

CAPÍTULO III

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

§ 1. *Función y Etapas de la determinación judicial de la pena.*

749°. “Una vez establecida la existencia de un hecho delictivo y estando vigente el interés del Estado por castigar este hecho resulta necesario determinar la consecuencia jurídico-penal que le corresponde al delito cometido”¹¹⁵⁷. La determinación judicial de la pena tiene por función, identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales¹¹⁵⁸.

Corresponde hacerlo al órgano jurisdiccional debido a que la conminación abstracta que tiene la pena en la ley se expresa, generalmente, en magnitudes abiertas o semi abiertas donde sólo se asigna a aquélla una extensión mínima o máxima. En el caso de nuestra legislación penal esa es la técnica legislativa utilizada. Al respecto, el séptimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha precisado: “*Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales*”¹¹⁵⁹.

Cada delito tipificado en la Parte Especial del Código Penal o en Leyes especiales o accesorias a él tiene señalada, por regla general, una o

¹¹⁵⁷ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 688. Esta actividad, intrínsecamente judicial, permite constatar el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena; actividad que a su vez implicará el *quantum* de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de pena [SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA: *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. En: *InDret*, Revista para el análisis del Derecho 2/2007, Barcelona, páginas 5 y 6].

¹¹⁵⁸ La Corte Suprema, al amparo del artículo 45° del Código Penal, ha precisado que la graduación de la pena debe ser el resultado de la gravedad de los hechos cometidos, de la responsabilidad del agente y de su cultura y carencias personales [Ejecutoria Suprema número 5002-96-B/Cusco, del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis]. Otro dato a tener en cuenta es, también el interés de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen (numeral 3 del artículo 45° del Código Penal). Tales exigencias, en todo caso, reclaman –apunta BRAMONT ARIAS, LUIS ALBERTO- que se tome en consideración los fines de la pena, a partir de los cuales se puede juzgar qué hechos son importantes en el caso concreto para la determinación de la pena y cómo deben valorarse [*Derecho Penal Peruano (Visión Histórica) Parte General*, Ediciones Jurídicas UNIFÉ, Lima, 2004, página 474].

¹¹⁵⁹ ACUERDO PLENARIO NÚMERO 1-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho. Separata Especial Jurisprudencia del Diario Oficial El Peruano, tres de noviembre de 2008, página 6446.

más penas a partir de extremos de duración o realización mínimos o máximos. En consecuencia, la realización culpable y comprobada judicialmente de un delito, conlleva la determinación de la pena entre ambos límites punitivos.

750°. La determinación judicial de la pena se estructura y desarrolla en base a etapas o fases. Tradicionalmente, la doctrina y la legislación han identificado en este procedimiento dos etapas secuenciales.

En la primera etapa se deben definir los límites de la pena o penas aplicables. Se trata de la identificación de la *pena básica*, en cuya virtud corresponde establecer un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final. En aquellos delitos donde sólo se ha considerado en la pena conminada uno de tales límites, se debe de integrar el límite faltante en base a los que corresponden genéricamente para cada pena y que aparecen regulados en la Parte General del Código Penal, al configurarse el catálogo o precisarse las características específicas de cada pena. En tal supuesto es de recurrir a los límites genéricos que establece el artículo 29° que trata de las penas privativas de libertad.

751°. En la segunda etapa se debe identificar la *pena concreta* dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso.

Las *circunstancias* son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito, cuya esencia permanece intacta. Es decir, posibilitan apreciar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita –antijuridicidad del hecho– o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta –culpabilidad del agente–, permitiendo de este modo ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe¹¹⁶⁰.

752°. Si bien las circunstancias pueden ser objeto de varias clasificaciones, para el caso que es materia del presente juzgamiento resulta pertinente aludir, solamente, a aquellas que utilizan como criterio clasificador su naturaleza y su efectividad.

1. Por su *naturaleza* las circunstancias pueden ser comunes o genéricas y especiales o específicas. Son comunes o genéricas las circunstancias que se regulan en la Parte General del Código Penal y que pueden operar en la

¹¹⁶⁰ Tiene expuesto la Corte Suprema que para determinar el marco penal concreto, debe tenerse en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes genéricas, a partir del conjunto de factores fijados por los artículos 45° y 46° del Código Penal. Para estos últimos efectos es de asumir como criterio determinante una relación de proporcionalidad entre la entidad del injusto perpetrado y la culpabilidad por el hecho, que por cierto no es matemático sino sustentado en valoraciones de orden cultural y consideraciones preventivas, que desde luego no deben vulnerar las exigencias constitucionales representadas genéricamente en el principio de prohibición de exceso [Ejecutoria Suprema número 1108-2004/Ucayali, del dos de agosto de dos mil cuatro].

determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. En la legislación nacional tales circunstancias se encuentran reunidas, principalmente, en el artículo 46° del Código Penal. En cambio, las circunstancias especiales o específicas se regulan en la Parte Especial y en conexión funcional sólo con determinados delitos. Ese es el caso de las circunstancias previstas en los incisos del artículo 108° y que sirven también para la tipicidad del delito de asesinato, o de aquellas que enumera el párrafo segundo del artículo 152° que están consideradas para el delito de secuestro.

2. Por su *efectividad* las circunstancias pueden ser atenuantes o agravantes. Son atenuantes aquellas que por señalar un menor desvalor de la conducta ilícita realizada o un menor reproche de culpabilidad sobre el agente de la misma, producen como efecto la consideración o aplicación de una pena menor. Son agravantes las que por indicar un mayor desvalor del comportamiento antijurídico ejecutado o un mayor reproche de culpabilidad sobre su autor, generan como efecto la conminación o imposición de una pena más grave.

3. Sin embargo, es frecuente encontrar en un caso penal complejo, como el que es objeto de análisis judicial, la presencia conjunta de varias circunstancias de igual o distinta naturaleza y efectividad. La determinación de la pena concreta en estos casos de *conurrencia de circunstancias*, operativamente implica, como regla general, que no se puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente. En tal virtud, **i)** a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor; igualmente, **ii)** la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará el resultado de la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido; por último, **iii)** frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo, de esta manera, ubicarse la penalidad concreta en el espacio intermedio entre los límites inicial y final de la pena básica. Sobre esta última opción resulta importante lo expuesto por GONZÁLEZ CUSSAC: "...dicha compensación deberá ajustarse a un correcto uso del arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia. [...] En tales supuestos, el Tribunal está capacitado para recorrer toda la extensión de la pena, imponiéndola en el grado que estime oportuno según la compensación racional de unas y otras"¹¹⁶¹.

753°. La eficacia de las circunstancias concurrentes está limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación o atenuación. La proyección, pues, de principios rectores o de garantías penales como el *ne bis in idem* exige, en estos casos, que se aplique un test de compatibilidad a todas las circunstancias

¹¹⁶¹ GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Editorial Universidad de Valencia, Valencia, 1988, página 222.

que concurren¹¹⁶². Esto es, que cada circunstancia se refiera siempre a un factor o indicador diferente.

Si las circunstancias, luego de dicho examen, resultan compatibles entre sí, se valorarán en conjunto y se extraerán de ellas los efectos correspondientes que abonen a la configuración de la pena concreta. En cambio, si las circunstancias aluden a un mismo factor devienen en incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia específica excluye a la genérica.

§ 2. *Las circunstancias genéricas en el artículo 46° del Código Penal: clasificación, características y efectividad.*

754°. Para el presente caso, como es obvio, sólo van a considerarse circunstancias genéricas o comunes, las cuales se encuentran señaladas de modo enunciativo en el texto original del artículo 46° del Código Penal de mil novecientos noventa y uno¹¹⁶³. Estas circunstancias genéricas no han sido calificadas por el legislador como agravantes o atenuantes, por lo que, según destaca GARCÍA CAVERO, "...será del caso decidir si en el caso concreto le da a dichas circunstancias específicas un peso agravatorio o atenuatorio. Se trata de aspectos cuya relevancia penal sólo puede decidirse en un hecho particular y que, por lo tanto, el legislador no puede definir su dirección de valoración"¹¹⁶⁴.

En consecuencia, será del caso, en orden a la presencia y naturaleza de las circunstancias concurrentes, fijar razonada y razonablemente su

¹¹⁶² El primer párrafo del artículo 46° del Código Penal, además de disponer que la individualización de la pena se debe hacer dentro de los "límites fijados por la ley", consagra el llamado principio de la *inherencia* o de la *prohibición de la doble valoración*, que rechaza asumir como criterios para la determinación de la pena aquellos elementos que sean de la esencia de los tipos penales respectivos, o que hayan sido señalados al redactar las figuras punibles en la Parte Especial del Código, o en el derecho penal complementario [VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Los criterios de determinación de la pena en el CP. peruano de 1991*. http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/archivos/a_20080527_30.pdf].

¹¹⁶³ **Artículo 46° del Código Penal:** "Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

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

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

¹¹⁶⁴ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal*, obra citada, página 718.

relevancia en el caso concreto a los efectos del aumento o disminución de la penalidad, a fin de establecer la pena concreta aplicable al imputado.

755°. Desde esta perspectiva es posible, y útil, agrupar las circunstancias legalmente previstas en razón de su vinculación con la *gravedad del hecho punible* o con la *personalidad del autor*. Corresponden al primer grupo: **i)** la naturaleza de la acción; **ii)** los medios empleados; **iii)** la importancia de los deberes infringidos; **iv)** la extensión de daño o del peligro causados; y, **v)** las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Se relacionan con el segundo grupo: **i)** los móviles y fines; **ii)** la unidad o pluralidad de agentes; **iii)** la edad, educación, costumbres, situación económica y medio social; **iv)** la conducta anterior y posterior al hecho; **v)** la reparación espontánea que hubiera hecho del daño; **vi)** la confesión sincera antes de haber sido descubierto; y, **vii)** los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de la personalidad del infractor. Como indica CARO CORIA, “*De esa forma, el art. 46° establecería dos pautas genéricas de tasación de la pena, el grado de injusto y el grado de culpabilidad*”¹¹⁶⁵.

Las indicadas circunstancias, según BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES, aluden al grado del injusto o al grado de responsabilidad del agente. Las primeras hacen una clara referencia a la cuantía del injusto, es decir al grado de antijuridicidad, de contrariedad de la conducta con el derecho, con el orden jurídico. Las segundas, buscan medir la capacidad para delinquir del agente, deducida de factores que hayan actuado de manera de no quitarle al sujeto su capacidad para dominarse a sí mismo y superar el ambiente. No se pretende averiguar si el agente podría o no cometer en el futuro ulteriores delitos, sino que debe analizarse el grado de maldad que el agente demostró en la perpetración del delito que trata de castigarse. Se observa el pasado y no el futuro¹¹⁶⁶.

756°. Sobre la base de los criterios valorativos expuestos, es pertinente realizar un análisis puntual del significado y alcances de tales circunstancias genéricas:

1. LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN. Esta circunstancia, como acota PEÑA CABRERA al analizarla en base al Código Penal de mil novecientos veinticuatro, puede atenuar o agravar la pena¹¹⁶⁷, permite dimensionar la magnitud del injusto realizado. Para ello se debe apreciar “*la potencialidad lesiva de la acción*”¹¹⁶⁸. Es decir, será del caso apreciar varios aspectos como son el tipo de delito cometido o el *modus operandi* empleado por el agente, esto es,

¹¹⁶⁵ CARO CORIA, DINO CARLOS: *Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano*. En: <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/IJP-Carlos%20caro.pdf>.

¹¹⁶⁶ Confróntese: BRAMONT ARIAS, LUIS; BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO: *Código Penal Anotado*, Cuarta Edición, Reimpresión Actualizada, Editorial San Marcos, Lima, 2003, página 249.

¹¹⁶⁷ PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Volumen I, tercera edición, Editorial Sagitario, Lima, 1987, página 257 y siguientes.

¹¹⁶⁸ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal*, obra citada, página 719.

la *“forma cómo se ha manifestado el hecho”*¹¹⁶⁹. Además, se tomará en cuenta el efecto psicosocial que aquél produce.

2. LOS MEDIOS EMPLEADOS. La realización del delito se puede ver favorecida con el empleo de medios idóneos, la naturaleza y efectividad dañosa de su uso pueden comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos. De allí que VILLAVICENCIO TERREROS estime que esta circunstancia se refiere igualmente a la magnitud del injusto¹¹⁷⁰. Sin embargo, para otros autores, que como PEÑA CABRERA comentaban igual circunstancia en el Código ya derogado y predecesor del actual, ella posibilitaba, también, reconocer la peligrosidad del agente¹¹⁷¹.

3. LA IMPORTANCIA DE LOS DEBERES INFRINGIDOS. Es una circunstancia relacionada con la magnitud del injusto, pero que toma en cuenta también la condición personal y social del agente. Resulta, por lo demás, coherente que la realización del delito con infracción de deberes especiales propicie un efecto agravante, en la medida que el desvalor del injusto es mayor, pues trasciende a la mera afectación o puesta en peligro del bien jurídico. Esto es, el agente compromete, también, obligaciones especiales de orden funcional, profesional o familiar que tiene que observar.

4. LA EXTENSIÓN DEL DAÑO O PELIGROS CAUSADOS. Esta circunstancia indica la cuantía del injusto en su proyección material sobre el bien jurídico tutelado¹¹⁷². GARCÍA CAVERO precisa que tal circunstancia toma como criterio de medición el resultado delictivo¹¹⁷³. No obstante, como bien destacaba CORNEJO, en alusión al Código anterior, esta valoración corresponde sobretodo a la conminación de la pena en cada delito y no a un nivel de circunstancia genérica. Según este autor *“es incongruente con la doctrina que sustenta el Código el considerar la extensión del daño y del peligro causado como un elemento ordinario o genérico que debe tenerse en consideración al aplicarse la pena”*¹¹⁷⁴.

5. LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR, MODO Y OCASIÓN. Se refieren a condiciones tempo-espaciales. Reflejan, principalmente, una dimensión mayor en el injusto, ya que el agente suele aprovecharlas para facilitar la ejecución del delito.

6. LOS MÓVILES Y FINES. La motivación y los fines que determinan, inducen o guían la acción delictiva del agente, influyen, de modo determinante, en la mayor o menor intensidad de su culpabilidad. Esto es, tales circunstancias coadyuvan a medir el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su naturaleza subjetiva es preeminente y se expresa en lo fútil, altruista o egoísta del móvil o finalidad, tal como lo reconoce

¹¹⁶⁹ ZIFFER, PATRICIA S.: *Lineamientos de la determinación de la pena*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, página 130 y siguientes.

¹¹⁷⁰ Conforme: VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Código Penal*, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1992, página 199.

¹¹⁷¹ Confróntese: PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal*, obra citada, página 259.

¹¹⁷² Confróntese: BRAMONT ARIAS, LUIS; BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO: *Código Penal*, obra citada, página 249.

¹¹⁷³ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal*, obra citada, página 719.

¹¹⁷⁴ CORNEJO, ÁNGEL GUSTAVO: *Parte General de Derecho Penal*, Tomo Primero, Librería e Imprenta de Domingo Miranda, Lima, 1936, página 250.

contemporáneamente la doctrina nacional¹¹⁷⁵. Lo cual coincide con lo señalado por CORNEJO, al referirse a idéntica circunstancia prevista en el código penal derogado, de que: *“Para la aplicación de las penas lo que debe valorarse es el motivo psicológico en cuanto se relaciona con los fines sociales, y es tanto más ilícito en cuanto más se opone a los sentimientos básicos de la piedad, de la solidaridad, de la cultura, en suma”*¹¹⁷⁶.

7. LA UNIDAD O PLURALIDAD DE AGENTES. Tradicionalmente la doctrina nacional, desde la vigencia del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, ha interpretado que la pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima. La concurrencia de agentes expresa necesariamente un acuerdo de voluntades que se integran para lo ilícito¹¹⁷⁷. Al respecto advierte GARCIA CAVERO que lo importante para la oportunidad de esta agravante es que no se le haya considerado “ya en la formulación del tipo penal”¹¹⁷⁸. Ahora bien, es de destacar que la pluralidad de agentes expresa siempre una coautoría funcional; esto es, un codominio del hecho. No se puede incluir en esta noción de “pluralidad” a los partícipes, sean instigadores o cómplices.

8. LA EDAD, EDUCACIÓN, SITUACIÓN ECONÓMICA Y MEDIO SOCIAL. Se trata de circunstancias vinculadas a la capacidad penal del agente y a su mayor o menor posibilidad para internalizar el mandato normativo, así como para motivarse en él y en sus exigencias sociales. Estas circunstancias operan sobre el grado de culpabilidad del agente y sobre la intensidad del reproche que cabría hacerle. El artículo 45° inciso 1 del Código Sustantivo también considera como criterio de fundamentación y determinación de la pena que el Juez atienda a *“las carencias sociales que hubiere sufrido el agente”*. Será del caso, en consecuencia, incluir en la valoración de estas circunstancias las posibilidades reales de interacción e integración que ha tenido el agente con su entorno social y con los patrones de conducta positiva imperantes en él.

9. LA REPARACIÓN ESPONTÁNEA QUE HUBIERE HECHO DEL DAÑO. Esta circunstancia toma en cuenta la conducta posterior al delito que exteriorizó el agente. Que el delincuente repare en lo posible el daño ocasionado por su accionar ilícito, revela una actitud positiva que debe valorarse favorablemente con un efecto atenuante. En ese sentido CAVERO GARCIA reconoce que *“Con la reparación del daño, el autor adelanta una parte de los aspectos que le correspondería cumplir con la pena, afectando así la cuantificación de la pena concreta”*¹¹⁷⁹. Sin embargo, es pertinente demandar, como lo hacía PEÑA CABRERA al comentar una disposición similar del Código Penal de mil novecientos veinticuatro: *“que la reparación debe ser espontánea, es decir, voluntaria y, naturalmente, antes de la respectiva sentencia. Se entiende que la reparación debe partir del autor, y no de terceros”*¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁵ GARCIA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal*, obra citada, página 720.

¹¹⁷⁶ CORNEJO, ÁNGEL GUSTAVO: *Parte General de Derecho Penal*, obra citada, página 242.

¹¹⁷⁷ CORNEJO, ÁNGEL GUSTAVO: *Parte General de Derecho Penal*, obra citada, página 248.

¹¹⁷⁸ GARCIA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal*, obra citada, página 720.

¹¹⁷⁹ GARCIA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal*, obra citada, página 721.

¹¹⁸⁰ PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal*, obra citada, página 264.

10. LA CONFESIÓN SINCERA ANTES DE HABER SIDO DESCUBIERTO. Esta circunstancia valora un acto de arrepentimiento posterior al delito. Con ello se expresa la voluntad del agente de hacerse responsable por el ilícito cometido y de asumir plenamente las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Esta actitud se destaca en favor del agente, pues, con ella, se rechaza la frecuente conducta posterior al hecho punible y que se suele orientar hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor. Al respecto, la doctrina elaborada en base a esta circunstancia ha afirmado, desde la vigencia del Código anterior, que: *“Hay diferencia notable en el delincuente que huye después de consumado el delito, del que se presenta voluntariamente a las autoridades para confesar. Este último muestra arrepentimiento, o por lo menos, asume su responsabilidad, lógicamente la atenuante es procedente; de suerte que no puede favorecerse al delincuente que huye, y regresa después acompañado de su abogado”*¹¹⁸¹. Además, se advierte con tal actitud *“...falta de necesidad de una pena más grave con fines de prevención o reestabilización”*¹¹⁸². Ahora bien, es de recordar que actualmente el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales también considera a la confesión sincera, siempre que se de en sede judicial, como una atenuante privilegiada que posibilita imponer una pena concreta por debajo del mínimo legal. No obstante, la circunstancia del artículo 46° del Código Penal, que aquí se analiza, es diferente de aquella en tanto que sólo equivale a una autodenuncia. De allí, pues, que por su menor eficacia procesal y probatoria, la ley le conceda únicamente la condición y efectos de una circunstancia genérica.

11. LAS CONDICIONES PERSONALES Y CIRCUNSTANCIAS QUE LLEVEN AL CONOCIMIENTO DEL AGENTE. El carácter enunciativo del artículo 46° del Código Penal se complementa con la amplitud circunstancial que concede al juez. Reconoce la norma una opción innominada y abierta para interpretar y apreciar otras circunstancias, distintas de las expresamente identificadas por cada inciso precedente de dicho artículo. Esto es, *“la determinación de la pena concreta por el juez requiere un acercamiento con el autor que permita una justicia penal más ajustada a la persona”*¹¹⁸³. Ahora bien, para evitar contradicciones al principio de legalidad y riesgos de arbitrariedad, será de rigor especificar en concreto la circunstancia que invoca y su equivalencia con las reguladas legalmente. Sobre todo, se debe fundamentar razonablemente cómo es que tal circunstancia resulta idónea para definir un perfil que permite conocer mejor la personalidad del agente.

§ 3. Determinación judicial de la pena y concurso de Delitos.

757°. Como precisa GARCÍA CAVERO: *“El marco penal abstracto resulta afectado también en el caso del concurso de delitos”*¹¹⁸⁴. Por tanto, forman parte, igualmente, de las reglas sobre determinación de la pena las correspondientes a los denominados *concurso de delitos*. Esto es, normas

¹¹⁸¹ PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de Derecho Penal*, obra citada, página 264.

¹¹⁸² GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal*, obra citada, página 721.

¹¹⁸³ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal*, obra citada, página 722.

¹¹⁸⁴ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal*, obra citada, página 708.

especiales que ayudan a decidir la configuración y extensión de la pena concreta en casos de realización plural de tipos penales derivados de una sola conducta, o de delitos independientes cometidos por un mismo autor. En el primer caso se trata del *concurso ideal de delitos*; y, en el segundo caso, del denominado *concurso real de delitos*. En el Código Penal vigente ambas formas de concurso se encuentran reguladas en los artículos 48° y 50°, respectivamente. Sin embargo, en atención a la fecha de ocurrencia de los hechos, así como a los límites que impone el principio de legalidad, se revisarán, para efectos de esta sentencia, las reglas previstas por el texto original de nuestro código sustantivo y que fueron las vigentes por aquel entonces.

758°. El *concurso ideal de delitos* tiene lugar cuando la acción ejecutada por el agente cumple los elementos constitutivos de dos o más tipos legales. Como consecuencia de ello se produce una pluralidad de tipos y sanciones aplicables, ya que ninguno resulta capaz de comprender en su totalidad la conducta realizada por aquél. Al respecto precisa HURTADO POZO: *“Afirmar que hay unidad de acción no implica, siempre, que una sola disposición legal será aplicada. Mediante su ejecución, el agente puede realizar los elementos de dos o más tipos legales, e incluso puede suceder que ninguno de éstos logre abarcar en su totalidad la unidad de acción en cuestión. Así, sólo considerando todos los tipos legales concernidos se podrá aprehender en su integridad el carácter ilícito de la acción. La aplicación de las diversas disposiciones está en efecto determinada por la naturaleza compleja de la acción”*¹¹⁸⁵.

Para la determinación de la pena en el concurso ideal de delitos se recurría en el texto original del artículo 48° al denominado principio de absorción. Según dicho criterio rector, la pena básica se identificaba con la pena conminada más grave entre todas aquellas contenidas en las disposiciones penales que concurren. De esta manera se asumía que en dicha penalidad más severa quedaban absorbidas las demás penas menos graves (*poena major absorbet minoren*)¹¹⁸⁶.

Sin embargo, ante la eventualidad de coexistir penas accesorias o medidas de seguridad, el citado artículo autorizaba su aplicación aún cuando tales sanciones sólo estuvieran previstas para alguna de las disposiciones legales en concurso ideal.

759°. El *concurso real de delitos* se produce cuando el mismo agente con varias acciones independientes entre sí realiza, a su vez, varios delitos autónomos. Como anota VILLAVICENCIO TERREROS: *“A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por*

¹¹⁸⁵ HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, página 928.

¹¹⁸⁶ HURTADO POZO, JOSÉ, expresa al respecto que *“...la pena más grave impuesta sirve al mismo tiempo de castigo por las otras infracciones más leves que se han cometido”* [*Manual de Derecho Penal*, obra citada, página 932 y siguientes].

*presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal*¹¹⁸⁷.

Cabe distinguir dos clases de concurso real de delitos: homogéneo y heterogéneo. Es homogéneo cuando la pluralidad de delitos se relaciona con infracciones de la misma especie. Será heterogéneo, en cambio, cuando la pluralidad de delitos cometidos se relacione con infracciones de distinta especie.

Para la determinación de la pena concreta en el caso de un concurso real de delitos el texto del artículo 50° del Código Penal, vigente al momento de comisión de los delitos materia del proceso y aplicable por ser el más favorable, regulaba el siguiente procedimiento en dos fases:

1. Para la determinación de la pena básica se elegía la pena más grave de las conminadas para los delitos integrantes del concurso. Rige, pues, en esta primera fase el principio de absorción.
2. Luego, los demás delitos de menor gravedad eran considerados como circunstancias agravantes que posibilitaban definir la pena concreta. Esto es, ellos permitían graduar dicha pena a fin de alcanzar la más severa represión. En esta operación complementaria primaba el denominado principio de asperación.

Esta dualidad de operaciones jurisdiccionales para la determinación de la pena en un concurso real de delitos, fue entendida, en la doctrina nacional por BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES, como la aplicación en el procedimiento de una combinación de ambos principios¹¹⁸⁸.

§ 4. La pena conminada y la pena básica en el caso sub judice.

760°. Conforme a la acusación fiscal se imputa al acusado Fujimori Fujimori tres clases de delitos:

1. Delitos de asesinato conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 108° del Código Penal.
2. Delitos de lesiones graves conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 121° del Código Penal.
3. Delitos de secuestro agravado conforme al artículo 152°, inciso 1, del segundo párrafo del Código Penal.

En el Capítulo I de esta Parte Tercera de la sentencia se ha concluido que **(1)** los delitos cometidos en agravio de Gustavo Andrés Gorriti Ellenbogen y de Samuel Edward Dyer Ampudia es el de secuestro agravado, previsto en el inciso 1) del artículo 152° del Código Penal. De igual manera se ha concluido que se han perpetrado **(2)** los delitos de asesinato y lesiones graves; en el primer caso, **(i)** sólo por alevosía (artículo 108°.3 del Código Penal); y, en el segundo caso, **(ii)** las agravantes del originario artículo 121° del Código Penal concurren según cada agraviado (peligro inminente de la vida: León León y Rodas Alvitres; invalidez permanente:

¹¹⁸⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703.

¹¹⁸⁸ BRAMONT ARIAS, LUIS; BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO: *Código Penal Anotado*, obra citada, página 263.

Livias Ortega; causación de cualquier otro daño que requiera treinta o más días de asistencia o descanso: Condorcahuana Chicaña).

761°. PENAS PARA LOS DELITOS DE ASESINATO. Los hechos imputados como asesinato ocurrieron en dos momentos diferentes. Primero, los sucesos de Barrios Altos el tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno. Luego, los hechos de la Universidad La Cantuta el dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos.

En este período estuvo vigente el texto original del artículo 108° del Código Penal que establecía como penalidad conminada para esta clase de delitos pena privativa de libertad no menor de quince años. Sin embargo, este artículo no definía el extremo máximo de la sanción a imponerse, razón por la cual la pena básica debía configurarse tomando en cuenta el límite general previsto en el Libro Primero del Código Penal, específicamente en su artículo 29°.

1. Al tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno, fecha en que ocurrieron los hechos de Barrios Altos, el artículo 29° fijaba como límite genérico máximo de la pena privativa de libertad veinticinco años. No obstante, reformas posteriores, como las introducidas por el Decreto Ley número 25475 del seis de mayo de mil novecientos noventa y dos, por el Decreto Legislativo número 895 del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y ocho, y por el Decreto Legislativo número 982 del veintidós de julio de dos mil siete, incorporaron límites genéricos máximos superiores a veinticinco años.

2. Una consecuencia del imperio del principio de legalidad de las penas, reconocido por el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, es la prohibición de la aplicación retroactiva de cualquier modificación punitiva posterior que resulte desfavorable al procesado (*retroactividad in malam parte*). Por tanto, como señala VILLAVICENCIO TERREROS, no se puede considerar la aplicación retroactiva de una pena más grave que no estuvo prevista en la ley al momento de comisión del delito¹¹⁸⁹. Esto es, para el caso sub judice deberá aplicarse ultractivamente una ley penal ya derogada, pero que estuvo vigente al momento de los hechos por ser más favorable (*ultractividad de la ley más favorable*)¹¹⁹⁰.

Por consiguiente la pena básica para los delitos de asesinato en el caso Barrios Altos, tiene como límite mínimo quince años y como límite máximo veinticinco años de pena privativa de libertad.

3. En relación a los sucesos de La Cantuta, ocurridos el dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos, el texto legal vigente del artículo 29° fue el incorporado por el Decreto Ley número 25475 del seis de mayo de mil novecientos noventa y dos, que era el siguiente: “*La pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de dos días hasta cadena perpetua*”. No obstante, luego de tales hechos ilícitos dicho estándar punitivo fue modificado por la Ley número 26360 del veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro. La nueva redacción establecía lo siguiente:

¹¹⁸⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal*, obra citada, página 142.

¹¹⁹⁰ HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal*, obra citada, página 300.

“La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de veinticinco años”. Otros cambios de la citada norma se dieron, posteriormente, mediante el Decreto Legislativo número 895 del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y ocho y con el Decreto Legislativo número 982 del veintidós de julio de dos mil siete. En ambas disposiciones legales se incrementó el máximo genérico de la pena privativa de libertad temporal a treinta y cinco años.

4. Estando a lo expuesto, la identificación de la pena básica para los hechos punibles del caso La Cantuta debe definirse en base al principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Este principio tiene sustento legal en la segunda parte del primer párrafo del artículo 6° del Código Penal, y establece que: *“... se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales”.* Como reconoce la doctrina nacional una expresión de favorabilidad retroactiva y a la vez ultractiva en la sucesión de leyes penales en el tiempo, es la denominada ley penal intermedia. Según este planteamiento se deberá aplicar una norma penal que no estuvo vigente al momento de comisión del delito ni tampoco al momento de emitirse la sentencia, cuando sus alcances punitivos resultan ser más favorables que los previstos por las disposiciones vigentes en tales momentos. Al respecto, la doctrina nacional también ha sostenido lo siguiente: *“Con ocasión de la natural sucesión en el tiempo de distintas leyes penales, surge un conflicto de leyes cuando el delito se comete bajo la vigencia de una ley y entre ese momento y el juzgamiento, o incluso el del cumplimiento de la condena, surgen otras leyes –leyes intermedias– aquí se aplicará la que resulte más favorable”*¹¹⁹¹. Es decir, *“la última ley más rigurosa ni siquiera entra en consideración en virtud de estos principios generales”*¹¹⁹².

Por consiguiente, la pena básica para los delitos de asesinato en el caso La Cantuta, tiene como límite mínimo quince años y como límite máximo veinticinco años de pena privativa de libertad.

762°. PENAS PARA LOS DELITOS DE LESIONES GRAVES. Los delitos de lesiones graves que se imputan en el presente proceso guardan relación con lo acontecido el tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno; esto es, con el caso Barrios Altos. En aquel entonces, como ya se dejó anotado, estuvo vigente el texto original de los incisos 1, 2 y 3 del párrafo primero, del artículo 121° del Código Penal. En dicha disposición legal se establecía como penalidad conminada para esta clase de supuestos delictivos pena privativa de

¹¹⁹¹ VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho Penal Parte General*, tercera edición, editorial Grijley, Lima, 2008, páginas 161 y 162.

¹¹⁹² BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS MIGUEL: *Manual de Derecho Penal Parte General*, segunda edición, Editorial EDDILI, Lima, 2000, página 120. En igual sentido, BRAMONT ARIAS, LUIS ALBERTO: *Derecho Penal Peruano (visión histórica) Parte General*, obra citada, páginas 251/252. Dicho autor señala: *“la ley intermedia, al ser más favorable, debe ser aplicada, pues abroga a la primera ley –cuando el hecho se cometió– y se impone por ser más favorable a la tercera – fecha del juzgamiento–; y, como tal, tiene efecto retroactivo porque se aplica a un hecho cometido en la anterioridad a su vigencia, y ultractiva, ya que regirá en el momento del juicio cuando ya había sido derogada”.*

libertad no menor tres ni mayor de ocho años. Sin embargo, posteriormente la Ley número 28878 del diecisiete de agosto de dos mil seis, incrementó el mínimo legal a cuatro años.

Por consiguiente, en aplicación del principio de legalidad y de ultractividad de la ley penal más favorable la pena básica a considerar en la sentencia para este tipo de delitos tiene como límite mínimo tres años y como límite máximo ocho años de pena privativa de libertad.

763°. PENAS PARA LOS DELITOS DE SECUESTRO AGRAVADO. Los delitos de secuestro agravado cometidos por el acusado Alberto Fujimori Fujimori ocurrieron el seis de abril de mil novecientos noventa y dos –que se prolongó hasta el día siete de ese mes y año– para el agraviado Gorriti Ellenbogen, y el veintisiete de julio de mil novecientos noventa y dos –que se prolongó hasta el cinco de agosto del mismo año– para el agraviado Dyer Ampudia.

En ese contexto temporal estaba vigente el texto original del inciso 1) del artículo 152° del Código Penal, que establecía como penalidad agravada privación de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años. Con posterioridad, se han dictado en lo pertinente cinco normas con rango de ley. Son las siguientes: la Ley número 26630, del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis, elevó la pena privativa de libertad: no menor de veinte ni mayor de veinticinco años; el Decreto Legislativo número 896, del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho, volvió a elevar la sanción: pena privativa de libertad no menor de treinta años; la Ley número 27472, del cinco de junio de dos mil uno, volvió al texto previsto en la Ley número 26630; la Ley número 28760, del catorce de junio de dos mil seis incrementó nuevamente la sanción: pena privativa de libertad no menor de treinta años; y, el Decreto Legislativo número 982, del veintidós de julio de dos mil siete, mantuvo la pena privativa de libertad prevista en la norma anterior.

En consecuencia, la pena básica a tener en cuenta para el delito de secuestro agravado por trato cruel sería la pena conminada al momento de su comisión. Esto último por efecto del principio de legalidad de las penas y de irretroactividad de las leyes penales desfavorables.

764°. Fijadas las conminaciones penales desde el estricto respeto al principio de legalidad penal, es de resaltar que este Tribunal no encuentra en la acusación fiscal escrita ni en la requisitoria oral expuesta, así como en las conclusiones alcanzadas por la Fiscalía, fundamento jurídico estimable que justifique conforme al Derecho penal aplicable al caso la pretensión punitiva que dicha parte procesal ha requerido a lo largo del juicio oral: treinta años de pena privativa de libertad. El límite máximo, como ha quedado justificado en los párrafos anteriores, es de veinticinco años.

§ 5. La pena concreta. Valoración específica.

765°. Establecidos los lineamientos fundamentales de la pena, cabe señalar, para el caso concreto, la necesaria aplicación del artículo 50° del Código

Penal¹¹⁹³. Esta norma regula el concurso real de delitos. Se han perpetrado dolosamente varios resultados materiales mediante diversas acciones típicas independientes –pluralidad de actos de voluntad–: el día tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno se mató a quince personas y lesionó gravemente a otras cuatro, el día dieciocho de julio de mil novecientos noventa y dos se mató a diez personas, el día seis de abril de mil novecientos noventa y dos hasta el día siguiente se secuestró a una persona, y el día veintisiete de julio hasta el día cinco de agosto de ese mismo año se secuestró a otra persona¹¹⁹⁴.

La referida disposición legal: artículo 50° del Código Penal, fue modificada por la Ley número 28730, del trece de mayo de dos mil seis. Según la modificación introducida, actualmente en vigencia, la pena concreta se decide en base a una suma de penas concretas parciales, que el juzgador va definiendo para cada delito integrante del concurso real y hasta un máximo equivalente al doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave del concurso real –criterio de la acumulación–. Además, el resultado total de tal adición no puede superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, este procedimiento de determinación de la pena concreta no puede aplicarse al presente caso, por haber sido regulado con posterioridad a la comisión de todos los delitos objeto del proceso y ser desfavorable al imputado.

En tal virtud, por imperio del principio de legalidad y de irretroactividad de una ley penal posterior cuando es desfavorable, se utilizará para la determinación de la pena concreta lo reglado por el texto original del artículo 50°, que era el vigente en el período de realización de los delitos materia de juzgamiento.

766°. Así las cosas, la pena básica del concurso real de delitos es la prevista para el hecho punible más grave, que es el delito de asesinato. Por consiguiente, el espacio punitivo para decidir la pena concreta para el acusado Fujimori Fujimori queda fijado en no menor de quince años ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad.

Ahora bien, conforme al principio de *asperación* –que rige el tratamiento punitivo del CONCURSO REAL–, los demás delitos concurrentes deben operar como circunstancias de agravación, pero sin superar el marco penal propio del delito de asesinato¹¹⁹⁵.

¹¹⁹³ **Artículo 50° del Código Penal.**- " Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el Artículo 48^{on} (texto original).

¹¹⁹⁴ Las características específicas del concurso real, que se cumplen en el sub lite, son: **(i)** la pluralidad de acciones –cuya independencia está dada tanto porque cada una supone una unidad de acción, como porque no están vinculadas de manera que constituyan una unidad jurídica de acción–; **(ii)** la conformidad de éstas a ciertos tipos legales; y, **(iii)** su condición de delitos en sí mismas [HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal*, obra citada, página 935].

¹¹⁹⁵ El Código Penal, según se ha expuesto, adopta el criterio de *asperación* para definir la consecuencia penal del concurso real de delitos, por lo que es de imponer la pena del delito más grave pero teniendo en cuenta las circunstancias que están señaladas en el artículo 46°

En este contexto, **(i)** es de considerar como factor más relevante de eficacia agravante la extensión del daño causado y que registra una pluralidad de víctimas de asesinato, lesiones graves y secuestro agravado, lo que eleva el grado de antijuricidad y, por ende, la relevancia punitiva¹¹⁹⁶, de los delitos que generó el acusado Fujimori Fujimori desde su posición de autor mediato.

Tal circunstancia unida **(ii)** a la condición funcional y de poder que aquél ostentaba¹¹⁹⁷, y de la cual abusó para realizar e incluso encubrir los hechos punibles, imponen al órgano jurisdiccional la más grave y severa desvaloración de su actuación ilícita, lo que debe reflejarse en la extensión de la pena concreta, la que debe ser el máximo autorizado por la ley.

A lo expuesto se agrega, entre otros factores de determinación de importancia –que tienen una vinculación directa con la culpabilidad o responsabilidad por el hecho–, **(iii)** las características de ejecución del hecho, su lógica planificada y la oposición radical a su deber de respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas derivados de su posición de máximo dignatario de la Nación –relación de garante de los bienes jurídicos lesionados–. Asimismo, es de destacar **(iv)** la intervención organizada de una pluralidad de personas en los hechos típicos, lo cual representa una antijuricidad más pronunciada al importar un poder ofensivo más intenso y un estado de indefensión más relevante de las víctimas; los ejecutores materiales actuaron sigilosamente –también todos los que intervinieron en la cadena de mando y transmisión de órdenes–, situación que les permitió obrar sobre seguro y sabiendo que las víctimas se hallaban impedidas de cualquier clase de oposición.

Por otro lado, no concurre ninguna circunstancia atenuante genérica ni específica, que permita imponer una pena privativa de libertad de menor extensión.

En consecuencia, la pena concreta debe ser la de veinticinco años de pena privativa de libertad.

del Código Penal. Ha sido un error *material* que el texto normativo se remita al artículo 48° del Código Penal, pues es del caso referirlos a la culpabilidad del agente. En tal virtud, corresponde no sólo tomar la pena más grave de uno de los delitos cometidos y, a partir de allí, aplicar una pena agravada del delito más grave; los otros delitos, en esta perspectiva –es de insistir–, se les considera como circunstancias agravantes [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal*, obra citada, páginas 707-708]. Sin embargo, el hecho de que rija la imposición de la pena dentro del marco penal del tipo legal más grave que se perpetró, importa reconocer que el legislador de ese entonces continuó, aunque relativamente, dentro del ámbito del principio de absorción.

¹¹⁹⁶ Es evidente, desde la concepción del Código Penal, que una actuación del autor reiterada y sucesiva manifiesta una permanencia en su actitud antisocial más grave que la de quien actúa en una sola oportunidad. En consecuencia, no es de recibo en estos casos fijar una pena concreta dentro del mínimo legal posible, ni siquiera muy próxima a ella, vistas incluso las características, naturaleza de los hechos perpetrados y las condiciones personales del autor.

¹¹⁹⁷ La calidad de *funcionario público* es claramente una causal de agravación de la pena, cuando se está frente a hechos punibles, en los cuales el funcionario se aprovecha de su posición en el cargo, claro está sin que resulte aplicable el tipo legal de algún delito funcional –prohibición de la doble valoración–. Ello revela, entonces, una decisión más consciente en contra del derecho, una mayor culpabilidad.

767°. Los delitos cometidos, como se ha señalado, efectivizaron en su realización un abuso del poder funcional que ejercía el acusado, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 38° del Código Penal sería del caso imponer al acusado Fujimori Fujimori una inhabilitación accesoria adecuada.

Sin embargo, el Ministerio Público no ha solicitado la aplicación de dicha pena limitativa de derechos en su acusación escrita ni en su requisitoria oral, lo que como consecuencia estricta de la garantía de defensa procesal, limita las facultades del Tribunal para imponer de oficio dicha sanción. Así, por lo demás, ha sido establecido por el Fundamento Jurídico 12° del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del dieciocho de julio de dos mil ocho, que dice: "*... Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículos 39° y 40°) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del Fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga ex officio iudex pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en este caso un ámbito del fallo sería sorpresivo*".

768°. El artículo 47° del Código Penal señala que son abonables a la pena privativa de libertad impuesta –a su cómputo–, el tiempo de detención que haya sufrido el procesado a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. El fundamento de esta disposición –situada en el límite entre la individualización de la pena y su ejecución– se encuentra en el mismo efecto que una detención o prisión preventiva despliega para el afectado. El carácter imperativo de la norma es concluyente.

En el caso de autos, no sólo debe computarse la detención sufrida por el imputado desde que llegó al país procedente de Chile [siete de enero de dos mil cinco], pues como consecuencia de la solicitud nacional en los marcos del procedimiento auxiliar de extradición se le sometió a privación de libertad cautelar en ese país.

Por otro lado, las informaciones periodísticas, en tanto consolidan un hecho público y notorio, dieron cuenta que el imputado Fujimori Fujimori no estuvo privado de su libertad en un centro oficial de detención todo el tiempo que duró el procedimiento de extradición. Desde el dieciocho de junio de dos mil seis hasta el siete de junio de dos mil siete gozó de libertad bajo fianza, y desde el ocho de junio de dos mil siete hasta el veintidós de septiembre de ese mismo año se dictó en su contra arresto domiciliario. El período en cuestión no es de abono a la pena de privación de libertad, en especial el de arresto domiciliario en virtud de la interpretación sancionada



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL ESPECIAL

EXP. N° A.V. 19 – 2001

Parte III – Capítulo III

por el Tribunal Constitucional en la STC número 0019–2005–PI/TC, del veintiuno de julio de dos mil cinco.