuencia característica de "los delitos contra el patrimonio del Estado". Situación que se presenta en tipos como el de peculado (art. 387 CP), en el que se sanciona el acto de apropiación por parte del sujeto cualificado de los caudales o efectos públicos puestos a su vigilancia o administración. Otro ejemplo es el delito de colusión desleal agravado (art. 384 CP) en el que el desvalor de resultado adquiere su plenitud con la lesión al patrimonio estatal producto del "negocio".

12. Sin embargo, existen otros delitos, como el de malversación de fondos (art. 389 CP), mediante el cual se tutela la regularidad y buena marcha de la administración pública sancionando la incorrecta aplicación de los fondos públicos al que se le da un "destino diferente" al previsto presupuestalmente. No se exige que el autor haya dispuesto para sí o para tercero de dichos bienes (esto es sancionado con el peculado), sino derivarlo a otro destino público o oficial. En otras palabras, no se exige que una afectación al patrimonio del Estado. Por tanto, en este delito, como otros, en los que no se ponga en riesgo o lesione el patrimonio del Estado (concusión, cohecho, negociación incompatible, etc.), no se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 80 del CP en su último párrafo.

IV. DECLARACIÓN DE CONTUMACIA Y PRESCRIPCIÓN: ¿DEBE EMITIRSE UNA RESOLUCIÓN EXPRESA QUE DECLARE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN?

13. En primer lugar, de acuerdo al tenor de la pregunta, se asume que la contumacia (regulada en la Ley N.° 26641)[7] "suspende" el plazo de prescripción, lo cual no emerge claramente de la norma[8] y es por demás discutido[9].

14. Sin perjuicio de lo antes indicado, y asumiendo preliminarmente que la contumacia "suspende" el plazo de prescripción de la acción penal, consideramos que de acuerdo a los principios *pro homine* y *pro libertatis*, la interpretación judicial debe procurar siempre una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio (ver STC N° 0015-2005-PI/TC y N° 0075-2004-AA/TC). Vale decir, en este caso, en lugar de optar por no exigir que el Juez declare expresamente en su resolución la suspensión de la prescripción del contumaz, se debe exigir que dicho pronunciamiento se realice. Con ello no solo se cumple el deber que tiene todo Juez de motivar las resoluciones judiciales que emite (toda aun las que restringen derechos[10]), sino también se garantiza el mensaje comunicativo de la decisión judicial dirigido al contumaz, quien conocerá los efectos más aflictivos de su actuar "evasivo".

15. La resolución judicial que declara la contumacia "tiene una naturaleza constitutiva, ya que por ella se crea el estado de ausente o contumaz"[11], el que debe ir ligado no solamente, según sea el caso, la adopción de medidas provisionales personales, sino también la declaración expresa de la suspensión del plazo de prescripción. Lamentablemente este tema no fue tratado en los recientes acuerdos plenarios.

V. ¿QUÉ NORMA RIGE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CASO DE FALTAS? ¿EL ARTÍCULO 440.5 DEL CP O LAS REGLAS GENERALES DE LA PARTE GENERAL DEL CP?

16. La prescripción en caso de faltas está regulada en el artículo 440.5 del CP. Y en él se establece un plazo de prescripción corto (1 año) en orden a la menor reprochabilidad de la conducta del sujeto infractor. Lo contrario sucede con lo dispuesto en el artículo 80 del CP, que establece, entre otras cosas, que "la

[7] En el artículo 1 de la Ley 26641 se usa indistintamente los términos "interrupción" y "suspensión". "Interpónese que la vía ordinaria que, tratándose de contumacia, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehuye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. Sin embargo dicha interrupción no puede determinar el carácter imprescriptible de la acción penal, que tiene rango constitucional, por lo que la ley nacional resulta incompatible con la Carta Magna y atenta contra el derecho de defensa del procesado".

[8] Aunque el TC se decanta por considerarlo como causa de suspensión, vid. STC 1279-2010-HC/TC.

[9] Respecto al carácter restrictivo de la contumacia, la Corte Suprema de Justicia de la República ha adoptado un entendimiento excluyente respecto de la constitucionalidad de la Ley de Contumacia a la luz de sus varios pronunciamientos, por lo demostrado las consultas elevadas por parte de las Cortes Superiores de la República, en las que se versó el artículo 139 de la Constitución Política los jueces han preferido o simplemente la Ley 26641 por ser incompatible con las normas y principios que disponen nuestra Carta Constitucional vigente. De este forma se el Expediente N° 840-2006 La Libertad del 31 de mayo del 2006 la máxima instancia judicial ha defendido el rango constitucional de la prescripción penal, tratando antes sus fundamentos: "El artículo 1 de la Ley 26641, interpretó por la vía auténtica que, tratándose de contumacia, el principio de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, los mismos que operan desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehuye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. Sin embargo dicha interpretación pretende desconocer el carácter prescriptorio de la acción penal, que tiene rango constitucional, por lo que la ley nacional resulta incompatible con la Carta Magna y atenta contra el derecho de defensa del procesado". Igualmente, en el Expediente N° 2383-2005-Arequipa del 25 de enero de 2006 en relación a otra consulta sobre un proceso por el delito de contumacia, se ha argumentado que dicha figura delictiva contravenía el principio de la observancia del debido proceso, "cuando establece que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto del previamente establecido por ley, y agrega: "El denominado delito de contumacia desconoce el carácter prescriptorio de la acción penal, el cual tiene rango constitucional, por cuanto dicha circunstancia resulta imputable al Estado, el cual después de mucho tiempo no puede pretender hacer valer el encausado una exposición que ya pasó al olvido; y asimismo también vulnerara con el principio de lesividad, pues dicha acción no ha provocado de manera clara cual es el bien jurídico que se lesiona cuando quiso ser respetado por la autoridad jurisdiccional al acusar de la acción de la justicia", posturas que ha sido reproducida en las consultas correspondientes a los Expedientes N° 2355-2005 y 3191-2005 del 24 de enero del 2006 tratados de la misma ciudad. Vid.: GONZALES VALENCIA, Arnao Francisco. Exp. C/Documents and Setting/carlosm/Configuración local/Archivos temporales de Internet/Content.Outlook/2J1YAVM0/Articulo0743(1).htm.

[10] Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116 F. j. 8.

[11] Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116 F. j. 8.

acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad". En el mismo sentido el artículo sesenta de la Parte General del CP, son disposiciones medida no aplicables a los comportamientos contemplados en los artículos 441 al 443 del CP. En tanto la dispuesto en el artículo 83 del CP, que regula la prescripción ejecutoriada de la acción penal, para mediados dicha norma se permite a los responsables del procedimiento penal tener más tiempo tiempo humano para culminar su trabajo, extendiéndose el efecto perjudicial de la extinción penal en una mitad del máximo de ejecutar fijado por la ley.

11. En la segunda parte del artículo 4463 del CP se indica que en caso de reincidencia, la acción penal prescribe a los diez años. Este término del plazo de prescripción responde a la actual tendencia legislativa de endurecer la respuesta penal al comportamiento criminal que el reincidente, quien al cometer a distinguir especial en desprecio no sólo a la norma colectiva que el hecho realizado, sino también a la potencia condena recaerá, demostrado una mayor peligrosidad.

12. Más allá de la legitimidad de la determinación de la consecuencia el ordenamiento jurídico penal nacional, es importante preguntarse si para ampliar el plazo de prescripción de los delitos el "concurso" es necesario sometarse a lo dispuesto en el artículo 50 del CP, que describe la reincidencia como agravante de la pena. Un acuerdo el artículo 50 del CP, la reincidencia quien "después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurra en nuevo delito doloso en un lapso que no exceda de cinco años tras la condición de reincidente. Esta igual condición quien haya sido sentenciado por la comisión de tres delitos (...)".

13. Es de valer que esta disposición ubicada el carácter de reincidente a quien haya cumplido dolosa y a quien haya cometido tres años. En este mismo caso en el cual el agente haya sido privado (parcial o totalmente) de la libertad. Y en que en el caso de falso, la regla general es que debas cometerse en un lapso no mayor a cinco años tras haber cumplido (parcial o totalmente) de la libertad. Y en que en el caso de falso, la regla general es que debas cometerse en un lapso no mayor a cinco años tras haber cumplido (total) en cinco de privación de libertad. Estas condiciones no son para efectos de los artículos 80 y 441 CP se pueden la extensión a dicha pena. Por tanto, la disposición en el artículo 4463 complementa el mismo contenido del artículo 4464 CP respecto al principio de "reincidencia", esto es la respecto de que el agente haya "cumplido" la sanción penitente en una oportunidad. Así también se ha indicado en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, f. j. 12: "La reincidencia en delitos se produce cuando quien habiendo sido condenado mediante sentencia firme por un delito doloso, comete luego de que se produzca la primera sobrepasa distancia en la comisión de una nueva falta. En tanto plazo de una verdadera de reincidencia dicta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta".

VI. ALCANCES DEL ARTÍCULO 339-1 DEL CPP 2004 QUE DISPONE LA SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: EXAMEN DE ANTE LA DISPOSICIÓN DE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

14. Mediante el artículo 3331 del CPP 2004 se establece que en virtud de la formalización de la investigación preparatoria se **suspende el plazo de prescripción de la acción penal**. Sin embargo propone: ¿dicha norma regula un supuesto de interrupción o de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal?

En un inicio, la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario Nº 01-2010/CJ-116, contenido en el art. 339-1 CPP 2004 se regula que "suspende el plazo, debiendo a la privación en el artículo 80 del Código Penal, que dice así: el tiempo transcurrido entre la formalización de la investigación preparatoria hasta la culminación del proceso con una sentencia o auto de sobreseimiento judicial que la ponga fin, o en su caso hasta que sea suspendido la orden del requerimiento del Fiscal". A criterio de este precedente vinculante, dicha "suspensión del proceso" se interrumpe del derecho al plazo razonable del proceso, pues la persecución en una administración del Estado, pero no se detiene del supuesto en donación del interés social en la persecución del delito.

A pesar de lo expresado por la Corte Suprema, la discusión sigue abierta. En un contexto similar, a propósito del Primer Pleno Extraordinario en materia penal, el Acuerdo Plenario Nº 3-2012/CJ-116, en el que se concluye que "el artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, los cuatro supuestos en el artículo 83 del Código Penal vigente. El artículo 83 del Código Penal integrará las tres categorías de interrupción en una misma por el inciso 1 del artículo 339 del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes porque dentro y una misma institución pues como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. **No existe inconveniente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo sucesivo, posible e alternativo**" (F. j. 10). En mismo sentido que "la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339 inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de un tiempo ordinario equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo**" (F. j. 11).

Sin embargo, considero que con el Acuerdo Plenario Nº 3-2012/CJ-116 se creó "seguridad" en supuesto de interrupción del plazo de prescripción y no de suspensión de la misma, ya que se mantiene dispuesto de la "seguridad del Ministerio Público" en cuanto la disposición de formalización de investigación

proporcionales, tal como se establece en el artículo 33 CP[1]. Esta regla, a la cual nos referiremos en el punto siguiente (Sección 4ª 3.1.1.1.1.1.1.1), no es el que le indica que a mayor gravedad de un supuesto de "suspensión", se necesitará un mayor plazo determinado para la prescripción. ¿Cuál es dicho plazo? El equivalente a la suma del plazo ordinario de prescripción más su mitad. Es decir, el mismo plazo que establece el Código Penal español para los casos de interrupción del plazo de prescripción (art. 33.2 CP)[2].

Asimismo, se hace la remisión en la Cláusula nº 5(1).1.1.1.1 a la Sección 401 en el que se establece en los considerandos 4.10 y 4.11, que la suspensión del curso de la prescripción por la Constitución de la Investigación Preliminar (art. 134º del CPP) "no puede prolongarse más allá de un tiempo razonable considerando el plazo ordinario más otra mitad de dicho plazo (...) tanto así que la suspensión del plazo prescriptivo no es indefinida e ilimitada". Considera que anteriormente se desarrolla un supuesto de interrupción de la acción penal en lo concerniente.

11) En buena cuenta, la fundamentación de la sentencia propuesta debe tener como resultado la **interrupción del plazo de prescripción**[3], por lo que no debe tomar en cuenta el artículo 83 CP (la mitad en cuanto al plazo ordinario de prescripción más su mitad, ¿analógicamente dentro de la regulación concreta del hecho criminal?). Las razones son los siguientes:

- En el artículo 339.1 del CPP 2004, el legislador establece la suspensión de la prescripción penal por la única diligencia de la investigación preparatoria. Esta disposición es contraria a lo dispuesto por el artículo 84 CP, que regula los supuestos de suspensión del plazo de prescripción de la

[1] Sobre ello, en jurisprudencia, ver, en la Casación nº 383-2020 Lima en el considerando Cuarto: Debemos precisar que la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal a través de actuaciones del Ministerio Público establecido en el artículo 83 del CP, en concordancia con el artículo 339 del CPP, no puede ser entendida como una interrupción del plazo de prescripción de la acción penal, pues, conforme lo establecido en el artículo 84 del CP, la interrupción de la prescripción de la acción penal opera cuando el agente comete un nuevo delito doloso dentro del plazo ordinario de prescripción de la acción penal, o cuando el agente es procesado o sometido a medida coercitiva dictada en su contra, lo que no ocurre en el presente caso.

[2] Como explica Silva Sánchez, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed. 2011, p. 1017: "Si el plazo de prescripción ordinario es de 10 años, la mitad de dicho plazo son 5 años. Pues bien, si se produce una interrupción del plazo de prescripción, el nuevo plazo ordinario de prescripción será de 15 años, y la mitad de dicho plazo son 7 años y 6 meses. Pues bien, el plazo máximo de prescripción será en este caso de 22 años y 6 meses".

[3] Sobre ello, en jurisprudencia, ver, en la Casación nº 383-2020 Lima en el considerando Cuarto: Debemos precisar que la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal a través de actuaciones del Ministerio Público establecido en el artículo 83 del CP, en concordancia con el artículo 339 del CPP, no puede ser entendida como una interrupción del plazo de prescripción de la acción penal, pues, conforme lo establecido en el artículo 84 del CP, la interrupción de la prescripción de la acción penal opera cuando el agente comete un nuevo delito doloso dentro del plazo ordinario de prescripción de la acción penal, o cuando el agente es procesado o sometido a medida coercitiva dictada en su contra, lo que no ocurre en el presente caso.

[4] Ver, Acuerdo Plenario nº 1-2010/CJ-116 (en el que se indica que a mayor gravedad de un supuesto de "suspensión", se necesitará un plazo determinado para la prescripción. ¿Cuál es dicho plazo? El equivalente a la suma del plazo ordinario de prescripción más su mitad. Es decir, el mismo plazo que establece Código Penal español para los casos de interrupción del plazo de prescripción (art. 33.2 CP)[2].

Asimismo, se hace la remisión en la Cláusula nº 5(1).1.1.1.1 a la Sección 401 en el que se establece en los considerandos 4.10 y 4.11, que la suspensión del curso de la prescripción por la Constitución de la Investigación Preliminar (art. 134º del CPP) "no puede prolongarse más allá de un tiempo razonable considerando el plazo ordinario más otra mitad de dicho plazo (...) tanto así que la suspensión del plazo prescriptivo no es indefinida e ilimitada". Considera que anteriormente se desarrolla un supuesto de interrupción de la acción penal en lo concerniente.

11) En buena cuenta, la fundamentación de la sentencia propuesta debe tener como resultado la **interrupción del plazo de prescripción**[3], por lo que no debe tomar en cuenta el

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

12. [illegible]

VII. LA PRESCRIPCIÓN Y LA COMUNICABILIDAD DE LA SITUACIÓN ESPECIAL A LOS *EXTRANEUS*

13. [illegible]

14. [illegible]

15. [illegible]

[illegible]

[illegible] el efecto de la exclusión del atenuante de la preterición, pues sólo así se va conseguir una justicia justa y un equilibrio exacto en relación a la igualdad de la participación del agente". Esta posición, empero, puede entenderse subsumida con la regulación prevista en el artículo 66 CP que establece lo siguiente: "La preterintención será castigada si la consecuencia agravadamente para cada uno de los partícipes del hecho delictivo" (F.J. 17).

Las plazas de principales, en el caso de los extraneus, la extraneidad de la pena atribuida a los autores en los tipos de la parte especial en cuanto los extraneus al sujeto que la pena extraordinaria al delito (privativo por el tipo — delitos de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII del Libro Segundo del CP —) para para los efectos del artículo de la prescripción así en los extraneus el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les afecta la circunstancia agravada que sólo concurrirá en ellos" (F.J. 18).

En buena cuenta, tal capítulo (funcionarios públicos) no puede comunicarse al resto de los partícipes. Interpretar lo contrario atentaría contra el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad, pues se haría responder más gravemente a una persona por una conducta que no cometió.

35. Por otro lado, cuadra igualmente la posición que se asume en el Acuerdo respecto a la conceptualización de los llamados *delitos de infracción de deber*. Así, se indica lo siguiente: "El autor del delito —de infracción de deber— no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que tenga un status especial o asuma una vinculación exclusiva con el sujeto sobre la titularidad del bien que asume. La titularidad del status o vinculación es esencial, una independiente del dominio de la conducta típica que no tiene ningún reconocimiento jurídico, para el fundamento con conexión por la posición que detenta en relación al delito contra que la conseguida, conducta consumatoria con unidad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su cuidado. En este supuesto, por ejemplo, deberá ubicarse correctamente del patrimonio estatal que administra" (F.J. 9).

Esta posición se adscribe a la diferenciación dogmática entre autor de dominio y de infracción de deber: "El punto de partida dogmático con dado que se categoría de estos delitos de infracción de deber. Acertadamente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su consumación, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, secuestro, delitos contra [illegible] —denominados delitos de dominio—. Sin embargo, también existen tipos legales que exigen un dominio para su configuración y se fundan a partir de la infracción de un deber especial que la corresponde a la función del autor —relacionado y atentado de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos—" (F.J. 9).

El contrario, se sigue a Roxin, quien define un tipo a criterios materiales de imputación, a los delitos de dominio y a los delitos de infracción de deber. A los primeros le corresponde quien tiene en dominio del acontecer típico, mientras que en los segundos se fundamenta en la infracción de un deber especial impuesto por el ordenamiento jurídico. Así, en los delitos de infracción de deber, la autoría se determina en función a la infracción de un deber especial, mientras que en los delitos de dominio, la autoría se determina en función al dominio del hecho. Por ello, en los delitos de infracción de deber, la participación es accesoria, mientras que en los delitos de dominio, la participación es principal. Por ello, en los delitos de infracción de deber, la participación es accesoria, mientras que en los delitos de dominio, la participación es principal.

Al respecto, se sigue a Roxin, quien define un tipo a criterios materiales de imputación, a los delitos de dominio y a los delitos de infracción de deber. A los primeros le corresponde quien tiene en dominio del acontecer típico, mientras que en los segundos la responsabilidad penal se los atribuye en función a la infracción de un deber especial impuesto por el ordenamiento jurídico. Así, en los delitos de infracción de deber, la autoría se determina en función al dominio del hecho. Por ello, en los delitos de infracción de deber, la participación es accesoria, mientras que en los delitos de dominio, la participación es principal. Por ello, en los delitos de infracción de deber, la participación es accesoria, mientras que en los delitos de dominio, la participación es principal.

En el Acuerdo se deja de lado la posición jurisprudencial, la misma que subsiste los fundamentos de diferenciación de la autoría propuesta por Roxin, estableciendo los delitos de dominio como diferentes de infracciones de deber, en cuanto de imputación y a los delitos de infracción de deber como pertenecientes de comprensión homogénea[1]. "Aquí el deber se asigna al obligado especial, no para que simplemente "no dañe", sino para que "fortalezca y promueva algunos los bienes jurídicos frente a los peligros usuales de peligro o de lesión".

37. Además, se pone en claro que para la comisión de los delitos funcionariales no sólo se necesita comprobar la cualidad del autor, sino los otros requisitos típicos, como la "vinculación funcional" con el objeto. Por ejemplo, se absuelve el caso del delito de peculado con 387 CP): "En consecuencia, el funcionario o servidor público, en tanto se cuente su responsabilidad penal se cumplan en la ejecución del delito, cumpla con el deber de función contra la Administración Pública, sea genérico —abuso real— [illegible] propiamente que también se requieren para determinar la autoría de cada sujeto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige conocer el vínculo funcional con el objeto" (F.J. 10).

38. Por otro lado, se resalta la nota de la cualidad del autor de imputación, para fundamentar la responsabilidad del partícipe extraneus. "Este tipo de delitos muestran el círculo de autores —como se sabe—, para la admisión la participación del extraneus que no posee esa obligación especial, sino partícipe, inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional asume un criterio dominante y homogéneo la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del extraneus. Esta posición, asumida la siguiente: A. Un extraneus hace su aporte en relación bajo dos tipos penales diferentes. B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y cometerlo con el título

[1] Cfr. Roxin, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Madrid, 1998.

[2] Cfr. Caro John, José: Ob. cit., p. 1. "Además, recientemente sobre los delitos de infracción de deber", en: Revista Oficial del Poder Judicial, Año 1, N° 1, 2006, pp. 1-2. "Los delitos de infracción de deber son aquellos en los que el autor es el sujeto que tiene un deber especial frente a un bien jurídico, de tal manera que la realización del tipo consiste en la infracción de ese deber".

VIII. EXCURSO: LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

IV. APUNTE FINAL

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

La suspensión de la prescripción en el Código Procesal penal de 2004 según el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-166 – La consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 del NCPP

PARIONA ARANA, Raúl. "La suspensión de la prescripción en el Código Procesal penal de 2004 según el Acuerdo Plenario Nº 03-2012/CJ-166 – La consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 del NCPP". Pág. 1 – 12. [En Internet]. Consultado: 18/05/16. Enlace en: http://www.gaceta.pe/media/articulos/3_RPA_Pariona_Abogados_Prescripcion_en_el_Acuerdo_Plenario_03-2012.pdf

La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116 – La consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP.

Prof. Dr. iur. Raúl Pariona Arana
Socio del Estudio Pariona Abogados.
Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de San Martín de Porres y Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania).

Publicado en:
Libro Homenaje a José Hurtado Pozo.
Ed. Idemsa, Lima 2013, pág. 833 y ss.

La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116 – La consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP

El presente trabajo constituye mi contribución al homenaje que se rinde en el Perú al profesor José Hurtado Pozo, quien ha dedicado su vida académica a la enseñanza, estudio y desarrollo del Derecho y es maestro de múltiples generaciones. Sus trabajos científicos han contribuido decididamente al desarrollo del Derecho penal en el Perú. Al profesor José Hurtado Pozo, quien inspirara mi actividad intelectual con su obra "La ley "importada"" aparecida en 1979, están dedicadas las siguientes reflexiones dogmáticas. ¡ad multos annos!

I.- Preliminares

1.- El 26 de marzo de 2012, en el marco del Primer Pleno Jurisdiccional Extraordinario, la Corte Suprema de Justicia emitió el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116 sobre la suspensión de la prescripción dispuesta en el Código Procesal Penal de 2004. Con este Acuerdo Plenario la Corte Suprema consolida la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP: se reafirma que el art. 339.1 NCPP regula un supuesto de suspensión, y no de interrupción de la prescripción de la acción penal.

2.- Pero el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116 no solo consolida la línea jurisprudencial de la suspensión, sino que, dando un paso adelante en la discusión, ha establecido un plazo de duración de la suspensión de la prescripción generada por la formalización de la investigación preparatoria. El plazo de suspensión de la prescripción ahora no podrá superar un tiempo igual al plazo ordinario de prescripción más su mitad.

3.- Se debe señalar que en el tratamiento de la problemática de la prescripción en el Código Procesal Penal 2004, los aportes de las distintas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales han motivado, como en pocos casos, un interesante intercambio de ideas que ha permitido lograr avances importantes en el esclarecimiento del problema. En las páginas que siguen se realiza un repaso crítico del origen, desarrollo y estado actual de la discusión sobre la suspensión de la prescripción regulada en el artículo 339.1 del Código Procesal Penal de 2004; se estudia la fundamentación en la que se apoya el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116; y, finalmente, como punto de especial atención, se analiza la propuesta de limitar la duración de la suspensión de la prescripción.

II.- Origen, desarrollo y estado actual de la discusión

4.- En julio del año 2004, tras un largo período de gestación, se promulgó el Decreto Legislativo N° 957 que puso en vigencia en el Perú el Nuevo Código Procesal Penal. Con la puesta en vigencia del nuevo Código se materializaba la esperanza de los peruanos de tener, al fin, una ley procesal que posibilite un proceso penal ágil y oralizado; y, que, sobre todo, evite la impunidad como consecuencia de la prescripción que era (y es aún hoy) pan de cada día en la administración de justicia basada en el Código de Procedimientos Penales de 1940, en el Decreto Legislativo N° 124 y otras leyes procesales. Uno de los objetivos de la reforma procesal penal fue justamente evitar la impunidad por prescripción. Por ello, el nuevo Código Procesal Penal prevé en su artículo 339.1 la suspensión de la prescripción de la acción penal como efecto de la formalización de la investigación preparatoria. La nueva ley procesal posibilita así que la justicia juzgue los casos puestos a su conocimiento, sin el obstáculo de impunidad que significa la prescripción.

5.- Pese a la claridad del texto expreso de la nueva ley procesal, habiendo transcurrido apenas poco tiempo desde su entrada en vigencia, un sector de la doctrina[1] y la jurisprudencia[2] observó un "problema de claridad" en el artículo 339.1 y defendió una interpretación que señalaba que lo previsto en el artículo 339.1 NCPP como suspensión debería ser entendido como interrupción. Se hicieron observaciones interesantes y creativas, presentando argumentos que iban desde señalar que la regulación no era la más correcta hasta aquellos que afirmaban que el legislador había confundido los conceptos, que la norma procesal adolecía de incompatibilidad con las normas del Código Penal o que la norma traía consigo una antinomia jurídica.

6.- El problema no es inocuo ni se trata de una disquisición teórica, sino que tiene claras y relevantes consecuencias prácticas, pues la suspensión de la prescripción supone en buena cuenta su paralización, en cambio, la interrupción de la prescripción supone únicamente una perturbación del curso de la prescripción, pues después de la interrupción la acción penal seguirá prescribiendo, lo que puede significar que la investigación o el juzgamiento sean bloqueados y, al final, que el delito quede impune.

7.- Ante este panorama y con el fin de uniformizar la interpretación de la norma, el 16 de noviembre de 2010 la Corte Suprema emitió el acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116 donde planteó su tesis de la suspensión sui generis señalando que "la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión "sui generis""[3], pues la norma refiere que la

---

[1] Cfr. Parra Cueva, en: Investigación preparatoria y etapa intermedia, Lima 2010, p. 83 y ss.; Gálvez Villegas/Rabanal Palacios/Castro Trigoso, El código procesal penal, Lima 2006, p. 270 y ss.; Peña-Cabrera Freyre, Nuevo Código Procesal Penal, Tomo II, Lima 2007, p. 268 y ss.

[2] Cfr. El Acuerdo del Pleno Regional de la Libertad del año 2008; y la Resolución de la Sala de Apelaciones de Corte Superior de Justicia de Huaura (Sala en 2011).

[3] Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, fundamento 26.

formalización de la investigación suspende el curso de la prescripción. En consecuencia, producida la formalización quedará sin efecto "el tiempo que transcurra desde este acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal."[4] La Corte Suprema subraya que "la redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la "suspensión" con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de "interrupción" de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando exista actividad procesal del Fiscal –formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara"[5].

8.- Sin embargo, pese a la claridad del artículo 339.1 del Código Procesal Penal de 2004 y al establecimiento de la doctrina legal de la Corte Suprema, el 21 de marzo de 2011 una Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura se apartó[6] del Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116 argumentando que "nos encontramos con normas contradictorias sobre interrupción y suspensión de la prescripción, por tanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139°.11 de la Constitución Política y el artículo VII.4 del Título preliminar del Código Procesal Penal: "En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo", siendo por tanto de aplicación la norma penal por ser más favorable al imputado y debe entenderse por interrupción y no por suspensión lo que preceptúa el artículo 339°.1 del mismo cuerpo normativo"[7]

9.- La discusión sobre el correcto entendimiento del artículo 339.1 del Código Procesal Penal de 2004 fue impulsado por esta decisión de la Sala de Apelaciones y continuó con las diversas intervenciones de la doctrina[8]. Como resultado del debate se ha podido construir una breve pero importante teoría sobre la prescripción en el nuevo Código Procesal Penal. Ahora, con la emisión del Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116 se ha realizado un importante acercamiento de cara a

---

Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, fundamento 26.

Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, fundamento 27.

Resolución de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura reproducida en el comentario de Burgos Alfaro, José David en Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 22, abril de 2011, p. 254 y ss.

Resolución de la Sala Penal de Apelaciones, fundamento 4.8.

Cfr. Burgos Alfaro, José David: La formalización de la investigación preparatoria: ¿suspensión o interrupción de la acción penal? en Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 22, abril de 2011, p. 254 y ss.; Pariona Arana, Raúl: La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004: ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?, en: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 23, mayo de 2011, p. 221 y ss.; Valdivieso Valera, Ana: La suspensión de la prescripción de la acción penal en virtud del artículo 339.1 del NCPP. Una interpretación que no se quiere ver, en: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 30, diciembre de 2011, p. 238 y ss.; Díaz Vegas, Gutiérrez: La formalización y continuación de la investigación preparatoria: ¿Causal de suspensión o de interrupción de la prescripción de la acción penal?, en: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 32, febrero de 2012, p. 224 y ss.; Madrid, Cecilia: Suspensión de la prescripción, en: Boletín N° 33 del 19 de setiembre de 2011 del Estudio Oré Guardia, p. 1-4 y ss.

la unificación de criterios respecto al correcto entendimiento del artículo 339.1 del NCPP.

III.- Concepción personal sobre la prescripción en el artículo 339.1 NCPP

10.- Antes de analizar el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, paso a exponer mi punto de vista sobre el correcto entendimiento del artículo 339.1 NCPP, pues solo a la luz de una concepción propia se puede examinar debidamente un problema dogmático como el que aquí nos ocupa.

Según mi opinión, un adecuado entendimiento del artículo 339.1 NCPP debe llevar a la conclusión de que lo que allí se regula es un supuesto de suspensión de la prescripción de la acción penal y no un supuesto de interrupción. Conforme he expuesto y defendido en un artículo anterior[3], existen razones de orden teleológico, sistemático y literal que sustentan esta conclusión. Aquí reproduzco cuatro fundamentos que sustentan mi tesis que tienen su base en: i) la racionalidad del nuevo modelo procesal; ii) el principio de legalidad; iii) la interpretación sistemática; y iv) la técnica legislativa.

11.- La racionalidad del nuevo modelo procesal. El legislador ha sido claro en el artículo 339.1 NCPP al establecer que la consecuencia jurídica de la formalización de la investigación preparatoria en el nuevo sistema procesal es la suspensión de la prescripción. Esta decisión responde a la racionalidad del nuevo modelo procesal que pretende superar los defectos del anterior modelo. La lentitud del anterior proceso penal y las facilidades para la impunidad por medio de la prescripción que ella suponía, impulsaron al legislador a optar en el nuevo Código Procesal Penal por suspender el curso de la prescripción una vez que el Ministerio Público hubiese formalizado la investigación preparatoria.

12.- Esta opción político-criminal del legislador es acertada y razonable, puesto que la formalización de la investigación preparatoria revela un avance significativo en la persecución penal: se tiene indicios reveladores de la existencia de un delito y se ha individualizado a los imputados, lo que significa que se ha logrado determinar los hechos criminales y que estos son relevantes para la ley penal y, además, que se ha identificado a los presuntos autores y partícipes (art. 336 del NCPP). En el marco de la realización de la justicia penal, lo que debe seguir es que un tribunal juzgue al imputado y que emita, al final del proceso, una declaración de culpabilidad o inocencia. La finalidad (telos) de la norma es evitar los casos en los que el imputado, gracias a la prescripción, abandone el tribunal de justicia sin responder por los hechos; deje con las manos atadas a la justicia y desamparada a

[3] Pastora Arana, Raúl. La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004: ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?, en: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 23, mayo de 2011, p. 221 y ss.

la víctima. El mérito del nuevo sistema procesal penal radica justamente en que pretende evitar tales supuestos de impunidad, procurando una mayor legitimidad a la administración de justicia en el marco de un Estado democrático de Derecho.

13.- El principio de legalidad. El respeto irrestricto al principio de legalidad penal obliga a que toda interpretación de la ley penal se realice dentro de los parámetros establecidos por el texto expreso y claro de la ley. En consecuencia, si la norma del art. 339.1 NCPP refiere que la formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, entonces debe entenderse que esta actuación del Ministerio Público suspende la prescripción. No es admisible señalar aquí que la ley no dice lo que su texto establece claramente.

14.- La vinculación del intérprete a la ley es el principio fundamental del que parte toda interpretación válida. Por eso, la interpretación que se aleja del texto expreso de la ley deja de ser interpretación y se convierte en creación. Aquí cobra sentido la afirmación de Ludwig Wittgenstein citado al inicio de este trabajo: "Los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo"[5].

En nuestro sistema, el Derecho se manifiesta a través del lenguaje escrito. Si el tenor literal de un precepto diseñado por el legislador crea un marco regulatorio, entonces toda interpretación[6] de aquél debe realizarse dentro del sentido literal posible de la norma escrita. Una interpretación de la ley desvinculada del precepto es una interpretación que ya no está cubierta por el sentido literal posible de aquél, y, por eso mismo, deviene en inadmisible e inválida. Sobre esto existe un consenso casi absoluto. Así, por ejemplo, Claus Roxin refiere que toda interpretación debe sujetarse al límite del tenor literal de la norma, pues "ésta se deriva de los fundamentos jurídico-políticos y jurídico-penales del principio de legalidad. El legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no 'rige'. Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además, el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley"[7].

15.- En consecuencia, afirmar que el artículo 339.1 NCPP regula una interrupción de la prescripción rebasa largamente los límites de la interpretación válida en la medida que constituye una interpretación no basada en el marco del sentido literal posible de la norma. Pues es claro que al sostener que el citado artículo interrumpe la prescripción, a pesar de que la norma señala que "la formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción", no se está interpretando ni

---

5 Tractatus logico-philosophicus, 5.6.

6 Si bien los mandatos precisan ser interpretados - pues ahora quedó el ideal de la ilustración que decía que el juez no tenía nada que interpretar, sino que éste se debía limitar a aplicarla (Montesquieu) -, sin embargo, los límites del intérprete están en el marco normativo creado por el tenor legal, cfr. al respecto Hurtado Pozo, Manual de Derecho Penal, Parte General I, 3ra. Ed., Lima 2005, p.185 y ss.

7 Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 5, n.marg. 90.

sin sentido amplio ni restringido el término central del precepto "suspenderá", sino que, en realidad, se está yendo más allá, e introduciendo un elemento normativo no previsto por la ley: el término interrumpir. Luego, cabe afirmar que más que una interpretación, sólo constituye una creación prohibida por la ley.

16.- Más aun, si fuera válido afirmar que la ley dice lo que no dice, tal conclusión debería ser consecuencia de una interpretación de la ley que, por cierto, se legitima únicamente cuando la norma no es clara o adolece de ambigüedad, esto es, cuando su tenor no deja ver cuál es el sentido que el legislador quiere dar a la norma. Solo en este caso surge la necesidad de encontrar el "verdadero sentido" del mandato normativo y esto siempre dentro del marco legal. En el caso del artículo 339.1 NCPP no se justifica tal "interpretación" puesto que la norma es clara y refiere que la formalización de la investigación suspenderá la prescripción.

17.- Recordemos nuevamente el deber de sujeción a la ley que tiene todo intérprete con palabras de Caro John: "Suponiendo que la ley presente algún defecto o laguna en alguno de sus elementos, el juez tiene la facultad de integrar dicho elemento mediante su interpretación. Sin embargo, el juez no puede subsanar el defecto o esclarecer la ambigüedad del texto de una ley añadiendo un elemento extraído de otra, porque de esta manera estaría creando una tercera ley (...) y, a la vez, actuando como legislador, (...) cuando la Constitución claramente ha establecido que sólo al legislador le compete la creación de leyes (art. 102.1), y sólo al juez su aplicación (art. 138; 139.1)."[13]. Caro John concluye: "El lenguaje de la ley aporta el contenido y el límite del campo de acción de la labor interpretativa del juez. Junto con ello, los elementos que la conforman no destacan por su metodología de redacción, sino por su declaración normativa (...) el tenor de la ley debe ser respetado en la forma en que fue dictado por el legislador"[14].

18.- La interpretación sistemática. Existen también razones con base en una interpretación sistemática que respaldan la conclusión de que el art. 339.1 NCPP regula un supuesto de suspensión de la prescripción. La prescripción en general y los supuestos especiales para su interrupción y suspensión se rigen por las normas contenidas en el Código Penal de 1991. Con la entrada en vigencia del NCPP, que introduce una norma que regula la suspensión de la prescripción, ésta quedó regulada por las normas de ambos cuerpos legales. En consecuencia, la solución de los problemas vinculados con la prescripción en el nuevo sistema procesal debe considerar una interpretación sistemática de todas las normas y la aplicación del principio de unidad y armonía del ordenamiento jurídico penal. En consecuencia, en lo que respecta a la suspensión de la prescripción, tales problemas deberían ser en adelante regulados por los artículos 84 CP y 339.1 NCPP.

19.- Sin embargo, si se atiende al tenor del art. 83 CP surgiría una aparente contradicción. En efecto, el art. 83 CP establece que las actuaciones del Ministerio Público interrumpen la prescripción. Luego, como la formalización de la

---

[13] Caro John, ACP 2009, p.350.
[14] Caro John, ACP 2009, pp. 360-361.

investigación constituye una actuación del Ministerio Público, ésta debería interrumpir la prescripción y no suspenderla como señala el art. 339.1 NCPP. Sin embargo, se trata solo de una contradicción aparente, puesto que al ser el NCPP una ley posterior al CP, debe entenderse que en adelante esta específica actuación del Ministerio Público (la formalización de la investigación preparatoria) suspende (y no interrumpe) la prescripción.

De esto se sigue que no existe contradicción entre los artículos 83 CP y 339.1 NCPP. En rigor, la nueva ley no entró en conflicto con la ley anterior, puesto que el artículo 83 del CP no regulaba la "formalización de la investigación" como actuación del Ministerio Público, pues hasta antes de la entrada en vigencia del NCPP dicha actuación no existía. Es mas bien este código el que ha introducido la "formalización de la investigación preparatoria" como nueva modalidad de actuación del Ministerio Público. Sea cual fuere la interpretación que se quiera asumir, no varía la conclusión de que se trata de una ley posterior que asigna a esta específica actuación del Ministerio Público una determinada consecuencia jurídica: la suspensión del curso de la prescripción.

20.- La técnica legislativa. El legislador ha establecido expresamente en el artículo 339.1 del NCPP que en todo nuevo proceso penal regido por este código, la formalización de la investigación preparatoria suspende el curso de la prescripción. Y el sentido de ese término parece no generar ningún espacio para la duda. Si se hubiese querido instaurar un supuesto de interrupción se habría introducido una norma que indique de manera expresa que la formalización de la investigación preparatoria interrumpe el curso de la prescripción.

Más aún, si la voluntad del legislador hubiera sido regular un supuesto de interrupción, entonces no tendría sentido haber introducido un artículo expreso que indique la consecuencia de la formalización de la investigación preparatoria. En lugar de ello, hubiera bastado con abstenerse de introducir regulación alguna, considerando que el CP ya regula en su artículo 83 que las actuaciones del Ministerio Público (la formalización es una de ellas) interrumpen la prescripción. En consecuencia, si el legislador decidió hacer una regulación expresa en el artículo 339.1 del NCPP, esto se debe a que su finalidad fue establecer una consecuencia jurídica distinta: que en adelante una determinada actuación del Ministerio Público (la formalización) suspenderá (y no interrumpirá) el curso de la prescripción de la acción penal.

IV.- El Acuerdo Plenario Nº 03-2012/CJ-116: Consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP

21.- Corresponde ahora analizar el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116. Mediante este Acuerdo, la Corte Suprema de Justicia, luego de considerar las distintas opiniones que se habían expuesto durante el debate, revisó su anterior Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 y reafirmó su doctrina legal que sostiene que

el artículo 339.1 NCPP regula la institución de la suspensión y que no es correcto sostener que el legislador reglamenta un supuesto de interrupción. Para sustentar su nuevo planteamiento ha acudido a un análisis del origen histórico y comparado del artículo 339.1 NCPP del cual extrajo los siguientes tres fundamentos:

22.- Primero: según la Corte Suprema, la fuente legal extranjera del art. 339° inciso 1 valida la tesis de la suspensión[15], puesto que el artículo 233 del Código Procesal Penal de Chile señala expresamente que:"la formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96° del Código Penal". Luego, si se recurre al artículo 96° del Código Penal Chileno se observará que "los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción" y que además, esta norma señala expresamente que la prescripción "se suspende desde el momento que el procedimiento se dirige contra él"[16]. Según el Acuerdo Plenario, esto significaría que "en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004"[17].

23.- Segundo: para la Corte Suprema, de un análisis de los antecedentes legislativos (del "derecho penal histórico nacional"), se desprende claramente que la suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal han regulado siempre causales y efectos distintos, "sin que haya posibilidad alguna de confundirlos"[18]. Los artículos 121 sobre interrupción y 122 sobre suspensión del Código Penal de 1924 "ponían en evidencia tales diferencias".

La Corte Suprema subraya que en el artículo 122 del Código Penal de 1924 se regulaba la suspensión en los siguientes términos: "si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido, salvo lo previsto en la última parte del artículo anterior"; "incluso se estipulaba que los efectos de la suspensión no alcanzaban a los plazos de la prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo in fine" del artículo 121. Según la Corte Suprema, esta "importante salvedad que no fue reproducida por el actual artículo 84 del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal"[19]. Con lo expuesto la Corte Suprema ratifica la validez hermenéutica de la tesis de la suspensión expuesta en su Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

Acuerdo Plenario N° 1-2012/CJ-116, fundamento 6.
Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, fundamento 8.
Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, fundamento 9.
Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, fundamento 9.
Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, fundamento 9.

24.- Tercero: la Corte Suprema ha expresado que desde el punto de vista de las relaciones intrasistemáticas no existe ninguna antinomia legal entre las normas que regulan la prescripción del Código Penal y aquellas del Código Procesal Penal de 2004[20].

La Corte Suprema ha señalado textualmente: "Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83° del Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1° del artículo 339° del Código Procesal penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es suspensión de la prescripción de la acción penal. Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo. Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal."[21]

V.- Sobre la necesidad de un plazo razonable para la suspensión de a prescripción

25.- El Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116 no solo ha consolidado la doctrina que sustenta la tesis de la suspensión en el artículo 339.1 NCPP, sino que ha introducido y establecido un límite temporal a la duración de la suspensión de la prescripción generada por la formalización de la investigación preparatoria. A criterio de la Corte Suprema, el establecimiento de un plazo de duración de la suspensión estaría justificado, pues guardaría "estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia"[22]. En consecuencia, para la Corte Suprema "atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo"[23].

Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, fundamento 10.
Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, fundamento 10.
Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, fundamento 11.
Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, fundamento 11.

26.- Según la doctrina que se plasma en el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, el plazo de duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal generada por la formalización de la investigación preparatoria, será igual al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. Esto significa que producida la formalización de la investigación preparatoria, el plazo de prescripción que venía corriendo se suspenderá por un tiempo igual al máximo de la pena más la mitad. Vencido este plazo cesará la suspensión y la prescripción inicialmente suspendida continuará su curso hasta que se cumpla el plazo extraordinario de prescripción.

En la práctica, el límite establecido por el Acuerdo Plenario operará del siguiente modo: En un caso de hurto simple cometido en el año 2010 y donde luego de haberse realizado las diligencias preliminares, el Ministerio Público formaliza la investigación preparatoria contra el investigado el año 2012, el plazo de prescripción que venía corriendo se suspenderá. El tiempo de suspensión, atendiendo a que el delito tiene previsto en la ley una pena "no mayor de tres años", será de cuatro años y medio. Transcurrido este plazo de suspensión, el plazo de prescripción inicialmente suspendido continuará hasta que se cumpla el plazo extraordinario de prescripción, es decir, habiendo transcurrido dos años hasta antes de la formalización de la investigación preparatoria, deberán transcurrir dos años y medio más; en consecuencia, el delito prescribirá el año 2019.

27.- La doctrina establecida por la Corte Suprema es ciertamente creativa pues para satisfacer la expectativa social aplica el principio de plazo razonable al plazo de suspensión de la prescripción previsto en el artículo 339.1 NCPP; y, de ella extrae la necesidad de limitar este plazo. Luego, ya a efectos de establecer el plazo, recurre al mismo límite temporal que contenía el artículo 122° del Código Penal de 1924.

28.- Sobre el establecimiento de un límite temporal al plazo de suspensión de la prescripción debe señalarse que si bien la ley procesal contiene ya mecanismos orientados a evitar que se atente contra el plazo razonable en la tramitación de un proceso penal (como la tutela de control de plazos), el establecimiento de un límite temporal a la suspensión resulta plenamente válido y garantista en razón de que se constituiría en un mecanismo adicional para evitar las suspensiones ad infinitum. Además, esta doctrina legal hace justicia al entendimiento tradicional del concepto de suspensión que supone por definición un límite temporal.

29.- La Corte Suprema ha establecido el plazo límite de suspensión de la prescripción considerando como referente histórico al artículo 122° del Código Penal de 1924; y en consecuencia, establece como plazo un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito más la mitad de la misma. El establecimiento del plazo de suspensión a través de la técnica empleada para determinar el plazo extraordinario de prescripción es ciertamente interesante, pues no se fija un plazo determinado, sino que éste se determinará en función a la pena asignada a cada delito. La duración de la suspensión estará así en función de la pena (gravedad) del delito.

Los términos de la técnica empleada permiten establecer claramente cuál es el plazo límite de la suspensión. Sin embargo, al haber elegido la misma fórmula que se utiliza para el establecimiento de la prescripción extraordinaria, ello podría llevar a confusión y generar el peligro de que la doctrina legal se entienda como que el plazo de suspensión es también el plazo de prescripción extraordinaria. Sin embargo, creo que la Corte Suprema ha sido clara al señalar que se establece un límite a la suspensión y que no ha sido objeto de su decisión señalar que el plazo de suspensión es el mismo que el plazo de prescripción extraordinaria. Por lo tanto, queda claro que la Corte ha introducido un límite temporal a la suspensión, vencido el cual continuará el curso de la prescripción que inicialmente se suspendió. De lo expuesto se puede extraer que, en la práctica, se ha procedido a duplicar el plazo de prescripción para todos los delitos donde se formaliza la investigación preparatoria.

VI.- Consideraciones finales

La Corte Suprema de Justicia, a través del Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, ha consolidado su doctrina sobre la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP. Conforme a esta doctrina, queda claro que lo que regula el artículo 339.1 NCPP es un supuesto de suspensión y no de interrupción. Igualmente, la Corte Suprema ha considerado conveniente establecer un límite temporal al plazo de suspensión. El límite concreto planteado señala que la suspensión no podrá sobrepasar un tiempo igual al máximo de la pena prevista por la ley para el delito más su mitad. Vencido el plazo de suspensión, continuará el curso de la prescripción que inicialmente se suspendió.

Si bien ha sido razonable establecer un límite al plazo de suspensión de la prescripción, quedan algunas preguntas sobre la pertinencia de la fórmula empleada: ¿Existían otras fórmulas más claras? ¿Resultaría igual de adecuado a los fines del nuevo modelo procesal una suspensión hasta finalizada la investigación preparatoria o quizá hasta la emisión de la sentencia de primera instancia? Aquí me he limitado a exponer mis primeras reflexiones dogmáticas sobre este Acuerdo Plenario. Con seguridad, estas cuestiones irán dilucidándose con el diálogo –permanente y necesario – de la doctrina y la jurisprudencia. Los resultados del diálogo producido hasta ahora, son ya buena muestra de lo que este ordenamiento puede lograr para el desarrollo del Derecho nacional y la administración de justicia en nuestro país.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

EXP. N° 00018-2012

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. SALA PENAL DE APELACIONES. EXP. N° 00018-2012. LIMA, 6 DE JULIO DE 2012.

SALA PENAL DE APELACIONES

Expediente : 00018-2012-3-1826-JR-PE-01
Asistente Jurisdiccional : Tarazona Matos, Kelly
Abogado Defensor : Méndez Máurtua, Miguel Ángel
Ministerio Publico : Cuarta Fiscalía Superior Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios
Imputado : Méndez Gutiérrez, Mario y otros
Delitos : Malversación de fondos y otro
Agraviado : El Estado

Resolución N° 04

Lima, seis de julio
de dos mil doce

AUTOS Y OIDOS: La apelación interpuesta por la defensa técnica del imputado Méndez Gutiérrez, contra la resolución N° 03, de fecha 28 de mayo de 2012 que declaró: **infundado la excepción de prescripción** planteada por la defensa del imputado Mario Méndez Gutiérrez en la investigación por la presunta comisión del delito contra la administración pública- Malversación de fondos y otro, en agravio del Estado; interviniendo como ponente el Juez Superior **RAMIRO SALINAS SICCHA**; y ATENDIENDO:

PRIMERO: La defensa técnica del imputado Méndez Gutiérrez, en su escrito de apelación y reiterado en audiencia pública, expresa como agravios lo siguiente: I) No se puede aplicar la duplicidad del plazo de prescripción por el sólo hecho de haber sido funcionario, pues no está probado que su patrocinado haya dispuesto del patrimonio de la Municipalidad. ii) Se ha considerado que las demandas civiles de la AFP son actuaciones judiciales que interrumpen la prescripción, lo cual no es cierto. Sin embargo, si ello fuera así, es de advertir que en las demandas su patrocinado no fue emplazado sino la Municipalidad. iii) Se ha efectuado una interpretación *ratio legis* del primer párrafo del artículo 83° del Código Penal, porque no se puede decir que se ha producido la interrupción de la acción penal aplicando una ley del derecho comparado, que señala que puede ser cualquier acción judicial la que interrumpa la prescripción. Solo las acciones penales interrumpen el plazo de prescripción, por ser la

interpretación más restrictiva, invocando la aplicación del artículo 139°.11 de la Constitución Política del Perú, que precisa que en caso de conflicto de leyes penales debe aplicarse lo más favorable al investigado. iv) Que se debe considerar que su patrocinado fue designado el 10 de noviembre de 1999 como Director de la Oficina de Administración de la Municipalidad de Breña, cesando por una renuncia voluntaria el 01 de diciembre del 2001, y si bien dentro de la formalización de investigación preparatoria se precisan dos períodos de investigación, a su patrocinado le correspondería el primer período de abril de 1998 al año 2001. Por ende, el plazo desde el cual se debería computar la prescripción sería desde el año 2001, refiriendo que la denuncia que fue formulada por la AFP data del 2010, contra los que resulten responsables, no habiendo individualizado a su patrocinado. A la fecha, ha transcurrido más de 11 años y la norma penal señala para los dos delitos investigados a su defendido una pena máxima de 04 años. v) En audiencia presentó una copia de la resolución de la Segunda Sala Especializada en lo Penal con Reos Libres, que de oficio declara la prescripción de la acción penal contra el Alcalde de la Municipalidad de Breña, en el proceso seguido por la AFP Integra, en el delito de apropiación ilícita, por lo que solicita se aplique el mismo razonamiento debido que el Poder Judicial es uno solo.

SEGUNDO: El representante del Ministerio Público, en audiencia contradice los argumentos de la defensa técnica de Méndez Gutiérrez, argumentando: i) Que el cuestionamiento de la aplicación de la prescripción extraordinaria establecida en el artículo 83° del Código Penal, no tiene asidero, pues se da la interrupción por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, en el caso no solamente en los juicios civiles que se hace referencia, sino por la formalización de la investigación preparatoria que data del 30 de enero de 2010, ello conforme al artículo 339° del Código Procesal Penal. ii) La duplicidad del plazo de prescripción establecido en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal, dada la calidad de funcionario público del imputado tiene su fundamento en el artículo 41° de la Constitución, que establece que cuando se afecte el patrimonio del Estado los plazos se duplican, disposición constitucional

que tiene eco en la Ley N° 26380 que alude a la duplicidad en el plazo de prescripción, norma vigente al momento de la comisión de los delitos materia de investigación preparatoria que cuestiona la defensa. iii) Para la teoría del caso del Ministerio Público los hechos datan en dos períodos de abril de 1998 al 2001, así como del 2002 a setiembre del 2007, por lo que a la actualidad no ha transcurrido el plazo suficiente para que se extinga la acción penal. iv) Con relación a la resolución anexada por la defensa, es una decisión autónoma de la autoridad que la ha emitido, sin embargo el Colegiado tiene su propio criterio, y por ende puede formarse un juicio respecto al pedido de excepción de prescripción solicitada.

TERCERO: La resolución recurrida tiene como fundamentos: i) En el derecho comparado se reconocen 03 modelos de regulación de los actos que interrumpen la prescripción, asumiendo como posición que atendiendo la naturaleza del proceso, solamente las actuaciones judiciales que tienen estrecha relación con el tema objeto de investigación, tienen la virtualidad de interrumpir el plazo de la prescripción. ii) Es de aplicación la duplicidad del plazo de prescripción, estando a lo establecido en el artículo 41° de la Constitución Política del Perú y al artículo 80° in fine del Código Penal, que determina la duplicidad del plazo de prescripción para el caso de los funcionarios públicos. iii) Para la operación del plazo de prescripción se requiere el cumplimiento del plazo ordinario (8 años) o de ser el caso el plazo extraordinario (12 años); y estando a que los hechos atribuidos al imputado datan del 10 de noviembre de 1999 hasta el 20 de noviembre de 2001, en donde las demandas civiles formuladas por la AFP (que motivaron las actuaciones judiciales) datan de los años 2001 hasta el 2008, que tiene incidencia directa en el objeto de la presente investigación, es exigible la prescripción extraordinaria. iv) Habiendo transcurrido desde la presunta comisión del delito atribuible al imputado (noviembre del año 2001) 10 años y 2 meses, no ha transcurrido el plazo extraordinario de prescripción y resulta válida la persecución penal, más aún cuando en el presente caso resulta de aplicación lo establecido en el artículo 339° del Código Procesal Penal.

CUARTO: Expuestos así los argumentos, y estando al tiempo transcurrido desde que se realizaron los hechos objeto de imputación al recurrente Méndez Gutiérrez, se concluye que existe un solo tema central en debate: a) Determinar si en el caso se han dado los presupuestos de actuaciones judiciales que interrumpan la prescripción de la acción penal, que puedan originar la aplicación del instituto de la prescripción extraordinaria. Si se concluye en forma positiva deberá confirmarse la recurrida, si ocurre lo contrario, deberá revocarse la misma.

QUINTO: Para ubicarnos en el tema se tiene que el artículo 6° del Código Procesal Penal de 2004 establece que entre las excepciones que pueden deducirse en el proceso penal está la de prescripción[1], que se verifica cuando por el vencimiento de los plazos señalados en el Código Penal, se extingue la acción penal o el derecho de ejecución de la pena y por tanto cesa la actividad punitiva del Estado.

SEXTO: Los delitos objetos de imputación como son el de apropiación ilícita y malversación de fondos, previstos y sancionados en los primeros párrafos de los artículos 190° y 389° del Código Penal, se tiene aceptado que por su estructura típica, son delitos de comisión instantánea. En consecuencia, para efectos de efectuar el cómputo de los plazos de la prescripción será necesario recurrir al artículo 82° del Código Penal. Allí en el inciso 2 se establece que en los delitos de comisión instantánea, se cuenta a partir del día en que se consumó el delito.

SETIMO: El Ministerio Público en su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria precisa que los hechos habrían ocurrido en dos periodos de abril de 1998 al año 2001 y del 2002 a setiembre de 2007. Sin mencionar en cuál de los periodos habría participado el recurrente, le atribuye que en su calidad de Administrador Municipal, al dinero que tenía bajo su administración, le dio una aplicación diferente a la que estaba destinada según la Ley de su Presupuesto, configurando dicha conducta en el tipo penal

[1] Viene a constituir un instituto liberador en cuya virtud -por el transcurso del tiempo y ante la incapacidad de los órganos de persecución penal de cumplir su tarea- el Estado, renuncia de esta situación, autoriza a poner fin a la acción penal iniciada o por entablarse. Velásquez Velásquez, Fernando, Manual de Derecho Penal, Temis, 2003, p. 993

de malversación de fondos. Asimismo, al haber retenido el dinero que tenía bajo su administración, habría cometido el delito de apropiación ilícita.

OCTAVO: Aun cuando en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, no se indica, de la resolución cuestionada y del debate producido en audiencia, se tiene claro que los hechos imputados al recurrente, ocurrieron en el periodo comprendido entre abril de 1998 el año 2001. En consecuencia, en el 2001 habría concluido la comisión de los hechos que se le atribuye al recurrente, toda vez que como aparece en el incidente en copia, el 30 de noviembre de 2001 se le aceptó su renuncia por resolución de Alcaldía N° 1774-2001-DA/MDB, documento que no ha sido objeto de cuestionamiento por el Ministerio Público.

NOVENO: Asimismo, de lo debatido en audiencia y contrastado con los documentos que conforman el presente incidente, se tiene claro también que recién el 11 de agosto de 2010, por medio de denuncia de parte, el Ministerio Público tomó conocimiento de los hechos que se imputan al recurrente y a otros. Acto seguido, el 27 de agosto de 2010, se dispuso abrir investigación preliminar en contra de los que resulten responsables. Luego, por disposición fiscal del 29 de diciembre de 2011, recién se dispuso ampliar las diligencias preliminares en contra del recurrente.

DECIMO: En consecuencia, se evidencia que desde el 30 de noviembre de 2001 hasta el 27 de agosto de 2010, fecha en que el titular de la acción penal decide abrir investigación preliminar respecto de los hechos que se imputan al recurrente, han transcurrido más de 8 años y 9 meses. De modo que teniendo en cuenta que los delitos que se le imputan al recurrente se encuentran previstos en los primeros párrafos de los artículos 190° y 389° del Código Penal, sancionados ambos con una pena privativa de la libertad máxima de cuatros años, así se aplicara la dúplica del término de la prescripción para el delito de malversación de fondos, que establece la última parte del artículo 80° del Código Penal en concordancia con la última parte del artículo 41 de la Constitución. Igual la acción penal habría prescrito aplicando solamente las

reglas de la prescripción ordinaria que prevé el primer párrafo del artículo 80° del Código Penal.

DECIMO PRIMERO: Ahora bien, tanto el Ministerio Público en audiencia como la recurrida, consideran que en el presente caso, es de aplicación las reglas de la prescripción extraordinaria del artículo 83° del Código Penal, debido que se habría interrumpido la prescripción de la acción penal por actuaciones de autoridad judicial, toda vez que ante las demandas planteadas por la denunciante PRIMA AFP S.A, en contra de la Municipalidad de Breña, los jueces extrapenales han realizado actuaciones judiciales, los mismos que interrumpen la prescripción penal. Sin embargo, el Colegiado considera que cuando el primer párrafo del artículo 83 del Código hace referencia que "la prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales", estas actuaciones deben estar destinadas a la investigación y esclarecimiento de un hecho calificado ya de carácter delictivo. No podemos hacer una interpretación extensiva para considerar cualquier actuación fiscal o judicial respecto de hechos aun no considerados delictivos, como se pretende.

DÉCIMO SEGUNDO: Es más, este Colegiado efectuando una interpretación restrictiva, ya ha establecido[8] como criterio interpretativo que actuaciones del Ministerio Público que interrumpen la prescripción de la acción penal, lo constituyen los actos de postulación interna contra una persona individualizada y cuyos derechos son garantizados en la investigación preliminar (modelo en liquidación) o en las diligencias preliminares (actual modelo). Solo ellos, cuya finalidad es esclarecer un hecho de naturaleza delictiva, tienen la virtualidad y fuerza suficiente de interrumpir el plazo de la prescripción. De igual forma, siguiendo este mismo criterio, las actuaciones de la autoridad judicial que interrumpen la prescripción deben ser dentro de una investigación de carácter

[8] Expediente N° 0009-2011-2, resolución N° 03, del 05 de octubre de 2011, Juez Superior ponente Dra. Susana Castañeda Otsu.

penal en curso[3], y no de otro tipo de procesos, como son: civiles, contenciosos, entre otros.

DECIMO TERCERO: En suma, en el presente caso, al no haberse producido interrupción de la prescripción ordinaria de la acción penal, no es posible aplicar la regla de la prescripción extraordinaria que establece el último párrafo del artículo 83 del Código Penal. De modo que el término de la acción penal concluyó antes incluso de formalizarse la investigación preparatoria[4], acto procesal que tiene como uno de sus efectos la suspensión de la prescripción de la acción penal. Siendo así, la recurrida no ha sido emitida de acuerdo a ley, debiendo ser revocada.

Por tales fundamentos, los magistrados de la Sala Penal de Apelaciones en aplicación del artículo 417°.1 y artículo 419° del Código Procesal Penal de 2004, **RESOLVIERON: REVOCAR** la resolución N° 03, de fecha 28 de mayo de 2012 que declaró "**infundado la excepción de prescripción** solicitada por la defensa del imputado Mario Méndez Gutiérrez; en la investigación por la presunta comisión del delito contra la administración pública- Malversación de fondos y otro, en agravio del Estado"; **REFORMÁNDOLA: DECLARARON fundada la excepción de prescripción** deducida, y en consecuencia **extinguida la acción penal** incoada contra Mario Méndez Gutiérrez por los delitos de Malversación de fondos y Apropiación ilícita. Disponiéndose el **archivo definitivo** de los autos en este extremo, anulándose los antecedentes que se hubieren generado; notificándose.-

S.s.

CASTAÑEDA OTSU SALINAS SICCHA MAITA CORREGARAY

[3] Solo debe ser en una investigación en curso, pues no debe olvidarse que nuestro modelo procesal de tipo acusatorio se fundamenta en la siguiente idea: *ne procedat iudex ex officio*, esto es, no hay proceso de oficio (la autoridad judicial no puede iniciar de oficio una investigación por hechos de naturaleza delictiva).

[4] De fecha 30 de enero de 2012, obrante en copias certificadas de folios 69 a 82 del presente incidente. Asimismo, mediante providencia N° 43, de fecha 07 de febrero de 2012 se subsanó la precitada disposición a fin de incluir a Mario Méndez Gutiérrez como imputado.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

CAS. N° 613-2013 - AREQUIPA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. CAS. N° 613-2013. LIMA, 8 DE AGOSTO DE 2014.

AUTO DE CALIFICACIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN

Lima, ocho de agosto de dos mil catorce.

AUTOS y VISTOS, el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado, **RUBÉN ANTONIO BERROA CABALLERO**, contra la sentencia de fecha treinta de septiembre de dos mil trece, que confirmó en parte la sentencia impugnada de primera instancia de fecha once de abril de dos mil trece, que lo condenó como autor del delito peligro común, conducción del vehículo en estado de ebriedad, en agravio de la Sociedad.

Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo VILLA STEIN.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, la admisibilidad del recurso de casación, se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y normas concordantes del Código Procesal Penal, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que conforme al estado de la causa y en aplicación de lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del anotado Código, corresponde decidir si el recurso de casación se encuentra bien concedido, auto del cuatro de noviembre de dos mil trece, y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo.

SEGUNDO. Que, el recurrente en su escrito de casación a fojas ciento cinco, alega: **i)** Que, la sentencia incurre en una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal, artículo 429.3 CPP; así en el caso concreto se ha incurrido en la no aplicación del pleno jurisdiccional 09-2007/CJ-116, que señaló el criterio sistemático y funcional de la prescripción ordinaria y extraordinaria, lo que ha llevado al Colegiado a efectuar una errónea interpretación e indebida aplicación del artículo trescientos treinta y nueve inciso uno del Código Procesal Penal; **ii)** Que, se ha incurrido en una deficiente motivación, al no precisar por qué considera que el plazo de prescripción suspendido por el artículo trescientos treinta y nueve inciso

uno, no ha transcurrido, pues lo consideraría indefinido, a lo que es lo mismo que en el caso de autos no se aplica el criterio de que no obstante haber transcurrido en exceso el tiempo requerido para la prescripción ordinaria más una mitad del mismo; **iii)** Que, la sentencia recurrida se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, mediante el pleno jurisdiccional 03-2012/CJ-116, en lo atinente al plazo máximo de suspensión de la prescripción de la acción penal, así como por el Acuerdo Plenario 09-2007/CJ-116; **iv)** Que, amerita el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la Corte Suprema, a efectos de establecer el criterio de que la suspensión de la prescripción de los delitos establecidos en el artículo trescientos treinta y nueve inciso uno del Código Procesal Penal, no es ni puede ser ad infinitum ni perpetua, sino que tiene un límite, esto es, que el período necesario exigible razonablemente para la prescripción de un delito, no puede, ni debe ser mayor al plazo ordinario de prescripción del mismo, más la mitad de dicho plazo.

TERCERO. Que, la casación en tanto medio impugnatorio comparte con los demás medios, los presupuestos de impugnación que son: respecto de la perspectiva objetiva, la impugnabilidad del acto y el cumplimiento de la formalidad, y en relación a la perspectiva subjetiva, la existencia del agravio (gravamen) y la legitimación activa del recurrente (carácter de parte).

CUARTO. Que, de la verificación del cumplimiento de los presupuestos objetivos, previsto en el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Procesal Penal, en el caso de autos, si bien se ha recurrido una sentencia de vista que pone fin al proceso, pues se trata de una sentencia que confirmó una de primera instancia, que condenó a **RÚBEN ANTONIO BERROA CABALLERO**, como autor del delito de peligro común, conducción de vehículo en estado de ebriedad; sin embargo, la misma que no cumple con el presupuesto objetivo previsto en el literal b) del inciso dos de la norma adjetiva acotada, puesto que, el delito objeto de imputación – conducción en estado de ebriedad- tiene señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad de dos años, que no supera en su extremo mínimo, los seis años de pena privativa de libertad, lo cual contraviene a lo exigido por la norma antes acotada.

QUINTO. Que, por otro lado, si bien el recurrente adicionalmente ha señalado expresamente como causal de casación el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, que se encuentra sujeta a la discrecionalidad de la Corte Suprema, cuando esta lo considere necesario, así en el presente caso, se pretende fijar como plazo máximo de la suspensión del plazo de la prescripción, un plazo no mayor al plazo extraordinario de la prescripción penal, en concordancia con el Acuerdo Plenario 3-2012/CJ-116; así al respecto debe advertirse que tanto el Acuerdo Plenario 09-2007/CJ-116, referido al criterio sistemático y funcional de la prescripción ordinaria y extraordinaria; y el Acuerdo Plenario 03-2013/CJ-116, sobre la redefinición del plazo de prescripción sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal, debe señalarse que estos ya han descrito de manera precisa y puntual la problemática respecto de la suspensión de los plazos de prescripción, consecuentemente en el presente caso no se advierte la necesidad de su tratamiento a nivel del desarrollo de la doctrina jurisprudencial que lo amerite.

SEXTO. Que, el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código Procesal Penal.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. **DECLARARON: INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado, **RUBÉN ANTONIO BERROA CABALLERO**, contra la sentencia de fecha treinta de septiembre de dos mil trece, que confirmó en parte la sentencia impugnada de primera instancia de fecha once de abril de dos mil trece, que lo condenó como autor del delito peligro común, conducción de vehículo en estado de ebriedad, en agravio de la Sociedad.

II. **MANDARON** se notifique a las partes procesales la presente Ejecutoria Suprema.

III. **CONDENARON** al pago de las costas del recurso al recurrente.

IV. **DISPUSIERON** que el Juzgado de Investigación Preparatoria efectivice el pago de las costas generado como consecuencia del presente proceso.

V. **ORDENARON** se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen. Hágase saber y archívese. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia del señor Juez Supremo Cevallos Vegas.

S. S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

VS/MMD

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

9 1 JUN 2015

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

CAS. N° 58-2014

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. CAS. N° 58-2014. LIMA, 31 DE OCTUBRE DE 2014.

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, treinta y uno de octubre de dos mil catorce

AUTOS y VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el imputado Luis Alberto Teófilo Herrera Zavalaga, contra el auto de vista, de fojas cincuenta y uno, del diecinueve de noviembre de dos mil trece. Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

CONSIDERANDO:

Primero. Conforme con el estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y de ser así, procede conocer el fondo del mismo: que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos, sin que las partes recurridas presenten sus correspondientes alegatos.

Segundo. El inciso uno del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, establece que: "El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores", con las limitaciones previstas en los incisos dos y tres de la citada norma procesal. Asimismo el recurso de casación no es de libre configuración, sino que, por el contrario, para que esta Suprema Sala Penal pueda tener competencia funcional para casar alguna de

las resoluciones mencionadas, el caso concreto materia de análisis no debe presentar los presupuestos de desestimación previstos en el artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Penal.

Tercero. El recurrente Luis Alberto Teófilo Herrera Zavalaga en su recurso de casación de fojas cincuenta y cinco, muestra su disconformidad con el auto de vista, de fojas cincuenta y uno, del diecinueve de noviembre de dos mil trece, que confirmó la resolución del veintiséis de agosto de dos mil trece, que declaró infundada su excepción de prescripción deducida, en la investigación que se le sigue por el delito contra el Patrimonio, en la modalidad de daños. Sustenta su recurso en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, indicando que existe la necesidad de unificar doctrina jurisprudencial respecto a la procedencia del cómputo de la prescripción de la acción penal, y la diferencia y el momento de la aplicación de la interrupción y suspensión de la prescripción penal, así como la correcta interpretación de los Acuerdos Plenarios sobre la materia; y desde cuando debe iniciarse el plazo de suspensión de la prescripción cuando existen dos disposiciones de investigación preparatoria, siendo los mismos hechos investigados, pero diferentes encausados.

Cuarto. El literal a) del inciso dos del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal establece una restricción al ámbito objetivo del recurso de casación en relación a la cuantía de la pena, puesto que si se trata de autos como en el presente caso, se requiere que el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años. Que el sustento fáctico imputado en la acusación fiscal ha sido encuadrado en el

artículo doscientos cinco del Código Penal (daño), antes de su modificatoria por la Ley número treinta mil setenta y seis, que se encuentra sancionado con una pena no mayor a dos años de pena privativa de libertad; en consecuencia, el delito investigado no alcanza el criterio de summa poena establecido en la norma procesal, por lo que en principio el caso materia de análisis no está inmerso a la competencia casacional de este Tribunal Supremo.

Quinto. Sin perjuicio de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, el recurrente en su recurso de casación citó el presupuesto excepcional previsto en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, por la causal referida a una errónea interpretación de la Ley penal –inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del referido texto procesal–; por tanto, debe efectuarse el análisis correspondiente a efectos de determinar si resulta amparable su petición o debe ser rechazada.

Sexto. El inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, establece de manera excepcional, la procedencia del recurso de casación respecto de resoluciones distintas a las contempladas en los incisos uno y tres, y a las limitaciones previstas en el inciso dos de dicha norma; indicándose que su procedencia extraordinaria queda siempre condicionada a la discrecionalidad de la Sala Suprema Penal, en tanto lo considere necesario para un mejor desarrollo y uniformidad de la doctrina jurisprudencial, para cuyo efecto, el impugnante debe consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende –inciso tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal–;

sin embargo, en el presente caso el tema propuesto por el recurrente no resulta de interés casacional al estar debidamente desarrollado en el Acuerdo Plenario número tres-dos mil doce/CJ-ciento dieciséis, del veintiséis de marzo de dos mil doce, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde se estableció como doctrina legal, lo siguiente: "Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la formalización de la investigación preparatoria [...] ello guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo ciento veintidós del Código Penal de mil novecientos veinticuatro. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo trescientos treinta y nueve inciso uno, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo [...]". Sin perjuicio de indicar, que en el presente caso el auto de vista consideró correctamente que desde la fecha de los hechos (veintiocho de junio de dos mil diez) hasta la formalización de la investigación preparatoria contra el recurrente (ocho de enero de dos mil trece), no trascurrió el plazo extraordinario de prescripción; así como indicar que es a partir de la fecha de dicha formalización de investigación preparatoria que se suspende el plazo de prescripción con el límite previsto en el Acuerdo Plenario antes aludido.

Séptimo. El artículo quinientos cuatro, apartado dos, del Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito o se desistió de su prosecución; siendo ello así, de oficio corresponde su aplicación al presente caso, conforme con

al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código Procesal.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos: declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el imputado Luis Alberto Téofilo Herrera Zavalaga, contra el auto de vista, de fojas cincuenta y uno, del diecinueve de noviembre de dos mil trece, que confirmó la resolución del veintiséis de agosto de dos mil trece, que declaró infundada su excepción de prescripción; en el proceso que se le sigue a dicho imputado por el delito contra el Patrimonio, en la modalidad de daño, en perjuicio de Lucila Enriqueta Díaz Lazo de Loayza y otra; con lo demás que contiene. **CONDENARON** al pago de las costas del recurso de casación al imputado Herrera Zavalaga; en consecuencia: **DISPUSIERON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme con el artículo quinientos seis del Código Procesal Penal. **ORDENARON** se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen.

S. S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

CEVALLOS VEGAS

NF/rjmr

2 3 JUN 2015

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

ACUERDO PLENARIO N° 1-2010/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116. Lima, 16 de noviembre de 2010.

ACUERDO PLENARIO Nº 1–2010/CJ–116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: PRESCRIPCIÓN: PROBLEMAS ACTUALES

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.—

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa Nº 165–2010–P–PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.
En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.
La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias.
Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 04 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.
En cuanto al tema en debate: "Prescripción: Problemas Actuales" informaron oralmente los señores Percy García Cavero —en representación del Instituto de

Ciencia Procesal Penal—, y Marco Antonio Herrera Guzmán —en representación del Módulo Penal de Camaná – Corte Superior de Arequipa—.

3º. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

4º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.
Intervienen como Ponentes los señores LECAROS CORNEJO, BARRIOS ALVARADO Y CALDERÓN CASTILLO, con la participación del señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Aspectos generales.*

5°. La prescripción en el derecho sustantivo se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado —pena abstracta—. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción persecutoria —de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú y artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público— y encargado de reclamar del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción —a su pretensión punitiva— y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible —prescripción de la pena—.

6°. La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable.

7°. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional

del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de derecho donde la prescripción cumple una función de garantía fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes.

8°. En este sentido, la prescripción varía, en cuanto a su duración, según la naturaleza del delito que se trate y cuando más ingente sea la pena regulada en la Ley, mayor será el plazo de la prescripción para el delito incriminado. También modula la duración del mismo según las vicisitudes del procedimiento y atendiendo a otras consideraciones de especial relevancia: causas de suspensión y de interrupción.

§ 2. ***Planteamiento de los problemas***

9°. Determinar los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal: la duplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado.

10°. La prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas.

11°. Establecer el sentido del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación Preparatoria.

§ 3. ***Desarrollo del primer tema.***

12°. El legislador incrementó el plazo de prescripción —duplicó— en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú —*"el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos"*—. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos. Esto implica un mayor desvalor de la acción —como conducta peligrosa para los bienes jurídicos— complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

13°. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

14°. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó —método lógico-sistemático—. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal se orienta al *Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo* del mismo cuerpo legal, *"Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos"*, atendiendo a dos aspectos concretos:

A. En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

B. Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

15°. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

A. Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado.

B. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.

C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración,

percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

16°. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

17°. Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.

A. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.
B. La segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40° y 60° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2° del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.
C. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentran en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

18°. El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal.

§ 4. *Desarrollo del segundo tema.*

19°. El Libro Tercero del Código Penal está dedicado a las faltas. Esta clase de infracciones penales no incluyen en su penalidad conminada penas privativas de libertad. Ellas son sancionadas sólo con penas principales de multa o de prestación de servicios a la comunidad. En lo que respecta al plazo ordinario de la prescripción de la acción penal y de la pena en las faltas, el inciso 5 del artículo 440° señala de manera específica en un año. Además, dicha disposición consigna también que "la acción penal y la pena prescriben en caso de reincidencia a los dos años".

20°. Sin embargo, el citado artículo no ha precisado cuáles son las reglas especiales sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas. Por consiguiente, dado que el mismo numeral 440° *ab initio* establece que: *"Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero (...)"*, es pertinente delinear los alcances de esa regulación supletoria para tales casos.

21°. Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo 83° *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.

22°. Ahora bien, el artículo 440°, inciso 5, señala también que en caso de reincidencia el plazo ordinario de prescripción de la acción penal y de la pena para las faltas es de dos años, por lo que en tales supuestos el plazo extraordinario será de tres años. No obstante, dicho artículo no identifica en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia en las faltas. Es en el artículo 46° B del Código Penal en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: "*Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas*". Corresponde, pues, sobre la base de las disposiciones legales mencionadas desarrollar fórmulas de interpretación que las hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios:

A. La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.
B. La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.
C. Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo 440°.

§ 6. *Desarrollo del tercer tema.*

23°. Tercer tema. El apartado uno del artículo 339° del nuevo Código Procesal Penal prescribe que "*la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal*". Entonces la discusión de ese párrafo está centrada en las cuestiones de legitimidad, legalidad y razonabilidad.

24°. La "suspensión" de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal —constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso—. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de

familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25°. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.

26°. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión "*sui generis*", diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal —quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción—, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

27°. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la "suspensión" con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de "interrupción" de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal —formalizando la investigación— el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

28°. Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos:

A. Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos, y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo.
B. El Estado por medio del Ministerio Público ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la aplicación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo.

29°. Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto

que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada —el acto del Fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la norma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso— para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado.

30°. Por tanto, la suspensión del plazo de prescripción significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito. Constituye la manifestación de voluntad objetivamente idónea del Estado para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo y contribuye a consolidar el principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público prescrita en el artículo 159° de la Carta Política.

31°. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución —inserto en la garantía del debido proceso— y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable, por lo siguiente:

A. El fenómeno de la prescripción regulado en la norma constitucional y sustantiva está determinado esencialmente por una autolimitación del Estado para ejercer su potestad represiva cuando no ejerce la acción eficaz y oportunamente en un tiempo determinado. Por tanto, el legislador es el que decide si los actos que se realizan para iniciar la persecución penal, como "la Formalización de la Investigación Preparatoria" es una causa que suspende el curso de la prescripción.

B. Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interes social en la persecución de los delitos.

C. La suspensión del plazo de la prescripción no origina un problema de condiciones de desigualdad entre el Ministerio Público y el imputado por la creación de una posibilidad que afecta derechos fundamentales, pues cuando el hecho imputado de carácter delictivo conserva su contenido de lesividad, es necesario una sanción a su autor por ser legítima. En ese sentido, no se puede sostener la existencia de desigualdad —relevante jurídicamente— cuando se persigue y castiga una infracción punible.

D. No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse.

E. La reforma del sistema procesal implicó cambios radicales e importantes constituyendo uno de los más significativos relevar a los jueces de las labores

de investigación dentro del proceso penal —propio de un sistema acusatorio— y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones dentro del nuevo sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la "suspensión de la prescripción" se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso, promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva.

F. En el Nuevo Código Procesal Penal las etapas del proceso tienen un plazo establecido: La Investigación Policial o Fiscal veinte días, la Investigación Preparatoria ciento veinte días, ampliado a sesenta días y para casos complejos hasta ocho meses y si bien el juzgamiento no tiene plazo definido, no obstante una de sus características principales como innovación del nuevo modelo procesal es su celeridad y continuación ininterrumpida hasta su conclusión, evitando dilaciones y pérdida de concentración, como la propia Ley lo señala en el artículo 360° [inciso 1 y 5] —*"si no fuera posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueren necesarios hasta su conclusión y no podrá realizarse otros juicios hasta su culminación"*—. Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de Justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente.

G. Por otro lado, la propia norma procesal en los artículos 334° [inciso 2] y 343° regula las situaciones en las que el plazo de la investigación preliminar y preparatoria exceda su duración y reconoce al afectado el derecho de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria —Juez de Garantías considerado como el custodio de la legalidad del procedimiento de investigación que realiza el Ministerio Público y tiene como función esencial tutelar las garantías del imputado— para que resuelva el conflicto y ordene la culminación de esas etapas procesales cuando las considere excesivas —se materializa por medio de una audiencia de control de plazos—. Es evidente el interés y voluntad del legislador de someter a control el plazo del proceso por el Juez que ejerce las funciones del control de garantías —y reglado en el sistema procesal penal— en virtud del principio medular del Estado de Derecho para no dejar a completo arbitrio del Fiscal la duración de la investigación.

32°. En ese contexto, es claro que el plazo de la suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro. Con esto debe resaltarse que si bien los actos del

procedimiento suspenderá el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hacen hasta cierto límite.

III. DECISIÓN

33°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

ACORDARON:

34°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° al 32°.

35°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

36°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARIA MORILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Sra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal. Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116. Lima, 26 de marzo de 2012.

ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: SOBRE LA NECESIDAD DE REEVALUAR LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISPUESTA EN EL ARTÍCULO 339°.1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Alcides Chinchay Castillo (Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal); Gino Valdivia Gucrola (Fiscal Adjunto Provincial de Arequipa), y Eduardo Alcócer Povis del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

4°. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 y la suspensión de la prescripción de la acción penal por formalización de la Investigación Preparatoria.*

6°. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del artículo 339° inciso 1 *"La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal"* declaró expresamente en su fundamento jurídico 27 lo siguiente: *"La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la 'suspensión' con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de 'interrupción' de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara"*.

7°. Sin embargo, con posterioridad a este Acuerdo Plenario un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional ha vuelto ***a insistir en la conveniencia de asumir que lo previsto en dicha norma como suspensión debe ser entendido como interrupción*** y que, incluso, procede a apartarse de lo establecido en el Acuerdo Plenario sobre la materia (Cfr. Sentencia de Apelación del 21 de marzo de 2011, recaída en el Expediente N° 00592-2008-49-1302-JR-PE-01.Corte Superior de Justicia de Huaura, fundamentos 4.1 a 4.10 y Voto Singular del Juez Superior Reyes Alvarado. Asimismo, comentario a dicha sentencia de José David Burgos Alvarado: La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011, p. 261 y ss.). Entre estas posturas también se ha afirmado, sin mayor detalle argumental y de modo reiterado, que la disposición del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal, ha derogado las reglas sobre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que contienen los artículos 83° y 84° del Código Penal sustantivo. Frente a ello, otro calificado sector de la doctrina ha ratificado la coherencia y validez de lo establecido por las Salas

Penales de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Raúl Pariona Arana. La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011, p. 221 y ss.). Las ponencias presentadas en la Audiencia Pública Preparatoria del 12 de marzo han puesto también de manifiesto estas discrepancias con diferentes argumentos en uno y otro sentido, siendo común a todas la ***ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del artículo 339°*** y que resulta imprescindible para esclarecer definitivamente la función y alcances dogmáticos así como prácticos de tal disposición legal.

§ 2. La fuente legal extranjera del artículo 339° inciso 1 valida la posición hermenéutica asumida en el Acuerdo Plenario de 2010.

8°. La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339° inciso 1 es plena y evidente. En efecto, al igual que la norma nacional, el literal a) del artículo 233° del Código Procesal Penal de Chile también establece que ***"La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96° del Código Penal"***. Ahora bien, en el artículo aludido del texto fundamental del Derecho Penal sustantivo del vecino país del sur los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción: *"Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se **suspende desde que el procedimiento se dirige contra él***". Esto significa, sencillamente, que en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, la interpretación hecha por el Acuerdo Plenario es correcta y tiene plena validez técnica y práctica.

§ 3. La suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal en el derecho penal histórico peruano han regulado siempre causales y efectos distintos.

9°. En el derecho penal histórico nacional, también los efectos y las causales de interrupción y suspensión de la acción penal han estado claramente estipulados sin que haya posibilidad alguna de confundirlos. Remitiéndonos únicamente al Código Penal de 1924 podemos constatar incluso que los artículos 121° sobre interrupción y el 122° sobre suspensión ponían en evidencia tales diferencias. Es más, en el segundo de los artículos citados, incluso se estipulaba que los efectos de la suspensión no alcanzaban a los plazos de la prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo *in fine* la primera de dichas normas: *"Si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido, **salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior***". Importante salvedad que no fue reproducida por el actual artículo 84° del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción

penal. De esta manera, desde el plano histórico, se vuelve a ratificar la pertinencia y solidez hermenéutica de lo acordado en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

§ 4. Las relaciones intrasistemáticas entre los artículos 83° y 84° del Código Penal de 1991, con el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 son de plena compatibilidad funcional

10°. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83° de Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. ***Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo***. Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5° en sus incisos 1 y 2:
"1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado.
2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido".
Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 .

§ 5. Necesidad de un plazo razonable para la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004.

11°. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del **principio de plazo razonable** para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra

legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo.** Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art.96°), de octubre de 1984 (Art. 83°), de agosto de 1985 (Art. 89°) y de abril de 1986 (Art. 88°) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible.

III. DECISIÓN

12°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

13°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **6° al 11°.**

14°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

15°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VILLA BONILLA

MORALES PARRAGUÉZ

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

STC. N° 1805-2005-HC/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. N° 1805-2005-PHC/TC. Lima, 29 de abril de 2005

EXP. N.° 0003-2005-HC/TC
LIMA
MÁXIMO HUMBERTO
CÁCERES PEZO/JUEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Huaral, a los 29 días del mes de abril de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Miguel Abel González del Río contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 80, su fecha 17 de enero de 2005, que declara infundada la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de octubre de 2004, el recurrente interpone acción de hábeas corpus a favor de su patrocinado, Máximo Humberto Cáceres Pedrosante, y la dirige contra la Sala Penal "B" Anticorrupción integrada por los vocales Zevala Valladares, Bacardarian Dempwolf y Sequeiros Vargas, solicitando su inmediata libertad. Alega que el favorecido, con fecha 23 de enero de 2003, dedujo la excepción de prescripción en la causa penal N.° 43-2003, alegato que luego de ser desestimado, es recurrido ante la sala emplazada, la que, transgrediendo el debido proceso, confirma la apelada declarando infundada la excepción, a pesar de acreditarse que había transcurrido en exceso el tiempo fijado por ley. Aduce que los emplazados, con fecha 12 de julio de 2004, le denegaron su excepción sobre la base de la Ejecutoria Suprema de fecha 2 de agosto de 2004, irregularidad que evidencia su actitud provocadora, ya que los emplazados mal podrían conocer y aplicar los criterios que en el futuro aplicaría la Corte Suprema. Sostiene que, ante la evidencia antijurídica demostrada en la decisión judicial, interpone recurso de nulidad, el cual es declarado improcedente en aplicación del nuevo Código Procesal Penal, irregularidad que perjudica al favorecido, toda vez que se debió aplicar la norma procesal anterior, por ser esta favorable al procesado.

Agrega que el beneficiario se encuentra cumpliendo detención domiciliaria, existiendo contra él, únicamente, el testimonio de un oficial subalterno, y que se ha vulnerado el principio de legalidad penal, toda vez que se le procesa por el delito de asociación delictiva toda por el hecho de que en el evento ilícito intervinieron pluralidad de agentes.

Realizada la investigación sumaria, el demandante se ratifica en el contenido de su demanda. Por su parte, la doctora Zevala Valladares, presidenta de la sala emplazada, sostiene que la resolución cuestionada se encuentra arreglada a ley, dado que el delito por el que se le juzga al demandante no ha prescrito, toda vez que la pena privativa de libertad a imponerse es de 35 años, los cuales aún no han transcurrido. Finalmente, aduce que la resolución se emitió dentro de un proceso regular, respetando el principio de la doble instancia, y que el demandante utilizó todos los mecanismos impugnatorios que faculta la ley especial de la materia.

El Procurador Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, con fecha 27 de octubre de 2004, se apersona al proceso solicitando que se declare improcedente la demanda, por haberse

continuado el proceso de manera regular ante la cual el hábeas corpus no puede ser eficaz.

El Cuadragésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 15 de noviembre de 2004, declara infundada la demanda por considerar que lo resuelto por la sala emplazada emana de un proceso regular, y que esta ha actuado conforme a las facultades que la ley confiere a jueces y tribunales para complementar o integrar los fallos dentro del marco del debido proceso, según se advierte del pronunciamiento emitido por los acusadores en el Cuaderno de Prescripción que se constituye en el proceso constitucional.

La recurrida confirma la apelada con fundamentos similares.

FUNDAMENTOS

1. El objeto del presente proceso constitucional es que se declare fundada la excepción de prescripción deducida y que, en consecuencia, se disponga la inmediata libertad del favorecido, toda vez que habría operado la prescripción de la acción penal, con lo cual la medida de arresto domiciliario que cumple habría devenido en arbitraria.

2. Se desprende de la demanda una doble afectación constitucional en agravio del beneficiario: a) una supuesta vulneración del principio de legalidad penal y procesal, materializada presuntamente en que la acción penal seguida contra el beneficiario se encuentra prescrita, y en la aplicación ultractiva de la ley procesal, y, b) una supuesta vulneración a la libertad individual, materializada en la medida de detención domiciliaria impuesta al favorecido al disponer la apertura de instrucción.

3. En la demanda se advierte argumentos tendientes no a fundamentar la prescripción de la acción penal que supuestamente agravia al beneficiario, sino a sostener su irresponsabilidad penal respecto del ilícito instruido. Este Tribunal considera pertinente recordar, tal como lo ha hecho en reiterada jurisprudencia, que el proceso constitucional de hábeas corpus tiene por objeto velar por la plena vigencia del derecho a la libertad individual y sus derechos conexos, mas no pronunciarse sobre la responsabilidad penal del sindicado, para tales efectos son propias de la jurisdicción penal ordinaria.[1]

4. Por ello, el cuestionamiento de los argumentos que han justificado la apertura de instrucción, fundamentándose en la mera vinculación frente a la ausencia de elementos probatorios que acrediten la participación, irresponsabilidad y/o responsabilidad penal del favorecido respecto de los ilícitos instruidos, supondría desnaturalizar la esencia de la investigación, porque se la estaría evaluando como si se tratara de una sentencia condenatoria.

5. Por tanto, será materia de análisis constitucional por este Supremo Colegiado si la resolución judicial que declara infundada la excepción deducida viola o amenaza algún derecho fundamental, así como el presente conflicto de aplicación de leyes procesales en el tiempo.

§. La prescripción

6. La prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo ajenas memoria social de la misma.

7. Es decir, que excluirse la prescripción se basa la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con ello, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.

8. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica. El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal.

9. Así, la ley considera varias razones que permiten extinguir la acción penal, en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva: pueden ser causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía).

10. En este orden de ideas, resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesal, vinculados al derecho al debido proceso, que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, mantenga una imputación cuando esta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida, y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos.

§. Clases de prescripción

11. De acuerdo con lo establecido en la ley penal material, la prescripción es un medio para librarse de las consecuencias penales y civiles de una infracción penal o una condena penal por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley.

Por consiguiente, la prescripción igualmente constituye un supuesto de extinción de la acción penal tal como lo prevé el artículo 78.1 del Código Penal, y la norma material reconoce también la prescripción de la ejecución de la pena (artículo 85.1).

12. Así, la primera prescripción, llamada *de la persecución penal*, está referida a la prohibición de iniciar o continuar con la tramitación de un proceso penal, en tanto que por la segunda, llamada *de la ejecución penal*, se excluye la ejecución de una sanción penal si ha transcurrido un plazo determinado, de lo cual se infiere que la prescripción del delito extingue la responsabilidad penal, en tanto que la prescripción de la pena lo que extingue es la ejecución de la sanción que en su día fue decretada.

§. Plazos de prescripción

13. El artículo 80º del Código Penal establece que la acción penal prescribe:

"[E]n un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si fuera privativa de libertad. En el caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben independientemente.

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

En ningún caso, la prescripción será mayor a veinte años. Tratándose de delitos con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los treinta años".

14. Se desprende, entonces, que el Código Sustantivo, en el caso de la prescripción de la pena, prevé plazos más dilatados y condiciones más severas.

15. Sin embargo, resulta importante resaltar que hay hechos criminales que perjudican a la sociedad en su conjunto, afectando el tejido social, político, económico y cultural de un país, y con ello nuestra democracia y el Estado de Derecho.

16. Esta realidad ha acompañado nuestra historia como país, pues estamos de manera permanente viviendo y sufriendo un conjunto de hechos de criminalidad organizada en los que se afecta al patrimonio del Estado, que no es otro que el patrimonio de todos los peruanos. En un país que vive en extrema pobreza, con millones de niños y adolescentes en situación de miseria, no es posible aceptar la impunidad de la corrupción, porque el accionar del Estado no les alcanza, o porque se recurre a argucias legales para impedirlo.

17. Es por ello que la Norma Suprema establece que "[e]l plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado"[2].

La redacción del texto constitucional no es clara; pareciera que se refiere a todos los delitos cometidos en agravio del Estado, pero consideramos que no es así, ya que, por el principio de legalidad y seguridad jurídica, debe entenderse tal plazo de prescripción en el contexto de todo el artículo y, mejor aún, en el contexto de todo el capítulo, que trata exclusivamente de los funcionarios y servidores públicos.

18. Este Supremo Colegiado considera que duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado, sería atentar contra el principio de legalidad, de cuya interpretación *pro homine se infiere* que aplicarle a todos los imputados a los que se procese es extender *in malam partem* lo que pudiera afectar a este, cuando por el contrario su aplicación debe ser *in bonam partem*.

En consecuencia, dicha duplicidad solo es aplicable en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado o de organismos sometidos por este, de conformidad con el artículo 41º, *in fine*, de la Constitución.

19. De autos se advierte que el beneficiario es procesado por delito contra la tranquilidad pública en la modalidad de asociación ilícita, en agravio de la sociedad y el Estado peruano, "[e]n mérito a su vinculación con el Comando Operativo para operaciones especiales que se llegó a denominar Destacamento Colina, conformado como parte de una estrategia clandestina de lucha contra la subversión, que fuera integrado por oficiales del Ejército Peruano, con conocimiento y participación del Comandante General del Ejército, del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres,e incluso del propio ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, dado que, como Comandante EP, Jefe de la Dirección de Economía de Inteligencia del Ejército, habría intervenido beneficios económicos como gastos operativos y retribución adicional a dichos efectivos".

"[…] "[el] ilícito grupo paramilitar estaba abocado a recabar información de los subversivos, detenerlos, interrogarlos mediante tortura, para luego asesinarlos y proceder a su desaparición física."[3]

20. Es decir, se imputa al recurrente el haber formado parte de una agrupación ilícita para delinquir por el hecho de haber contribuido a la concentración de los altos oficiales del Ejército Peruano con los efectivos de su asistencia asignados del Grupo Colina; pues en su condición de Comandante EP, Jefe de Economía del Servicio de Inteligencia habría autorizado beneficios económicos como gastos operativos y la remuneración de dichos efectivos, así como financiar sus "propios estrategias", consistentes en seguimiento, detención, interrogación mediante tortura, aniquilamiento y desaparición física.

A esta agrupación delictiva se le imputa el secuestro, la detención, tortura y desaparición del periodista Pedro Hermino Yauri Bustamante, crimen que se perpetró con un fusil FAL y una granada de guerra tipo piña, en la madrugada del *24 de junio de 1992*, fecha en que "[s]u acalorado de su domicilio en Huacho, lo trasladaron a una playa cercana, haciéndolos cavar una fosa e interrogándolos, los entierros luego de aniquilarlos disparándole en la cabeza con un fusil FAL".[8]

21. Los delitos contra la tranquilidad pública se encuentran previstos en el título XIV del Código Penal, y la modalidad del presente caso está prevista en el segundo párrafo del artículo 317.°, que establece: "[s]i un cuando la organización está destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicos [...], [l]a pena será no menor de 8 años y no mayor de 35 años".

22. Por disposición del artículo 80.° del Código Sustantivo, la acción penal prescribe en *un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad*; y, en todo caso, prescribe cuando *el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción*, conforme lo señala el artículo 83.° del acotado.

En tal sentido, si los hechos investigados ocurrieron el día *24 de junio de 1992*, a la fecha han transcurrido 12 años y 10 meses de la presunta comisión del delito, de lo cual se colige que no ha vencido el plazo ordinario de prescripción por delito de asociación ilícita para delinquir agravada. En consecuencia, la resolución judicial cuestionada que desestima la excepción de prescripción de la acción penal deducida por el favorecido no vulnera sus derechos fundamentales.

23. Por el contrario, dada la trascendencia de los procesos penales que actualmente se siguen por los hechos atribuidos al Grupo Colina, este Tribunal considera que es necesario continuar con la tramitación del proceso tendiente a determinar las responsabilidades a que hubiere lugar.

24. Es por ello que resulta importante recordar, conforme se hiciera en anterior jurisprudencia, que: "[l]os hechos que son materia de los procesos penales seguidos contra el recurrente forman parte de un conjunto atribuido al autodenominado Grupo Colina, todos ellos cometidos bajo una modalidad delictiva que ha merecido el rechazo y la condena de la Comunidad Nacional e Internacional. El Estado Peruano no debe tolerar la impunidad de éstos y otros graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la Comunidad Internacional"[12].

§. Delito de asociación ilícita

25. El recurrente alega que se ha violado el principio de legalidad penal, porque el órgano jurisdiccional lo procesa por el delito de asociación ilícita para delinquir, sin que, a su juicio, se cumplan los presupuestos previstos para que se configure dicho delito, calificación errónea realizada por el juzgador, la cual está sustentada por la pluralidad de agentes que intervinieron en el cuerpo típico materia de instrucción.

26. El principio de legalidad penal está consagrado en el artículo 2.°, inciso 24, literal "d", de la Constitución Política del Perú, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

27. Conforme lo ha sostenido en reiteradas oportunidades este Tribunal, "[E]l principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*)[13].

28. Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que disponen el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones, en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, cierta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

29. Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posible obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

30. Si bien el principio de legalidad penal, el cual protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos de forma clara e inequívoca en una norma jurídica, en tanto derecho subjetivo constitucional, debe ser susceptible de protección en esta vía, el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable al que realiza un juez penal.

31. En efecto, como este Tribunal ha señalado en diversas oportunidades, "[...] no puede acudirse al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos propios, como [lo] es la determinación del tipo penal o la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para sentar sobre infracciones a los derechos constitucionales procesales derivados de una sentencia expedida en proceso penal, cuando ella se haya dictado con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben guardarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo"[14].

§. Formas de intervención delictiva

32. No obstante, es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un *iter* procesal diseñado

en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco teórico jurídico de las formas de intervención delictiva.

33. El Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva: la autoría y la participación.

El artículo 23.° del Código Sustantivo establece que "[l]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometen conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción". A su vez, distingue tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí mismo el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro o otros.

34. La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a "[a]quel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo"[9]. Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede dirimirse incluso.

En tanto que el *partícipe* está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, en el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho.

35. Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo dolosa, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la calidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar en su ejecución.

36. Ahora bien, cuando el ilícito penal es cometido por una persona que, casi instrumento, actúa dentro de un aparato de poder organizado, que, como parte de su estrategia general, comete delitos o representa solo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que convierte a tal agrupación en una organización destinada a cometer delitos. Estamos, entonces, frente a un ilícito contra la paz pública previsto y sancionado en el artículo 317.° de la ley penal material.

A mayor abundamiento, dicho tipo penal está referido a una agrupación de personas organizadas con el objeto de cometer varios delitos, y que han hecho del delito un modo de vida.

37. En consecuencia, en un virtud del principio de reparto funcional de roles y de las contribuciones de los intervinientes en el ilícito penal que se establecerá su intervención delictiva.

f. Detención domiciliaria

38. Es pertinente señalar que, tal como ocurrirá en el caso Chanquetaz Gonzales (Exp. 1565-2002-HC/TC), en el presente proceso no nos encontramos ante un supuesto de detención preventiva, sino ante uno de comparecencia restrictiva. En efecto, tal como está regulada en nuestra legislación procesal penal, la detención domiciliaria no aparece como una forma de detención judicial preventiva, sino, antes bien, como una alternativa frente a esta. Y es que, tal como quedó establecido en la sentencia antes aludida, si bien ambas figuras, al estar encaminadas a asegurar el éxito del proceso penal, responden a la naturaleza de las medidas cautelares, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales ni en sus elementos

justificatorios, dado el distinto grado de incidencia que generan en la libertad del individuo.

39. No es ajeno, empero, a este Tribunal que, entre las alternativas frente a la detención judicial preventiva, la detención domiciliaria es la que aparece como la más seria y lesiva de la libertad personal, razón por la cual su validez constitucional también se encuentra sujeta a los principios de subsidiariedad, razonabilidad, provisionalidad y proporcionalidad.

40. Tal como dejara sentado este Tribunal en pronunciamientos precedentes, "[e]l principal elemento a considerarse en el dictado de (una) medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado no interfiera u obstaculice la investigación judicial o eludirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse de una posible sentencia prolongada".[8]

41. Flaco del análisis de autos que la medida de detención domiciliaria dictada contra el favorecido se justificó en la seriedad de los cargos imputados, así como en la "suma gravedad" que ellos revisten. Tales argumentos, por sí solos, no se condicen con los elementos objetivos que puedan concluir en la determinación del peligro procesal. Justificar las restricciones a la libertad bajo presunciones de orden criminal, esto es, sobre la base de la gravedad de los delitos imputados, resulta, a todas luces, atentatorio al principio de presunción de inocencia que debe informar a todo proceso penal.

42. De otro lado, los mismos procesados, entre los que se encuentra lo que señala los requisitos para dictar las medidas cautelares tendientes a asegurar el éxito del proceso, no solo implican una garantía para el imputado, sino que constituyen un parámetro objetivo que informa al órgano jurisdiccional sobre la forma en que debe llevarse a cabo la sustanciación del proceso.

En tal sentido, del estudio de autos no se advierte la existencia de peligro procesal que asiste el demandante; por el contrario, se evidencia una sospecha razonable de que, dado el esclarecimiento que este tipo de delitos implica, peligra la culminación del proceso y, con ello, la especial obligación de esclarecimiento que este tipo de crímenes conlleva.

43. Finalmente, en el extremo alegado de ausencia de suficiencia probatoria, "[n]o puede existir contra él (no solo el testimonio de un oficial subalterno)"[10], resulta necesario precisar que, de encontrarse presente dicho requisito al dictarse la medida, estaríamos ante la presencia copulativa de los tres presupuestos exigidos por ley para el dictado de la medida cautelar de detención preventiva.

g. Conflicto de leyes en el tiempo

44. Con respecto al conflicto de aplicación de leyes procesales en el tiempo, invocado por el demandante, "[a]l denegarse el Recurso de Nulidad, aplicando la nueva norma del Código Procesal Penal y no la anterior"[11], resulta necesario precisar que dicha controversia ha de resolverse a la luz del principio de eficacia inmediata de las leyes, con las excepciones que este pueda tener a consecuencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho "*a no ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos*", reconocido por la Norma Suprema como los principios y derechos de la función jurisdiccional.

45. Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido que "[e]l derecho al procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulen el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento *"no sean alteradas o modificadas con posterioridad"*.[12] Es decir, que iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que "nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos".

46. En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolver. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, sin ser que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior.

47. En tal sentido, del estudio de autos se advierte que el favorecido Cacedo Podestatte fue notificado con la desestimación de la excepción de prescripción con fecha 20 de octubre de 2004 (f.16); resolución contra la cual interpuso recurso de nulidad, el cual fue declarado improcedente con fecha 22 de setiembre de 2004, en aplicación del Decreto Legislativo N.° 959, vigente desde el 18 de agosto de 2004.

Por consiguiente, la denegatoria del recurso de nulidad se realizó en aplicación del principio *tempus regit actum*, dado que al momento de resolver, tal recurso de nulidad se encontraba vigente el Decreto Legislativo N.° 959; en consecuencia, era imperativa su observancia, toda vez que las normas procesales son de cumplimiento inmediato. Por lo tanto, la resolución cuestionada no vulnera los derechos fundamentales del demandante.

48. De conformidad con el artículo VI, *in fine*, del Código Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos 10, 18, 33, 34, 35 y 36 son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO

[7] STC 1567-2002-HC/TC, Caso Rodríguez Medrano.

[12] Constitución Política del Perú, artículo 41.°

[13] Cfr. Considerando 3 de la Resolución del Segundo Juzgado Penal Especial, f. 3 a 10.
[14] Cfr. Considerando del Dictamen Fiscal N° 172-2004, f. 13 y 13 v.
[15] Fundamentos de la STC 2209-2004-HC, Caso Rivera Navarrete.
[16] STC 0010-2002-AI/TC.

[17] STC 2198-2004-HC, Caso Hubleya de Vivanco.

[18] Derecho Penal Adjetivo. Parte General, Edición 31ª Editorial Jurídica, 1976, p. 141.
[19] STC 1091-2002-HC/TC, Caso Silva Checa, fundamento 10.

[20] Primer Fundamento de hecho de la demanda, f. 1-3.
[21] Undécimo Fundamento de hecho de la demanda, ibíd.
[22] STC 2196-2002-HC/TC, Caso Saldaña Saldaña.

Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal

STC. N° 3681-2010-PHC/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. N° 03681-2010-PHC/TC. Lima, 11 de mayo de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 0681-2010-PHC/TC
LIMA
ERNESTO CESAR SCHÜTZ LANDAZURI

RESOLUCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 11 de mayo de 2012

VISTO

El escrito de nulidad presentado por el Procurador Público del Poder Judicial y vistas la resoluciones de fechas 20 de abril y 8 de mayo de 2012; y,

ATENDIENDO A

1. Que de conformidad con el artículo 121° del Código Procesal Constitucional contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna salvo que de oficio o a instancia de parte, decidiera aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido.

2. Que del escrito presentado y del análisis que el Pleno ha realizado de la parte considerativa de los votos emitidos en la resolución de fecha 20 de abril de 2012, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 03 de mayo de 2012, y evaluando independientemente cada una de las decisiones emitidas sobre cada una de las pretensiones, se advierte dos extremos del pronunciamiento. Uno referido a la resolución del 21 de noviembre de 2006, que en el proceso penal seguido contra Ernesto Cesar Schütz Landazuri, suspendió los términos prescriptorios de la acción penal seguida contra éste y otro, sobre la resolución del 1 de octubre de 2001, que amplía el auto de instrucción para incorporar el delito de asociación ilícita para delinquir.

3. Que en cuanto al cuestionamiento de la primera resolución de fecha 21 de noviembre de 2006, los magistrados Álvarez Miranda, Mesía Ramírez y Eto Cruz, han votado por declarar fundada la demanda y nula dicha resolución, y por otro lado, los magistrados Urviola Hani y Beaumont Callirgos la han declarado improcedente, en tanto que de la parte considerativa del voto emitido por el magistrado Vergara Gotelli se advierte que sobre este extremo se pronuncia también sobre su improcedencia, encontrándose entonces en empate en la decisión sobre la referida pretensión.

4. Que en cuanto a la decisión emitida sobre la segunda pretensión que cuestiona la resolución del 1 de octubre de 2001, que amplía el auto de instrucción para

incorporar el delito de asociación ilícita se advierte que los magistrados Álvarez Miranda, Mesía Ramírez y Eto Cruz la han declarado improcedente, los magistrados Urviola Hani y Beaumont Callirgos la han declarado infundada, y el magistrado Vergara Gotelli se pronuncia por su improcedencia, es decir tenemos 4 votos por la improcedencia y dos votos por declarar infundada esta pretensión. En consecuencia, sobre este extremo se ha alcanzado mayoría en la parte resolutiva.

5. Que no habiéndose alcanzado conformidad en la totalidad de la decisión emitida sobre una pretensión subsiste el empate, por lo que debe llamarse al magistrado Calle Hayen, que de acuerdo con el acta de la vista de la causa no concurrió a dicha audiencia para que, avocándose al conocimiento de autos, emita pronunciamiento sobre el extremo que cuestiona la resolución de fecha 21 de noviembre de 2006, tal como ya sucedió anteriormente en el expediente N. 00831-2010-PHD/TC.

6. Que en el presente caso la Secretaría Relatoría sumó el sentido de los votos teniendo en consideración la totalidad de los fallos, no habiendo encontrado coincidencia entre los votos de los magistrados Beaumont Callirgos, Urviola Hani con el voto del magistrado Vergara Gotelli, toda vez que los primeros declaraban infundada la demanda en un extremo e improcedente en otro, y el magistrado Vergara Gotelli declaraba improcedente la demanda en sus dos extremos. No obstante, sobre la base de los argumentos expuestos en el escrito de nulidad y del análisis de la parte considerativa de cada uno de los votos, el Pleno encuentra que se ha configurado un empate en el extremo de la pretensión antes referida.

7. Que siendo así, aún no hay conformidad en la totalidad de las decisiones emitidas sobre cada una de las pretensiones esgrimidas en la demanda, razones por las que la resolución de aclaración de fecha 8 de mayo de 2012, su publicación y consecuente notificación adolecen de un vicio insalvable que acarrean su irremediable nulidad.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar la **nulidad de los actos procesales de publicación y notificación de la resolución de fecha 20 de abril de 2012; la nulidad de la resolución de fecha 8 de mayo de 2012, su publicación y notificación**; a efectos de que continuando la causa con su

trámite se llame al magistrado Calle Hayen, para que se pronuncie sobre el extremo en el que subsiste el empate.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

Lo que certifico:

VÍCTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDEÑAS
SECRETARIO RELATOR