



# Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena

Organiza:  
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial



Centro de Investigaciones Judiciales  
Investigación y Publicaciones

## Prólogo

En mi discurso de apertura del presente Año Judicial, hice mención a la política institucional que adoptaría en relación al tema de capacitación, perfeccionamiento y especialización de la familia judicial. En ese sentido, el objetivo primordial, es dotar de las herramientas e instrumentos doctrinarios, jurisprudenciales y disposiciones legales actuales y eficaces para el desarrollo de las labores judiciales, a través de permanentes y descentralizados programas de capacitación en todos los distritos judiciales.

En esa línea –en coordinación con nuestros órganos de apoyo– se ha venido trabajando con todas las dependencias jurisdiccionales y administrativas a nivel nacional, recogiendo de forma directa las inquietudes, proyectos y propuestas de los señores Magistrados y Personal Jurisdiccional de todas las instancias. Quien mejor que los propios Magistrados y Servidores Judiciales, que están en permanente acercamiento a la realidad viva de la problemática de todos los estratos sociales; quien mejor que ellos para con su voz nutrida de experiencia, detectar las falencias e inoperancias de nuestro ordenamiento jurídico; quien mejor que ellos, los directamente involucrados en el proceso de cambio y de modernización del sistema de justicia, para proponer y sugerir las programas de capacitación que debe impulsar la institución.

En el proceso penal, la labor del magistrado juega un papel de vital importancia, toda vez que es en esta clase de procesos donde se ve involucrada la libertad de la persona. La responsabilidad del juez al conducir un proceso penal –precluido de etapas– culmina con la etapa decisoria, con el veredicto final, el cual va a definir la situación jurídica

del inculpado; en consecuencia, la sentencia reviste suma importancia, ya que congrega la investigación realizada en el proceso, y será el juez quien evalúe, califique y valore todas las actuaciones judiciales para la toma de decisión más justa, pronta y eficaz, aplicando cabalmente el derecho y las leyes vigentes.

La decisión del Magistrado es la que causará impacto en la sociedad, consecuentemente la imagen de la institución se ve involucrada; por ello, reitero a mis colegas Magistrados, estar concientes de la responsabilidad que asumen al momento de la imposición de una pena, asegurarse que sea la mas justa y equitativa, acorde con las circunstancias y particularidades de cada caso.

Son estas las motivaciones que se consideraron para la realización del *Seminario Taller “Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena”*, el cual tiene como propósito infundir en los Magistrados la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración y su conversión en penas limitativas de derechos, como la prestación de servicios a la comunidad, a fin efectivizar el cumplimiento de la sanción penal en los delitos de poca lesividad.

Asimismo, debo destacar la inédita metodología que se ha establecido para el presente Seminario Taller, como es el *desarrollo de ponencias* de reconocidos colegas expertos en el tema, a efectos de nutrir la parte doctrinaria, y la *participación de instituciones* que coadyuvan a la ejecución de las sentencias, como lo es el Instituto Nacional Penitenciario (INPE); el desarrollo de *talleres de trabajo*, para finalmente arribar a las conclusiones finales a través de una *sesión plenaria; la replica* del presente Seminario Taller en los demás Distritos Judiciales; y *el monitoreo* del mismo a cargo de Magistrados asistentes a este programa de capacitación, a efectos de establecer si se aplica los nuevos criterios esbozados.

Igualmente es preciso mencionar que el ciclo académico del Seminario Talller “Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena”, se inició en la ciudad de Piura, seguido de la sede judicial de Lima y culminó en la Corte del Cusco; sin embargo, hay que destacar que con el propósito de uniformizar criterios y conocimientos se estableció la homogeneidad de las ponencias y expositores en cada una de las sedes judiciales.

Con la presente obra, que corresponde a la sinopsis del evento desarrollado en la sede judicial de Piura, se da inicio al periodo de publicaciones del Centro de Investigaciones Judiciales, la cual tiene como primera intención, llegar a todos los Magistrados y Servidores Judiciales interesados en el tema, y que por razón de tiempo o distancia no pudieron participar de la capacitación hoy cristalizada.

Estoy seguro que todo este esfuerzo desplegado, brindará sus frutos y permitirá fortalecer las habilidades y destrezas de mis colegas Magistrados en la materia.

Expreso mi felicitación y reconocimiento a los señores magistrados y personal judicial, que a la par de sus labores se avocan a otras, como la capacitación; sin embargo, reitero, son ellos los llamados a proponer, sugerir y convocar las disciplinas a desarrollar y fomentar su conocimiento y especialización.

En un contexto más amplio, quiero expresar que estamos en busca de acercarnos a la ciudadanía, la recuperación de la imagen institucional sembrando valores y la legitimación de la institución por la sociedad, en ese sentido quiero exhortarlos a la identificación e internalización estas premisas, señalando el camino y dando los primeros pasos, para sembrar confianza y seguridad, con el afán de todos contribuir con los tiempos de cambio.

**FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA**  
Presidente del Poder Judicial





Seminario Taller  
Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena  
Sede Lima - 1 y 2 de junio de 2007



## Presentación

La actual gestión del Poder Judicial, bajo la presidencia del Dr. Francisco Távora Córdova, tiene entre sus principales objetivos la capacitación permanente de los magistrados que conforman este poder del Estado, pues considera primordial incidir en potenciar los conocimientos de quienes ejercen la muy importante y delicada labor de administrar justicia.

Así, se ha desarrollado una serie de eventos, cursos y talleres tanto en Lima como de manera descentralizada en distintas ciudades del país, dirigidos a capacitar a magistrados de diversos distritos judiciales, sobre las distintas especialidades del quehacer jurídico en las cuales tienen conocimiento en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

En tal contexto, con fecha 02 de mayo de 2007 se emitió la Resolución Administrativa N° 088-2007-CE-PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de mayo de 2007, según la cual se resuelve Organizar el Seminario Taller sobre “Nuevos Criterios de Determinación Judicial de la Pena” en las sedes de Piura, Lima y Cusco. En cada una de dichas sedes el Seminario Taller se desarrolló en dos días de trabajo en jornada matutina y vespertina.

Cabe indicar que el Taller ha comprendido, en las tres sedes designadas por la Resolución Administrativa N° 088-2007-CE-PJ, a los veintinueve distritos judiciales de nuestro país, con lo que se puede concluir que la capacitación sobre el tema de la Determinación Judicial de la Pena ha cubierto el total de Cortes Superiores.

En mi calidad de Miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprovecho la oportunidad para agradecer al Proyecto JUSPER por el financiamiento que brindó para la realización de este Seminario-Taller en las tres sedes antes referidas, que con seguridad ha sido muy bien aprovechado por cada uno de los Magistrados participantes, los mismos que se comprometieron a replicar los conocimientos adquiridos en sus respectivos Distritos Judiciales con los demás Magistrados de la materia.

El esfuerzo por tener un Poder Judicial cada día más capacitado es una tarea titánica y constante que hemos empezado desde el Consejo Ejecutivo. Nos alienta la idea que la capacitación que estamos empeñados en seguir brindando de manera descentralizada, propicie una mejor impartición de justicia en nuestro país, más ágil, predecible y justa, así como también mejorar los niveles de aprobación de la opinión pública.

Los años venideros, sin dudarlo, mostrarán los resultados de las capacitaciones realizadas y la mejor satisfacción para el Poder Judicial será que ello redundará en cada uno de los usuarios de nuestro servicio y a su vez en la mejor imagen de nuestra institución en el contexto nacional.

**ANTONIO PAJARES PAREDES**

Miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial



Seminario Taller  
Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena  
Sede Piura - 25 y 26 de mayo de 2007



## Introducción

En el marco de los lineamientos de política institucional orientadas al mejoramiento de la administración de justicia en el país el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha considerado como tema prioritario la capacitación, orientada a dotar a los magistrados y personal de apoyo a la función jurisdiccional de los conocimientos, destrezas y habilidades practicas necesarias y apropiadas para la prestación de un mejor servicio en las áreas especializadas en las que ejercen función.

En esa línea de acción, considerando que el ámbito de la determinación judicial de las penas, no han sido abordados en forma constante e integral en los programas de capacitación; y que los desarrollos prácticos de ese proceso técnico y valorativo a través del cual el Juez decide de manera cualitativa y cuantitativa la sanción penal que corresponde a aplicar al autor o partícipe de un hecho punible, se han realizado , en la mayoría de casos de una manera mas empírica, que técnica y carente de congruencia con la naturaleza y circunstancias con el hecho punible; se considero conveniente realizar un seminario taller sobre “Nuevos Criterios para la determinación judicial de la pena”.

Y dentro de esa temática abordar el criterio asumido por los magistrados de la especialidad penal, respecto a la aplicación generalizada de medidas como la reserva del fallo condenatorio y la suspensión de las penas, sin tener en cuenta el tipo de delito cometido o la condición personal del autor o partícipe; perjudicando su significado político criminal y generando que la ciudadanía y los medios de comunicación la perciben como indicadores de benevolencia judicial o de impunidad.

En ese contexto y con la finalidad de replantear los criterios de determinación de las penas y de la aplicación de medidas alternativas a la pena de libertad de corta duración de mejor percepción social, como la conversión o sustitución de penas privativas de libertad, en penas de prestación de servicios a la comunidad, etc. es que se diseñó el seminario taller con una adecuada metodología, con un contenido teórico práctico, de carácter presencial e integral, desde que se orienta a capacitar a todos los magistrados de la especialidad penal.

El Seminario taller se realizó en tres sedes: Piura, Lima y Cuzco al que asistieron un vocal superior y dos jueces de la especialidad penal de cada una de las 29 Cortes Superiores de Justicia del país, y un mayor número de magistrados de las respectivas sedes, en las que participaron como expositores los Señores Magistrados Víctor Prado Saldarriaga, Ricardo Brousset Salas, Aldo Figueroa Navarro y una funcionaria del Instituto Nacional Penitenciario.

En las sesiones de trabajo se abordó la viabilidad de sumir nuevos criterios de determinación de la pena, la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración; se detectó la ausencia de un marco normativo adecuado para orientar y controlar la predictibilidad de las decisiones judiciales en esta materia y se determinó la falta de coordinación y recursos logísticos y técnicos que afectan el control y cumplimiento de las penas de prestación de servicios a la comunidad, por parte del INPE; y el pleno acordó un consolidado de conclusiones y recomendaciones, que para lograr su cometido deben ser debidamente difundidas e internalizadas por la magistratura nacional, por esa razón el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial no solo ha dispuesto la edición y publicación de las exposiciones y conclusiones del Seminario, sino además ha dispuesto que los magistrados que participaron en este taller repliquen el mismo en sus respectivas Cortes, con lo cual se capacitaría a todos los magistrados de esta especialidad y se lograría la uniformidad de criterios en este tópico trascendente en materia penal.

Cabe resaltar la importante labor desplegada por el señor doctor Víctor Prado Saldarriaga, quien no solo ha sido uno de los principales expositores, sino que además ha diseñado el programa de capacitación y con su concurso ha hecho posible este esfuerzo de concluir con éxito este importante evento de capacitación que sin duda marcará un hito en esta línea de acción trazada por el órgano de gobierno, por la inédita

**WALTER COTRINA MIÑANO**

Miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial



Seminario Taller  
Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena  
Sede Cusco - 8 y 9 de junio de 2007



# **SEMINARIO TALLER**

25 y 26 de mayo de 2007

Ciudad de Piura - Perú

NUEVOS CRITERIOS  
PARA LA DETERMINACION JUDICIAL  
DE LA PENA



SEMINARIO TALLER

**NUEVOS CRITERIOS  
PARA LA DETERMINACION  
JUDICIAL DE LA PENA**

Edición  
Centro de Investigaciones Judiciales  
Área de Investigación y Publicaciones

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú  
Registro N° 2007-11633

Está prohibida la reproducción total o parcial de la presente obra sin el consentimiento escrito del Poder Judicial.

Su contenido es responsabilidad exclusiva de los autores y no compromete la opinión del Poder Judicial.

Centro de Investigaciones Judiciales  
Palacio Nacional de Justicia – 2do. Piso  
Av. Paseo de la República s/n Lima – Perú  
Teléfono: 410-1010 anexo: 11575

## **Consejo Ejecutivo del Poder Judicial**

**Francisco Távara Córdova**  
Presidente del Poder Judicial  
y Presidente del Consejo Ejecutivo

**Antonio Pajares Paredes**  
Vocal Supremo

**Javier Román Santisteban**  
Vocal Supremo

**Sonia Torre Muñoz**  
Vocal Superior

**Walter Cotrina Miñano**  
Juez Especializado

**Luis Mena Núñez**  
Representante de los  
Colegios de Abogados del Perú

## CONTENIDO

<b>Prólogo</b>	9
Francisco Távara Córdova	
<b>Presentación</b>	15
Antonio Pajares Paredes	
<b>Introducción</b>	19
Walter Cotrina Miñano	
<b>I. La Determinación Judicial de la Pena</b>	25
Víctor Roberto Prado Saldarriaga	
- Exposición	27
- Rueda de Preguntas	45
<b>II. La Conversión de Penas</b>	65
Víctor Roberto Prado Saldarriaga	
- Exposición	67
- Rueda de Preguntas	77
<b>III. Ejecución y Supervisión de las Penas Limitativas de Derechos</b>	83
Lily Norka Vásquez Dávila	
- Exposición	85
- Rueda de Preguntas	93
- Rueda de Debate	97
<b>IV. El Nuevo Proceso Penal y la Determinación Judicial de la Pena</b>	107
Ricardo Alberto Brousset Salas	
- Exposición	109
- Rueda de Preguntas	123
<b>V. La Determinación Judicial de la Pena y el Anteproyecto del Código Penal del 2004</b>	133
Aldo Martín Figueroa Navarro	
- Exposición	135
- Rueda de Preguntas	145

<b>VI.</b>	<b>Conclusiones</b>	149
<b>VII.</b>	<b>Resolución Administrativa N° 088-2007-CE-PJ</b>	155
<b>VIII.</b>	<b>Programa</b>	159
<b>IX.</b>	<b>Hoja de Vida</b>	163

# **La Determinación Judicial de la Pena**

**Víctor Roberto Prado Saldarriaga  
Sala Penal Permanente de la Corte Suprema**



Buenos días, expreso mi saludo al señor Doctor Antonio Pajares Paredes, Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República e integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, quien nos honra con su presencia en este evento.

Igualmente mi reconocimiento y gratitud al señor Consejero Walter Cotrina Miñano por la gentileza de sus palabras, que motivan para esforzarnos más.

Mi saludo también al señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Piura, quien nos brinda esta cálida ciudad para empezar esta tarea, que estoy seguro, permitirá brindar en el futuro un mejor servicio en la justicia penal, tan llena de expectativas y a veces también de frustraciones.

A mis colegas expositores, mi agradecimiento por concurrir a nuestra convocatoria. Estoy seguro que su participación no sólo colmará las expectativas técnicas, sino que con su experiencia en el trabajo académico, docente, y sobre todo la experiencia funcional, aportarán mejores perspectivas para lo que aquí queremos definir como *nuevas prácticas hacia la determinación judicial de la pena*.

Es un honor para mí, estar frente a un selecto grupo de magistrados, todos con una larga trayectoria y experiencia por el trabajo cotidiano en este dominio, así que sería algo presuntuoso de mi parte asumir que voy a proyectar información que no es conocida por ustedes. Por tanto, mi propósito es sencillamente aportar algunas ideas, algunas experiencias personales en este dominio, de determinación judicial de la pena, a efectos de contrastarlas, integrarlas y retroalimentarlas con mi propio trabajo funcional y la experiencia de ustedes. Más que una conferencia, considero que lo que aquí vamos a desarrollar es un diálogo activo, la presentación de los temas, son simplemente propuestas que ustedes podrán debatir, cuestionar, observar, integrar; consecuentemente, cuando ustedes lo estimen pertinente pueden intervenir, presentar sus enfoques, alimentar el desarrollo de la presentación con sus propias perspectivas; no hay pues, un marco de referencia preestablecido. Por ello nuestra tarea es común, nuestro esfuerzo es común y nuestra participación tiene que orientarse en el mismo sentido.

Se me ha asignado el tema de *determinación judicial de la pena*, y para desarrollarlo es pertinente que podamos determinar un concepto operativo, vale decir, una definición concreta que nos permita entender en que consiste la determinación judicial de la pena, cuál es la función que se le asigna dentro del derecho penal, y por qué es importante para el trabajo del operador jurisdiccional.

Si repasamos nuestra experiencia concreta, nuestro quehacer cotidiano, podemos evocar que, en el trabajo de un juez penal, hay tres momentos importantes que transitan a lo largo de un proceso, y que concluye justamente con lo que significa la determinación judicial de la pena.

El **primer momento** se da cuando nosotros recibimos una imputación formalizada a través del representante del Ministerio Público. Lo que debemos de evaluar, en primer término, es si esa imputación alcanza a un nivel de relevancia penal que amerite movilizar todo el aparato jurisdiccional en pos de la realización del *jus puniendi* del Estado. Ello lo hacemos a través de un juicio muy sencillo, un juicio de tipicidad formal, que implica visualizar en términos concretos, si el alcance fáctico y la asignación normativa dada por el órgano representante de la titularidad de la acción penal, calza con las propuestas de criminalización que tiene el Código Penal; vale decir, hacer una simple verificación de tipicidad, de si ese juicio inicial se presenta como positivo; pues damos inicio justamente a la tarea de verificación de la imputación, la cual se va a materializar –al menos en el esquema hasta ahora predominante en nuestro país– en función de la actividad probatoria con todos sus ritos y todas sus posibilidades de realización.

Ingresamos a esta actividad probatoria a través de un segundo juicio – **segundo momento**– que es más trascendente, porque lo que nos toca ahora verificar es si esa presencia de imputación formal tiene una base fáctica que nos permita realizar un juicio contradictorio, con lo que acompaña al sujeto imputado, *la famosa presunción de inocencia*, si efectivamente este juicio determina que la presunción de inocencia se ve afectada por la carga probatoria que se encuentra acumulada, por tanto, llegamos a sostener si la persona imputada, es autora de un hecho punible, y si es a su vez responsable del mismo, pues concluimos, con el segundo momento importante dentro del trabajo jurisdiccional.

Lo señalado en el párrafo precedente es la antesala del tercer momento, que es justamente el que nos interesa, porque a partir de esa afirmación de culpabilidad, nos toca representar al Estado en el caso concreto, a efectos de afirmar la sanción penal; esto es, en ese **tercer momento** vamos a sostener que esa persona es autora de un hecho punible de relevancia social, que carece de esa presunción de inocencia, que se puede calificar como autora de un delito, como persona culpable y debe ser objeto de una reacción punitiva.

Este es el escenario de la determinación judicial de la pena, poder aportar ese tercer juicio, que implica en gran medida definir de modo cualitativo y cuantitativo e incluso bajo ciertos presupuestos; esto último es lo que nos interesa en particular, la sanción que corresponde aplicar a ese autor o partícipe culpable de un hecho punible.

La tarea que desarrolla el operador jurisdiccional en este tercer momento es lo que corresponde a la determinación judicial de la pena. La teoría, ha desarrollado varios conceptos, todos ellos vinculados con una identificación ideográfica, que nos habla por ejemplo, de individualización judicial de la pena, de una dosificación de la pena, de determinación judicial de la pena, de métrica penal para algunos, pero la idea que subyace detrás de todos estos conceptos y denominaciones es la misma.

El órgano jurisdiccional debe definir de modo cualitativo y cuantitativo, cuál es la sanción que corresponde aplicar al autor o partícipe de un hecho punible, pero no solamente se trata de llegar a una determinación formal, sino que debe responder a un razonamiento lógico, que a partir de silogismos principales y complementarios permita justificar de manera interna, pero también de manera externa la decisión adoptada. La sanción tiene que explicarse técnicamente y lógicamente por el operador, aquí es donde las cosas se colocan en un punto neurálgico, donde comienzan las dificultades para la representación social del resultado obtenido por el quehacer judicial, aquí es donde comienzan las críticas, donde se cuestiona nuestra profesionalidad, donde se pone en discusión la habilidad que tenemos para hacer bien nuestro trabajo. La experiencia nos demuestra que el operador, en realidad, desarrolla un proceso bastante mecánico, y escasamente fundamentado con los resultados, de manera que, ni la persona que recibe la sanción, ni el alterno receptor de la misma, encuentra muchas veces una explicación lógica que le convenza o que le proyecte a cómo llegó a ese resultado.

Si evocamos las sentencias penales, es frecuente que el operador desarrolle una especie de muletilla o un concepto preestablecido al momento de referirse a la pena y generalmente haga valer todo su razonamiento y toda su consecuencia final en un sólo artículo del Código Penal, que diga “*se gradúa la pena de conformidad con el artículo 46<sup>o</sup>*”, la pregunta es, si el artículo 46<sup>o</sup> realmente es un artículo que justifica técnicamente la sanción, técnicamente no lo va a ser, técnicamente el artículo 46<sup>o</sup> —como veremos más adelante— es un listado de circunstancias, no es un procedimiento que deriva a un resultado definitorio de la sanción, sino que habilita mecanismos justamente para poder instrumentalizar un procedimiento que nos lleve a esa consecuencia. Entonces, a partir de allí encontramos que no hay base sólida, ni fáctica para el resultado obtenido. De lo que se trata entonces, es de poder dialogar y pensar; cómo hacer diferente ese procedimiento; qué mecanismos nos ofrece el marco normativo nacional para desarrollar una alternativa más sólida; en qué medida el trabajo judicial puede adaptarse justamente a esa posibilidad de mejorar el procedimiento; el resultado y la justificación de este resultado, eso es lo que yo quiero razonar a continuación.

Tradicionalmente, en la doctrina los autores entienden que la determinación judicial de la pena, es un proceso, un proceso secuencial que debe cubrir etapas de desarrollo, las cuales van a ir creando justamente de modo sucesivo las alternativas, las argumentaciones y los resultados de la definición punitiva, hay infinidad de esquemas que tratan de identificar esos pasos, procedimientos y etapas. Lo que yo les transmito, es consecuencia fundamental de la experiencia personal que he desarrollado en este dominio, vinculada con las distintas perspectivas, con los distintos enfoques, que se dan en la teoría sobre como instrumentalizar la *determinación judicial de la pena*.

Identificamos que hay tres momentos esenciales dentro de este proceso de determinación judicial de la pena, estos tres momentos esenciales están desarrollados de modo esquemático como:

- a) *La identificación de la pena básica,*
- b) *La búsqueda o individualización de la pena concreta y,*
- c) *El punto intermedio* (aunque aparece ahí como el número tres, pero creo es correlativo a los otros), que es la verificación de la presencia de las circunstancias que concurren en el caso.

El problema para el Perú, para los jueces peruanos, es que *no tenemos un marco normativo que nos permita organizar sistemáticamente este procedimiento*, a fin de darle una construcción de sustento formal y normativo al paso que desarrollamos. Otros sistemas jurídicos han desarrollado un esfuerzo bastante detallado en resultados, para poder justamente organizar este esquema. Es el caso típico del Derecho Penal Español, donde el legislador ha procurado que sus jueces encuentren en la ley todo un camino, bastante preciso, de manera que la posibilidad de organizar un resultado, resulte en gran medida predecible; es decir, que si cualquier persona u operador realiza el *iter* que realizó el operador jurisdiccional –en función de esas normas– se va a aproximar a un resultado punitivo muy similar; y por qué esa preocupación del legislador español en hacer esto; es, porque en España a diferencia de nuestro país, la pena puede ser discutida constitucionalmente, esto es, la pena que impone un órgano jurisdiccional puede dar lugar a lo que aquí llamaríamos un proceso constitucional de hábeas corpus, y debatir la legitimidad de la sanción aplicada; algo que para nosotros puede sonar – en este momento– peligroso en líneas de estabilidad o seguridad jurídica; en cambio en España, es un criterio que se ha afirmado ya desde hace muchos años; nosotros no tenemos ese marco normativo.

Por ejemplo, si una persona imputada del delito de autoaborto, se declara culpable, admite responsabilidad, se ingresa a la etapa de sentencia judicial, se afirma su culpabilidad y hay que decir su sanción; lo primero que va ha encontrar el órgano jurisdiccional, es que la conducta típica, ya afirmaba como imputable a la persona procesada, tiene consistencia

normativa en el artículo 114° del Código Penal; lo que llamamos nosotros el autoaborto o el aborto practicado por la mujer gestante. Inmediatamente el operador jurisdiccional va a observar que el artículo 114°, plantea para la mujer, autora del delito de autoaborto, la posibilidad de una doble sanción, en términos formales este artículo 114° precisa, que esta mujer puede ser objeto de una pena privativa de libertad o de una pena limitativa de derechos. Aquí comienza ya un primer problema para el operador, porque el operador tiene que decidir entre una y otra, y tiene que razonar, el por qué de esa decisión. Pensemos que el operador decidió la pena privativa de libertad y pasamos esa primera valla; lo que ahora le toca definir, es que la propia ley le señala que esa pena privativa de libertad, puede alcanzar un máximo de dos años, por ende, él, ahora tiene que precisar si esa pena privativa de libertad, se coloca en un estándar equivalente a un año, a un año y medio o llega al tope de los dos años; pero también, en este segundo paso, que ya viene a ser fundamentalmente cuantitativo, tiene igualmente que desarrollar un razonamiento y fundamentar el por qué decidió un año, un año y medio o dos años. Si se coloca al otro extremo, si decidió por la prestación de servicios a la comunidad, el proceder va ser igual, porque tendrá que definir cuantas jornadas de prestación de servicios a la comunidad le impone a esta persona, pudiendo llegar a un tope de cincuenta y dos jornadas. El cómo establecer ese indicador cuantitativo, también es un proceso que el juzgador debe desarrollar y justificar.

Hay una tercera situación que se le presenta al juez, si decidió la pena privativa de libertad como habíamos planteado, y se encuentra el juez que el tope es de dos años, y la ley le autoriza desarrollar en función de ese tope legal de pena conminada (dos años) el uso de mecanismos alternativos a la imposición o al cumplimiento efectivo de esa sanción, entonces el juez encuentra ahora que el código le dice: *“usted puede en ese caso reservar el fallo condenatorio, puede suspender la ejecución de la pena, puede aplicar una conversión de pena, puede incluso aplicar una exención de pena”*; entonces hay una variedad de opciones, que demanda una elección, que tiene que ser consecuencia de una identificación precisa de argumentos. En todo ese proceso, nos encontramos siempre con la necesidad de tomar decisiones, pero la necesidad también de justificar.

***Cómo funciona ese esquema***, muy sencillo, cuando el juez tiene que aplicar una pena, lo primero que hace es ***“identificar la presencia de la pena básica”***, que es la pena que fija la ley, y que fija el inicio y el fin de la decisión, el marco posible de sanción que puede ser objeto de la decisión judicial; la mayoría de las veces no es conflictivo, porque casi todos los delitos del Código Penal y en las leyes penales complementarias, asignan un mínimo y un máximo a la pena, sea esta pena privativa de la libertad pena pecuniaria, o pena limitativa de

derechos; por ende, ese mínimo y ese máximo nos marca el inicio y el fin de la posibilidad de la decisión penal del órgano jurisdiccional.

También tenemos situaciones irregulares, delitos donde justamente esa pena básica no está presente en los términos que requiere el procedimiento, y por qué no está presente la pena básica, porque el legislador ha omitido señalar el punto de inicio o el punto final del marco conminatorio. Esto de por sí para muchos es un atentado al principio de legalidad, porque el juez debería precisar con claridad el punto inicial y el punto final, pero a mi me sirve para hacer una distinción conceptual, de la pena conminada, la pena legal, la pena que fija el Código Penal para los delitos, la pena establecida por el legislador, la pena tipo y tantas denominaciones más que se le dan en la doctrina, y que no es equivalente a la pena básica.

Por ejemplo, podemos tener nosotros pena conminada y no tener pena básica, justamente como el caso que acabo de presentar; la experiencia práctica nos coloca fundamentalmente en el ámbito de los delitos contra la vida, donde el legislador, para los homicidios calificados, utiliza ese tipo de técnica. Entonces, el asesinato y el parricidio tienen un mínimo de quince años, pero no tiene un tope, o sea, no hay un marco final; en consecuencia, el problema inmediato es si tenemos que encontrar una pena básica en este delito, y no la tenemos a partir de la pena conminada, cómo superamos el problema, no nos queda otro camino que construir el extremo final. Esto no es problema en sistemas jurídicos donde el legislador establece la parte general, marcos conminatorios genéricos.

Si ustedes recuerdan, existía el artículo 29° en el Código Penal, señalaba que la pena privativa de libertad sería no menor de dos días y llegó a tener hasta treinta y cinco años; sin embargo, inconsistencias sistemáticas de nuestro legislador y decisiones coyunturales del Tribunal Constitucional, determinaron que hoy no haya en el Código Penal artículo 29°, y lo que es curioso –en nuestra experiencia no sólo como magistrados, sino como interesados en el derecho penal– es que, pese al devenir del tiempo, a todas las modificaciones que se han dado en el Código Penal, y las que se requieren hacer aún ahora, ninguna se ha preocupado por lo más sencillo, colocar un nuevo artículo 29° al Código Penal; aunque lo hemos modificado varias veces y se va a modificar nuevamente la pena en los delitos contra la libertad sexual, ni siquiera, el legislador pone el acento en lo sencillo, en poner otro artículo 29° que resuelva el problema de los marcos de penalidad genérica de la pena privativa de libertad.

Esta falencia se ha comunicado y demandado desde diferentes esferas, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo y la propia doctrina desde el primer momento que visualizó este problema; sin embargo, no se

ha resuelto, no tenemos ayuda desde la ley para superar la pena básica en estos casos, y no me refiero solamente a los delitos contra la vida, que representan homicidios calificados, sino también homicidios privilegiados.

Si ustedes revisan el tipo penal que se refiere al homicidio por piedad, vamos a observar que ahí el legislador señala que la pena a aplicar es no mayor de tres años, y, cuál es el mínimo, no queda otra alternativa en estos casos, que el trabajo jurisprudencial orientado desde decisiones del Tribunal Constitucional.

Hay hasta cuatro esquemas a decidir que el tope para la pena privativa de libertad sería de treinta y cinco años, y, por qué el órgano constitucional ha llegado a ese resultado, pese a pasar varias etapas; bueno, porque hay varios delitos en nuestro sistema que si tienen ese marco mínimo y máximo, y cuyo tope se ha fijado como pena temporal en treinta y cinco años, entonces si hablamos de penas privativas de libertad, la determinación judicial de la pena básica estaría circunscrita allí.

Una vez que tenemos la pena básica, debemos transitar a la segunda etapa, que es ***“la individualización de la pena concreta”***, que está *relacionada fundamentalmente con el manejo de las circunstancias*, yo diría que aquí es donde tenemos el déficit mayor.

El operador jurisdiccional rara vez piensa en esas circunstancias, o rara vez identifica la presencia de las circunstancias en el caso, o lo que es más grave, *rara vez considera el efecto de las circunstancias en la decisión de la pena concreta*.

La individualización de la pena concreta consiste en llegar a la pena judicial. Si el primer momento de la determinación de la pena, lo fija el legislador con ese mínimo y ese máximo, y el juez lo reconoce a través de la pena básica; el segundo paso que corresponde a la pena concreta, es un ejercicio estrictamente judicial, que no puede ser el resultado de una actividad empírica rutinaria, sino de un proceso técnico, que justamente permita justificar los resultados obtenidos; vale decir, la pena concreta, la pena judicial, la pena que va aparecer en la sentencia condenatoria.

***Cómo llegamos a esa pena concreta:*** para llegar a la pena concreta el principal instrumento que tenemos son las ***“circunstancias”***, lo que hay que hacer es verificar en el caso concreto la presencia de circunstancias; ***qué son las circunstancias***, como su nombre lo va indicando, una circunstancia es algo que está circundando al delito, no es parte del delito, está periféricamente ahí, no lo integra, concurre con él, por ende, no está ligado a la tipicidad, no está ligado a la antijuricidad, no está ligado a la culpabilidad, pero va a tener una valoración concatenada con

un mayor desvalor de la conducta, o con un mayor reproche del autor. Sin embargo, no es otra cosa que *un conjunto de indicadores, merced a los cuales se busca graduar la entidad cuantitativa de la pena.*

Son las circunstancias, las que nos van a permitir movernos dentro del espacio que representa la pena básica como mínimo y como máximo; el poder avanzar hacia el máximo, conectarnos con el mínimo; el poder transitar hacia un extremo intermedio entre ambos es un proceso de evaluación de circunstancias; por ende, el segundo paso es importante, porque significa meterse en el caso y desmenuzar analíticamente circunstancias, cosa que generalmente en la experiencia y en la evaluación de los registros cotidianos de trabajo jurisdiccional no se hace, o usamos únicamente las más conocidas y terminamos colocando como argumento fundamental el artículo 46º, algo así como todo vale, todo lo que hemos hecho está bien porque usamos el artículo 46º.

Si vamos a la esencia del artículo 46º, vamos a ver que lo único que hace es darnos un listado de circunstancias. Lo que hace el legislador con el artículo 46º es invitarnos al trabajo intelectual; sé que esto resulta en principio complejo, poco práctico en función de la carga procesal que cada uno de nosotros debe soportar, pero afortunadamente si queremos llegar a un manejo equitativo de la sanción no queda otra alternativa, hay que hacerlo. Yo diría que el ejercicio práctico, el trabajo constante con este tipo de circunstancias nos va a dar cada vez mayor habilidad, mayor sensación de seguridad y mayores argumentos de justificación, porque señalar circunstancias e ir trabajándolas dentro del caso, dentro de la decisión, va a permitir que cualquier persona que haga el mismo juicio que nosotros, vaya a llegar a resultados similares, o en todo caso podrá contradecirlos, pero para hacerlo tendrá justamente que restarle valor a nuestro juicio, no apriorísticamente sino con un trabajo efectivo (las circunstancias son trascendentes para el quehacer del trabajo judicial).

**A. *Cómo identificamos las circunstancias, cómo las catalogamos, qué relaciones existen entre ellas y qué garantías podemos establecer entre unas y otras.*** En primer lugar, comencemos por precisar, en torno a su naturaleza que tipo de circunstancias encontramos en la diversidad.

En la legislación nacional, encontramos tres “*clases de circunstancias*” en atención a su naturaleza:

- a) En primer lugar, encontramos las llamadas “*circunstancias comunes o genéricas*”, las cuales pueden operar con cualquier proceso de determinación de la pena de cualquier delito, son el prototipo del artículo 46º; si yo quiero graduar la pena para un delito de estafa, tengo que trabajar con las circunstancias del

artículo 46°; si yo quiero graduar la pena para un delito de homicidio simple, tengo que trabajar con el artículo 46°.

- b) Sin embargo, coexisten también casos donde el legislador ha colocado determinadas circunstancias para que operen con la determinación de la pena de determinados delitos, eso es a lo que llamamos en la teoría las **“circunstancias especiales o específicas”**, prototipo, el artículo 189° del Código Penal, circunstancias que operan exclusivamente con el delito de robo; el artículo 186° circunstancias que operan exclusivamente con el delito de hurto; artículo 197° circunstancias que operan exclusivamente con el tráfico ilícito de drogas; y aquí una anotación, que creo no está de más formularla, siempre cuando hablemos de circunstancias especiales o específicas, cuando hablamos de estos artículos como los que acabo de hacer mención, hay que recordar que no son tipos penales, son circunstancias, esto es muy importante, ya que a veces tenemos la rutina de llamar a las cosas como hemos visto que otros las llaman, y que no necesariamente están en el estándar técnico que nosotros debemos demostrar. Por ejemplo, muchos nos dicen en las sentencias o en los dictámenes o acusaciones fiscales: *“ha cometido el delito de robo agravado previsto en el artículo 189°”,* o, *“ha cometido el delito de tráfico ilícito de drogas agravado previsto en el artículo 297°”*; si ustedes revisan el artículo 297° y 189°, ahí no está el robo, ahí hay sencillamente circunstancias que dicen: *“si se produce un robo y se presentan estas circunstancias la pena será ...”*; por ende, lo técnico es muy sencillo, es decir, el robo del artículo 189° en concordancia con la presencia de las circunstancias del artículo 189°, eso construye justamente la hipótesis lógica de la identificación del hecho típico con sus circunstancias de agravación. Esto es muy importante, no usemos esa frasecilla *“ha cometido micro comercialización de drogas”*, eso no existe en nuestra legislación, eso es en realidad un argot, es una expresión periodística; lo que tenemos es un delito de tráfico de drogas que puede tener circunstancias atenuantes en función del escaso volumen de las sustancias objeto de acción del delito, eso es otra cosa, no es micro comercialización, eso no existe como conducta típica en nuestra legislación, lo que existe es tráfico de drogas.

Estas circunstancias que llamamos específicas o especiales son aquellas que sólo operan con determinados delitos, por ejemplo: considerando las circunstancias especiales del artículo 189° o 186°, qué resulta si yo cometo una estafa en casa habitada; pues nada; por qué; porque la casa habitada no genera un efecto de agravación en función del delito de estafa; pero si yo cometo un hurto en casa habitada; si genera una agravación, porque el

legislador expresamente señala que el hurto cuando tiene como lugar de comisión la casa habitada, tiene un mayor desvalor en función del agente que no solamente va apoderarse del patrimonio, sino que el agente va afectar la intimidad del domicilio, que el agente va actuar mostrando mayor peligrosidad, audacia, porque se atreve justamente a realizar un hecho donde sabe que hay personas que puedan intervenirla.

- c) Hay un tercer tipo de circunstancias, que algunos denominan ***“elementos típicos accidentales”***, son aquellas circunstancias que concurren con una conducta típica, ésta (la circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal derivado, prototipo, es el parricidio que reproduce la conducta típica del homicidio, el homicidio simple previsto en el artículo 106º dice: *“el que mata a otro”*; el artículo 107º dice: *“el que mata a z”*; entonces ya no es cualquier otro, sino el ascendiente, descendiente, etcétera; es decir, ese elemento, que se adhiere a la tipificación para constituir un tipo penal derivado, es lo que se conoce como *elemento típico accidental*.

**B.** Si hablamos de los ***“efectos de las circunstancias”***, ello puede darnos consecuencias que implica en un primer término rebajar las sanciones; qué tipo de sanciones, la sanción prevista para la conducta típica, la conducta delictiva sin circunstancias. Esto es, cuando hablamos de:

- a) ***“Circunstancias atenuantes”***, estas presentan o proyectan al operador un juicio, merced al cual se valora de manera menos grave el delito cometido; es decir, hay una desvaloración de la conducta, hay una menor intensidad en la culpabilidad del autor, menor punibilidad, y por ende, hay una menor sanción.
- b) ***“Circunstancias agravantes”***, orientadas a incrementar el desvalor de la conducta, la electricidad de la culpabilidad, el reproche al autor, la punibilidad, lo que implica una mayor pena.
- c) ***“Circunstancias mixtas”***, que coyunturalmente en las decisiones de política criminal del legislador pueden asumir un rol agravante o un rol atenuante, el prototipo que siempre se señala en los textos, en la experiencia y en los sistemas normativos, es el parentesco. Ustedes recordarán, que el parentesco, en nuestro país puede ser agravante en el caso de las lesiones leves o graves, y también puede ser una causal de exclusión de pena; esto es, anular la punibilidad; lo que llamamos también *excusa absolutoria* en términos más clásicos.

C. Sin embargo, hay un tercer tipo de circunstancias que son importantes tener en cuenta, sobre todo por la praxis que se visualiza en nuestros operadores, me refiero a las ***circunstancias por su relación con la pena conminada***. Observamos que en el sistema normativo nacional, coexisten diferentes circunstancias donde el legislador utiliza en la relación una referencia muy específica, dice: “*el juez podrá atenuar la pena hasta por debajo del mínimo legal*” o “*el juez podrá aumentar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito*”, esto tiene un efecto determinante sobre la conminación de la pena.

Las circunstancias del artículo 46º, por ejemplo, declara a la identificación de la pena concreta, sólo permite que el juez busque esa pena entre el mínimo y el máximo fijado por la pena básica. En cambio, estas *circunstancias que pueden ser privilegiadas o cuantificadas tienen un efecto mayor, pueden modificar el marco conminatorio*, vale decir, ***proyectan la posibilidad de la sanción por encima del máximo de la pena básica o por debajo del mínimo de la misma***. El gran problema con la praxis nacional es que nuestros operadores en los diferentes niveles mantienen una discusión –ya de varios años– en relación a esas circunstancias privilegiadas en función de la forma como están redactadas, son circunstancias de imperativo para el operador judicial.

Las tendencias yo diría que se encuentran en un nivel similar al de la praxis y de aceptación; por ejemplo, para un sector, la frase “*el juez podrá...*”, quiere decir, que el juez puede decidir si aplica las circunstancias o no las aplica, si la toma en cuenta o no la toma en cuenta, si proyecta el efecto de incrementar la pena por encima del máximo o de reducirla por debajo del mínimo. Sin embargo, hay otra posición que a mi parecer es la correcta, porque así son los antecedentes y porque esa es la función que tienen esas circunstancias, y es que “*el podrá...*”, no significa que el juez anula o que el juez tiene capacidad discrecional para anular la operatividad de las circunstancias (ya que la circunstancia existe, no la puede borrar, la circunstancia está en el caso); ese “*podrá...*” no quiere decir que el juez puede dejar de aplicar las circunstancias, sino que el juez está autorizado para decidir cuál es el marco de pena concreta, y puede decidir dentro del extremo promovido o incrementado o reducido por la presencia de las circunstancias.

Hoy por ejemplo, tenemos varias circunstancias, antes eran muy pocas, pero voy a referirme a una que es muy clásica: *el artículo 46º- A*, que señala que si el delito ha sido cometido por un Funcionario Público, un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en abuso de sus funciones, la pena podrá

incrementarse en un tercio por encima del máximo legal. Supongamos que el delito fue un homicidio, el artículo 106º del Código Penal establece un marco de pena conminada no menor de seis años ni mayor de veinte años de privación de libertad; por ende, este espacio es lo que llamamos nosotros *“pena básica”*, que aquí coincide con nuestra pena conminada; pero resulta que aquí se presenta el agravante que mencionaba, *el artículo 46º - A*. Se trata de un efectivo de la Policía Nacional que fuera de su espacio ordinario de ejercicio funcional que le autoriza usar arma de fuego, disparó a una persona, materializando un acto de abuso de su posición, abuso de la capacidad ofensiva que tenía en el cargo que desempeña; entonces aquí sí opera el artículo 46º - A, no se puede anular porque la realidad está ahí, esta persona era policía cuando hizo el disparo, entonces la ley señala: que *“el juez podrá incrementar la pena hasta por encima de un tercio del máximo legal”*; y cuál es el máximo aquí, son veinte años; entonces un tercio bien podría ser siete años y medio, o siete años. Entonces el primer efecto que produce esa circunstancias, es que para esa persona la pena que se va aplicar no son veinte años, sino que se puede aplicar veintisiete años; es más, a esa persona sólo se le puede aplicar la pena desde los veinte hasta los veintisiete, ya no por debajo de los veinte; su mínima sanción tendrá que ser veinte años y algo más; entonces el término *“podrá...”*, significa que yo puedo decidir si son veintiuno, veintidós, veintitrés, veinticuatro, veinticinco o veintisiete; pero no puedo a mi libre albedrío no aplicar el agravante, ya que de suceder eso, es decir, de obviar el agravante, se presentará la respectiva queja ante la OCMA, cuestionarán el por qué no he considerado al agravante, y más aún si no he justificado la no aplicación del artículo respectivo.

Lo mismo ocurre si hablamos de un atenuante, por ejemplo pensemos en el artículo 22º del Código Penal, *la edad*. La ley señala que, si el autor del delito al momento de cometerlo era mayor de dieciocho años, menor de veintiún años o mayor de sesenta y cinco años, hay un efecto atenuante que el legislador grafica como: *“el juez podrá imponer una pena por debajo del mínimo legal”*; eso significa que ese atenuante nos coloca en el otro extremo. Aquí la pena no puede ser el mínimo, ni más allá del mínimo, pero sí por debajo del mínimo; es decir, se da la autorización al juez para que él decida hasta donde, pero no para que decida si usa o no el efecto atenuante; esto es muy importante tener presente, ya que las circunstancias cualificadas operan necesariamente con la determinación de la pena, cuando están presentes.

Muy bien, qué cosa tenemos en el Código Penal para instrumentalizar todo esto que he mencionado, desafortunadamente muy poco, porque para determinar la pena, en primer lugar tenemos que trabajar en función de un marco rector de utilización del *jus puniendi* estatal, a través del caso concreto, de la sentencia, de la pena concreta, y ese marco rector básico está definido por las normas rectoras que aluden a la pena en el Título Preliminar, fundamentalmente los principios de Culpabilidad, Proporcionalidad, Lesividad, Legalidad, Humanidad, etcétera, todo lo que el Código Penal establece en el Título Preliminar (es un marco rector importante), pero esas son “**Normas Ideológicas**”, son normas que hay que internalizar para hacer el trabajo. A pesar de ser normas ideológicas, nos dan resultado en el trabajo. Son normas importantes porque nos ayudan a superar las situaciones límites, donde muchas veces el legislador excede el marco de conminación, y le toca al juez ordenarlo.

Recuerden, el legislador nunca se hace problemas cuando da una ley penal, el legislador opera para lo que él interpreta, construye una expectativa político criminal de la sociedad, pero a quien le toca poner el orden y definir la situación es al órgano judicial. Muchas veces el órgano jurisdiccional, se encuentra con que el marco normativo de sanción sobrepasa, en ese caso puede recurrir a las normas del Título Preliminar que tienen una particularidad, por ser supranormas, es decir, son normas casi de un estatus constitucional.

Luego tenemos otro tipo de normas en el artículo 45° del Código Penal, las normas que se conocen como los “**Criterios de Determinación y Fundamentación**”, donde el legislador da algunas pautas específicas para situaciones más concretas, donde el juez debe razonar otros factores, como los factores culturales en la actividad del agente, la presencia de factores de mala socialización del individuo, o la presencia de factores relacionados con la calidad de vida de las personas, o con las expectativas resarcitorias de éstas.

El artículo 45° proyecta en el juzgador esa línea de criterios (también son normas ideológicas, no dan un resultado directo), el juez tiene que operativizar, pero más o menos se le dice, por ejemplo, si el delito fue cometido por una persona que tiene un marco valorativo diferente, y ese factor fue de alguna manera inductor a la realización del delito y no alcanza otras posibilidades, como el error de prohibición, lo que llamamos error culturalmente condicionado, que parece que para algunos el llamarlo así es un error; pero lo cierto es que, ahí el legislador nos dice “*tome en cuenta esos factores y aplíquelo cuando determine la pena con una posibilidad de atenuación*”, entonces son también norma ideológicas.

Las “**Normas Operativas**” son más bien las que están definidas por las *circunstancias genéricas y específicas* que he mencionado, es decir, el

legislador nos presenta circunstancias, y nos dice que esas circunstancias pueden incrementar el desvalor del acto, esto es el juicio de la antijuricidad o puede incrementar la intensidad de la culpabilidad del autor, el juicio de culpabilidad, *pero no nos dice como usarlas, ese es el problema*. Entonces, por ejemplo, cuando tenemos varias circunstancias en un caso, y la experiencia cotidiana, es que casi siempre se nos va a presentar ese problema. Y como decía, también existen esas otras circunstancias cualificadas o privilegiadas; esto es, tenemos varias circunstancias, tenemos criterios de fundamentación, tenemos principios rectores, pero no tenemos reglas operativas; ¿Cómo hacemos el trabajo?, tenemos las bases normativas, tenemos las bases ideológicas, pero no tenemos las reglas para movilizarlas, para utilizar ese tipo de normas, de allí que nuestra salida cotidiana es el artículo 46°, pero ya hemos visto que ese articulado sencillamente no dice nada; podemos decir, el artículo 46° en sus circunstancias 1), 2) y 3), que se presentan en el caso, por tales factores, y que yo entiendo generan un valor negativo sobre el procesado, proyecta un mayor nivel de desvaloración de la conducta realizada, y ello no lo dice el artículo 46°.

Les decía que hay un problema importante en la práctica, y es el de la llamada ***“Concurrencia de Circunstancias”***; es común que en un caso encontremos varias circunstancias atenuantes o circunstancias agravantes, o que encontremos circunstancias agravantes y atenuantes a la vez; la pregunta es, ¿qué hago?, si todas son agravantes no hay problemas, porque mayor número de agravantes estaré más cerca del máximo de la pena; si todas son atenuantes tampoco hay problema porque estaré más cercano al mínimo de la pena; el problema es cuando son agravantes y atenuantes, ahí no me queda otra posibilidad que entender que tengo que colocar mi sanción hacia un *extremo intermedio*, entre el agravante y el atenuante.

***Cómo se operativiza la concurrencia de circunstancias.*** El Código Penal nunca se preocupó de establecer criterios al respecto; sin embargo, nosotros desarrollamos un nivel de interpretación y de práctica en función de una disposición del Código Penal. La teoría, siempre ha dicho que la *concurrencia de circunstancias* se evalúa en función de dos criterios: ***“criterio de la compatibilidad de las circunstancias”*** y ***“criterio de la compensación de los efectos circunstanciales”***.

Pero, cómo razonamos jurídicamente esto. El legislador nos dio una opción a través de la presencia del artículo 109° del Código Penal, es lo que llamamos nosotros el *parricidio por emoción violenta*. En realidad es un supuesto de concurrencia de circunstancias, porque por un lado está las circunstancias del parentesco, que agravan la realización del homicidio; y por otro lado, está la emoción violenta, que es la circunstancia que hace excusable al autor y que determina una

disminución de su capacidad de control en una menor imputabilidad, una menor culpabilidad y por ende una menor sanción.

Si ustedes revisan como está construido el artículo 109°, van a encontrar que la pena que fija el legislador, ni es la pena del parricidio del artículo 107°, ni tampoco es la pena del homicidio por emoción violenta del artículo 109° (párrafo inicial), es una pena intermedia entre las dos, con la fórmula del artículo 109° párrafo final. El legislador nos mostraba que se adscriba a los criterios de concurrencia de compatibilidad y de compensación, pero expliquemos en que consiste cada uno.

Las circunstancias se desarrollan y se trabajan, se valoran y proyectan en función del razonamiento o de la proyección del razonamiento del juzgador. Lo primero que hacemos es identificar circunstancias y sólo las circunstancias compatibles presentes, que son las que van a tener un efecto directo en la configuración de la pena concreta. Pero, ***qué hace a una circunstancia compatible***, hablamos de circunstancias compatibles cuando las circunstancias concurrentes identifican diferentes factores, por ejemplo: tres personas roturan la cerradura de una casa, ingresará a la misma y se llevan un manto de Paracas que el dueño de la casa había recibido en préstamo para una exposición en un colegio, hay personas detenidas, que son procesadas, admiten su responsabilidad, se declara su culpabilidad; entonces tenemos aquí un delito de hurto. Lo primero que hacemos es tipificar la conducta, el artículo 185° refiere al delito de hurto, después vemos que también hay circunstancias específicas de agravación definidas en el artículo 186°; la primera refiere al lugar de comisión del delito: casa habitada; entonces, el *primer indicador de agravación* es el lugar de comisión del delito; *segundo criterio de agravación*: pluralidad de agentes, tres personas fueron las que ingresaron; *tercer criterio de agravación*: modo de ejecución del delito, ruptura de obstáculos; *cuarto criterio de agravación*: objeto de acción sobre el cual recayó la conducta, bien integrante del patrimonio cultural de la nación; es decir, hay cuatro circunstancias agravantes, pero las cuatro circunstancias agravantes hablan de cuatro cosas distintitas, se refieren al modo de ejecución del delito, se refieren a la pluralidad del agente, se refieren al lugar de comisión, se refieren al objeto de acción, objeto de la conducta delictiva; cuatro circunstancias distintas y por ende compatibles. Pero cuando hay ***“Circunstancias Incompatibles”*** (que es la tercera regla) se deben excluir entre si, cuando hay circunstancias incompatibles, el operador debe eliminar una de estas circunstancias que resultan incompatibles en atención fundamentalmente a su especialidad. La circunstancia especial va aplicarse en desmedro de la genérica, entonces aquí todas las circunstancias son compatibles porque tratan de diferentes cosas; eso quiere decir, que el magistrado que va a condenar a estos autores de un hurto con agravantes (cuatro agravantes), no podrá eliminar ninguna de esas agravantes; es decir, la pena de los autores del delito estará muy cercana al máximo de la ley, al máximo de la pena básica. Sin embargo,

puede darse, el otro extremo, las *“Circunstancias Concurrentes”*, que plantean una dualidad, o sea una identidad; por ejemplo, la persona a la cual se le imputa tráfico ilícito de drogas y tiene la condición de efectivo policial; de acuerdo a uno de los incisos del artículo 297º, la calidad de funcionario público determina una pena más severa; sin embargo, también está el artículo 46º-A, que señala que cuando se trata de un efectivo policial, la pena debe incrementarse hasta un tercio por encima del máximo legal.

En estos supuestos, el problema es para el juez, quien se encuentra en el dilema de cuál de las circunstancias aplicar, o aplica las dos, en este caso se dice que las dos circunstancias reflejan el mismo factor, porque las dos circunstancias toman en cuenta la condición funcional del autor; entonces, si yo aplico las circunstancias del artículo 297º, y luego aplico el artículo 46º-A, estoy evaluando dos veces el mismo factor circunstancial, por lo que tendría que eliminar uno de los supuestos; pero, ¿cuál elimino?, la teoría señala que elimino el general y aplico únicamente el especial.

Finalmente, señalar que la pena de multa es muy importante, y en todo caso recordar su criterio de determinación, porque para la conversión de penas una de las posibilidades es justamente la pena de multa. Más adelante veremos como la pena privativa de la libertad efectiva puede convertir en pena de multa, y para poder desarrollar ese proceso es conveniente señalar que la pena de multa también tiene tres etapas de determinación, o sea que debemos transitar la pena de multa desde la conminación (que nos habla de días multa) hasta convertir todo ello en una cantidad de dinero.

La multa siempre es una cantidad de dinero, no es un número de días; durante mucho tiempo nuestros operadores entendían que la multa era un número de días, entonces *confundían lo que era la unidad de referencia de la multa con la multa*; la unidad de referencia no es la multa, el día - multa representa en la pena pecuniaria una unidad de referencia; es decir, algo que vamos a usar para medir la extensión de la multa, pero no para identificar la multa en sí; por eso, los pocos delitos que tienen como pena única, la pena de multa, como en el caso del delito de publicidad engañosa previsto en el artículo 238º del Código Penal, van a encontrar que solamente hay pena de multa cuando el legislador señala: *“no menor de ciento veinte días-multa, no mayor de trescientos sesenta y cinco días-multa”*, así nos presenta la multa; entonces aquí, qué es lo que tiene que hacer el juez frente a esa conminación y pena básica; el juez tiene que decidir en primer lugar cuantos días-multa corresponde aplicar al caso y para eso toma en cuenta también las circunstancias concurrentes en el caso, lo que hemos mencionado; mayor número de circunstancias mayor número de días-multa que se van a considerar; mayor número de circunstancias atenuantes menor número de días-

multa; siempre de ese tope; y si hay circunstancias cualificadas o privilegiadas, pues podrá bajar por debajo del mínimo o podrá subir por encima del máximo.

Una vez que ya tenemos definido el número de días-multa que corresponde, lo que tenemos que hacer ahora es transformar la multa en una unidad de referencia económica, el día-multa tenemos que convertirlo en cantidad de dinero, y para eso tomamos en cuenta el *segundo momento, la cuota diaria dineraria de la multa*; esto es, considerar cuál es el ingreso promedio diario de la persona autora del delito, le restamos lo que es necesario para su supervivencia, para sus gastos básicos y lo que nos queda como neto, eso es la cuota diaria dineraria de la multa; la *tercera etapa es la multa*, la tercera ya es la definición del monto dinerario a pagar; esto es, el importe total de la multa. Entonces, lo único que nos toca hacer es multiplicar el número de días-multa por el valor que como cuota diaria le hemos asignado; el producto resultante será la multa, y esa es la que debe aparecer en la sentencia condenatoria.

Hasta aquí tenemos diseñado el proceso de determinación judicial de la pena, el rol que cumplen las circunstancias dentro de este proceso, la necesidad de utilizar las circunstancias para poder llegar a una pena concreta que podamos justificar en cada momento, recuerden que cada circunstancia tiene que ser una consideración en la sentencia, cada circunstancia implica un hallazgo que debe ser valorado y que debe ser proyectado por el operador en su decisión. Ahora, sobre la base de este marco de referencia es que nosotros vamos a razonar un tercer momento de cara a lo que constituye la aplicación de medidas alternativas.



**Rueda de Preguntas**



## Magistrado asistente

Doctor nos podría sugerir algún criterio para determinar el mínimo de la pena, en vista de que no existe el artículo 29º. Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional ha señalado el máximo, y ha seguido un criterio porque las penas máximas son de treinta y cinco años, podría usted señalarnos algún criterio para establecer el mínimo.

### Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Nos coloca realmente en un punto neurálgico del derecho penal nacional, porque uno de los objetivos que ha planteado el legislador cuando construía el Código Penal, era evitar la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración; por eso tenemos un elenco muy grande de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Sin embargo, una contradicción importante en este proceso, es que el artículo 29º del Código Penal, estableció que la pena privativa de libertad era no menor de dos días; entonces resultaba un discurso contradictorio, porque nos decía *no aplique pena privativa de libertad de corta duración*. Sin embargo, yo fijo en la Ley que la pena privativa de libertad puede ser hasta de dos días; lo que debió hacer el legislador, era elevar el marco de la pena mínima privativa de libertad.

Si el Código Penal tuviese como mínimo dos años de pena privativa de libertad (aunque yo soy más ambicioso y diría tres años de pena privativa de libertad), quiere decir que por debajo de los dos años no se podría aplicar pena privativa de libertad. Entonces, ¿qué significaría esto? Significaría que le daría más espacio a las otras penas no privativas de libertad, como la prestación de servicios a la comunidad.

Nuestro objetivo esencial, como señalaba el Doctor Walter Cotrina, en la presentación del Seminario Taller, es pensar en que nosotros tenemos que cambiar la lógica de la determinación judicial de la pena en el momento de la aplicación de medidas alternativas. Pensemos en el caso del delito de homicidio por piedad, que tiene una pena no mayor de tres años, no tiene mínimo, entonces llegaremos aquí también a un absurdo, de que para ese homicidio por piedad podríamos poner hasta dos días de pena privativa de libertad; no obstante, es indudable que colocar dos días de pena privativa de libertad para un delito de homicidio, sería desmerecer plenamente el más importante bien jurídico que existe en nuestro sistema. Entonces, el establecer un mínimo dependerá de varios factores.

Mi propuesta sería, de que sistemáticamente hay que interpretar el alcance mínimo de las sanciones establecidas y, paralelamente, también el nivel jerárquico del bien jurídico afectado; de manera que en función del principio de proporcionalidad, que anteriormente lo mencioné,

lleguemos a una sanción razonable. Por ejemplo, recordemos que los delitos de lesiones, tienen un mínimo de dos años de pena privativa de libertad, nos preguntamos entonces, la salud o la vida, cuál es más importante; indudablemente la vida; por ende, si yo hago un razonamiento sistemático, por comparación voy a entender que yo no puedo aplicar a un atentado contra la vida una pena menor que la que aplicaría a un delito de menor jerarquía como es una lesión; entonces, por allí, yo puedo encontrar que en ningún caso, un delito de homicidio por piedad puede tener una pena inferior a dos años; es un trabajo sistemático, que es lo mismo que se ha hecho con el tope.

El Tribunal Constitucional con respecto a ese tope dice que todos los delitos que existen en el sistema penal nacional, presentan dos *tipos de penas*: las *“penas temporales”* y las *“penas intemporales”*. Penas de cadena perpetua, cuando se tratan de penas temporales, el máximo que observamos dentro de todo el sistema es treinta y cinco años, y observamos treinta y cinco años para delitos que muchas veces representan atentados a bienes jurídicos menores que la vida, si esto es así, para un delito de homicidio calificado obviamente el tope tiene que ser treinta y cinco años, pues es un atentado contra la vida, es el atentado más grave contra la vida, entonces el razonamiento es coherente.

Pero la moraleja es, por qué tenemos que estar haciendo nosotros estas matemáticas, por qué no el legislador en lugar de desarrollar tantas propuestas como lo de la criminalidad organizada, etcétera, que no niego que sea importante y necesario, por qué no empieza por lo más sencillo; devolvernos el artículo 29º, es muy simple, son un par de líneas, y quizás este Seminario Taller puede aportar eso como iniciativa de nuestra institución.

### **Magistrado asistente**

Como usted lo ha explicado muy bien, es un problema que se presenta todos los días. Al momento de emitir sentencia hacemos un juicio de tipicidad, de antijuridicidad y culpabilidad, el problema se presenta cuando vamos a individualizar la pena, ¿cómo podemos considerar el hecho de la presión social?, cuando nosotros sabemos que la pena también tiene como finalidad la prevención general, ya sea positiva o negativa.

Muchas veces, las penas que imponemos y, teniendo en cuenta las diversas circunstancias que pueden llevar, por ser delitos muy graves, como por ejemplo el robo agravado, que es de mayor incidencia, la sociedad se siente insegura cuando ve que, en muchos casos, estos delincuentes en poco tiempo salen con los beneficios penitenciarios, y muchas veces, no se cumple con los fines de la pena dentro de los

establecimientos penitenciarios del Perú, entonces vuelven a delinquir, *el problema de la prevención general*, es un problema para considerar como circunstancias en la imposición de la pena.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Fíjense lo importante de llegar al caso concreto, usted me señala un robo con agravantes; sin embargo, tengo que poner una pena atenuada, y la pregunta es, ¿por qué? Parto del supuesto que usted me señala que hay una concurrencia de circunstancias; pero cuando hay una concurrencia de circunstancias, ya no puedo aplicar ni la pena atenuada ni la pena agravada, y tengo que buscar un punto intermedio; entonces, el supuesto que plantea no se pondría dar técnicamente si hay concurrencia de agravantes y hay concurrencia de atenuantes. Yo no puedo quedarme en el efecto atenuante únicamente, como tampoco puedo quedarme en el efecto agravante, y tengo que encontrar un punto intermedio, que es el que mencionaba en el artículo 109°; el error está justamente cuando nos quedamos con el efecto atenuante.

El artículo 22° del Código Penal, señala que hay una atenuación privilegiada en función de la edad, la pregunta es, ¿dónde voy a colocar ese mínimo?, ¿en el artículo 185° o en el artículo 186°?; tengo que colocar en el artículo 186°, o sea, siempre voy hablar de un hurto con agravantes, pero el efecto atenuante me va ha llevar a medir entre el mínimo de ese efecto del artículo 186° y su máximo, y el mayor número de agravantes hará que yo establezca justamente una compensación con ese mínimo; no puedo quedarme únicamente con el mínimo, porque si lo hago así, estaría obviando las otras circunstancias. Si son circunstancias compatibles atenuantes o agravantes, yo tengo que reflejarlas en la sentencia, entonces el resultado no puede ser el mínimo.

### **Magistrado asistente**

Doctor, y qué pasa por ejemplo en el caso de la tentativa.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

En la tentativa de un hurto en casa habitada está el agravante y está la tentativa, ahí no puedo obviar el agravante ni tampoco puedo quedarme con la tentativa; entonces tengo que trabajar con los dos; es decir, que el resultado nunca va a ser solamente la tentativa, sino con el supuesto de agravación.

### **Magistrado asistente**

Quisiera plantear una inquietud en relación a la reserva de fallo condenatorio. En la práctica tenemos ciertos inconvenientes, al menos en

Lambayeque por ejemplo, se nota con frecuencia de que se impone la reserva de fallo condenatorio, pero no se fija dentro de los considerandos, cuál es el quantum de la pena que le correspondería en el caso de que infrinja las reglas de conducta; entonces como eso se ve a nivel de juzgado de investigación, pasa a los juzgados de ejecución, y finalmente, cuando no cumplen las reglas de conducta, es el juzgado de ejecución el que llama a un acto de lectura de sentencia, donde nos encontramos con un hecho concreto, que es el juez de ejecución el que va a determinar la pena en ese caso concreto.

Entonces considero, al menos yo lo he hecho, que en uno de los considerandos de la sentencia, se disponga la reserva de fallo condenatorio y señalar el quantum de la pena, ya que el no señalarlo trae problemas operativos; mi pregunta es: ¿es correcto o no? Y la otra inquietud va en el mismo sentido, hay una jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema, en la que usted también ha participado, en relación a la reserva de fallo condenatorio, donde se interpreta que la pena de inhabilitación según la redacción del artículo 62º, se trataría de una pena conminada; no sé si esa interpretación sea la más correcta; y cito un ejemplo; en el caso concreto del abuso de autoridad tendríamos que imponerle la pena privativa de libertad más el artículo 426º; entonces, en ese caso no procedería la reserva de fallo condenatorio porque en la inhabilitación el máximo es hasta tres años.

No obstante, hay lecturas distintas en relación a ese inciso tercero, cuando dice *la pena ha imponerse*, ¿eso lo debemos entender como pena conminada o como pena pronóstico? Hay innumerable jurisprudencia sobre los delitos de conducción en estado de ebriedad, ahí tenemos a la inhabilitación como pena principal en el artículo 274º. En estos delitos los operadores jurídicos han dispuesto la reserva de fallo condenatorio, pero con la interpretación de esa jurisprudencia vinculante, ¿podríamos aplicar una reserva de fallo condenatorio en un delito de conducción en estado de ebriedad?, esas inquietudes quisiera plantearse.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Lo que usted nos plantea, es un problema que más está ligado con la operativización de una medida alternativa que con un procedimiento de determinación; sin embargo, voy a llevarlo ahí para no salirnos del esquema, con cargo a que en cualquier momento podamos entrar en mayores detalles.

En relación a la primera pregunta, usted me señala, ¿cómo determinamos la pena en la reserva del fallo revocado? Recordemos que la reserva de fallo condenatorio fue una medida alternativa que fue tomada de la legislación española, en un momento inicial del proceso de reforma, que concluye con el Código de 1995; sin embargo, en el Código

de 1995, no hay reserva de fallo condenatorio, y por qué no hay reserva de fallo condenatorio en el Código Penal de 1995 —es más, desde el proyecto del año 1990 ya dejaron de tratar la reserva de fallo condenatorio—, por una razón muy sencilla, porque ellos entendieron que si se tenía una suspensión de la ejecución de la pena, que era muy parecida a la reserva de fallo condenatorio, y que históricamente ya estaba muy bien afianzada, pues era mejor quedarse con la suspensión de la ejecución de la pena, incorporando el efecto de la reserva. Y, cuál es el efecto de la reserva de fallo condenatorio, que no hay pena, no hay condena, y como no hay condena ni pena no hay antecedentes.

Qué es lo que han hecho los españoles; tienen una suspensión de la ejecución de la pena sin antecedentes; entonces, lo que usted me ha planteado es un problema estrictamente operativo o de competencia. Y, ¿quién es el que debe aplicar la pena al condenar, y quién al decidir la pena frente a una revocación de la reserva del fallo condenatorio?, ¿es el juez que sentenció y dispuso la reserva del fallo condenatorio o el juez que supervisa el cumplimiento de la reserva del fallo condenatorio en cuanto a sus reglas de conducta?

Técnicamente en mi concepto, como es un juicio de fondo, tendría que hacerlo *el juez de fallo, no el juez de ejecución*, y porqué lo hace el juez de ejecución, porque eso es un problema orgánico; no sé si sucede en todos los distritos judiciales del país, o solamente ocurre en Lambayeque, pero mi opinión es que al revocarse la reserva del fallo condenatorio, es el juez de fallo el que tiene que integrar la sentencia y el que tiene que hacer una evaluación de circunstancias. En el caso de la reserva de fallo, no hay ni condena ni pena, pero no solamente no hay pena, que es un efecto de la condena, sino que en la reserva de fallo no hay condena, lo único que hay es declaración de culpabilidad; entonces el juez tiene que hacer una condena, y al hacer la condena justamente va a razonar fundamentalmente sobre el mérito de las circunstancias presentes y va a disponer la sanción, yo estimo que eso debe de hacerlo el juez de fallo.

En relación a la otra pregunta, me señala usted que hay una ejecutoria; que señala que los delitos funcionariales, los delitos que están previstos en el Título XVIII del Código Penal, Capítulos II y III, son delitos que tienen una doble sanción; es decir, tienen una pena conjunta, o sea dos penas: la pena privativa de libertad y la pena de inhabilitación. Cuando por ejemplo determino la pena a una persona, tengo que hacer una doble determinación, tengo que determinar la extensión de la pena privativa de libertad y tengo que determinar la extensión de la pena de inhabilitación. El artículo 426° fija un tope de veintiséis años, por ende, el órgano jurisdiccional cuando decide la reserva del fallo, tiene que evaluar la presencia justamente de las posibilidades que le da el legislador; recuerden que todas estas medidas alternativas son discrecionales, no son derechos de una persona procesada o sentenciada, sino son decisiones

judiciales; esto es muy importante porque esa discreción es la que tenemos nosotros que cambiar, esa discreción es la que nos ha generado impopularidad, por ser muy pródigos con las medidas de suspensión, que como bien señaló el Doctor Walter Cotrina se interpreta como actos de benevolencia excesiva.

Veamos lo que señala el legislador en el artículo correspondiente, no sin antes señalarles que siempre trabajo estos artículos pensando en la fuente, ya que como suele ocurrir, en nuestro país las cosas a veces no las inventamos nosotros, sino que son pensadas y organizadas en función de otro sistema normativo, entonces si a veces no encontramos claridad en el Código, yo aconsejo rastrear la fuente (cómo funcionó en el lugar que se aplicó, cómo se pensó, cuál es la jurisprudencia, cuál es la doctrina que se ha desarrollado, esa interpretación va a ser más sólida), cuando demos una alternativa de solución. Usted dirá que eso no podemos hacerlo todos los días, efectivamente, pero tampoco se nos presenta todos los días ese tipo de situaciones, así que creo vale la pena hacerlo.

Voy a demostrar que hay varias interpretaciones cuando se señala: *“el juez podrá disponer la reserva del fallo condenatorio, la reserva será dispuesta cuando el delito esté sancionado”*; fíjense como comienza, *“cuando el delito esté sancionado...”*, *“cuando la pena ha imponerse...”*, pero, cuál pena ha imponerse, si ya lo tenemos aquí definido; ¿cuál es la pena que yo puedo imponer?, la pena básica porque la otra es pena concreta.

La pena básica muchas veces es la pena conminada; entonces, por esa lógica es que señalamos que aquí el legislador pone tope. Y, ¿por qué pone tope?, ¿son razonables?; yo pienso que no, antes hacía una interpretación más radical, pero nunca fui seguido, alguna vez creo, me atreví y saqué un voto en minoría, de allí consideré que podía resultar conflictivo, así que desistí de seguir haciéndolo.

El primer párrafo del artículo 62º por ejemplo, en líneas de determinación de la pena, de manera estrictamente semántica o gramatical, dice: *el juez podrá disponer la reserva de fallo condenatorio cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible, personalidad del agente hagan prever que esta medida le impedirá cometer nuevamente este delito*, seguidamente un punto aparte, y qué significa ese punto aparte dentro de una estructura gramatical, significa que yo voy hablar de otra cosa, que no voy hablar de lo mismo. Luego el segundo párrafo dice; *la reserva será dispuesta*, si yo me quedo únicamente con esa interpretación gramatical, puedo decir que en el artículo 62º hay dos reservas de fallo, *una facultativa* en la que el juez decide en base a un pronóstico favorable de conducta delictiva y a las características personales del agente y que no tiene ningún límite; y *una segunda reserva de fallo* que hay que aplicar siempre que se den esos presupuestos.

Gramaticalmente, cuando yo uso un punto aparte voy hablar de otra cosa, no estoy hablando de la misma situación, pero eso llevaría a que fatalmente tenga que decir siempre que tengo que reservar el fallo sino se dan esos presupuestos, de ahí que me parece que la interpretación conjunta que se ha hecho resulta más razonable o más útil para el trabajo judicial; es por ello, que cuando el legislador señala, “*cuando la pena a imponerse no supere dos años de inhabilitación*”, si es una pena ha imponerse no puede ser una pena concreta, porque la pena concreta es una pena ya impuesta; entonces, cuál sería la pena ha imponer, o cuál es mi espacio de pena a imponer, es decir, cuál es la pena que puedo imponer, es aquella que tiene un mínimo y tiene un máximo, o sea la pena conminada, la pena básica, es por eso que esa ejecutoria razona en ese sentido, que sea correcto o no, ya es un tema más de política criminal.

### **Dr. Aldo Martín Figueroa Navarro**

Bueno, evidentemente el derecho es una de las disciplinas en donde el lenguaje a veces nos juega malas pasadas y hace que precisamente en temas como el que ha planteado el colega, se generen discusiones o interpretaciones diversas al respecto, yo quería hacer dos alcances muy rápidos. Uno vinculado específicamente al tema de la reserva de fallo condenatorio, y otro vinculado al tema de la cadena perpetua del procedimiento técnico de determinación judicial de la pena.

Con relación a lo primero, se ha hecho mención a un precedente vinculante, que a mi concepto no es tan vinculante, porque en principio es un precedente que se ha establecido por mayoría y con un voto singular; situaciones similares se están dando en nuestro país con el sistema de las sentencias plenarias o los precedentes vinculantes, en donde las sentencias plenarias no son tan plenas. Por ejemplo, en materia de conminación de leyes terminan adoptando posiciones, ocho señores magistrados supremos titulares y cuatro disidentes en esa interpretación, con esto voy a lo siguiente: el tema de la reserva del fallo, si se aplica o no a la pena concreta o conminada; en mi concepto no es un tema zanjado, es un tema que todavía me genera dudas, al punto que en un reciente artículo se consideró que efectivamente, no basta una interpretación literal para poder llegar a una conclusión determinante sobre cuál de los dos tipos de pena se trata.

Tú, Víctor, señalas, por ejemplo, que cuando se utiliza el término “*pena a imponer*”, estamos refiriéndonos a la pena conminada y no a la pena concreta, porque en el caso de la reserva de fallo la pena ya ha sido impuesta; por ahí yo disiento de tu posición, porque en mi concepto en la reserva de fallo –como algunos jueces o quizás la mayoría han considerado– no se fija pena, y en la medida que no se fija pena, no se impone; entonces, si nosotros adoptamos esa posición, evidentemente

diríamos que ahí no hay pena impuesta, simplemente, hay una reserva de la última parte de la sentencia vinculada a la pena; pero en mi concepto la situación es distinta, incluso en una reserva de fallo tiene que fijarse pena, y tiene que fijarse pena por lo que tú señalabas, por un tema de operatividad, pero no sólo por un tema de operatividad, sino por un tema vinculado a la observancia de principios básicos, como el principio de inmediación.

Si el plazo para sentenciar, una vez que se ha pedido la última palabra al procesado, tenemos un plazo perentorio, más allá del cual no podemos nosotros rebasar, porque estaríamos incurriendo en una causal de nulidad, mucho más, tendríamos que decir, en el caso que se reserva el fallo y se infrinjan las reglas de conducta, y luego de dos años se tenga que fijar la pena, en ese caso, independientemente que sea el juez de fallo o el juez de ejecución, quien fije e imponga la pena, ya hay un problema de violación del principio de inmediación; entonces nos preguntamos: qué elementos va a tener el magistrado después de dos años para realizar todo ese procedimiento técnico, que tu nos haz explicado con brillantez, y fijar la pena; definitivamente no lo puede hacer.

La interpretación que se maneja en la legislación comparada, y que para estos efectos también es muy válida, es que por un tema de observancia del principio de inmediación, tiene que fijarse pena al momento de reservar el fallo, se fija pena, pero no se impone, eso es lo que se dice, lo que se señala en la dispensa de la pena de la legislación alemana.

#### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Lo que razonas Aldo, efectivamente está en función justamente del razonamiento alemán, pero la reserva de fallo tomada, no es la dispensa de pena alemana, que es justamente la que sí establece esta necesidad, sino la española, que es completamente distinta; me parece importante lo que tú señalas, pero como dices tú, son posibilidades.

#### **Dr. Aldo Martín Figueroa Navarro**

Desde un punto de interpretación lógica, tienes que asumir que la llamada pena a imponer puede ser interpretada en el sentido que ha señalado el colega, es decir, que la pena a imponer es una pena que se puede imponer eventualmente a futuro en caso de fracaso en la ejecución o en la aplicación de las reglas de conducta; entonces, desde esa perspectiva se puede asumir válidamente que la pena a que se refiere el artículo 62º del Código Penal, es una pena concreta.

Ahora, no hay mayores diferencias entre la reserva de fallo y la suspensión de la ejecución de la pena, en efecto no las hay, prácticamente son lo mismo, con la única diferencia que en nuestro país no se inscribe,

es decir, no genera ese efecto estigmatizante de los antecedentes. Si partimos de la idea que son instituciones similares, casi idénticas, podemos vía una interpretación sistemática coincidir en que la pena a la que está haciendo referencia el artículo 62º es una pena concreta. Evidentemente pueden haber discrepancias que se van a mantener, pero muchas veces interpretaciones fundamentadas en sentido contrario a lo que piensan, digamos las corrientes predominantes en nuestro país, pueden dar lugar a efectos o consecuencias graves. Esta interpretación que se está manejando por nuestra parte generó la destitución de un juez, evidentemente en el caso concreto el juez quizás incurrió en error en sentido de no fundamentar debidamente su resolución, pero, si es posible hacer un ejercicio hermenéutico sobre instituciones tan confusas como éstas. Yo creo que es perfectamente posible alejarse incluso de lo que establezca la Corte Suprema como precedente vinculante, en la medida que la Ley Orgánica nos autoriza hacerlo siempre que motivemos debidamente nuestras resoluciones.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Sólo dos detalles para no perder la lógica de tu razonamiento Aldo.

Esto de sentencias vinculantes es una expresión formal más que material, porque vemos que hay otro tipo de circunstancias; el detalle va más allá, porque en tu razonamiento se querían los dos incisos, pero el primero es expreso al decir “*cuando el delito está sancionado con pena...*”, esa es la falencia que tienes ahí; en los otros dos casos podríamos llegar a la discusión; pero en el primer inciso no queda ninguna duda que no se puede plantear una pena concreta y una pena conminada. El segundo es que justamente “*la pena ha imponer...*” involucra llegar a la etapa final del proceso.

### **Dr. Aldo Martín Figueroa Navarro**

Haz expuesto todo un procedimiento técnico que los juzgadores debemos seguir para efectos de proceder a dar ese resultado que debe ser controlado jurídicamente dentro de nuestro espacio de discrecionalidad, pero me pregunto: ¿eso funciona en las penas que acabas de señalar?, es decir, ¿en la pena privativa de libertad de duración determinada, en la pena de multa, en la pena de inhabilitación, en la pena limitativa de derechos?; mi pregunta es independiente de la constitucionalidad o no de la cadena perpetua que ya es un tema zanjado por el Tribunal Constitucional y que de alguna manera también es aceptado por la legislación occidental clásica.

Mi inquietud es: cómo queda todo este procedimiento técnico lógico teórico de la determinación judicial de la pena, con los pasos de identificación de pena concreta e individualización de circunstancias y

definición de la forma de ejecución de la misma, a nivel de lo que es puramente determinación judicial de la pena; en el caso de la cadena perpetua estamos frente a lo que es típicamente una pena tasada, es decir, que no solamente es tasada sino también es indeterminada; o sea, dura tanto tiempo pueda durar o pueda soportar al sistema penitenciario la persona que es castigada con esta pena; me pregunto, de qué manera juegan todos estos pasos que tu haz señalado en la fijación de una pena de cadena perpetua.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Cuando comenzamos hacer el marco teórico básico, decíamos que la función de las circunstancias era justamente permitir graduar la pena; obviamente, partíamos de penas que tienen un marco temporal no intemporal como la cadena perpetua, pero yo diría que la cadena perpetua también puede ser afectada por el procedimiento, porque si tenemos una pena de cadena perpetua y tenemos circunstancias atenuantes, yo puedo bajar la pena, el tema es, qué pena impongo, ahí nuevamente viene el trabajo analítico de las posibilidades.

El Código Penal de 1924 era bastante coherente, y señalaba que para los casos de internamiento, que eran más o menos el equivalente de la cadena perpetua; en el marco normativo anterior, si por ejemplo el autor tenía veintiún años, hablamos de la presencia de circunstancias, entonces, se tenía que dejar la pena de internamiento y aplicarse una pena penitenciaria; el problema es cuando se presenta circunstancias agravantes, es decir, qué pasa si se realizó un concurso real de delitos y todos son sancionados con cadena perpetua; en esto el legislador ha dado una pauta –si estuviéramos en Estados Unidos le imponen cinco veces cadenas perpetuas y no hay ningún problema– y ha dicho, cuando hay un concurso real de delitos y una de las penas a imponerse es cadena perpetua; la posibilidad de acumulación se elimina y se le aplica únicamente la cadena perpetua, es decir, se contrae las otras posibilidades de sanción.

Resulta importante tener en cuenta que la cadena perpetua que aparece como una sanción, en principio recorre ya muchos espacios de nuestra legislación, cada vez es mas una pena integrada, yo creo que hay que reflexionar más a fondo el esquema, pero el esquema está fundamentalmente para temas temporales y eso es correcto.

### **Magistrado asistente**

En el distrito judicial Del Santa tenemos muchos casos de violaciones sexuales de menores, donde la gente es pariente, y la ley en este caso establece una pena no menor de treinta años. En muchos casos el presunto autor desde el inicio del proceso reconoce y admite los hechos, a

fin de exigir la aplicación del artículo 136º, que permite al juez rebajar la pena, pero en estos casos, técnicamente no podría darse, ya que tenemos las circunstancias agravantes y por otro lado tenemos una circunstancia que le va a permitir rebajar la pena.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Ahí, hay que compensar los efectos, ya que si nos quedamos únicamente con el atenuante estamos ignorando el efecto agravante, y si nos quedamos únicamente con el agravante estamos soslayando el efecto atenuante; tenemos que construir una pena intermedia entre ambos.

### **Magistrado asistente**

Doctor Prado, felicitaciones por su exposición. El problema que quiero plantearle es el caso de las acusaciones, ya que cuando se formula la acusación por tráfico ilícito de drogas, se realiza como si fueran dos tipos penales independientes, por los artículos 296º y 297º; inclusive, cuando se le sanciona con el artículo 296º, y pasa a la Corte Suprema y lo vincula con el artículo 297º, después, en ejecución de sentencia, se pide la atenuación de la pena acogándose al artículo 296º. Evidentemente, el error parece venir desde la acusación, que lo contempla como dos tipos penales independientes o autónomos, pero como usted acaba de decir, esto no es así.

Por otro, si la acusación es por el artículo 297º, y no se encuentran las agravantes, pienso que en la sentencia se puede adecuar, y acá viene mi pregunta, ¿es de aplicación el principio de la determinación alternativa para adecuar la conducta al artículo 296º o simplemente se aplica el artículo 296º sin aplicación del principio?

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Como usted lo ha señalado el problema parte de una mala identificación de los supuestos fácticos en función a las premisas del Código Penal. Lo primero que hay que hacer para identificar las posibilidades de sanción, es hablar de la conducta típica del delito; entonces no puede haber tráfico ilícito de drogas sin el artículo 296º.

Sobre el artículo 296º (tipo base) pueden concurrir circunstancias de atenuación o de agravación, por ejemplo, si el autor del delito de tráfico de drogas tenía la calidad funcional especial, o si el delito se cometió en inmediaciones de un centro carcelario o de un centro educativo, será la circunstancia específica del artículo 296º, pero en compañía del 297º (indicación de agravantes) inciso 1) y 4); por ende, no veo dificultad si el procedimiento es ese.

Si la acusación viene técnicamente “*se ha cometido el delito de tráfico ilícito de drogas con la circunstancia agravante...*”, sin embargo, debería ser “*delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el artículo 296° del Código Penal con la concurrencia de las circunstancias agravantes previstas en el inciso 1), 2), 3)*”, y en el juicio probamos que efectivamente hubo tráfico de drogas pero no probamos que hubo la concurrencia de las circunstancias, o que la persona - como todas las circunstancias dolosas - ignoraba que estaba en la situación circunstancial; entonces, no nos queda otra cosa que condenarlo por tráfico de drogas, previsto en el artículo 296° sin necesidad de hacer ninguna determinación alternativa.

No obstante, el problema es cuando partimos al revés, cuando le ponemos el artículo 297° y no consideramos el artículo 296°, que también es un problema formal, en realidad, yo no le veo mayor dificultad material, porque siempre el tráfico de drogas va a ser el artículo 296°; pero lo que me preocupa es que cada instancia le pone una pena distinta, primero el artículo 296°, luego el artículo 297°, el otro le baja la pena. Yo creo que eso es inseguridad jurídica, y tenemos que superarlo.

### **Magistrado asistente**

En el *iter criminis* del tráfico ilícito de drogas, que va acompañado con una pena de días multa y tiene que señalarse en la sentencia el equivalente de los días multa, lo cual se hace con una simple operación aritmética, ¿qué sucede cuando el superior señala en la sentencia solamente días multa y ésta queda firme, y luego lo devuelve al inferior jerárquico?, ahí se da el problema para el inferior jerárquico cuando tenga que ejecutar esa sanción.

Por ejemplo, si el sentenciado quiere pagar los días multa, ¿cómo se va a poder establecer el monto exacto?, el juez no lo puedo hacer, entonces surgen interrogantes como, ¿tendrá que devolverlo a la Sala para que integre?, ¿pero si ya quedó firme? Por un lado se supone que la sentencia ya quedó firme, en todo caso, ¿qué es lo que tendría que hacer el juzgador?

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Eso nos ubica en el otro extremo de la determinación de la pena. Yo le tengo mucho afecto a la pena de multa, es una de las cosas que me ha gustado trabajar desde mis inicios en esta tarea. Sin embargo, lo que usted señala, preocuparía que siga ocurriendo, porque de esto creo se viene hablando desde el año 1992 hacia adelante, así que me preocuparía que siga ocurriendo, yo lo tomaba más bien como un anécdota.

La multa es una cantidad de dinero no es un número de días, el número de días es una unidad de referencia, en todo caso representa el primer momento de la determinación de la pena, pero no el que nos interesa a nosotros y que debe quedar reflejado en la condena. Queda claro que si a una persona se le impone el número de días, no se le ha impuesto la multa, quizás se podría integrar con mayor coherencia si se le puso el número de días y se le fijó la cuota diaria dineraria, pero si no se ha fijado la cuota diaria dineraria no ha habido proceso terminado; entonces, cómo va a querer esa persona pagar una multa si no tiene cantidad de dinero preestablecido.

Se ha dicho muchas cosas, no obstante la Corte Suprema lo ha integrado, el problema es que la integración también tiene una dificultad, y es que, como la pena no ha quedado definida en sede de fallo, se define en la instancia de la revisión, y el problema es que esa instancia de revisión ya no es apelable. Si el monto fijado resulta agravante para el condenado, éste no tiene posibilidad de recurrir, salvo que inicie una acción de amparo o un hábeas corpus, o en todo caso en segunda instancia.

Yo creo que más que establecer opciones de correctivo, lo que hay que hacer es forzar a que se aplique lo que ya existe, porque ya hay una doctrina bastante consolidada en este dominio.

### **Magistrado asistente**

Hay otro problema que se presenta, es el caso de la confesión sincera. Sabemos que la Corte Suprema se ha pronunciado de que en estos casos, cuando no hay uniformidad de declaración de aceptación de la responsabilidad, se debe recorrer entre el mínimo y el máximo de la pena; sin embargo, se está observando que los órganos jurisdiccionales están considerando esta declaración en el juicio oral como una confesión sincera, incluso están aplicando el artículo 136°; sin embargo –conforme a los materiales que les hemos entregado– eso no procede, si es que se da la confesión en la última etapa del juzgamiento del proceso ordinario.

En los casos de responsabilidad restringida, están incursos en este momento los delitos de violación sexual, terrorismo, tráfico ilícito de drogas; sin embargo, ello se contrapone con lo que señala la Constitución *“todos somos iguales ante la ley”*; incluso la Corte Suprema ha emitido una jurisprudencia, señalando que en el caso de un delito de violación sexual de un menor de catorce años, al considerar que esta norma es inconstitucional, y por aplicación del principio de igualdad, se debe también considerar a otros, como en el caso de violación sexual para la aplicación del artículo 122°.

## Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga

El tema de la confesión sincera tiene varias líneas de debate, yo trataría de ser coherente con lo que he expuesto en otras ocasiones; mi primera aproximación al tema fue un trabajo que se llamó “Jueces de Derecho Penal y Jurisprudencia”. En relación al tema de la confesión sincera -reitero que para interpretar la norma hay que meterse en la historia o en la evolución o el antecedente, el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, fue incorporado a través de la Ley 24388, me parece que en el primer gobierno de Alan García.

Esta disposición de la confesión sincera en el sistema del Derecho Penal Colombiano de aquel entonces, era un criterio equivalente al derecho premial, pero, qué era lo que se premiaba; se premiaba que a partir de la confesión del imputado, el juez estaba liberado de desarrollar debate probatorio, por ende, permitía abreviar el procedimiento y cerrar el caso; es decir, la confesión sincera era una motivación al imputado, por ende, el juicio, es el único caso en donde la confesión genera posibilidad de decisión en contra del imputado, que es diferente a la autodenuncia.

Hay dos confesiones sinceras en nuestra legislación; una está en el artículo 46°, y la otra en el artículo 136°, entonces, cuál es la confesión sincera que debemos utilizar. ***La confesión sincera del artículo 46°*** no es una confesión sincera que produzca efectos atenuantes, porque es equivalente a una autodenuncia; es decir, equivale a llevar del propio imputado la noticia criminal para que sea objeto de una investigación, por tanto, no lo libera del desarrollo del juicio. En cambio, ***la confesión sincera del artículo 136°***, libera del desarrollo del juicio, y permite que se le otorgue un premio a la persona.

En la otra pregunta, lo que hay es una interpretación de control difuso; lo que dice el juez es *“bueno no voy aplicar en este caso por tal razón”*. Las circunstancias siempre han sido apreciadas en función de su generalidad o especialidad; pregunto entonces, por qué hay circunstancias agravantes para determinadas personas y no las hay para otras. Si partimos de la lógica del *principio de igualdad* diríamos que no es correcto, porque todas las personas tienen que tener el mismo tratamiento legal, pero a veces hay factores que condicionan. Por ejemplo, no podemos colocar en el mismo nivel a un funcionario público y a una persona que no lo es.

En el Perú existe la llamada *pena de expulsión de extranjeros*, y por qué la expulsión al extranjero, si éste *–de repente–* cometió el mismo delito que el peruano. Si son tres peruanos y un extranjero, al extranjero lo expulsamos a los otros no; al funcionario público dos penas y a la persona natural solamente una pena; todo ello va en contra del *principio de igualdad*. Lo que tenemos acá es una diferencia no por el *hecho*

*discriminado, sino por la calidad particular del sujeto* de haber nacido en otro país, pero eso no es razón suficiente.

Quizás varios problemas como el que usted ha señalado se van a presentar, ahí es donde el operador tiene que usar los otros principios, las normas rectoras, y sobre la base de las normas rectoras, un juicio de constitucionalidad podrá quizás discutir la aplicación de la norma.

Usted mencionó lo de la *prevención general*; el Código Penal establece en el artículo noveno un criterio funcional de la pena, que lo hace eminentemente prevencionista desde la prevención negativa hasta la prevención integradora. Sin embargo, lo que usted planteaba era cómo debemos operar nosotros frente a una expectativa social que proyecta una exigencia de sanción en términos drásticos, frente a lo que nosotros podemos entender que no merece una valoración, o que las circunstancias concurrentes del caso no ameritan un resultado en esa proporción. Bueno este es el problema permanente en nuestro medio, hay que tener muy claro la operatividad de los principios, recuerden que el juez está ligado no solamente por el marco de referencia normativa, sino por la idea de equidad. Lo que tenemos que hacer, es llegar al punto real, donde la respuesta estatal representa el nivel proporcional equivalente al daño ocasionado al tipo de delito cometido.

El estrépito social, la exigencia indicativa, que es muy característica de nuestra población, sobre todo porque para el hombre común, para el cual no hay otra pena que la cárcel, es decir, si una persona no está en la cárcel no es sancionada, entonces, compatibilizar esa expectativa a veces es difícil; en términos más complejos o criminológicos, hablamos de una socialización con la víctima; la inseguridad me lleva a exigir mayores niveles de respuesta estatal, el juez tiene que preservar esa posición de equidad, esa es su función, ese es su rol.

Las vicisitudes y las circunstancias particulares de los casos nos colocan en esa disyuntiva; por un lado, afirmar la prevención general negativa, que entendemos debe proyectar la sanción; y por otro lado, el hecho de ser justos en el sentido de equilibrio con el principio de proporcionalidad.

En la praxis debemos aplicar penas efectivas, aunque sean cortas, esa es mi propuesta. Por ejemplo, que ha pasado con los delitos tributarios o los delitos aduaneros, por qué no están en el Código Penal; ya no están en el Código Penal porque los operadores a todo delito aduanero y a todo delito tributario le aplicaban la suspensión de la ejecución de la pena, a razón que tenían como pena mayor cuatro años, entonces eso generó un rechazo de los sectores interesados, y la búsqueda obviamente en que este delito sea reprimido y que cree una expectativa de represión directa. Lo que hizo el legislador fue sacar la defraudación tributaria, sacar el contrabando y elevarle un mínimo de cinco años; de esa manera los

jueces ya no pueden aplicar la suspensión de la ejecución de la pena. Entonces, el ser muy pródigo o el no manejar debidamente las medidas alternativas es lo que nos gesta una reacción social adversa.

### **Magistrado asistente**

En relación al tema que mencionaba Doctor, mi apreciación es que esto nace en la declaración que hace la Constitución Política cuando señala que “no hay prisión por deudas”. Esta norma se interpreta en estrecha vinculación a los delitos de defraudación pública, que en algunas zonas del Perú son de mayor incidencia que en otras; por ejemplo, hablando del oriente en donde el delito de peculado y de corrupción encabezan la lista de delitos de mayor incidencia; casi todas las autoridades –si se sigue una estadística penal– entre alcaldes y funcionarios públicos se ven involucrados en esta clase de delitos, pero el hecho es que cuando se dicta la sentencia casi el 99% son penas suspendidas.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Ese es justamente el propósito de nuestro Seminario Taller, evaluar si ese proceder es una buena práctica; porque en definitiva, por qué ocurre eso, porque nosotros lo estamos gestando, porque es una decisión judicial, hay que analizar si ese proceder es el correcto, si es el que compatibiliza con la expectativa social, con el rol que tenemos, y con el significado; si se quiere, en términos funcionalistas, me parece, usted se orienta por ahí, es decir, en fortalecer la conciencia ciudadana y el valor de la norma.

### **Magistrado asistente**

Sí, pero en definitiva Doctor, se podría considerar para la determinación de la pena en la sentencia el impacto social.

Por ejemplo, que ha ocurrido en un caso por el asesinato de dos personas que fueron descuartizados; por estos actos delictivos la sociedad está a la expectativa, ya que la población se ha sensibilizado con este hecho. Por eso, cuando se dio la sentencia de treinta y cinco años, la población quedó satisfecha; y hago mención a que en la sentencia se incluyó que este hecho causó un impacto enorme en la población.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Yo me preocuparía más en lo que es referente al argumento para poner los treinta y cinco años, eso sí me preocuparía.

## **Magistrado asistente**

Estamos hablando Doctor del punto específico de la prevención penal nada más.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Considero que los treinta y cinco años no se justifican desde esa perspectiva; pero si los treinta y cinco años están en el *modus operandi*, en relación a la víctima, de como ha sido el asesinato, pudo haber crueldad, gran crueldad, si es así, entonces la pena puede llegar a esos extremos.



## **Conversión de Penas**

**Víctor Roberto Prado Saldarriaga**  
**Sala Penal Permanente de la Corte Suprema**



Buenas tardes, señores magistrados, señores invitados.

En el marco de la conversión de penas, debemos decir, que es el juez quien decide evitar el cumplimiento de una pena privativa de libertad, de corta o mediana duración o evitar su aplicación, y eso lo hace en función de diferentes factores que están ligados con el nivel de información del delito, del delincuente y del hecho cometido. Hoy en día, esta medida encuentra aceptación en el contexto internacional, como una guía para el tratamiento directo de delincuentes jóvenes –recordemos que en nuestro país hay un importante número de pandillas juveniles–, o también delitos de escasa o mediana gravedad, en el caso de nuestro país el marco regulador lo encontramos entre los artículos 52º a 54º del Código Penal.

### ***¿Cómo se define la conversión de penas en el código vigente?***

El código vigente establece la conversión como medida de reemplazo, en función de intercambiar la pena privativa de libertad por una pena de multa o por una pena de prestación de servicios a la comunidad, o por una pena de limitación de días libres; es decir, hay tres opciones para intercambiar, vía la conversión, la pena privativa de libertad impuesta en una sentencia condenatoria con carácter efectivo.

Los ***requisitos esenciales*** para que esta conversión sea procedente y pueda decidirla el juez son dos.

En primer término, se toma en cuenta el ***“tipo de pena concreta impuesta”***, vale decir, que en ningún caso debe ser superior a cuatro años de pena privativa de libertad. La ley establece específicamente que para la conversión por multa, el término máximo para la pena privativa de libertad no debe superar los dos años.

En segundo término, hay un requisito de carácter negativo que expresa concretamente ***“que en el caso sub judice, no haya sido posible –para el órgano jurisdiccional– aplicar la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio”***; en ese entendido, lo primero que debe buscar aplicar el juez es la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio; si ninguna de las dos opciones calza en la posibilidad del caso concreto, entonces, la pena no va a ser superior, siendo efectiva a cuatro años de reclusión, pues puede optar por la conversión de penas, lo que convierte a esta medida –como decíamos anteriormente– en una medida de carácter subsidiaria.

El Código Penal establece que la ***conversión*** es una ecuación bastante específica, la conversión implica transformar la pena privativa de libertad en pena pecuniaria o en pena de multa; entonces, la ecuación de conversión será uno por uno, es decir, un día de pena privativa de

libertad se transforma en día-multa, un día-multa que se entiende debemos operativizar hasta convertirlo en una cantidad de dinero.

La Ley establece que si se va a intercambiar pena privativa de libertad por pena limitativa de derechos, la ecuación de conversión en estos casos es de siete días de pena privativa de libertad se transforma en una jornada semanal de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libre. Queda claro entonces que las penas convertidas son las penas que en definitiva deberá cumplir el condenado, y la pena original –pena privativa de libertad– cede el paso a esa pena no privativa de libertad.

Sin embargo, dentro del marco normativo también tenemos reglas que llevan a la **revocación de la pena convertida**. Al respecto, el Código establece en primer término, que la revocación es consecuencia del incumplimiento injustificado de la pena convertida, es decir, la imposición de una sanción; para ello el operador hace un requerimiento al condenado que incumple la pena convertida, y si el condenado denota una persistencia en el cumplimiento, entonces revoca la conversión y se retorna la pena original.

No obstante, hay otra vía que llamamos de la **revocación directa**, que a diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, toma en cuenta para su operatividad la pena conminada del delito cometido durante el periodo en el cual se está ejecutando la pena convertida; es decir, si durante el periodo de cumplimiento de la pena convertida el condenado comete un nuevo delito doloso, cuya pena conminada es superior a tres años, debe producirse la revocación de la conversión, es decir, cuando hablamos de pena conminada nos referimos a la pena legal, no la pena impuesta en sentencia condenatoria, exigencia que sí se plantea en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del recondenatorio.

### ***¿Qué implica la revocatoria de la conversión?***

Implica una **reconversión**, y al revocar la pena convertida retornamos a la pena original –pena privativa de libertad– que es la que ahora tendrá que cumplir el condenado. La reconversión está sujeta a lo que los autores denominan “*cláusula del retorno o regla del regreso*”, esta cláusula supone que el operador judicial al disponer la reconversión, deberá en primer término descontar la pena convertida acumulada hasta antes de la revocación; es decir, cuál fue el nivel de cumplimiento de la penalidad impuesta que alcanzó el condenado a través de la pena convertida antes de la revocación; ello se entiende principalmente en el caso de la comisión del nuevo delito, ya que si incumplió con la pena convertida, poco operativo sería el descuento que se aplique. Este

descuento tiene un *criterio de equivalencia*, el cual señala que para retornar a la pena privativa de libertad: un día de multa pagado implica descontar un día de pena privativa de libertad; una jornada de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres cumplida permite descontar siete días de pena privativa de libertad; esto que ahora no parece coherente y equitativo, no fue así durante mucho tiempo de vigencia del Código Penal, ya que durante muchos años el supuesto de uno por uno, nos daba cifras astronómicas en torno a la aplicación. Sin embargo, eso ya ha sido superado y con esta proporción de siete por uno, las matemáticas cuadran perfectamente.

En este contexto, ***qué es lo que nosotros podemos extraer de la experiencia acumulada en la aplicación de la conversión de penas, qué es lo que nosotros podemos proponer como mecanismos para mejorar las soluciones de conversión de penas, desde la legislación o desde la práctica judicial.***

Hay varios problemas que la práctica nos ha mostrando y la ley otros tantos en torno a la conversión. Por ejemplo, en el Código Penal no hay una regla que nos diga cuál es el criterio u opción primaria que hay que optar cuando se trata de convertir la pena privativa de libertad en una pena no privativa de libertad.

Pensemos, si lo que queremos es convertir la pena privativa de libertad en una pena limitativa de derechos o en una pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; *qué es lo que desde la ley nos debe orientar a esa elección, vale decir, en qué casos es preferible la prestación de servicios a la comunidad y en qué otros debemos promover la limitación de días libres.*

Analíticamente y en la información empírica que se tiene, la limitación de días libre es una pena que todavía no se aplica en la dimensión que se debería de usar; se aplica prestación de servicios a la comunidad pero la limitación de días libres tiene un déficit marcadísimo, por no decir que no lo hay; pero lo cierto es que, por ejemplo, los jueces de paz, solamente pueden aplicar como sanción a las faltas, la prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres o multa en algunos casos, principalmente, prestación de servicios a la comunidad y limitación, de días libres; no obstante, el Código no le dice cuándo aplicar una o cuándo aplicar la otra y, generalmente estas penas se presentan como alternativas, la norma no establece cuál de las dos debe ser preferente.

El problema se presenta también, cuando evaluamos las propias opciones del artículo 52° del Código Penal, cuando dice que la conversión de la pena privativa de la libertad se proyecta hacia la multa, hacia la prestación de servicios a la comunidad o hacia la limitación de días

libres. Luego el legislador ha establecido que en principio, la pena de multa sólo puede remplazar a la pena privativa de libertad de hasta dos años, pero no señala si es que la prestación de servicios a la comunidad o la limitación de días libres también pueden remplazar esas penas privativas de libertad no mayores a dos años; esto es, si es que en el caso concreto que a una persona se le impone dos años de pena privativa de libertad, y el juez decide remplazar esa pena privativa de libertad, la pregunta es, ¿elige la multa, la prestación de servicios a la comunidad o la limitación de días libres?, ¿cuál de las tres tiene prioridad? El Código tampoco dice nada al respecto, lo cual no quiere decir que la doctrina y posteriormente desarrollos de interpretación judicial hayan optado por una u otra, pero esa es una primera falencia, falta de criterios en torno a identificar la prevalencia de las penas convertibles.

Otro aspecto que también es interesante en la praxis, es que hemos observado que muchos operadores, utilizan la conversión como una especie de beneficio penitenciario; me explico, la conversión es una medida alternativa a la pena privativa de libertad, su función es evitar que una persona ingrese a prisión, su función no es sacarla de la prisión.

Lo que nosotros hemos podido visualizar es que en muchos casos, la conversión se aplica con posterioridad a la sentencia condenatoria; en primer lugar se condena a pena privativa de libertad efectiva a una persona, seguidamente se la encarcela y bajo distintos presupuestos o requisitos —no necesariamente normados— el operador decide luego excarcelarlo convirtiendo la pena; entonces ahí hay un problema de identificación de la oportunidad de la conversión.

Otra ausencia legal importante, es el tema de la falta de requisitos valorativos por parte del juzgador, de hecho los aplicamos, pero la ley nos los exige; la Ley no solamente exige que para la conversión, el marco de la pena concreta de la pena privativa de libertad no exceda los cuatro años; sino que en el caso concreto no se pueda aplicar suspensión de la ejecución de la pena o reserva de fallo condenatorio. Alguien diría, si el pronóstico favorable, está enlazado con la suspensión de la ejecución de la pena y con la reserva de fallo condenatorio, entonces, en la conversión esa exigencia no debe darse, porque justamente para que no se pueda aplicar la suspensión de la ejecución de la pena, o la reserva de fallo condenatorio, hay que presumir, que no hay pronóstico favorable de conducta futura; es decir, la conversión de penas estaría más ligada con aquellas personas que no permiten un pronóstico favorable de conducta futura con posterioridad a su condena.

Como ya había adelantado, nos encontramos con un supuesto raro en torno a la revocación por comisión de nuevo delito doloso durante el periodo de cumplimiento de la pena convertida. La regla en el Código ha

sido que toda medida alternativa, que se aplica, suscita una revocación por la comisión de un nuevo delito doloso, pero la ley exige que ese nuevo delito doloso haya alcanzado el nivel de certeza judicial, y no de mera imputación.

El Código Penal usa la siguiente fórmula: *“cuando el condenado cometa delito dentro del plazo de ejecución de la pena convertida –según el artículo 52º – un delito doloso sancionado en la ley con pena privativa de libertad no menor de tres años”*, esto se trata de la pena conminada *strictu sensu*; si esto es así, nos preguntamos lo siguiente: ¿es coherente revocar la conversión a una persona a la cual se le imputa haber cometido un delito, en función de que ese delito tiene un marco de conminación penal superior a tres años, pero de cuya imputación concreta subjetiva a la persona todavía no tenemos evidencia desarrollada y menos juicio de culpabilidad?, lo cierto es que esa duda crea la fórmula legal.

Ya en un plano más operativo, todavía no se ha alcanzado un nivel de coordinación, entre la autoridad penitenciaria, la autoridad judicial referente a este supuesto de las penas convertidas –particularmente aquellas como la prestación de servicios a la comunidad– y; sin embargo, cómo es que supervisamos el cumplimiento real de la pena convertida a efectos de poder utilizar las reglas de revocación por incumplimiento; cómo viabilizamos esa revocación en función del nuevo delito doloso; pero lo primero que se presenta es un nivel de deficiencia en el manejo de la coordinación, algo similar ocurre con las famosas unidades receptoras y los canales de control que sobre ellas se establecen y su correspondiente comunicación o reporte a la autoridad judicial.

El problema es mayor en el caso de la limitación de días libres, al menos la suspensión de la ejecución de la pena se aplica, pero la limitación de días libres no, ello porque no hay unidades receptoras para la aplicación de la limitación de días libres, recuerden que la limitación de días libres es una sanción, es una pena limitativa de derechos muy curiosa, ya que no es un arresto de fin de semana, como ocurre en otros sistemas jurídicos.

Por ejemplo, ese arresto de fin de semana que tienen los españoles y que viene a ser definido como una pena privativa de libertad de cumplimiento discontinuo; sino que la limitación de días libres habla de una pena donde el condenado debe permanecer los fines de semana en un centro que no es un centro carcelario y donde recibirá influencia positiva, terapias educacionales, éticas, etcétera, pero que no es la cárcel o algo parecido. La implementación de ese espacio, es todavía una tarea pendiente en el contexto nacional, de manera que la única pena

convertible que si puede tener una viabilidad en nuestro entorno, sería en principio, la multa o la prestación de servicios a la comunidad.

***¿Qué cosa podemos hacer entorno a esta problemática, a fin de superar sus carencias, sus limitaciones, vía la Ley o vía la praxis judicial?***

Nosotros tenemos aquí algunas ideas que pueden servir quizás como orientación para el debate o para optimizar resultados.

Hemos sostenido desde hace un tiempo, y también esto se formalizó en un pleno jurisdiccional, que ante esa disyuntiva de pena de multa o penas limitativas de derechos en la conversión, el operador debería de hacer una distinción, consistente en que toda pena privativa de libertad efectiva no superior a dos años debe tener como primera opción de conversión o única opción de conversión, *la multa*; por ende, si la pena impuesta es mayor a dos años hasta cuatro años, la conversión necesariamente debe ser *prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres*. En relación a estas dos últimas, la elección, queda a criterio del órgano jurisdiccional y estará en función de las necesidades particulares del caso, del tipo de delito, de la condición del autor, para elegir si lo más conveniente es la prestación de servicios a la comunidad o la limitación de días libres; por ejemplo, pareciera ser más coherente la limitación de días libres con delincuentes jóvenes.

Consideramos que el señalamiento del requisito de pronóstico favorable de conducta futura, debe ser viabilizado desde la Ley, quizás no para la conversión, pero sí para la otra medida de reemplazo que tiene el Código Penal, como la *sustitución de penas*, que es una medida que se ha quedado sin aplicar, fundamentalmente por problemas legales.

Si bien es cierto, *la conversión y sustitución son medidas de reemplazo*, se incorporaron las dos por un error del legislador, y considerando que la sustitución provenía de la legislación brasileña, donde hay sustitución pero no hay conversión; y la conversión venía del Código Penal Tipo para Latinoamérica, donde hay conversión y no hay sustitución; pues, esos fueron los contextos que le sirvieron de fuente al legislador, en donde no había esa dualidad; no obstante, el legislador peruano incorporó las dos, cuando en realidad debió incorporar una sola, pero el hecho que existan estas dos medidas, no debe necesariamente generarnos una necesidad de excluir una frente a la otra. Considero que las dos podemos aplicarlas a futuro, hoy por hoy, por qué no podemos usar la sustitución, que no tiene regla de retorno, o sea, no tiene normas de revocación ante el incumplimiento de la pena sustitutoria; alguien podría decir (o alguien lo ha hecho judicialmente) le aplicamos las reglas de la conversión, bueno, pero, eso es una analogía que no creo que calce muy bien con el principio de legalidad; entonces debemos colocarle también una disposición que plantee la *revocatoria por incumplimiento de la pena sustituta*.

Pero, señalar además, que para que opere la sustitución sería necesario, el marco cuantitativo, de ser una pena privativa de la libertad impuesta, con carácter efectivo, no superior a cuatro años, y contar con un pronóstico favorable, *¿qué significaría esto?, ¿qué haría a esta sustitución, una medida alterna a la suspensión de la ejecución de la pena, y no anular a la conversión, que sería justamente la medida que tendríamos que aplicar cuando no sea posible?*, en este caso, la sustitución, por falta de pronóstico favorable de conducta futura o suspensión de la ejecución de la pena, por la misma razón. Lo cierto, es que tenemos una medida alternativa similar a la conversión que no estamos utilizando, por ende, incido en que debemos de pensar en este requisito del pronóstico favorable de conducta futura para viabilizar la sustitución.

Esto de la revocación, en virtud a la pena conminada debe cambiar jurisprudencialmente, tenemos que pensar que de presentarse el caso, revocar la conversión de pena con la pena convertida en función de la imputación de la comisión de un nuevo delito, no es suficiente, aquí tenemos que llegar al mismo supuesto, es decir, que se concrete en una nueva sentencia condenatoria, la comisión de ese delito como una verdad legal, y mejorar la coordinación entre la autoridad jurisdiccional, la unidad receptora y el Instituto Nacional Penitenciario, que son los directamente involucrados en que estas penas se cumplan.

Lo que ocurría en determinadas provincias del país es que estas penas existían pero no se cumplían, se aplicaban y no se ejecutaban; entonces, la situación era similar en efecto social al producido por la suspensión de la ejecución de la pena. También debemos tener cuidado en la ejecución de la pena; recuerdo que cuando el Instituto Nacional Penitenciario recién ingresaba a la ejecución de la pena privativa de libertad desarrolló una práctica, que luego fue suprimida porque no era muy conveniente, y era que, a los condenados a la suspensión de la ejecución de prestación de servicios a la comunidad se les llevaba a un espacio concreto, se colocaba una gran banderola que decía penas limitativas de derechos, la persona salía con un polo caricaturesco identificándola como condenada, es decir, se le estigmatizaba al condenado a este tipo de pena; a la vez generaba mayor preocupación en la población, la cual expresaba “ahí están los delincuentes cumpliendo su pena”. Eso felizmente fue superado aunque en los momentos iniciales nadie sabía como organizar eso.

La conversión de penas es muy importante, son dos las tareas que entendemos debemos proyectar; por un lado hay que determinar pena privativa de libertad debidamente; en segundo lugar hay que privilegiar en lo posible la aplicación de penas privativas de la libertad efectivas, pero convertibles; y en tercer lugar, hay que convertir esas penas en

prestación de servicios a la comunidad, aplicarles un marco de control adecuado, merced a una coordinación más efectiva entre el sistema de imposición y el sistema de ejecución. Creo que la posibilidad de mejorar en la expectativa social por la sanción de determinados delitos –no todos obviamente– va a ser más visible, va a ser recepcionada con mayor interés por la ciudadanía, va a resultar favorable para el cambio que queremos proponer.

Mi propuesta es que deberíamos buscar la aplicación de penas privativas de libertad de corta o mediana duración efectivas convertibles, y mostrar a la sociedad que el condenado puede restituir a través de su esfuerzo y trabajo el daño que generó, y que muestra con ello voluntad de enmienda e inserción más directa a su entorno.

Considero que nosotros podemos ensayar esta experiencia, con estos supuestos, en primer lugar, con los delitos que se han cometido por menores de veintiún años de edad, curiosamente, es un volumen importante de la masa carcelaria y de la personas sometidas a procesos penales; en segundo lugar, el espacio de los delitos leves contra el patrimonio que es justamente el espacio donde se utiliza con mayor incidencia la suspensión de la ejecución de la pena, entonces hay que evitar la suspensión de la ejecución de la pena, hay que declarar que no hay pronóstico favorable, que no es conveniente para la prevención general y que es importante que el propio condenado desarrolle una auto motivación hacia el resarcimiento de su delito a la sociedad.

Fíjense que en los delitos de hurto simple, las famosas raterías, el escapero, estafas, apropiaciones ilícitas, daños, receptación, podemos utilizar la multa si es que la pena no supera los dos años; en los delitos de falsedad documental, también puede ser uno de los espacios donde ensayemos esta posibilidad de aplicar penas efectivas y de convertirlas en prestación de servicios a la comunidad; en los delitos contra la administración pública de escasa gravedad, y en los delitos aduaneros y tributarios de menor lesividad. El espacio siempre recomendado de los delitos culposos: contra la salud, contra la vida y que nos relacionan con aquella noticia que le hemos alcanzado.

En la teoría criminológica existe el criterio del efecto show, esto es, que el delincuente “socializado” desarrolla una presencia e imagen positiva en el entorno, el ingresarlo a prisión, aunque sea por un espacio breve tiene un efecto importante de cara a la prevención general y también a la prevención especial. A nosotros nos interesa más que desde su posición como sujeto de un delito, su posición en la sociedad como castigo, es decir, esa opción de prestación de servicios a la comunidad.

Una propuesta es desarrollar vías alternas en búsqueda de superar ese efecto negativo que la acción pródiga de la suspensión de la ejecución de la pena ha generado, obviamente, no se trata de establecer penas efectivas y convertirlas en pena de prestación de servicios a la comunidad, sino tenemos el otro lado, esto es, la ejecución de esas penas, y ese es un factor de coyuntura, que hace que estas penas no alcancen las dimensiones que deberían tener, aunque no en todos los distritos judiciales, departamentos de la república o las regiones se ha alcanzado a estatuir debidamente este sistema de recepción, de cumplimiento y de supervisión de las penas limitativas de derechos.

Entonces, la conversión de pena es una opción que debemos proyectar hacia el futuro como nuestra forma de tratar las penas privativas de libertad de corta duración y también como una forma de hacer social la función de las sentencias condenatorias en la colectividad.



**Rueda de Preguntas**



### **Magistrado asistente**

En el caso del proceso sumario, que sube con el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado, considerando que la pena ha sido muy elevada y que el colegiado considere que va ser una pena menor, mi pregunta es ¿puede ello determinar una pena de dos años, dos años y meses o tres años?, en ese caso es posible también convertir la pena que ha sido suspendida en prestación de servicios a la comunidad.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Me hace referencia usted a una sentencia del órgano de fallo; mi interrogante es, si es que impone pena privativa de libertad efectiva o suspendida.

### **Magistrado asistente**

Impone pena privativa de libertad, pero suspendida.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

El órgano de revisión puede decidir la efectividad de la pena y transformarla vía conversión. Recuerden que el único factor que hay que superar formalmente y que debe graficarse en la decisión es que no es posible la aplicación de la suspensión; las razones no están expuestas en la ley, por ende, el juez la puede desarrollar, pero lo que tiene que plantear el órgano de revisión para esa conversión, es que la suspensión no es aplicable en ese caso, sino la conversión sin embargo, formalmente puedo hacerlo.

### **Magistrado asistente**

En el caso del primer punto abarcaría también a los mayores de sesenta y cinco años.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Sí, yo diría que sí, aunque no lo hemos considerado, pero quizás hasta menos. Antes de contestar su pregunta, permítame plantear una inquietud. El problema que se da con las medidas alternativas es que los límites de su aplicación son diversos, o sea no son todos iguales, por ejemplo: la suspensión de la ejecución de la pena tiene como límite cuatro años; la reserva de fallo, tres años; la exención de pena, dos años, la sustitución de pena, cuatro años; es decir, no hay un marco homogéneo, de manera que hay medidas que por su extensión delegan o impiden la operatividad de la otra; entonces, esto es importante visualizar, si ha

futuro la conversión de penas tiene que tener conjuntamente con las otras medidas el mismo estándar de posibilidad, es decir, ser una medida más, y no esta opción derivada, subsidiaria que hoy tiene; y nos preguntamos: *podemos llegar a elevar el marco de referencia*. En otros países, la conversión ha alcanzado penas hasta de ocho años, entonces la pregunta es: *eso es posible en el marco nacional*.

### **Magistrado asistente**

Solamente para precisar, que no está en función de la conversión de la pena, la pena conminada, sino la pena concreta. En el caso, está excluida, que no puede ser sujeto de conversión de pena los delitos agravados que pueden ser susceptibles de una pena menor, por ejemplo tres años por un hurto agravado.

Si consideramos que hay menores de veintiún años que cometen hurto agravado, donde hay agravantes y atenuantes, entonces me pregunto ¿la pena va a ser una pena intermedia?; pero en el caso que la pena intermedia sea una pena de tres años, no es debajo del mínimo, ni mayor al mínimo, entonces la interrogante es si la pena concreta podría ser susceptible de una conversión de pena.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Vuelvo a repetir, son dos cosas diferentes. Tarea primaria, determinar la pena; una vez que determinamos la pena, señalamos que esta pena asciende a cuatro años. Si no supera los cuatro años y estimamos que esa pena debe ser una pena efectiva, recién pensamos en la conversión, porque el estándar es ese, el de identificar como primer paso la entidad cuantitativa de la pena y posteriormente identificar su posibilidad sustitutoria.

### **Magistrado asistente**

Entonces sí es posible.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Es posible, si es que el estándar no es superado, salvo que haya prohibición expresa; recuerden ustedes que formas de sobrecriminalización son frecuentes en nuestra legislación, donde el legislador señala: *en este delito no procede la suspensión de la ejecución de la pena, no procede el indulto, etcétera*; es una práctica bastante recurrente en nuestro país, pero si eso está prohibido entonces no se puede, aun cuando la pena sea un año.

## Magistrado asistente

Estamos hablando normalmente de sentenciados por primera vez, pero que pasa en el caso de los reincidentes, me explico, hay muchos procesos en los que son sentenciados por omisión de asistencia familiar y se les impone reglas de conducta, de pagos de pensiones devengadas elevadas, incluso hay casos en que no solamente tiene uno sino dos o tres procesos, es decir, casi simultáneo, uno sobre otro, mi pregunta es ¿cómo podría resolverse en estos casos, en que viene una segunda, tercera sentencia?

## Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Recuerden que hoy en día hay dos agravantes nuevos, el *agravante de la reincidencia* y el *de la habitualidad*, pero paralelamente también tenemos las reglas del concurso real de delitos, entonces hay varias incógnitas dentro de estos artículos 46°-B y 46°-C.

Por ejemplo, cuando se habla de la reincidencia, una cosa que no nos dice el legislador es dentro de cuanto tiempo se debe cometer ese nuevo delito; y lo que no nos dice la habitualidad, es si esos tres delitos que comete el sujeto deben haber sido condenados en los tres.

Tampoco nos queda claro si la habitualidad se adquiere por la comisión de un nuevo delito que es el tercero de esos que exige la ley o viene a ser el cuarto; y la pregunta es, *si en cinco años podemos alcanzar condenas por tres delitos*. Es un marco bastante deletéreo, que se complica mucho más, porque hoy en día el concurso real de delitos se guía por el principio de acumulación, entonces hay que hacer determinación judicial de la pena concreta para cada delito y sumarla; en la medida que no superemos el doble del máximo del delito más grave o no superemos los treinta y cinco años, esa va a ser la pena que va a cumplir la persona; por tanto, hay varias disposiciones en torno a la reincidencia que resultan implicantes.

Pero la pregunta que usted me señalaba era, qué hacemos nosotros si hay una persona multireincidente y si le podemos convertir la pena. Sí le podemos convertir la pena, porque precisamente en ese caso no podemos aplicar suspensión de la ejecución de la pena, no obstante esa multireincidencia tendrá que estar relacionada con que tipo de delito. Hay que recordar que las reglas de conducta tienen que ser reglas que el condenado pueda cumplir, y que los delitos de omisión en línea general, tienen como presupuesto típico, que el agente pueda realizar la conducta que se le exige, entonces, es importante tener eso en cuenta sobre todo

para estos delitos de omisión de asistencia familiar que tienen varios manejos en la lógica, y hay una tendencia actualmente a que sean objeto de sanciones efectivas.

**Ejecución y Supervisión de las  
Penas Limitativas de Derechos**

**Lily Norca Vásquez Dávila  
Instituto Nacional Penitenciario - INPE**



Buenas tardes;

Señor Doctor Walter Cotrina Miñano, integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

Señor Doctor Roberto Palacios Márquez, Presidente de la Corte Superior de Justicia de Piura;

Señores Magistrados Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Aldo Martín Figueroa Navarro, Ricardo Alberto Brousset Salas, expositores de este evento;

Señores magistrados;

Señores colegas del Instituto Nacional Penitenciario.

Es grato para mí estar presente hoy con todos ustedes. Quien les habla es psicóloga, no abogada como muchos de los presentes, lo cual implica que no voy a utilizar terminología legal y trataré de ser explícita en cuanto a mi campo.

La temática que se nos propuso fue la administración, supervisión y control de la ejecución de las penas de prestaciones de servicios a la comunidad y limitación de días libres.

El INPE tiene como base la administración, el tratamiento y la seguridad de los penales. La Oficina General de Tratamiento del INPE, es la encargada de velar porque se cumplan las normas según las directivas. Actualmente estamos trabajando con la Directiva 004-2007-INPE de marzo de 2007. Esta directiva indica que la entidad encargada de administrar, supervisar y controlar que se cumpla la ejecución las penas de prestación de servicios a la comunidad son los establecimientos de ejecución de penas limitativas de derechos.

Nosotros nos encargamos que esto se ejecute y velamos porque la norma se cumpla. Cabe mencionar, que la actual gestión del INPE, Presidente General Gustavo Carrión Zavala, ha presentado ante la Presidencia del Consejo de Ministros un ROF. Hemos elevado también una propuesta para que la Dirección General de Medios Libres se independice, ya que como nosotros estamos sujetos a la Dirección General de Tratamiento, que trabaja todo lo que viene a ser el tratamiento de los equipos multidisciplinarios en los penales, lo que pretendemos es independizarlo a fin de que la ejecución de las penas limitativas de derechos se fortalezcan. Actualmente dicha documentación se encuentra en el

despacho de la Presidencia del Consejo de Ministros para que se resuelva.

Tenemos como base legal la Constitución Política del Perú, el Código Penal, el Código de Ejecución Penal, Resoluciones Ministeriales, Reglamentos de Manuales y Funciones del Instituto Nacional Penitenciario, así como el Reglamento del Código de Ejecución Penal y diversas leyes que han sido modificadas.

Nuestro *objetivo principal* consiste en que logremos ejecutar todas las acciones de tratamiento y el cumplimiento de las penas limitativas de derechos como prestación de servicios a la comunidad y días libres, fortaleciendo nuestras supervisiones y lograr el cumplimiento del máximo de sentencias; y la incorporación de conductas asertivas en los sentenciados mediante los programas de tratamiento en el medio libre, asimismo, vamos a establecer las acciones necesarias que permitan uniformizar a nivel nacional la inscripción de unidades receptoras.

Del mismo modo, buscamos unificar criterios para que el informe narrativo de todas las actividades que se desarrollan para el tratamiento de los sentenciados a nivel nacional sea el mismo; es decir, que no haya discrepancia en cuanto a sedes regionales. Igualmente establecemos acciones para permitir sistematizar la correcta apertura, organización y seguimiento del tratamiento que seguimos con los sentenciados en las diversas sedes a nivel nacional.

Para que esto se pueda ejecutar, velamos porque la norma se cumpla en todas las entidades con las cuales trabajamos a nivel nacional. Las disposiciones por las cuales vemos son las siguientes: *Poder Judicial* (el juzgado) nos remite la sentencia certificada que indica la dirección que consigna el sentenciado, a fin de que este sea notificado por el inspector dentro del término de la distancia. Luego, cuando se apersone, aperturamos su legajo y procedemos a entrevistarlo con un equipo multidisciplinario y ubicarlo en la entidad receptora que corresponda.

El *equipo multidisciplinario* del INPE está conformado por un abogado, una asistente social y un psicólogo. Estos profesionales establecerán el perfil adecuado del sentenciado, para que pueda ser ubicado en una entidad receptora y se pueda captar el potencial de esta persona. Posteriormente, se firma un acta de compromiso con el sentenciado, para que cumpla la jornada que se le ha impuesto en la sentencia emitida por el juez. Luego se remite un oficio a la entidad receptora indicándole el inicio de la jornada, la fecha, el día, horas y la culminación de la jornada.

De la misma manera se presenta un oficio al juez de la causa notificándole del inicio de la jornada. Además, esta entidad receptora va asignar funciones al sentenciado y va nombrar un responsable interno para que se encargue de velar y supervisar su asistencia. Asimismo el INPE designará a un inspector, para que verifique *in situ* el cumplimiento de la misma, debiendo para tal caso firmarse un acta con la huella digital, a fin que sea debidamente verificado al final de la sentencia.

Tenemos un estadístico a mayo del 2007, en el cual hacemos mención a la población total a nivel nacional. Como se puede ver en el cuadro estadístico no tenemos ningún sentenciado a limitación de días libres a nivel nacional, solamente tenemos como *población nueva por prestación de servicios a la comunidad* ciento cincuenta y ocho sentenciados.

La población que actualmente está *ejecutando la sentencia* es de mil cuatrocientos veinte por *pena cumplida*, y que ya hemos remitido a los juzgados respectivos; doscientos cincuenta y siete sentenciados; la *población que abandonó* por diversos motivos, doscientos ochenta y siete; y la *población que por resistencia a la notificación* se le ha tenido que reiterar y han cambiado de domicilio, son ciento ochenta y cinco sentenciados.

Tenemos un total de dos mil quinientos treinta y nueve sentenciados en la actualidad a mayo del 2007 en los establecimientos de ejecución de penas limitativas de derechos.

Las **entidades receptoras** que tenemos como registradas debidamente a nivel nacional se encuentran divididas por direcciones regionales. Entre las diversas entidades receptoras que tenemos están: centros educativos, parroquias, municipalidades, hospitales o centros de salud, comisarías y otras instituciones.

En la Dirección Regional Norte de Chiclayo tenemos un total de trescientos sesenta y ocho unidades receptoras. En la Dirección Regional Lima tenemos doscientos noventa y nueve unidades receptoras. En la Dirección Regional Sur de Arequipa sesenta y tres entidades receptoras. En la Dirección Regional Centro de Huancayo veinte seis unidades receptoras. En la Dirección Regional Oriente de Pucallpa contamos con ciento treinta y siete. En la Dirección Regional Oriente de Cusco sesenta y cinco. En la Dirección Regional Nor Oriente San Martín trece. En la Dirección Regional del Altiplano Puno veintisiete; y un total general de novecientos noventa y ocho entidades receptoras debidamente registradas a nivel nacional (dato estadístico que nos proporciona la Oficina de Tratamiento de la sede central del INPE a mayo del 2007).

También tenemos la ***población por penas limitativas de derechos*** del plan CONASEC que tenemos un Convenio con seguridad ciudadana, vemos que trabajan fusionadamente en las comisarías y algunos Juzgados de Paz Letrados y el personal del Instituto Nacional Penitenciario.

En Ayacucho, Trujillo y el Cusco tenemos cero de población activa. En la Comisaría de Independencia tenemos cuarenta y cinco sentenciados. En la Comisaría de Alfonso Ugarte tenemos cuarenta y un sentenciados. En Zarate - San Juan de Lurigancho veintiséis sentenciados. En la Comisaría de San Juan de Miraflores veinticinco sentenciados. En la Comisaría de La Victoria veintiún sentenciados; tenemos un total general de ciento cincuenta y ocho sentenciados; sin embargo, es menester hacer mención que éste es un plan piloto que se está dando en las penas con las cuales estamos trabajando (limitativas de derechos).

En relación al ***personal del INPE*** tenemos un cuadro a nivel nacional, que trabaja con la Oficina de Tratamiento de Medio Libre y Penas Limitativas de Derechos, el cual ha sido dividido por regiones y por recursos humanos. Nuestra división de recursos humanos es la siguiente: tenemos un ***equipo multidisciplinario*** que está conformado por un abogado, por un asistente y un psicólogo, que son los encargados de evaluar y derivar a la persona a la entidad receptora en la cual va a prestar servicios; tenemos un Subdirector de la sede y ***supervisores*** que se encargan de notificar a los sentenciados y velar porque cumplan las jornadas laborales.

***Asistencia Post Penitenciaria.*** Tenemos la población en libertad que ha egresado del penal por los beneficios de liberación condicional y semilibertad y que se encuentran bajo la supervisión y el cumplimiento de reglas de conducta hasta su pena cumplida, que vienen a firmar mensualmente y siguen un tratamiento psicológico y apoyo con el equipo multidisciplinario.

En la Dirección Regional Norte de Chiclayo tenemos un total de veintinueve servidores para quinientos veintiséis sentenciados por prestación de servicios a la comunidad. En la Dirección Regional Lima tenemos ciento seis servidores para un total de mil doscientos sesenta y uno sentenciados. En la Dirección Regional Sur de Arequipa tenemos once servidores para un total de cuatrocientos setenta y cinco sentenciados. En la Dirección Regional Centro tenemos un total de trece servidores para un total de veintidós sentenciados. En la Dirección Regional Oriente Pucallpa tenemos cuatro servidores y no existe ningún sentenciado. En la Dirección Regional Sur Oriente Cusco tenemos catorce servidores para un total de ciento cuarenta y uno sentenciados. En la

Dirección Regional Nor Oriente San Martín tenemos siete servidores para un total de noventa y seis sentenciados. En la Dirección Regional del Altiplano Puno tenemos seis servidores para un total de dieciocho sentenciados; me refiero únicamente a los sentenciados por prestación de servicios a la comunidad, no a los que han egresado del establecimiento penal por los beneficios de liberación condicional o semilibertad, ya que con esto se ampliaría la cantidad de población a la cual se tiene que atender, y como verán, son muy pocos los servidores del INPE para cubrir esa población. Tenemos un total de ciento noventa servidores para trabajar con doce mil trescientos cuarenta y uno egresados de penales y dos mil quinientos treinta y nueve sentenciados por prestación de servicios a la comunidad.

Ahora vamos a presentar una *estadística* de todas las **unidades operativas** de Medio Libre y Penas Limitativas de Derechos a nivel nacional. En la Dirección Regional Norte Chiclayo, como ustedes pueden ver estamos presentando el nombre de las unidades operativas que funcionan acá; en la Dirección Regional Norte, son los Medios Libres y Penas Limitativas de Derechos, y en algunos se encuentran fusionados por la escasez de infraestructura y de personal, por lo que se duplica las funciones, contamos con dieciocho entidades. En la Dirección Regional Lima, están mayormente fusionadas las oficinas, contando con quince unidades ejecutoras. En la Dirección Regional Sur Arequipa también están fusionadas las oficinas, no hay una oficina única de penas de limitación de derechos, solamente hay diez unidades ejecutoras. En la Dirección Regional Oriente de Pucallpa solamente contamos con cuatro unidades. En la Dirección Regional Sur Oriente del Cusco hay tres unidades. En la Dirección Regional Nor Oriente San Martín, siete unidades ejecutoras. En la Dirección Regional del Altiplano Puno, contamos con cinco unidades ejecutoras; cifras estadísticas actualizadas al año 2007.

La problemática en torno a la ejecución de las penas limitativas de derechos consiste en que a pesar que éstas tienen más de doce años de vigencia para su aplicación observamos que no hay un impacto en la ciudadanía.

Vemos en ciertos casos, que *algunos magistrados prefieren imponer penas privativas de libertad* a imponer sentencias que señalen la prestación de servicios comunitarios, y evitar de esta manera el hacinamiento en los penales, que de por sí ya es un problema social muy grande.

Asimismo, se puede apreciar que la base de *datos de reincidentes no se mantiene actualizada* y la dirección que se nos proporciona para

notificarlos muchas veces no existe o está errada, de igual forma vemos que los *sentenciados que llegan al INPE tienen una o más sentencias en otros* juzgados de Lima, y debido a la consecuente carga procesal de estos, muchas veces cuando llega la sentencia está próxima a prescribir.

Remitiéndonos a las estadísticas, observamos que un 70% son sentenciados por faltas contra la persona y un 30% por omisión a la asistencia familiar; quienes presentan conductas agresivas e intolerantes, asumiendo el papel de víctimas, a fin de evitar que se ejecute la sentencia, y cuando no las cumplen tratan de justificarse presentando descansos médicos de tres y hasta seis meses, evaden con algunos viajes, lo cual hace que se dilate el tiempo de la ejecución de las sentencias; y como quiera que la mayoría de estos casos se trata de personas que cometen faltas, al ser primarios, *la pena prescribe al año*, contribuyendo a esta prescripción el hecho de consignar las direcciones falsas, hechos que constituyen un gran problema para hacer cumplir la pena.

Se da el *cambio permanente de supervisores y de personal*, lo cual altera la continuidad en el seguimiento adecuado a los sentenciados. El que un supervisor pueda familiarizarse con la entidad receptora, que vaya conociendo las direcciones de los notificados y realice las supervisiones, toma tiempo, lamentablemente cuando éstos llegan a tener claro este seguimiento, se da el cambio laboral (el INPE cada año efectúa rotaciones laborales), todo el trabajo que se avanzó en un año regresiona y se tiene que volver a empezar; esto de alguna manera sobrecarga el trabajo que se quiere hacer.

Vemos también que algunas entidades receptoras son muy discriminativas en cuanto a las plazas que proveen para con los sentenciados, a pesar que el INPE tiene convenio con éstas. Hay algunos sentenciados que son profesionales, médicos, abogados, contadores, etcétera, pero las plazas que se nos proveen normalmente son para mantenimiento, para limpieza de servicios públicos, limpieza de baños, mantenimiento de jardines, actividades a las cuales estas personas se sienten reacias de cumplir; por tal razón, nuestra labor es ardua en sensibilizar a las entidades receptoras, a fin de proveer plazas que permitan captar el potencial de estos profesionales. Por ejemplo, un médico podría trabajar en una posta médica haciendo campañas de salud, un profesor haciendo talleres en los colegios los días sábados o viernes.

Referente a los *recursos económicos*, no contamos con un presupuesto para realizar programas de sensibilidad hacia la comunidad, hacia las instituciones de la sociedad civil. El INPE es una institución que tiene

carencias presupuestales. De por sí, la institución tiene carencia de presupuesto para los penales y para la población carcelaria; pero se espera que la gestión actual del Consejo Nacional Penitenciario que propuso el nuevo ROF logre su aprobación ante la Presidencia del Consejo de Ministros y logremos independizar la Dirección General de medios libres, a fin que se asigne una partida para nuestras necesidades y se pueda dar mayor realce y cumplimiento de los programas de tratamiento y de proyección social que queremos realizar, incluso para que podamos sensibilizar a la sociedad, comprometerlos con su conciencia cívica y puedan entender la problemática de la ejecución de estas penas.

También tenemos carencia de personal (servidores), en relación a la cantidad de sentenciados a atender; carencia de personal para llevar el control y resguardo de los expedientes; falta capacitar al personal; promover la identificación institucional a fin de evitar los casos de corrupción. Consideramos que el personal necesita capacitación, proveerles de mística y de ética institucional.

Teníamos muchas carencias de normas de trabajo, actualmente se han corregido con la Directiva 004, que es con la que estamos trabajando, que es una directiva que recién se ha puesto en vigencia desde marzo de 2007.

### ***¿Qué acciones piensa desarrollar la Dirección de Penas Limitativas de Derechos?***

En vista de la problemática y carencias expuestas, éstas son algunas de las acciones que se están tomando en cuenta:

- Se dispuso que todas las oficinas de ejecución de penas limitativas de derechos, informen a la Oficina de Registro Penitenciario de la Sede Central, Dirección Regional del INPE y a Estadística, a efectos que se cruce información sobre el ingreso del sentenciado, ya que se ha visto que hay sentenciados que tienen diversas cargas procesales por faltas en diversos juzgados, por ello, queremos crear un registro para poder detectar estos casos e informar al juzgado correspondiente.
- Sugerimos también al Poder Judicial, que los procesados pasen evaluación médica y pericia psiquiátrica antes de emitir una sentencia, porque se ha visto que muchos sentenciados tienen alteraciones mentales al haber seguido tratamiento en alguna institución mental y requieren el tratamiento psiquiátrico respectivo –y a veces eso no se toma en cuenta al emitir la sentencia–; la solución podría ser que estas personas sigan un

tratamiento médico, internamiento o un tratamiento psiquiátrico supervisado.

- Pediríamos también coordinaciones con la Corte Suprema, para que los jueces opten por las sentencias alternativas a las penas privativas de libertad, a fin de evitar el hacinamiento en los penales, ya que una vez que una persona ingresa a un penal – siendo una persona primaria– en vez que esta mejore o sienta el impacto de la pena, es mucho peor. Vemos jóvenes primarios de veinte y veintiún años que por robar una zapatilla o un celular, al egresar del penal tienen problemas con la droga, con diversos tipos de enfermedades y problemas conductuales.
- Promover actividades académicas y culturales, orientadas a sensibilizar a la sociedad, a fin de crear un impacto en la sociedad, y que trabaje con nosotros de la mano, darle una oportunidad para la resocialización de estas personas.

**Rueda de Preguntas**



### **Magistrado asistente**

Le agradecemos doctora por su exposición.

En relación a los cuadros estadísticos quisiera que nos indique si la directiva por la cual se están implementando es a partir de marzo de este año.

### **Lic. Lily Norka Vásquez Dávila**

Tenemos una nueva directiva, la 004-2007 de marzo de este año, la cual ha emitido la Presidencia en base a la carencia de normas que teníamos como institución. Como señalé hace un momento, la Dirección General de Tratamiento, era la que regula todo lo que es Tratamiento y Medios Libres, pero en vista que los Medios Libres necesitan repotenciar sus capacidades y crecer como tales, se ha creado una directiva que señala los procesos y acciones a realizar por los establecimiento de ejecución de penas limitativas a nivel nacional.

### **Magistrado asistente**

Mi pregunta es, si esto se va implementar o se está implementando recién.

### **Lic. Lily Norka Vásquez Dávila**

Actualmente esto ya se está ejecutando y se ha perfeccionado con esta directiva. No obstante, se ha propuesto a la Presidencia del Consejo de Ministros un ROF, que se espera, sea aprobada; propuesta mediante la cual se crearía la Dirección General de los Medios Libres.

### **Magistrado asistente**

El problema que tenemos nosotros como jueces para la implementación, y el cumplimiento de estas medidas restrictivas o limitativas, es justamente, que no tenemos unidades receptoras. Aunado a ello, se presenta el problema de las coordinaciones con el INPE (distrito judicial de Piura) y con las otras unidades receptoras, que son escasas o no existen. Si esto se va implementar en buena hora, ya que si observamos el cuadro que ha expuesto y específicamente al Distrito Judicial de Piura, se ha consignado una dirección que es el antiguo penal, pero actualmente ahí no funciona ninguna oficina; entonces, si es que va ha implementarse, podríamos ya iniciar las coordinaciones con la Presidencia de esta Corte, con el encargado de la Dirección del INPE y con las unidades receptoras para que ello se implemente, ya que es importante; porque de lo contrario

las sentencias podrían quedar en el papel, al no haber unidades receptoras que se encarguen del cumplimiento de la pena.

### **Magistrado asistente**

Desde el año 1991 se viene ejecutando las penas limitativas de derechos, digo esto porque cuando yo laboraba, que fue hasta el año 2002, tuvimos por lo menos unas cien unidades receptoras; en la actualidad, la doctora está presentando la estadística de la región Norte Chiclayo, que tiene veinte penales; uno de ellos es el Penal de Río Seco, cien deben ser de Piura. Pero, lo que realmente pido a los juzgados de Piura es que apliquen las medidas alternativas, como son las penas limitativas, porque en el INPE si se están ejecutando.

### **Lic. Lily Norka Vásquez Dávila**

Respondiendo a lo que usted mencionó, en el caso que no existiera una entidad del INPE para que cumpla las penas limitativas de derechos por la falta de infraestructura, esto se ha estado dando en los penales, es decir, se ha estado creando oficinas externas, a fin de seguir trabajando con un equipo itinerante y cubrir ese vacío, ya que no puede existir una deficiencia. El INPE se encarga de ver la manera de enviar a su personal con un equipo itinerante y siempre se crean actas y convenios con entidades receptoras, a fin que esto se ejecute.

**Rueda de Debate**



## **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Estimados amigos, colegas, en primer lugar felicitarlos; estamos llegando a la culminación de la primera jornada y hemos avanzado según los objetivos y el programa establecido. En esta parte queremos hacer el trabajo grupal, no sin antes consultarles si tienen alguna inquietud u observación entorno al tema que hemos trabajado en la mañana; quizás el tiempo no nos fue tan propicio por la necesidad de presentar la película entorno a la determinación judicial de la pena; así que si hay alguna intervención que desee plantearse en relación a esto, abrimos una pequeña rueda de debate.

### **Magistrado asistente**

Doctor, me queda una duda, respecto a cuando se convierte una pena, qué sucede con la inhabilitación en caso que esté incluida como una pena principal o accesoria.

## **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

La conversión de penas está circunscrita como la suspensión de la ejecución de la pena, exclusivamente a la pena privativa de libertad, por ende, no es excluyente, porque esa persona al recibir una pena convertida que va a ser prestación de servicios a la comunidad, como es nuestra proyección, al menos en lo que estamos viendo de las distintas exposiciones, no excluye que cumpliendo esa pena, paralelamente pueda cumplir la inhabilitación, o sea, no se perjudica, lo único que se convierte es la pena privativa de libertad, la inhabilitación se mantiene en sus términos de referencia.

### **Magistrado asistente**

En primer lugar quiero felicitar su participación en este evento que es muy interesante en relación a la determinación judicial de la pena. El artículo 45° del Código Penal señala como base para de la determinación de la pena se debe tener en cuenta tres supuestos: las *carencias sociales* que hubiere sufrido el agente; *su cultura y sus costumbres*; el primero de estos dos supuestos se relaciona con el principio de culpabilidad de la sociedad y el segundo está relacionado estrictamente con lo que señala nuestra Constitución al reconocer la pluralidad étnica y cultural de nuestra nación. Pero recogiendo algunas opiniones de la doctrina nacional, se suscribe un tercer supuesto para la determinación al momento de fundamentar la pena, *el juez, dice: debe tener también en cuenta los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella depende*, yo quisiera que nos ilustre al respecto.

## Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Efectivamente el artículo 45° es un artículo que tiene una proyección más ideológica que práctica, es una norma que se proyecta hacia el operador para indicarle tres cosas: **en primer lugar**, hay personas que delinquen en función de que no han podido desarrollar otra forma de vida, durante todo su proceso de socialización, esa es la idea de la coculpabilidad, o sea, que esta persona nació en la cárcel, vivió en la cárcel y quizás morirá en la cárcel o entrará permanentemente a la cárcel; la pregunta es, si esa persona tuvo la posibilidad de salir de la cárcel o de hacerse un espacio fuera de la cárcel; entonces ese es el mensaje. Piense usted que existe ese tipo de personas, que no están con un déficit de socialización porque quisieron ser así, sino porque su entorno le creó ese espacio y lo restringieron a tomar ese rumbo; piense que hay casos como ese, eso es lo que dice la norma.

**En segundo lugar**, recuerde usted no es el centro del país, que hay personas que tienen un *modus vivendi*, que tienen una imagen cultural diferente de la suya, no sobreponga necesariamente la suya o trate de entender esa pluralidad, eso es lo que le dicen también al operador.

Y, **en tercer lugar**, recuerde que no solamente la justicia penal se proyecta en función de la sanción de los delitos, sino también de los requerimientos del que sufre el delito; entonces, el mensaje allí no está ligado exclusivamente con la aplicación de la pena, sino con todas esas posibilidades que el juez debe tomar en cuenta para decidir consecuencias jurídicas del delito. En el caso de la víctima, obviamente hay que tomar en cuenta el objetivo de la víctima, la reparación, y allí proyectar la equidad de la decisión judicial, que no es incompatible, esta norma es rara para nosotros y es rara porque tiene un origen también raro, es una norma que proviene de un proyecto argentino de los años ochenta y que calza más con la legislación argentina que con la nuestra; pero dado que está allí, la doctrina ha querido darle un sesgo de interpretación en esos términos, no hay incompatibilidad.

### Magistrado asistente

Recientemente surgieron cambios en cuanto a lo que es la penalidad de los delitos de la violación de la libertad sexual, incluso se modificó el artículo 173°, referido a incluir el supuesto cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, que pasa, en el caso, en el que es una pareja de enamorados, la joven tiene dieciséis años y el agente reconoce; estaríamos obviamente frente a una confesión sincera; la pregunta es, esa confesión sincera para poder reducir la pena de veinticinco años –no menor de veinticinco ni mayor de treinta– podría dar lugar a una suspensión de pena o a una pena no mayor de cuatro años.

## **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Bueno, recordemos que la suspensión de la ejecución de la pena opera con la pena concreta, o sea, que en línea de determinación, no nos preocupa en principio la pena conminada sino la pena concreta.

Si el operador jurisdiccional en el caso particular, encuentra circunstancias atenuantes que puedan llevarle a fijar una pena en los límites que autoriza la suspensión, no habría ninguna limitación, para que eso pueda darse o para que se dé una conversión, o sea, en principio no hay incompatibilidad y el estándar de la pena conminada no anula los atenuantes. Sí el estándar mínimo es de veinte años y concurren, por ejemplo, tentativa con minoría de edad y confesión sincera, tiene usted tres atenuantes, la pregunta es, *puede eso implicar reducirse hacia ese extremo*, sí hay una justificación, no se trata sencillamente de colocar el dato numérico, sino que el dato numérico tiene que ser razonado. Llego a esa conclusión porque hay tantos atenuantes privilegiados que me colocan siempre por debajo del mínimo; entonces, si hay tres por debajo del mínimo, podría reducir una proporción que quizás me lleve a ese extremo; aparte habrán otras consideraciones, que podrían ser de orden preventivo especial, esto es, la relación existente entre los sujetos.

### **Magistrado asistente**

Doctor, yo creo que a donde apunta la doctora es a no salirse de ese contexto, el problema, es que acá, en este caso específico, hay una exageración, un abuso legislativo, es algo que estamos soslayando. Ante el abuso y la enormidad legislativa está la ponderación judicial, la ponderación del juez, eso es lo que no hay que soslayar, porque en casos específicos como ese, donde se ha desaparecido prácticamente el delito de seducción, se ha sobrepenalizado una situación de este tipo, donde a los dieciséis años -es el único país donde pasa esto creo- una persona puede casarse y sin embargo, no tiene decisión.

Lo que la doctora esta preguntando es si hay una relación de amor, como antes del 26 de abril del 2006 ha existido, en donde primero que no había detención, ahora los jueces estamos dando detención así de plano, ante las situaciones de ese tipo. Pero vayamos al problema de la sentencia, *cómo sentenciamos*, porque en estos casos del quantum de mínimo y máximo no hay ningún tipo de atenuantes; si la persona tiene veintiún años por ejemplo, no hay el atenuante de la minoría de edad, entonces no funciona; si el sujeto activo, no habla incluso ni de violencia, habla de relaciones nada mas, basta que esté entre los catorce a dieciocho años, ese es el tema.

Lo que queremos es salir de aquí con una concepción uniforme en relación al tema, no podemos evadir esa situación, es decir, cuál es nuestro rol como jueces ante situaciones de abuso legislativo.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Importante el aporte del doctor Ponte, yo complementarí un poco la idea. Recuerden que les había señalado cuando hablaba del marco nacional de la determinación, hasta de tres tipos de normas, una decía eran las supranormas, o sea los principios reguladores, y uno de esos principios era el principio de proporcionalidad y, obviamente de línea al principio de proporcionalidad; el problema con la praxis legislativa nuestra, y particularmente con estos delitos que son sensibles a la opinión pública y al contexto social, es que el legislador se sale a esas jerarquías; entonces, encontramos que ese delito por ejemplo, tiene una sanción que es superior o igual en términos a un asesinato; por tanto, la pregunta es si el operador puede razonar de la misma manera. Entender en este caso, que donde no ha habido muerte de una persona, se puede sustentar una pena que es igual o mayor que la que podría aplicársele a un homicidio, esa es quizás la línea de manejo; pero yo le contestaba que si el razonamiento se desarrolla en términos que permitan verificar un procedimiento de determinación sólido, es posible. Pero tengo entendido que actualmente hay un debate parlamentario bastante profundo entorno a este tema, creo que esa norma tiene sus horas contadas y me parece que el Consejo Ejecutivo también ha alcanzado un aporte en ese sentido.

Les alcanzo un detalle, para que tengamos más claro el nivel de trabajo antes de continuar. No solamente está el problema allí donde ustedes lo ubican, sino que hay un artículo, del cual se hace poca mención, que es el artículo 179° - A, que trata de lo que se conoce como la promoción de la prostitución; tiene un nombre técnico, la relación cliente, me parece un nombre un poco raro, curiosamente en este caso, que es casi el mismo al que hablábamos y, es más, allí hay un pago de por medio, tiene una pena menor; este es un ejemplo para que ustedes puedan ver la inconsistencia del legislador, y el juez justamente tiene que poner muchas veces en orden al legislador.

### **Magistrado asistente**

Es verdad doctor, hay proyectos que pareciera que quieren retroceder la figura incorporada de delito sexual. Pero lo cierto es, que está en vigencia, y llegan casos al despacho judicial sobre la ley vigente; lo único que quería decir sobre el delito de libertad sexual de menores, es que se parte de que la pena es el quantum punitivo, es alto, sobre todo de esta última figura, la verdad es un exceso legislativo. Como dice el doctor, el problema no es del legislador sino de nosotros; por ejemplo,

específicamente en estos delitos contra la libertad sexual, y haciendo mención al artículo 15° del Código Penal, que habla del error, no es error, sino que es cuestión de cultura (sierra alto andina o selva), donde ceñirse a la ley, en que el legislador ha dicho que es un error culturalmente condicionado, yo no comparto ese criterio, creo que hay que tener en cuenta ese factor, y digamos el entorno cultural, no solamente la atenuación.

**Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Claro, es lo que plantea el artículo 45°, como regla de fundamentación y determinación al señalar su cultura y costumbres, un poco proyecta ello, es decir, a que el operador tiene que mirar un poco más allá para decidir el caso concreto en ese supuesto.

**Magistrado asistente**

Con respecto a la convertibilidad de la pena, de pena privativa de libertad a otra distinta; ese es el tema, me parece que usted se refirió a que una pena privativa que no excede los cinco años, pero mi pregunta va dirigida a si es factible de ser convertida.

**Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

No, lo que yo decía en teoría, cuando identificábamos medidas alternativas a la pena privativa de libertad de corta o mediana duración, aludimos a que son procedimientos que tienen un estándar máximo de cinco años de reclusión, pero que cada legislación cada país adapta a sus particularidades; en el caso del Perú el tope es cuatro años.

**Magistrado asistente**

Entonces, no sé si en relación al tema anterior, podría fijar algún criterio de discusión, sobre el tema de la penalización en cuanto al delito de violación sexual de catorce a dieciocho años; quisiera saber si ahí existe algún conflicto de normas. En primer lugar la norma penal refiere la sanción y, en segundo lugar tenemos una norma de carácter civil, la cual permite el matrimonio de personas de dieciséis años y, si vemos los tratados internacionales o el mismo Código, con respecto al niño y al adolescente; entonces, yo creo que ahí se pondría incluso, un control difuso para la aplicación de esa norma.

**Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Bueno, podemos establecer diferentes líneas de apreciación del mismo problema, como ustedes aquí lo están demostrando, lo que me parece es un hilo conductor a todos, es que entendemos que el legislador no

solamente en ese caso, excede de las proporciones razonables de los marcos de conminación penal, y que le toca al juez en el caso concreto, tratar de hacer un equilibrio, la pregunta es, *tiene herramientas para hacer ese equilibrio*; desde la posición de la determinación de la pena, sí, en mi concepto es posible, y se ha hecho en varias ocasiones, pero, fuera de ese marco particular de la sobre criminalización, que es corriente en nuestro medio.

Lo que nos interesa es responder a esos datos de la situación actual de las penas limitativas de derechos que nos dio el INPE, la oportunidad es bastante amplia, sobre todo para reducir ese estándar que es alto; nos estamos preocupando de los veinticinco años, de los treinta años, pero tenemos personas que están condenadas a menos de cinco años, a meses incluso, porque el estándar habla de seis meses, ocho meses; entonces, creo que allí es donde tenemos que fortalecer nuestra línea de acción; es decir, como compatibilizar mejor ese tipo de situaciones, lo cual se puede contrarrestar con la aplicación de las penas de prestación de servicios a la comunidad.

El otro tema debatible, es la indemnidad sexual, la cual no tiene un estándar exclusivo, sino coyuntural, en nuestro país eso históricamente está demostrado; por ejemplo en Argentina, el problema es a los doce años, nosotros tenemos aquí catorce, ahora tenemos hasta dieciocho; y en determinado momento del Código Penal anterior, hablamos incluso de veintiún años, entonces es coyuntural, es como decía un colega, es un problema de política criminal, pero yo siempre he dicho que el problema está en que hacemos de la política criminal más un efecto criminal que político, entonces ese es el punto que está en la balanza y que nosotros tenemos que asumir como opción práctica.

### **Magistrado asistente**

El problema también se presenta en determinar si son efectivamente costumbres, y qué costumbres son buenas; por ejemplo en el caso de relaciones prematrimoniales con menores de dieciocho años; tenemos conductas que consisten en el azote a un sospechoso, y hemos visto los problemas que ha suscitado esto a nivel de la OCMA, del Consejo Nacional de la Magistratura. La supuesta costumbre que invocan los procesados, por secuestro y azotar al sospechoso del delito, *cómo compatibilizamos la ley y esa costumbre que invocan ellos, que aparentemente es buena costumbre.*

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Es un tema valorativo, yo creo que dar una línea de respuesta general no es muy prudente, en mi concepto esto es algo que tiene que verse en la particularidad del

caso. Lo que usted nos menciona es coherente en lugares, como Cajamarca o algunas zonas del oriente, pero no sustentan eso en Lima; pero, y la persona que participa de dos culturas, entonces es difícil establecer un estándar; por ejemplo, que pasa con una persona que efectivamente vive en un entorno que tiene esas características, pero por ciertas razones salió de ese entorno y vino a otro, donde a su vez, recibió la información de esa cultura y los límites de esa cultura, y ahora vuelve al otro entorno, y ya conociendo esos límites participa de la misma práctica anterior, cual prevalece; por eso repito, no es fácil establecer un estándar o una línea común.

### **Magistrado asistente**

Para terminar sobre esto, quiero dar mi opinión, pero este tema de la aplicación de las medidas alternativas está al margen de la condena condicional que es la que más se aplica.

Esta situación está realmente amarrada con un tema de política criminal, la explicación que ha dado la señorita psicóloga del INPE es dramática, porque lo que está demostrando conmigo es de que realmente, es imposible controlar la ejecución de las medidas alternativas, donde hay un sistema económico que es totalmente negativo para este tipo de cosas, por eso, la discusión tiene que ser más amplia, y tiene que ser una discusión más profunda, porque nosotros podemos terminar acá en un pleno diciendo, sí que bien, hay que aplicar las medidas alternativas, pero que no se van a cumplir al final de cuentas.

Tenemos que entender que la crudeza del sistema es un problema tremendo por la falta de una política criminal coherente, hay política criminal, pero negativa, entre gallos y medias noches; si se le ocurre al presidente es benevolente y disminuyen, amnistía o indultan; si amanecen mal, les da provecho político, rentabilidad política criminalizar, no hay una política criminal coherente, creo que nosotros como operadores del derecho debemos presionar, ya que somos los que facturamos el producto, por eso, tenemos que asumir esto con bastante seriedad, porque a partir de ahora vamos a tener que aplicar algunas cosas que de repente al final de cuentas, la lavada va ser más cara que la camisa.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Creo que hay que compatibilizar las expectativas con las posibilidades, ese es uno de los puntos que mencionaba de manera bastante general, y me complace que se retome ahora. No hay un nivel de coordinación efectivo entre la posibilidad aplicativa y la ejecución material, cada unidad tiene un sistema de problemas, eso es lo que se tiene que trabajar de manera estratégica, organizacional. La tarea de nosotros es únicamente pensar si es que podemos definir a la conversión, a la determinación de penas efectivas de corta duración, como una vía de

tratamiento que genere una expectativa social más favorable, que la que se ha visualizado.

### **Dr. Walter Cotrina Miñano**

Efectivamente la situación del INPE es dramática, pero eso pasa en todas las instituciones, y el Poder Judicial también tiene sus propios problemas, tenemos limitaciones presupuestales que nos impiden llevar adelante nuestros planes, así como al INPE; pero creo es importante atrevernos a dar un paso, atrevernos a cambiar de actitud, para mejorar los lineamientos de justicia penal en el Perú. Como bien decía el doctor, la problemática se da entorno a la falta de coordinación entre los entes, hoy estamos en ese propósito; ya nosotros hemos dado el primer paso, hemos tomado la iniciativa a partir obviamente de este plan de capacitación; asimismo, hemos tenido una entrevista con el jefe del INPE, y hemos coordinado con la Ministra de Justicia, a efectos de ir fortaleciendo esta materia.

### **Dr. Ricardo Alberto Brousset Salas**

Compartimos la posición del doctor Genaro Ponte, creo que nadie que ha dado un análisis medianamente serio de nuestra realidad en materia penal, puede dejar de suscribir esa posición, pero es cierto, que frente a esa situación, la práctica que se ha venido adoptando, es la de generalizar el uso de la supresión de la reducción de la pena, que adicionalmente ha generado un efecto rebote frente a nosotros; que como dijo el doctor Ponte, somos quienes facturamos el producto, entonces no se soluciona el problema de seguridad ciudadana. En realidad, lo que estamos haciendo, es inflando la aterradora cifra de sobre población carcelaria, poniendo penas efectivas, utilizando mal de repente algunas instituciones.

Se podría optar por la supresión de la reducción de la pena como mecanismo general, y eso qué genera para nosotros como institución de descrédito, descrédito que además presiona sobre otra variable que es el endurecimiento del sistema penal, esa opción pone al INPE en una situación difícil, de no poder afrontar un volumen mayor de aplicación de medidas alternativas; pero con una aplicación mayor de medidas alternativas nosotros podríamos: *en primer lugar*, enfrentar mejor el problema de la respuesta del Poder Judicial frente a los procesos penales y al fenómeno de la criminalidad, adicionalmente haríamos que el Ejecutivo miren el problema, asigne recursos al INPE, especialmente al área de Medio Libre, ya que las cifras son insipientes, si se difunde esto como una alternativa, frente a la privación de libertad efectiva, y frente a la sensación de inseguridad que genera la generalización de la suspensión de ejecución de la pena, de repente podríamos aportar en favor de una mejor administración del problema por parte del Ejecutivo.

**El Nuevo Proceso Penal y  
la Determinación Judicial de la Pena**

**Ricardo Alberto Brousset Salas  
Cuarta Sala Penal Especial CSJL**



Buenos días;

Señor Doctor Walter Cotrina Miñano, integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

Señores Magistrados, Colegas Expositores.

En esta oportunidad se me ha asignado el tema “El Nuevo Proceso Penal y la Determinación Judicial de la Pena”, tema dentro del cual nos encontramos con instituciones íntimamente vinculadas con circunstancias que condicionan su tratamiento; tal es el caso del **beneficio de reducción de la pena por confesión sincera**; polémica institución, que no lo sería tanto, si nuestro sistema punitivo no presentara las inequidades que presenta.

En primer término, es menester precisar que, el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales (estamos en la normatividad vigente que rige de manera general en el país, a excepción de los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad) contiene el famoso beneficio de reducción de pena por confesión sincera; pero no contiene ningún referente adicional que la exigencia de la sola confesión; es decir, aceptación de los cargos, por tanto, deja al juez la valoración de la aplicación del beneficio y la extensión que pueda tener este beneficio. Por otro lado, la norma en comento no tiene parámetros que limiten la reducción de la pena por debajo del mínimo legal, parámetros que si presenta la norma homóloga del nuevo Código Procesal Penal (vigente en los Distritos Judiciales antes aludidos).

De otro lado, existe jurisprudencia suprema vinculante, que establece determinadas exigencias a la confesión, con el propósito que tenga trascendencia beneficiante; así tenemos que se exige que la confesión sincera, *se haya producido desde un primer momento*, y esto nos lleva a fijar el momento en que la confesión resulta trascendente; es decir, cuándo va a servir para configurar la decisión judicial, ya que el beneficio por confesión sincera es una institución premial de naturaleza utilitaria. Pero cabe preguntarse, *¿qué es lo que se premia de la confesión sincera?*, ¿se premia “la sinceridad”; es decir el acto de contrición de la persona?; definitivamente no. La confesión se premia de acuerdo al grado de utilidad que se le puede dar, para permitir quebrar la presunción de inocencia. Por ejemplo, si en el contexto previo a la confesión, no tenemos mayores elementos que permitan pronosticar un fallo condenatorio, esa confesión independientemente de la posición que anteriormente hubiera tomado el imputado, resulta bonificable, porque si el imputado no hubiera confesado en ese momento previo a la decisión, no hubiera sido posible dictar contra él la sentencia condenatoria, en ese caso su confesión resulta útil para efectos del proceso, ya que permite la

reducción de trabajo procesal, como el hecho de eliminar el debate probatorio.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, cabe resaltar que en los modelos procesales penales modernos, también hay otros mecanismos utilitarios de naturaleza premial que tienden a evitar la impunidad, a partir de fórmulas consensuadas. Todos sabemos que la impunidad presiona contra la percepción social del sistema; entonces, tenemos que la confesión tiene una esencia utilitaria –no de carácter moral–; por tanto, ello vendría a ser uno de los problemas de percepción que vamos a notar cuando incorporamos normas que provienen de una lógica, regidas por el principio de oportunidad.

Los modelos regidos por el principio de legalidad procesal, doctrinariamente tienen una carga moralista importante; entonces, tratamos de interpretar estas instituciones que se rigen por el principio de oportunidad, con los lentes moralistas del principio de legalidad procesal. Pero hay un elemento adicional, que es la aplicación técnica puntual de determinados institutos, en especial de aquellos que inciden o pueden incidir en la dación de la pena; es factible cuando estamos dentro de un sistema penal cuyas reglas punitivas mantienen equidad. Entonces, en situaciones normales, en términos de proporcionalidad, de razonabilidad del catálogo punitivo, es posible la aplicación técnicamente correcta de las instituciones, entre ellas *la confesión*.

Pero, otro es el panorama, cuando el magistrado penal enfrenta para efectos de la decisión judicial - en especial para la determinación de la pena - un catálogo punitivo totalmente desproporcionado; por ejemplo, en el campo de delitos de mayor recurrencia, el delito de robo agravado, está sobrepenalizado, mereciendo una punición real superior a la del delito de homicidio (no obstante este último afecta un bien jurídico superior, como la vida humana).

En muchos casos enfrentamos situaciones como el tener a jóvenes de dieciocho a veintiún años, compelidos a penas de diez a quince años de conminación penal, por el hecho de haber utilizado la fuerza con mínima violencia, en algunos casos para sustraer un gorro de cuero, una casaca o un par de zapatos; frente a esta situación, el juez no puede dejar de reaccionar, a efectos de dotar de *razonabilidad a la pena*; en muchos casos tiene que actuar creativamente con fines de alcanzar la justicia material de determinados institutos; uno de esos institutos es justamente *la confesión*; en estos casos, tendrá a veces que bonificarse confesiones innecesarias, por la existencia de suficientes elementos probatorios, pero en términos de equidad, en un sistema completamente sano, una confesión innecesaria, no tiene porque bonificarse.

La reducción de pena por confesión es un mecanismo utilitario que beneficia a quien la presta, en tanto y en cuanto ésta sirva al sistema, para reducir el trabajo judicial y/o permita evitar la impunidad; ergo la confesión innecesaria o inútil, no resultaría bonificable en situaciones normales. Por ello, la confesión de la persona que fue encontrada en flagrancia, no tendría ninguna razón de ser bonificada (esta precisión técnica no la encontramos en la exposición del Código vigente, pero sí en el artículo 161° de la norma homóloga - Código Procesal Penal).

Lo que resulta realmente sorprendente, es que las resoluciones de la Corte Suprema, especialmente la de la última jurisprudencia vinculante, confunde de cierto modo la institución procesal penal de la *confesión sincera* con uno de los elementos del artículo 86° del Código Penal, que precisa sobre los aspectos para la graduación de la pena, que en este caso es *confesión espontánea*.

Cuando hablamos de *confesión sincera* y *confesión espontánea*, nos referimos a institutos distintos, toda vez, que puede darse una confesión absolutamente útil para los fines del proceso, precedida de una negativa frente a los cargos; por tanto, qué trascendencia tendría esa confesión frente al momento de instalarse la audiencia de juzgamiento, y que además, ha dado lugar a la conclusión anticipada del juzgamiento, esto es, a cancelar el debate probatorio y permitir una sentencia anticipada o conformada; qué trascendencia tiene frente a esa confesión útil; qué trascendencia tendría la negativa inicial en sede policial o en sede fiscal; ¿resultaría razonable que una inicial negativa invalide la fuerza utilitaria que para el sistema tenga la confesión?; en este caso oportuna para efectos del juzgamiento, no resulta razonable, porque implicaría que el beneficio por confesión sincera se quedara únicamente en el plano moral; entonces vendría a ser una suerte de premio cuasi religioso a la contrición de arrepentimiento inmediato luego de cometido el delito.

La segunda norma que ubicamos en el Código de Procedimientos Penales, con respecto de algún modo periférico a la determinación de la pena, está contenida en el artículo 282°, que nos remite a la solución de un problema de disconformidad en el colegiado, con respecto a la pena ha imponerse; esto es, en el caso que los tres miembros del colegiado no tengan acuerdo para la imposición de la pena, y que existan tres propuestas de pena en discusión (previa a la sentencia), y más aún, que se mantenga esta discrepancia luego de producidas sucesivas votaciones; la fórmula que prevé nuestro viejo Código de Procedimientos Penales, es la *pena intermedia* (téngase presente que no se remite a la pena promedio, ya que en algún momento, éste fue el criterio adoptado en algunas Cortes Superiores). Por ejemplo, si uno de los vocales propone una pena de ocho años, el segundo propone una pena de diez años y el tercero propone una pena de cinco años; entonces, al hablar de pena

intermedia, nos referimos a la exclusión de los extremos, se excluye la pena mayor y menor, y nos quedamos con la pena intermedia; por ejemplo entre la propuesta de diez, nueve y cinco, la pena intermedia vendría a ser nueve (precisando que ésta no es la pena promedio).

Asimismo, tenemos normas que nos remiten al contenido obligatorio de las sentencias condenatorias; por ejemplo, el artículo 285° del Código de Procedimientos Penales, que refiere a la *sentencia condenatoria* y específicamente a *la pena*, señala que en ésta debe consignarse la pena principal, la fecha de inicio y vencimiento. La lógica del Código Penal, es básicamente, que la única pena a imponerse es la pena privativa de libertad; es más, el legislador del viejo Código de Procedimientos Penales de 1940, parte de la lógica que la pena privativa de libertad debe ser efectiva; así que la generalidad para el legislador peruano es que la pena sea privativa de libertad y efectiva; no obstante, la norma procesal no prevé ninguna disposición respecto a la fijación de otras penas alternativas a la prisión; tampoco, a la condicionalidad de la ejecución de la pena, ni de la suspensión de la pena condicional u otros mecanismos alternativos; solamente se refiere a la pena privativa de libertad y a las medidas de seguridad.

El artículo 285° del Código Penal inciso 1), recién modificado, señala que la Sala puede aplicar una pena superior a la requerida por el fiscal en la acusación, a condición que motive la decisión; entonces, preguntamos, cuál es el fundamento, por qué razones va a imponer una pena superior a la fijada por el fiscal. Se entiende que la legislación de transición en materia procesal, debe estar dirigida a encaminarnos hacia las normas del nuevo modelo procesal penal; es decir, preparar el camino, mediante la dación de normas de transición, a fin que el impacto no sea radical sino progresivo.

En ese contexto, vamos a encontrar que de acuerdo al nuevo modelo, el juez no puede exceder la pena fijada por la requerida en la acusación del fiscal; esto, en razón al respeto del principio acusatorio, que rige el Nuevo Código Procesal Penal. Entonces, tenemos que muchas de las normas de tránsito del Nuevo Código Procesal no lo son tanto; por el contrario, pueden generar problemas para la aplicación futura de las normas del citado Código. Esta clase de problemas, encontramos también en algunas jurisprudencias vinculantes referidas a la confesión; pero también respecto de la principal jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema, en relación a la conclusión anticipada del juzgamiento, lo que me parece una total incongruencia con las disposiciones del Nuevo Código. Por tanto, esta norma de transición, que no lo es tanto, debería orientarse a ese afán (de transición), pero parece que lejos de servir a este propósito, va ocasionar definitivamente encuentros e incongruencias que van a trabar la adecuada aplicación del nuevo modelo procesal penal.

El artículo 47° del Código de Procedimiento Penales, se refiere al cómputo de la detención preventiva; acá también tuvimos un problema que concluyó con una peculiar sentencia del Tribunal Constitucional. Vayamos al tema concreto; *un día de privación de libertad por un día de detención preventiva*, esa es la equivalencia para el resto de cómputo de detención preventiva. En relación a la pena de multa o penas limitativas de derechos, el cómputo es de *dos días de esta pena por un día de prisión preventiva*; por ejemplo, acá tenemos otra colisión con la norma de equivalencia prevista en el Código Penal. En primer lugar, la norma de equivalencia, para efectos de conversión de la pena (que es aplicable para este fin), señala que si un día de prisión preventiva es equiparable a un día de pena privativa de libertad (debemos regirnos por estas equivalencias en relación a los otros tipos de penas previstos en el Código Penal); *cuál es la equivalencia entre la pena privativa de la libertad y la multa*, vendría a ser uno por uno (en el Código Penal), es decir, por un día de privación de la libertad es un día de multa para efectos de la conversión, pues acá en el artículo 47°, para el efecto de establecer esta equivalencia con la prisión preventiva que tiene el mismo valor que el día de pena privativa de libertad es de dos días de multa, es una equivalencia que no respeta la tabla prevista en el Código Penal; pero ojo con respecto a la limitación de derechos; para comenzar acá hay un problema técnico, las penas limitativas no se computan por días, sino por jornadas, ya que hablamos de jornadas semanales, y por eso en el Código Penal, la equivalencia es de siete días de pena de privación de libertad por cada jornada; lo lógico son jornadas semanales, acá la homologación es de un día por un día; o sea, ni siquiera es posible la homologación porque no es cómputo de días trabajados, lo cual sería mucho más gravoso, y estaríamos hablando entonces de una equivalencia casi imposible de aplicar - otro problema también a superar.

Pasemos a las normas del Nuevo Código Procesal Penal. El artículo 18° reproduce el beneficio de reducción de la pena por confesión sincera, pero nos dice algo más que el artículo 136°; en primer lugar establece parámetros o límites para esa reducción de pena. La reducción de pena, puede darse hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (extremo máximo del beneficio), pero puntualiza (el artículo 136°) lo que señalábamos anteriormente, que se excluyen para efectos de la homologación con beneficio a la confesión, los casos en que ésta es innecesaria; vale decir, los casos de flagrancia en que la persona es intervenida en comisión delictiva o muy cerca de la comisión delictiva, y que conjuntamente con su intervención son recabados –por lo general– suficientes elementos de convicción; en esos casos, tratándose la confesión como beneficio de confesión sincera de una institución utilitaria, ya no resulta útil para los fines del proceso; en consecuencia en términos rigurosos no tiene sentido bonificarlos, eso en términos rigurosos; pero, en términos puros resultaría plenamente aplicables.

Pero, que ocurre en los procesos especiales, con las fórmulas procesales especiales que se rigen por el *principio de simplificación procesal*, primera situación que se da, es la conclusión anticipada del juicio, institución que se homóloga con la terminación anticipada del proceso (que actualmente está vigente a nivel nacional, a propósito de facilitar el tránsito al nuevo modelo procesal penal puesto en vigencia), y que ocurre si el juez no determina la pena, sino que es consensuada entre el acusado y el fiscal. Señalo un caso concreto, el artículo 372° en los incisos 2), 3) y 5) del Código Procesal Penal señala, en primer lugar, *el fiscal, el acusado* –entiéndase como sujetos procesales– *y el defensor van a acordar la pena, el juez dicta una sentencia*, vale decir, una sentencia anticipada (una sentencia de conformidad); no obstante, según las normas del nuevo modelo, al dictar esta sentencia debe respetarse los términos del acuerdo, y excepcionalmente, el juez puede efectuar un control de regularidad.

Si bien estamos frente a un modelo de corte adversarial o adversativo, el juez va a ejercer un control de regularidad de los actos del fiscal, y de los actos del imputado; pero, ese control en la actualidad tiene límites y, en el caso de la conclusión anticipada, ese control de regularidad abarca únicamente la posibilidad de controlar el acuerdo, si es que se dieran causas que eximen de responsabilidad penal al imputado; en otras palabras, si el imputado confiesa y, con el fiscal acuerdan una pena, y resulta manifiestamente que los hechos no son punibles; entonces, el juez puede controlar la regularidad y evidentemente absolver.

Por tanto, el juez también puede controlar la regularidad en el caso de resultar manifiestas causas de atenuación, aunque no lo dice expresamente el Código, pero el juez debe tener presente al momento de acordar la pena las causas de atenuación no previstas por las partes; toda vez que al momento de imponer la pena, las partes van a tomar en cuenta determinados ítems; y, los ítems a tomar en cuenta son también la posibilidad de concurrencia de causas de atenuación.

En ese contexto, tenemos que el control de regularidad del acuerdo de la conclusión anticipada del juzgamiento en las reglas del Nuevo Código, es un control pro reo. Al respecto cabe precisar, que la conclusión anticipada del proceso nacional peruano, bebe de las fuentes españolas, de la institución de la conformidad; aunque debo señalar que hay dos fuentes de la conformidad: la fuente alemana y la fuente española.

Es así que, para la fuente alemana el juez simplemente protocoliza –casi notarialmente– el acuerdo y no entra a ver problemas de concurrencia de atenuantes y/o eximentes; en cambio España recepciona esa institución de modo distinto, es decir, el juez español se resiste a ser simplemente notario del acuerdo y ejerce un control de regularidad, un control de regularidad pro reo tendiente a evitar que por desconocimiento, por mala

información o por mal asesoramiento el imputado declare hechos manifiestamente no punibles.

También hay problemas con la jurisprudencia suprema vinculante relativa a la conclusión anticipada del juzgamiento; pues, al desvincular la institución de la conclusión anticipada de la confesión sincera, lo que se pretende es no aplicar necesariamente las reglas de confesión sincera al beneficio de reducción de penas en los casos de confesión anticipada; evidentemente eso no resiste la mayor crítica. Cuál es la base de la conclusión anticipada; es la aceptación de los cargos, la confesión de los hechos; sin confesión de los hechos no sería posible la fórmula simplificadora; por tanto, en estos casos, el efecto simplificador de la confesión es mayor que en otros y, es expreso por disposición de la ley.

Entonces, cómo vamos a desvincular el beneficio de la reducción de la pena por confesión sincera de la conclusión anticipada; en primer lugar, eso es discutible; y se debe tener presente que la ejecutoria vinculante no es conclusiva, no dice que debamos excluirlas; lo que dice, es que no tenemos porque necesariamente tomarlo en cuenta; entonces, frente a eso, la facultad del juez puede superar la pena; pero, y, cuál es la señal que se da respecto de otro; ahí radica el problema, se rompe una apreciación uniforme de una institución, que para funcionar, que para producir los efectos que el legislador pretende con ella, requiere justamente de aplicación uniforme,

Lo más preocupante es cuando en esta ejecutoria se refiere con respecto de la pena, a que el juez puede recorrer la pena en su integridad no obstante medie acogimiento a confesión anticipada, acá tenemos un problema mayor, la decisión del imputado de acogerse a este instituto de la conclusión anticipada del juzgamiento, parte del pedido punitivo del fiscal, porque el imputado se acoge teniendo como techo punitivo el pedido fiscal, por qué se acoge un imputado de robo agravado a la conclusión anticipada, porque el fiscal está pidiendo ocho años, porque el fiscal ha tenido en cuenta algún atenuante, entonces el fiscal le pide ocho años; se acoge, confiesa; y se acoge teniendo como referente que más de ocho años no le van a imponer. El acogimiento, la confesión y el sucesivo acogimiento a este instituto, implica que el imputado abdique de su derecho a la presunción de inocencia y de su derecho de que sea el ente persecutor quien quiebre su presunción de inocencia, en función de la pena; pero si nosotros seguimos de puntillas la jurisprudencia vinculante, podríamos pasar al absurdo de que a un imputado que se acoge a la conclusión anticipada por un pedido punitivo fiscal de ocho años se le pueda imponer quince años, el máximo.

Recorrer la pena en su integridad implica, imponer una pena del mínimo al máximo, grave, no es cierto, grave no solamente por los efectos que

tendrían la aplicación de este criterio jurisprudencial con relación a los derechos del imputado; sino grave con respecto al futuro de esta institución que tan buenos efectos está dando, no sé cual será la estadística en el norte; pero por ejemplo, en Lima ocho de cada diez aperturas se están acogiendo, *por qué*, porque se acogen en función del beneficio, y ese es el sentido de estas instituciones premiales, *me permites simplificar el proceso*, a cambio de eso, yo te reduzco la pena, en concreto, esa es la oferta para ser tomada, tú me permites simplificar el proceso; esto es, me permites en vez de hacer diez sesiones de audiencia podamos concluir en la primera, y a cambio de eso vas a tener una reducción (significativa) de tu pena; imagínense que comencemos el día aplicando sólo la pena conminada o sólo la pena solicitada por el fiscal, esto es, no gratificando de modo alguno la confesión pues al día siguiente vamos a ver si ocho de cada diez se van a acoger, definitivamente va a ver una retracción, el instituto no va a funcionar; fíjense solamente en términos utilitarios, más allá de verificar los problemas al debido proceso, una suerte de estafa procesal, cuando a una persona le dicen te pido ocho, acógete y luego te ponen quince, eso pasa hasta por una suerte del destino; entonces, son grandes problemas, porque a cambio de eso tenemos que las normas del Código Procesal Penal y el sustento del principio acusatorio y del modelo adversarial al que se adscribe el nuevo Código van en sentido absolutamente contrario; esto es, un juez que debe aprobar el acuerdo, regularlo; y el control de regularidad sólo pro reo, no un control de regularidad a la inversa, y esto se repite también en la conclusión anticipada; no es solamente un instituto, son dos institutos distintos pero con efectos similares.

El artículo 397° inciso tercero concretamente señala que el juez no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el fiscal y hace una salvedad también del control de regularidad del que estamos conversando, siempre y cuando el fiscal solicite una pena por debajo del mínimo sin causa justificada; esto es, arbitrariamente sin justificar, sin dar razón; el fiscal solicita una pena inferior al mínimo, es el único supuesto en el cual el juez puede apartarse, y habría que ver en que sentido podría apartarse para fijar la pena en el extremo mínimo; esto es, subsanar la irregularidad, se bajó del mínimo, entiéndase en todo caso que el juez podrá imponer el mínimo; pero eso no lo habilitaría tampoco para graduar la pena en un tercio mayor, en un intermedio o en el extremo máximo quizá, el artículo 392° en su inciso cuarto también nos remite a una fórmula de solución de la disconformidad en cuanto al monto de la pena, no es tan explícita como la norma contenida en el Código de Procedimientos Penales que nos remite a un procedimiento de solución similar; no habla de la pena promedio, habla de la aplicación del término medio de la pena; esto es, de la pena intermedia debe entenderse, también hace referencia a la imposición de la pena de cadena perpetua, para lo cual se requiere necesariamente de uniformidad, eso es

unanimidad de votos no puede dictarse cadena perpetua sin unanimidad, en su artículo 399° el nuevo Código también establece los requisitos formales de la sentencia condenatoria, si bien no hay una progresión mayor con respecto a la norma homóloga del Código de Procedimientos Penales tenemos que aquí si se fija la posibilidad de las alternativas a la pena, aunque si nosotros vemos del contenido textual se está remitiendo básicamente a las alternativas, no necesariamente de conversión, sino de aplicación de suspensión de ejecución de la pena o reserva del fallo, esta misma norma también contiene disposiciones relativas a la pena privativa de libertad; eso es, básicamente al cómputo de la prisión preventiva, homóloga de la detención preventiva que rige en la mayor parte de nuestro territorio, y también del cómputo de la detención domiciliaria, cabe notar que esta disposición no ha sido afectada por la sentencia del Tribunal Constitucional, esto es, se mantiene en los lugares en que está vigente el Código, al respecto también cabría de repente algún comentario con respecto a esta sentencia del Tribunal Constitucional, hacer un control del supuesto trato desigual, pero no hacia arriba o hacia abajo; esto es, de acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional, el cómputo de la detención domiciliaria para efectos de cumplimiento de pena privativa de libertad efectiva, partiría de un supuesto realmente sorprendente; esto es de que la pena o la ejecución de la pena privativa de libertad no sólo debe consistir en privación de libertad absoluta, sino además de que ésta debe estar acompañada con sufrimiento; esto es, con apartamiento de su familia, con inseguridad, insalubridad, y otros elementos propios de nuestras prisiones.

Una innovación que trae el Código es la relativa a la ejecución provisional de la pena en casos de apelación. Cuando se trata de pena privativa de libertad efectiva, tenemos que ésta recae en un procesado que ya estaba siendo sometido o está sufriendo ya prisión preventiva, entiéndase restricción preventiva, que la condena se va a ejecutar provisionalmente o va continuar ejecutándose sin perjuicio del trámite impugnatorio; pero en el caso de que la pena privativa de libertad efectiva sea dictada a un reo que se encuentra en libertad, eso es, que está sometido a medidas asegurativas personales distintas a la detención o prisión preventiva; entonces, el juez puede optar por la no ejecución provisional de la pena privativa de libertad efectiva, pero en cuyo caso deberá fijar restricciones a la libertad del imputado, con fines cautelares, esa viene a ser una innovación que trae el Código con respecto a la ejecución de las penas en caso de detención, básicamente éstas son las innovaciones que encontramos en el Código Procesal Penal vinculadas de algún modo a la determinación de la pena.

Podemos concluir en este punto que estas novedades pasan en primer lugar, porque en las nuevas fórmulas de simplificación procesal se rompe el esquema clásico, y la determinación de la pena deja de ser judicial en

esencia para pasar a ser una determinación consensuada entre el fiscal y el acusado, sometida a un control de regularidad por parte del juez, entendamos a un control de regularidad por un lado, por otro lado tenemos normas, que si bien repiten disposiciones homólogas del Código de Procedimientos Penales hacen algunas precisiones técnicas; esto es hay un mejoramiento técnico en el tratamiento; por ejemplo de la confesión sincera, hay un mejoramiento técnico también con respecto a los requisitos formales de la sentencia condenatoria, en la cual ya se prevé, a diferencia del Código de Procedimientos Penales, la imposición de otras penas distintas a la pena de privativa de libertad efectiva; esto es, encontramos ya una suerte de piso formal, para la detención alternativa o de alternativa punitiva a la prisión efectiva. Brevemente vamos a continuar conversando sobre la problemática de la aplicación de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad efectiva.

Abonando en favor de lo que se conversó ayer, sería bueno auscultar de repente en primer término cuales son los efectos negativos, tanto de la generalización de la imposición de pena privativa de la libertad efectiva; esto es, generalizar la institucionalización penal de los condenados por un lado, y por el otro extremo la generalización de la suspensión del fallo condenatorio, al menos en las condiciones en que ésta se da por lo general en nuestro país; en primer término, es para todos conocido de que la prisión no cumple con la función de que el sistema penal le asigna, la prisión como vehículo para la reinserción penal del penado es un fracaso, en eso hay una suerte de consenso, también hay una suerte de consenso, incluso en aquellos que adoptan posiciones críticas, aquellos opositores duros de la criminología crítica, en que tampoco hay una alternativa real frente a la institucionalización penal de los casos de delitos graves; esto es, terminamos diciendo que en muchos casos la prisión es un mal necesario, pero que la prisión permite la reinserción y la posibilidad de un tratamiento resocializador en medios carcelarios, definitivamente eso resulta fácticamente inconcebible, más aún en las condiciones en que se desarrolla la privación de libertad; ayer creo que hemos visto en cifras, cual es la situación en que se cumple la pena privativa de libertad, no sólo como en Lurigancho que efectivamente está por encima del 250 % de su capacidad, hay un hacinamiento realmente increíble, es increíble que un establecimiento, en este caso carcelario pueda tener una sobrepoblación del 250%, es un riesgo, pero ocurre, esa situación se va reproducir no con los volúmenes de Lurigancho, pero se va a reproducir en todos los establecimientos, hay una sobrepoblación, hay un hacinamiento; adicionalmente a ello, tenemos un Instituto Penitenciario que no es atendido adecuadamente en sus requerimiento económicos y lo peor de todo es que tenemos también la implementación de una política criminal que responde a las demandas de seguridad ciudadana, utilizando únicamente mecanismos de sobre penalización o sobrecriminalización, la única respuesta político criminal del Estado

frente al problema de seguridad ciudadana es más prisión y más prisión, esa es una realidad, de otro lado, tenemos una generalización también, en cuanto aquellos delitos que merecen penas privativas inferiores a cuatro años, una generalización de uso de la suspensión de ejecución de la pena, una generalización en algunos casos impropia, porque si hacemos una revisión hoy día de estas sentencias hay una tendencia a no fundamentar las razones por las cuales se impone una condena, ahora, esto no es extraño porque ya vimos el día de ayer que también la tendencia que se trata de revertir, es más, debemos revertir con mayor prontitud, es también necesario no explicitar las razones por las cuales se imponen determinada condena o determinado quantum de pena, en la mayoría de los casos tenemos como única fundamentación la remisión a los artículos 45°, 46°, y en los casos de condena de ejecución suspendida el artículo 57°, cuando para poder suspender la ejecución de la pena debe existir, debe generarse en el juez un pronóstico positivo de conducta posterior del imputado, otras de las sentencias de suspensión de ejecución de la pena en que vamos a enfrentar o vamos a encontrar pues que este pronóstico se fundamente, es más se utilizan generalmente suspensión de la ejecución de la pena incluso en caso de reincidentes, básicamente vamos a encontrar esto en delitos de receptación, donde incluso el imputado dice que ese es su *modus vivendi*, así trabaja, no tiene trabajo; sin embargo, tienen sucesivas condenas de ejecución suspendidas, *qué genera esto*, franjas de impunidad, hay determinadas franjas delictivas que son impunes, en razón a la punición no superan los cuatro años no va a ver detención; adicionalmente a esto todos los jueces suspenden la ejecución de las penas inferior cuatro años, es una buena franja de impunidad, tal es así que las tendencias de aquellas personas que durante la juventud cometen delitos graves robos agravados, es como se dice “plantarse”, para luego dedicarse a otras actividades, aquellos que tuvieron un paso exitoso en lo económico por el camino delictivo, pues de repente ingresarán a la formalidad cuando menos a la legalidad, prósperos comerciantes de repente, ya los hay, pero los que no fueron tan exitosos, que son la mayoría, comenzarán a buscar franjas de impunidad como las que presentan por ejemplo el delito de receptación, que en muchos casos viene acompañado de unos ingredientes, que son por ejemplo vender información para futuros hurtos agravados especialmente aquellos que venden como se dice en el argot delictivo, venden visiones, esto es, información para poder vulnerar la seguridad de determinados inmuebles, qué productividad podría presentar el ingresar a hurtar o robar determinados inmuebles, un gran problema no es cierto; entonces, tenemos por un lado la prisión, su efecto negativo, todos sabemos que la institucionalización penal, peor en las condiciones en que se encuentran los penales en el país, generan entre los problemas intra-carcelarios comunes y de repente el más común y el más grave, el problema de la prisionización, es importante que lo recordemos, y en qué consiste el problema de la prisionización, pues en un fenómeno inicial de falta de

cultura y en uno sucesivo de incremento de cultura, haber de que hablamos, si fuera positivo bien, no es cierto, lo que se pretende a la inversa con la prisión, eso es, resocializar, se produce el efecto contrario, la persona ingresa a un penal, para poder subsistir en el penal tiene que desculturizarse dejando valores de la calle, no les sirven los valores de la calle, los valores socialmente reconocidos, los valores no sirven para vivir en la cárcel, no sirven tiene que desculturizarse y tiene que adoptar los valores de la prisión, los que le van a permitir subsistir en ella, lejos de resocializarse, se va a enculturizar criminalmente; va adoptar la cultura de la cárcel. Puede darse el caso que esta enculturización, sea simplemente momentánea, esto es, aquel interno que tiene sólidos sus principios, formación sólida, hablamos generalmente de internos de determinada edad, esto es mayores de veinticinco, es posible que simplemente se adecuen al modo de vivir en la prisión y al salir se saquen pues, la chompa del penal y vuelvan a asumir los valores comúnmente reconocidos, pero, *qué ocurre con los internos jóvenes que son la mayoría de la población penal*. Hablamos de internos entre dieciocho y treinta y cinco años, o de algunos internos (la mayoría) con edades mayores de treinta que no cuentan con una sólida formación, por el contrario condiciones adversas que lo llevaron a la criminalidad, qué ocurre, que esta enculturización va ser permanente; esto es, salen de la prisión y van a continuar manteniendo los valores de la prisión, lo que va a asegurar que se mantengan en la actividad criminal, lo que va a asegurar además su regreso al penal, eso explica además la alta tasa de retorno al penal, esto es, la alta tasa de reincidencia, son efectos negativos que deben evitarse porque al final el sistema penal al enculturizar criminalmente a las personas que pasan por el penal, lo que está haciendo es presionar en el incremento de la criminalidad en la mayor afflictividad criminal, el que ingresa por un reloj, ese chico que ingresa por una gorra, ese par de chicos que ingresan por una gorra, cuando salen del penal, salen enculturizados, y ya salen de repente con el objetivo de ascender, y, *qué dirán*, dirán la próxima entro por un secuestro, ya no sirve la gorra, lo primero que buscan es encontrar un arma, de repente ya en el penal mismo, previamente a su reingreso se engancharon a alguna organización eso es lo que ocurre, es un efecto no deseado. Hay que buscar alternativas frente a los efectos negativos del simbolismo, representado por el abuso de la suspensión de ejercicio de la pena, es un abuso que genera franjas de impunidad, uno, es un abuso que genera descrédito del sistema, hay una deslegitimación del sistema penal, que tiene mucho que ver con la percepción ciudadana de nuestro trabajo; evidentemente, este abuso de la utilización del mecanismos de suspensión de la ejecución de pena, no es puramente atribuible a nosotros, hemos visto ayer como hay otras instituciones, esto es el INPE no está preparado logísticamente, no, está preparado, *qué hacemos frente a eso*, lo que generalmente estamos haciendo es someter a la persona en

la prisión, *y solamente eso*, o simplemente dictar sentencias condenatorias totalmente simbólicas, que también lo deslegitiman más, frente a eso, cuál sería la alternativa razonable, *tenemos mecanismos para revertir*, sí, tenemos mecanismos para revertir, el mecanismo de la conversión es un mecanismo apropiado, porque más allá de que queramos o no aceptarlo el ánimo vindicativo de la sociedad frente a la recurrente del mismo delito en especial de aquellos de afectación patrimonial pequeña o intermedia, es un componente importante de la sensación de la seguridad o inseguridad ciudadana y es un elemento importante para la percepción del trabajo judicial; en la actualidad frente al problema del exceso de suspensión de ejecución de pena de los presos políticos, qué dicen los jueces pues los jueces los sueltan, los jueces les ponen penas nominales y la gente sigue afuera, siguen tomando y siguen asaltando, claro que obvian decir, si los jueces dictan otras medidas, no prefiere la libertad el Estado no le da plata al INPE, no lo dicen, claro encuentran quien puede cargar con el muerto, como se dijo ayer, como lo dijo acá el colega Ponte, a nosotros nos cae la quinchita, no a los otros componentes que también son condicionales del problema, qué hacer frente a eso, creo que es momento de que adoptemos en cierto modo una posición política, *y cual es la posición política institucional*, bueno señores vamos a poner conversión, vamos a convertir trabajo comunitario y punto, que colapse, le ponemos la pelota en la otra cancha y que la presión ciudadana se oriente al INPE, se oriente al Ejecutivo, *eso debería ir acompañado necesariamente con qué*, con una labor de ejecución de los jueces, pero este señor debe cumplir tantas jornadas; ya la supervisión, el control de esa ejecución es nuestra señores, diríjase al INPE, sus reclamos allá, no acá; en conclusión es así que pasamos de repente a hacer algunas precisiones con respecto a las anomalías de las fórmulas por las cuales nosotros tenemos la ejecución de pena, las reglas de conducta en este caso son reglas impertinentes, absolutamente impertinentes, a eso le sumamos que aquellas que son pertinentes son de difícil control, casi nulo control, y a eso adicionémosle algunas disfunciones, todos sabemos que en algunos juzgados hay personas que van y firman por tres meses, dejaron de concurrir tres meses firman, se ponen al día, o se adelantan, ese es el problema, imagínense en esas condiciones, creo que la única alternativa que tenemos para enfrentar a esa deslegitimación básicamente es, en primer término una adecuada ponderación, en lo que refiere a la determinación de la pena, pero además, tomar como posibilidad para efectos de esta determinación de pena, no sólo la pena privativa de libertad, sino también la posibilidad de la conversión de esta pena privativa de libertad, en especial en aquellos delitos en que recae esta inflación de suspensiones de ejecución de penas; buscar o implementar las penas sustitutivas, en especial, aquellas de prestación de servicio a la comunidad.



**Rueda de Preguntas**



## **Magistrado asistente**

Mi preocupación va por lo siguiente, usted ha mencionado sobre las normas del Código vigente, pero nosotros tenemos una que ya está vigente que es sobre el proceso de terminación anticipada, en este caso se habla de una reducción adicional acumulable, el artículo 471°, mi pregunta es, *esta reducción acumulable, se refiere a la pena concreta o a la pena que solicita el fiscal, previo acuerdo con el imputado.*

## **Dr. Ricardo Alberto Brousset Salas**

Es adicional, acumulable a la pena acordada, el asunto es el siguiente, cuando hablamos de terminación anticipada y cuando hablamos de conclusión anticipada, ya no podemos hablar en los términos de determinación de pena, de lo que se habla clásicamente, *por qué*, porque esta determinación de la pena no está supeditada a una valoración judicial, sino a un acuerdo; entonces, si la ley establece reducciones adicionales en términos de proporción, ésta se debe dar en la función de la pena acordada.

## **Dr. Ricardo Alberto Brousset Salas**

En primer término la reducción que se establece ahí, puede o no constituir dos posibilidades, en el mismo acuerdo, puede tomarse en cuenta esas reducciones, por ejemplo, si en el acuerdo se llega a consensuar una pena tomando en cuenta la confesión sincera, entonces el juez debe aplicar el porcentaje de reducción adicional y no el de confesión sincera, opera algo parecido a lo que señalábamos del control de la regularidad, cuando se prevé la concurrencia de causas de atenuación, claro, el juez controla el acuerdo de la pena a favor del reo, siempre y cuando no se haya previsto la causa de atenuación al momento de llegarse al acuerdo, pero si se previó la causa ya no, esa sería la mecánica para efectos de resolver este problema.

## **Magistrado asistente**

Siguiendo el razonamiento en este caso de la reducción, vemos de que si la confesión sincera, la terminación anticipada, son beneficios premiales, cuando no acumulables, y se impone una pena más o menos prudencial después de cumplir los requisitos que exige el Código de Ejecución Penal y solicitan beneficios penitenciarios, estos algunas veces son aceptados y otras denegados porque ya se recurrió a los beneficios premiales.

## **Dr. Ricardo Alberto Brousset Salas**

Estamos hablando de dos ítems distintos, de repente para hacer una precisión, la terminación anticipada del proceso y la condición anticipada del juzgamiento, no son mecanismos premiales, son mecanismos procesales de simplificación procesal, uno es el mecanismo de la conclusión anticipada del proceso y el otro es un proceso especial simplificado que se rige justamente por este ánimo de simplificar los términos básicamente; para efecto del acogimiento a estos institutos se prevé reglas premiales lógicamente lo que conversamos al momento de la exposición, esto es, tú me ayudas a simplificar el proceso tú reduces mi trabajo, tú aportas a favor del quiebre de tu presunción de inocencia, a cambio de eso recibirás un premio, no es gratis, esa es la fórmula; entonces los mecanismos premiales van a conducir o tienden a conducir la voluntad de los imputados al acogimiento de estos institutos, eso no viene casado, para nada, con los beneficios penitenciarios; estamos hablando de decisiones distintas, y no sé hasta que punto podría ser válida el razonamiento, de que, esta persona se acogió a un beneficio, ya le rebajaron demasiado la pena y por eso no va a tener beneficios penitenciarios, porque los beneficios penitenciarios están supeditados a como va evolucionando su conducta en términos readaptativos aunque esto también resulta siendo una suerte de falacia, claro hay informes, hay boletas de trabajo, pero, poniéndonos la mano en el pecho, hasta qué punto podemos creer en eso.

### **Magistrado asistente**

Ayer en la exposición de la señorita del INPE por ejemplo hubiera sido importante tener estadísticas con respecto al retorno, hasta ahora no escucho sobre eso, las estadísticas de retorno, el índice del retorno, para saber si es que los beneficios por un lado, si es que el beneficio penal premial está funcionando o no, porque pareciera que estamos en una suerte de diagnóstico a través de la televisión, o de lo que dice el ministro del interior, o de lo que dice el miembro de la policía, cuando capturan a un individuo y dicen, este es reincidente, claro está con semilibertad, se lo ha dado el Poder Judicial, sería bueno saber cuantos hay de retorno de aquellos que han salido, que han sido beneficiados por derechos premiales de semilibertad, etcétera, para saber que pisamos, de lo contrario estamos trabajando sobre la base, de los dichos periodísticos o de alguna política totalmente confusa, que hace que siempre la pelota esté en nuestra cancha, y lo otro es, no lo veo muy claro tampoco el hecho de que nosotros digamos hay que aplicar medidas alternativas, y que el INPE controle, y la función del juez de ejecución penal donde queda, o sea la pelota no pasaría a nuestra cancha nunca, porque el juez penal tiene una razón de ser salvo que se cambie esa estructura y que el juez de ejecución penal se convierta en un funcionario del INPE, que controle la pena y no esté como parte del sistema judicial, estas dos cosas quisiera que se me aclaren.

## **Dr. Ricardo Alberto Brousset Salas**

Bueno comencemos por el final, la función de los jueces de ejecución penal necesariamente están vinculadas con la ejecución de esas medidas alternativas, esto es, el juez controla, o el juez de ejecución, se dedica básicamente a ejecutar la pena en los términos que son de su competencia; cuáles son los términos de su competencia: la reparación civil; por qué término de su competencia, porque el mismo Poder Judicial le impone el control de las reglas de conducta, pero si nosotros hablamos de las penas sustitutivas, estamos hablando de que ya en tanto y en cuando estas son penas y su control pasa directamente a la dirección de Medios Libres del INPE, es el INPE quien debe controlar, supervisar la ejecución. Evidentemente el INPE informará, la dirección de Medios Libres informará al juez de ejecución del incumplimiento, este señor ha incumplido tres, cuatro jornadas, pero, no se mete en el control de la ejecución; esto es, el juez de ejecución será llamado a revocar, de ser el caso a requerir y revocar, pero no entra en la dinámica del control, supervisión de la ejecución material de la pena, por un lado. Por otro lado no hay estadísticas, por lo menos no tenemos a la mano, pero más allá de la información periodística nosotros manejamos una estadística empírica simple, esto es, la recurrencia la anotamos nosotros, en nuestras salas en nuestros juzgados también los jueces, es una encuesta empírica, pero que es muy significativa, pero además de esto por ejemplo el problema del número del balance de internos procesados y sentenciados, en algunos momentos se manejó, pero qué es lo que ocurre, la mayoría de los internos tienen la doble condición, tienen una doble condena, o dos condenas y salen con beneficio y tienen otro proceso, entonces siempre son procesados; esa tasa no baja del 75%, es engañoso, pero más allá de la exigencia de una estadística que debe existir en el INPE, hubiera sido bueno que nos lo pongan el día de ayer, creo que es una verdad incontrovertible los efectos, eso es, que en las condiciones de nuestra prisión, tengamos por ejemplo una rehabilitación real, una resocialización real, además tomando en cuenta el entorno social, van a la cárcel, salen de la cárcel a donde vuelven; en todo caso, quien pasa por la prisión tiene, más posibilidades de regresar, en primer lugar, por el estigma que resulta de haber pasado por la prisión, en segundo lugar por los efectos que la prisión va a dejar en él, el adoptar la cultura de la prisión y llevarlo a la calle hace que el estigma se vea, eso es evidente y creo y planteo una posición de que buscar la alternativa de la sustitución de la pena privativa de la libertad en cuanto sea necesario por la conversión, o del mecanismo de la conversión, es necesariamente un mecanismo positivo; positivo en términos de, qué vamos a hacer por ejemplo con el problema, porque no solucionamos el problema ingresando a las filas de la cárcel estamos sazonando delictivamente a las personas que no debieron pasar por ahí, tampoco solucionamos el problema de por qué colapsa la prevención general de las prisiones especiales;

entonces debemos nosotros ser agentes del cambio, cómo ser agentes del cambio, pues implementando la conversión y de repente poniendo contra la pared al Ejecutivo, a efecto de que dote al INPE de los mecanismos, de que de repente esto se publicite de modo mayor, y que hayan mayores y mejores condiciones en las unidades de ejecución, y si esto no ocurre, ya no es nuestro problema, ya la pelota pasa al otro campo, y ya el reclamo social pasa al otro campo y no al nuestro, más o menos esa sería la idea, y eso implica la adopción de una voluntad política institucional y personal.

### **Dr. Aldo Martín Figueroa Navarro**

Ricardo, yo quería hacer dos comentarios, abonando a lo que usted ha sugerido, respecto a la forma como ahora vía los precedentes vinculantes se traen abajo la confesión sincera, por ende, los efectos benéficos que tienen la confesión sincera desde una perspectiva político criminal, lo ha resumido en la palabra utilidad, ciertamente ratificando lo que usted señalaba, la confesión sincera es un instrumento bastante importante para disminuir la carga procesal, eso en términos del sistema y conforme a lo que se ha establecido vía precedente vinculante de que las exigencias o los requisitos que se plantean, hacen de que en realidad en términos porcentuales, la confesión sincera como institución de dinamización del proceso penal pierda absolutamente sentido, por lo siguiente: de acuerdo a lo que usted señaló, si en flagrancia no hay confesión sincera, en términos porcentuales nosotros sabemos que en la práctica judicial, los casos de flagrancia se concentran básicamente en dos delitos: a) en los delitos contra el patrimonio y en particular los delitos de robo agravado, en lo que el agente es aprehendido inmediatamente después, o durante la ejecución del acto delictivo y esto en términos porcentuales, dentro de la cultura de los delitos que son descubiertos en el sistema penal representan aproximadamente 30%, de estos 30%, estamos hablando de un porcentaje altísimo, se ven casos en que los hurtadores o las personas que realizan robos son detenidos en esta situación, por ende, si a estas personas se les niega la posibilidad de confesar sinceramente y por ende darle el beneficio que esto significa, en términos porcentuales no serviría de nada esta institución; b) en segundo lugar, estamos hablando de los delitos de tráfico ilícito de drogas en su modalidad atenuada, micro comercialización, en este caso igual, vía intervención policial son capturados los paqueteros en la calle, son intervenidos y por ende son ingresados al sistema penal, igualmente tendrían que ser excluidos del beneficio de la confesión sincera, sea cual fuere el estado en que se pueda producir esa confesión; esto es, a nivel de investigación preliminar, a nivel de instrucción, mucho menos a nivel de confesión en la siguiente instancia, esto también representa aproximadamente el 15% al 18%,

estamos hablando del 50% de los delitos que son descubiertos bajo estas condiciones, y que no estarían sujetos al beneficio de la confesión, incluso

la razón de ser de la Ley N° 28122, que establece la conclusión anticipada en el proceso, no tendría ninguna razón de ser, eso por un lado; pero por otro lado, yo tengo mis dudas respecto a lo que usted hablaba sobre la vinculación judicial a la pena solicitada por el fiscal; si bien es cierto tú has señalado que hay una norma en el Código Procesal Penal en ese sentido de que limita la capacidad discrecional del juez para ir más allá de lo que postula o solicita el fiscal, considero que esta norma de carácter procesal de alguna manera tiene que ser concordada con el nuevo sistema de determinación judicial de la pena, mi pregunta es, en qué medida queda fuera o se relativiza los efectos positivos del sistema de cuartos; bueno a continuación de alguna manera voy a explicarlo, en la que establecen criterios objetivos que permiten individualizar la pena dentro del máximo o mínimo legal combinable, significa esto que, si el fiscal es el que va a determinar finalmente el máximo de la pena que se pueda aplicar una vez declarado la culpabilidad de la persona, significa que el fiscal es quien tiene que determinar de manera fundamentada porque pide diez años, y porque no pide dos, porque no pide uno, en mi concepto, el principio acusatorio no se ve limitado, el hecho de que el fiscal pueda establecer el límite máximo hasta donde pueda llegar el juez al momento de determinar la pena, si es que asumimos de una manera así radical el hecho que el juez pueda estar vinculado por la pena solicitada por el fiscal habría que preguntarnos incluso si tiene sentido que esta institución se llame determinación judicial de la pena, tendríamos que llamarla determinación fiscal de la pena, porque es el fiscal quien finalmente va a poner el límite de su postulación punitiva, yo pienso que hay casos absolutamente clamorosos, evidentemente son excepciones, en donde el fiscal se queda corto, y donde el juez definitivamente está dentro de su capacidad discrecional y debidamente fundamentado porque ese es el único requisito que establece el artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales, y pide que debe fundamentar, porque va más allá de lo que pide el fiscal, yo pienso que ni siquiera hay ahí una vulneración al derecho de defensa o se genere una indefensión al imputado, porque se trata de circunstancias que son valoradas, en ese sentido pienso que esta norma tendría que ser relativizada, por qué, porque incluso el Código Procesal Penal se queda corto, la única posibilidad de control que tiene el juez respecto a la pena solicitada por el fiscal, es cuando se solicite una pena por debajo del mínimo legal; entonces, cómo queda en el caso de que no sea ni siquiera una pena solicitada por debajo del límite legal, sino, se trata de una pena que esté por debajo de los cuartos, que se encuentran dentro del máximo y mínimo legal.

## **Dr. Ricardo Alberto Brousset Salas**

Pero el debate se sustenta en lo siguiente; en primer lugar es disposición del Código, pero habría que ver toda la sistemática del Código, definitivamente en el nuevo modelo, esto de generalizar que la determinación de la pena es una posición judicial, se termina relativizando, por qué razón, en las fórmulas de aplicación procesal, por ejemplo en la terminación anticipada podemos nosotros decir que la pena se determinó judicialmente, no se acordó; entonces el modelo acusatorio le otorga determinadas facultades a disposición a efectos de este acuerdo, incluso para consensuar la pena en la conclusión anticipada; con mayor razón en los procedimientos de conclusión anticipada, entonces ya esto de la determinación judicial de la pena se relativiza, porque se otorga al fiscal cierta disposición respecto de la pena; de otro lado sí es un referente el pedido punitivo, por ejemplo para efectos de la propia conclusión anticipada del juzgamiento, esto es, la conclusión anticipada del juzgamiento, parte de una decisión del imputado, que toma como referente la pena, esto es, al mismo imputado díganle ustedes acógete, si el fiscal está pidiendo el extremo máximo, creen que se cumplirá, se cumple porque el fiscal le pide el extremo mínimo, o porque el fiscal atendiendo a su minoría de edad relativa, le está pidiendo una pena por debajo del mínimo, correcto; entonces, eso va ser un referente importante para la decisión del imputado, a efectos de declinar de su derecho en favor de una condena anticipada, tenemos que conversar un poco, a pensar con la lógica del nuevo modelo y esto implica relativizar algunos conceptos, esa es mi posición particular.

## **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

En primer lugar mi saludo a todos los expositores, estrictamente a la parte final de nuestro seminario, hemos podido disfrutar de la presentación que ha realizado Ricardo, yo quisiera puntualizar dos aspectos entorno a la pregunta hecha por Aldo, de que, si en el marco del nuevo modelo procesal de la iniciativa dispositiva y trascendente que asume el fiscal, se proyecta un efecto de relativización o anulación de la función judicial de determinación de la pena, yo creo que ello no es incompatible en principio con la lógica del procedimiento de la determinación, porque recordemos que dentro de los modelos tenemos dos partes definidas, y el fiscal es una de ellas, no es el que maneja el proceso; el fiscal es sencillamente una parte de la que está en litigio, representando la pretensión punitiva, el interés social, pero es eso nada más, o sea el juez no es excluido, de lo que es su tarea esencial, decidir finalmente con equidad el resultado del proceso, y si hay la necesidad y el presupuesto necesario de una sanción aplicable, que el marco legal es el que fija la posibilidad de la sanción, y no es que el fiscal esté alejado. Yo creo doctor Cotrina quizás en algún momento que los propios fiscales van

a pedir también participar en estos seminarios, porque el fiscal también hace un proceso de determinación, porque tampoco el fiscal puede asociar a su acusación cualquier tipo de sanción, al igual que nosotros, él tendrá en su postulación de afirmar la presencia de circunstancias, y de motivar igualmente una pretensión punitiva; por el contrario, no van a entrar a la guerra sin tener una base para poder sustentar la pretensión de castigo que solicita, o sea que ese proceso también se reproduce al otro lado, claro que no tiene el rol de la decisión, ellos tendrán que hacerlo, por qué, porque justamente una de las bases del debate va ser la discusión de la postulación de la pena en determinado momento, y la defensa; si tiene argumentos suficientes puede justamente aceptar o bajar el nivel de la sanción solicitada si es que no tiene sólida argumentación fáctica y jurídica; por eso refiero que el marco de la determinación de la pena no se afecta. Otro aspecto que creo que sí es correcto, y ha desatado opositor, es que el Código procesal ofrece varias sumillas de conclusión anticipada en base a allanamientos etc., que tiene su contrapeso en beneficio, porque justamente, esa es la dinámica que se inscribe, pero son las excepciones, no las reglas; así que yo creo que hay que mantener el espacio del juez dentro de ese contexto nuevo, es lo que justamente postula el contexto nuevo, que sea un juez que en principio como tarea esencial el que va a decidir la sanción, y que finalmente en base a la convicción el resultado final; entonces, yo creo que ahí no nos perdemos demasiado estamos en la misma ruta, el problema es otro, y es de que siempre en nuestro medio no hemos podido avanzar entre lo procesal y en lo material al mismo tiempo; entonces, siempre estamos con un paso adelante en lo sustantivo, y un paso atrás en lo procesal o viceversa, debemos de buscar por vía de interpretación, ese espacio hace que logre armonizar para efecto nuestro, hay que ser sinceros creo en este tema, además estamos en familia concretamente, aquí como decía una vieja canción primero voy yo ahora, lo que nos toca a nosotros es salir adelante, y demostrar mayor nivel técnico, nosotros tenemos que demostrar mayor consecuencia con nuestra función, eso es lo que nos toca desarrollar, si los otros sectores que tradicionalmente nos han jugado muchas veces la mala pasada de dejarnos al final del camino, para pagar la factura, como decía ayer con fina ironía Ricardo, ahora nos toca dar un paso adelante y este dominio es importante y la ventaja que nos da el nuevo proceso no debe aislarnos al extremo de perder esa libertad.

### **Magistrado asistente**

Doctor Brousset, en la Corte de Piura, los índices de delitos cometidos, son un promedio de más del 50% son, no delitos contra el patrimonio, sino delitos de omisión a la asistencia familiar, viniendo básicamente de la obligación alimentaria, como hacer para juzgar, porque en la norma se indica de que se puede condenar a que preste servicios comunitarios, para a su vez no desproteger a la víctima, al agraviado, y hacer que el

juez sea quien tenga que controlar el pago de los alimentos que se han omitido, porque si se le da este tipo de pena a estas personas, ya pasa el control de los servicios comunitarios al INPE; entonces, como hacer en la práctica en realidad no lo he llevado a cabo y para mí ha sido una experiencia novedosa, porque en otras Cortes los índices de criminalidad son otros tipos de delitos, si nosotros tenemos acá y podemos aplicar este tipo de pena, porqué no hacerlo, pero también sin desproteger a la parte agraviada, no sé de que manera podría usted sugerir o un caso práctico para poder aplicarlo.

### **Dr. Ricardo Alberto Brousset Salas**

En primer lugar agradecerle por su pregunta, y en segundo lugar, acá tenemos un serio problema, el problema está en que mediante el proceso penal de omisión de asistencia familiar, se pretende solucionar un problema que es propio de otro proceso, de otra vía, esto es, la criminalización de omisión de asistencia familiar no tiene por finalidad conseguir el cobro de la pensión, sino castigar la conducta omisiva, entonces, el problema es que impropriamente se utiliza el proceso de cobro y al final el juez se convierte en una suerte de coactivo, para fines del cobro de la pensión, y se utiliza para ese fin la prisión efectiva, y también se utiliza - una vez que se satisface ese rol de cobrador coactivo- otra institución como es la conversión para retornar la equidad; entonces, tenemos un trastrocamiento de funciones por una utilización impropia del proceso penal, de la pena privativa de libertad, luego para resanar los efectos generados por la conversión de pena, esa sería mi respuesta. Yo entiendo que hay un problema social pero es que no podemos utilizar impropriamente el proceso penal y las instituciones y mecanismos del proceso penal, esa sería mi respuesta.

**La Determinación Judicial de la Pena y  
el Anteproyecto del Código Penal de 2004**

**Aldo Martín Figueroa Navarro  
Quinta Sala Penal Especial CSJL**



Señor Doctor Walter Cotrina Miñano, miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

Señores Magistrados, Colegas Expositores;

Muy buenos días.

Se me ha encargado, hacer una presentación comparativa del sistema de determinación judicial de la pena en el marco del Código Penal de 1991 y del Anteproyecto o la Reforma Penal de 2004; en ese sentido, para efectos de cumplir el objetivo que se me ha encomendado, voy a definir conceptos generales, luego una rápida revisión de los sistemas legislativos que se han estructurado en materia de determinación judicial de la pena, la determinación judicial de la pena en términos amplios en el Código Penal de 1991, problemas jurisprudenciales detectados, principios y determinación judicial de la reforma penal, ámbito de movilidad de la pena y creo que aquí está el punto más importante dentro de las innovaciones que trae consigo el anteproyecto de Código Penal (parte general), circunstancias especiales y algo que creo que constituye la razón de ser de este seminario taller: determinación judicial de la pena y conversión de pena.

### **Conceptos generales**

La determinación de la pena, sea cual fuere el operador que la haga, es una decisión de carácter político criminal. Esto es, no es cualquier decisión la que lleva a determinar la calidad y el *quantum* de la pena abstracta o pena concreta por la comisión de un hecho punible. Se trata de una decisión de carácter técnico, por un lado, pero también de carácter valorativo, por otro, que debe tener una utilidad; vale decir, ha de estar orientada a la consecución de una finalidad, asociada a los diversos objetivos que se han atribuido a la pena en el ámbito del derecho penal. En síntesis, *la determinación de la pena es toda decisión político criminal tendiente a definir la calidad y el quantum de la pena abstracta o concreta por la comisión de un hecho punible.*

Esta noción amplia de determinación de la pena permite analizarla a su vez en **fases o etapas**, según el momento, el efecto y el actor que la desarrolle. En este sentido, se habla de una **determinación legal de la pena** cuando la decisión es adoptada por el legislador, para fijar el marco punitivo abstracto respecto de un delito determinado. Luego, viene la **determinación judicial de la pena**, entendida como la decisión tomada exclusivamente por el juez, para establecer la calidad y la cantidad de pena concreta a imponer a un autor o partícipe de un hecho punible.

Finalmente, se habla de una **determinación penitenciaria de la pena**, que algunos impropriadamente denominan determinación administrativa de la pena, realizada por la autoridad administrativa penitenciaria, pero bajo el control judicial respecto a la forma en que debe ejecutarse la pena impuesta por el juez. En lo que sigue abordaremos fundamentalmente la segunda etapa vinculada a la determinación judicial de la pena.

¿Cuál es la **importancia del proceso** de determinación judicial de la pena?

Básicamente, toda la discusión respecto a la determinación judicial de la pena está circunscrita a la necesidad de establecer criterios racionalmente controlables que eviten la arbitrariedad en la fijación de una pena. Por ello, cuando se habla del control de la discrecionalidad en el ámbito de la determinación judicial de la pena, lo que debe tenerse en cuenta es el hecho que no existe la discrecionalidad absoluta. Toda discrecionalidad en el ámbito jurídico, y más aún en materia jurídico penal, es una discrecionalidad controlable.

Lo contrario, o la contraparte a la discrecionalidad jurídica, es la arbitrariedad; cuya consecuencia es la imposibilidad de evaluar las decisiones judiciales. La necesidad de controlar este exceso de poder se hace más evidente en el ámbito de la imposición cuantitativa y cualitativa de una pena, pues es allí donde se expresa con mayor fuerza el poder punitivo del Estado y se restringen sustancialmente derechos fundamentales.

Por tanto, una decisión judicial controlable jurídicamente y sujeta a crítica tiene **efectos positivos** si se realiza o ejecuta dentro de un marco de razonabilidad. Cuanto más objetivo sea el proceso de acotación o determinación punitiva, tanto más revisable y controlable será su decisión. La motivación de la decisión permite acercarnos a ese imperativo que algunos han sintetizado en la obtención de la “pena justa”. Cuanto más nos acerquemos a la pena justa, estaremos fortaleciendo la seguridad jurídica.

Por otro lado, la racionalidad en la decisión punitiva favorece la observancia del **principio de igualdad**, pues las sentencias deben responder a estándares valorativos relativamente uniformes. Asimismo, la decisión razonada y explicada en la fijación de la pena coadyuva al cumplimiento de una función crítica del sistema penal, pues la confronta con sus principios orientadores y sus consecuencias en la imposición de una pena concreta.

No obstante la importancia y los efectos positivos de un proceso adecuado de determinación judicial de la pena, al **estado actual** de esta materia no es el más auspicioso. Legislativamente, la determinación de la pena pone

en evidencia la incoherencia o la inconsistencia práctica entre lo que postula el legislador, con la enunciación de principios, y lo que regula a través de normas. A nivel legal, los principios limitadores del poder punitivo son vaciados en su núcleo esencial a través de la legislación de emergencia, o legislación excepcional. A nivel doctrinal, se observa un desarrollo incipiente, de la dogmática de la determinación judicial de la pena. La doctrina nacional ha centrado la atención en la divulgación y desarrollo de las categorías dogmáticas vinculadas a la ley penal o la teoría del delito. El estudio de la determinación judicial de la pena es accesorio, o considerada como un tema exclusivamente jurisdiccional. Jurisprudencialmente, el panorama no es menos halagador las decisiones que se toman son conceptualmente precarias, inmotivadas, o contradictorias.

Esta situación genera ciertamente **consecuencias prácticas**. Las decisiones inmotivadas, generan desconfianza en la capacidad discrecional del juez, pues no se conocen las razones objetivas que ha tenido para fijar el *quantum* de la pena. A su vez, la discrecionalidad mal utilizada implica decisiones desiguales. No se entiende, por ejemplo, por qué en casos de homicidio simple (Art. 106° del Código Penal), cuya pena conminada va de 6 a 20 años de privación de libertad, un juez imponga 7 años y otro en circunstancias similares imponga 15 años. El tercer efecto práctico, se relaciona con el hecho que un margen de discrecionalidad amplio potencia o intensifica los denominados controles difusos por parte de los jueces frente a los excesos del legislador.

En el Cono Norte, los jueces para corregir de alguna manera los excesos del legislador en materia de robo agravado, hacían control difuso, invocando el principio de proporcionalidad, e imponían penas por debajo de los diez años de privación de libertad (pena mínima). Un *cuarto efecto*, se verifica en la tendencia a valorar la determinación judicial de la pena, desde el prisma de la pena privativa de libertad. Se la considera como la base de todo el sistema penal. Finalmente como *quinto efecto*, vinculado a la desconfianza en la discrecionalidad judicial, se da con la introducción de criterios cuasi tasados u obligatorios en dicho proceso (cadena perpetua, semilibertad o liberación condicional excesivamente regladas).

### **Sistemas comparados de determinación de la pena**

En la legislación comparada es bastante difícil encontrar *sistemas puros* de determinación judicial de la pena. Sin embargo, la obtención de una pena justa, de una pena igualitaria, previsible y respetuosa de los principios, ha dado lugar, a que se creen sistemas que van desde los sistemas tasados, hasta los de discrecionalidad reglada.

El penalista colombiano Fernando Velásquez presenta seis sistemas o modelos de regulación. Hay sistemas en donde se establece una tabla de circunstancias agravantes y atenuantes con penas fijas. Existe un

*segundo sistema* donde se habla de una tabla de circunstancias agravantes y atenuantes con penas flexibles, acompañado de criterios generales para su determinación. Un *tercer sistema* en el que se establece un marco punitivo específico sin enunciación de criterios generales. Un *cuarto sistema* que consiste en una tabla de circunstancias agravantes y atenuantes con penas relativamente rígidas. Un *quinto sistema* de tabla de circunstancias agravantes y atenuantes no especificadas, sin criterios generales y con penas flexibles. Y finalmente un sexto modelo o *sistema de criterios generales* con penas flexibles.

## La determinación judicial de la pena en el Código Penal de 1991

El Código Penal de 1991 presenta un conglomerado de principios y normas que se incardinan entre sí y se relacionan con la determinación judicial de la pena. En la base del “sistema” se encuentran los **principios generales**, como el de legalidad, prohibición de analogía, afectación de bien jurídico, control judicial y legal de la pena, culpabilidad, y finalidad múltiple de la pena. Estos principios orientan o limitan la labor de fijación del marco punitivo concreto. Constituyen el espacio, dentro del cual, el juez debe interpretar las normas de determinación judicial de la pena. El juez no puede, por ejemplo, imponer una pena que exceda o vulnere la culpabilidad por el acto. Le está vedado imponer una pena distinta a la prevista en la ley. Cuando fija una pena debe considerar los diversos fines de la pena.

Al lado de estos principios, subyacen los **criterios generales o fundamentadores** de la aplicación de la pena (Art. 45°) o de base para su determinación: injusto y culpabilidad (Art. 46° primer párrafo). En ese sentido el sistema de determinación judicial de la pena está sustentado en estos dos pilares: el **grado de injusto**; es decir, la gravedad del delito, y **la culpabilidad** por el acto, como límite máximo al momento de fijar una pena conminada o concreta. Hay un *tercer criterio* que no necesariamente es aceptado en la doctrina, pero que en mi concepto es útil: *el principio de necesidad de la pena*; esto es, la pena, una vez declarada la culpabilidad, tiene que ser igualmente necesaria; es decir, cuando el Estado deba ejercer ineluctablemente su potestad punitiva. En nuestro medio, este tercer criterio se vislumbra con el reconocimiento de la exención de la pena (Art. 68°). En la exención de la pena no solamente se hace alusión a la mínima culpabilidad de la persona exenta, sino que dicha exención se sustenta en lo innecesario de la imposición de una pena.

En tercer lugar, son un componente del sistema actual, las llamadas **circunstancias genéricas relativamente especificadas** (Art. 46° segundo párrafo) y que forman parte de un listado que alude al móvil, fin, medio, alcance del daño, condiciones personales, reparación del daño. Se trata de

un listado enunciativo de circunstancias, aplicables en caso no estén específicamente descritas en el tipo penal, pero que el juez puede eventualmente considerarlas, sea en sentido de agravación o atenuación de la responsabilidad.

Finalmente, un *cuarto componente* de este sistema de determinación judicial de la pena, es lo que denomino **circunstancias de atenuación o agravación especiales**. Con este rótulo se alude a todas aquellas circunstancias adicionales al injusto que autorizan al juzgador a imponer una pena por debajo del mínimo legal o por encima del máximo legal conminados.

Dentro de las circunstancias especiales atenuantes se encuentran la omisión impropia (Art. 13°); error de tipo y prohibición (Art. 14°); la tentativa (Art. 16°); las eximentes de responsabilidad incompletas (Art. 21°), la responsabilidad restringida por razón de la edad (Art. 22°); la complicidad secundaria (Art. 25° segundo párrafo), y otras instituciones procesales como la confesión sincera o la colaboración eficaz.

Como circunstancias especiales agravantes se consideran el concurso ideal de delitos (Art. 48°); el llamado delito masa (Art. 49°); el concurso real de delitos (art. 50°); la circunstancia agravante por la condición de funcionario público (Art. 46°-A), y la reincidencia y habitualidad (Arts. 46°-B y 46°-C).

### **Características del sistema vigente de determinación de la pena**

En primer lugar, la regulación de la determinación de la pena da cuenta de un conglomerado de normas que no necesariamente son coincidentes o coherentes entre sí. Este mosaico normativo se inserta en un contexto punitivo en el que prevalece la pena privativa de libertad como pena autónoma, 90% de las penas conminadas en los tipos especiales son privativas de libertad. El legislador considera la privación de libertad como la base del sistema penal. Las alternativas a la privación de libertad, como la pena de prestación de servicios a la comunidad, aparecen como pena conminada autónoma en cuatro o cinco tipos penales. La pena de limitación de días libres sólo es prevista en dos delitos.

La prevalecía de la pena privativa de libertad pretende morigerarse a través de la aplicación de sustitutos o de instituciones alternativas de modelos más avanzados, en los que se obtienen resultados paradójicamente disímiles al nuestro. Es decir, en nuestro país regulando las mismas instituciones alternativas a la privación de libertad, se la aplica en un porcentaje equivalente a la aplicación de penas no privativas de libertad en Alemania o Suiza (85%).

Por otro lado, no existe un procedimiento expreso que guíe al intérprete en la labor lógico valorativo para determinar judicialmente la pena. Esto genera diversas interpretaciones que acentúan inequidades. Con ello se genera la tendencia legislativa a acortar cada vez más el margen de juego del juzgador. Por ejemplo, en el caso de conversión de penas para delitos contra la administración pública se ha restringido las equivalencias en las penas convertibles.

A esta tendencia se asocia la consolidación de una visión conservadora en materia punitiva, con la exacerbación de la pena en las llamadas agravantes especiales, como la reincidencia, la habitualidad, o el concurso ideal de delitos, autorizando al juzgador a imponer una pena por encima del máximo legal para el delito concernido.

Mención aparte merece la agravación de la pena en el caso de delitos cometidos por funcionarios públicos (Art. 46º-A). La equivocada concepción de justificar la agravación por el especial deber infringido por éstos, colisiona con principios como los de afectación de bien jurídico e igualdad, en la medida que su fundamento (violación especial de la norma) hace abstracción de la vulneración real del bien jurídico y la respuesta diferenciada en desmedro de los funcionarios no está sustentada en criterios objetivos.

En otras palabras, no se mira al desvalor del resultado o el grado de afectación del bien jurídico como criterio de base, si no, se toman en cuenta criterios anteriores a los de afectación del bien jurídico como es la infracción del deber al funcionario público se le castiga no sólo por el resultado dañoso a través de su conducta, sino por la “especial vulneración de la norma” (*sic*).

Asimismo, la discrecionalidad en el caso de las atenuantes especiales es demasiado abierta, se deja a la prudencia del juzgador el monto de la rebaja por debajo del mínimo legal, sin establecerse límites. Dicha incertidumbre es acentuada por la caótica redacción de la rebaja aceptable (“podrá ser atenuada”; “se atenuará la pena”; “...disminuyendo la pena”), lo que ha generado la equivocada idea que la atenuación, una vez *configurado* el supuesto, es facultativa en unos casos y obligatoria, en otros.

El propio modelo procesal vigente limita una aplicación racional de la pena. En el caso de las apelaciones por delitos sujetos al proceso sumario (75% de la carga procesal penal), la instancia de apelación no puede revisar la pena impuesta con observancia del principio de inmediación, pues no permite al tribunal de instancia “tomar conocimiento directo del agente”, como lo exige artículo 46º *in fine*.

Finalmente, en los casos de concurso de atenuantes y agravantes especiales no siempre se hace una adecuada ponderación para encontrar un equilibrio en la pena impuesta, sesgándose la pena hacia un extremo u otro.

### **Determinación de la pena y reforma penal**

En el Anteproyecto de Código Penal de 2004 se introducen algunas modificaciones al procedimiento de determinación de la pena. En materia de principios no se plantean cambios sustantivos. Ello no debe inquietar si atendemos a la función práctica que éstos cumplen en la realidad; son un marco referencial que guían la interpretación de los jueces, pero que adquieren pleno sentido en las normas propiamente dichas. Al margen de su invocada inmutabilidad, la legislación evoluciona a su pesar. En ese sentido, por ejemplo, la finalidad polifuncional de la pena, se reformula señalando que ésta tiene una función preventiva y una orientación resocializadora. Se arriba de esta manera a una fórmula de consenso que permite asignarle funciones, según el estadio en que se formula la valoración. Así, en la etapa de la formulación de la legislación, se le puede asignar una función prevalentemente preventivo general. En la fase de determinación judicial de la pena, el juez se orienta básicamente por el criterio de retribución, teniendo en cuenta el principio de culpabilidad. En el nivel de la ejecución de la misma lo que prevalece es la prevención especial.

Con relación al principio de legalidad se le regula de la misma manera, con la única atinencia que se hace una diferenciación del hecho punible, entre acto y omisión. En lo referente al principio de culpabilidad se utiliza este término en lugar de responsabilidad, con la única consecuencia de acentuar la orientación preventiva de la pena. En lo que concierne al principio de proporcionalidad, se considera como criterio de determinación de la pena, la importancia y grado de afectación del bien jurídico para la determinación legal y judicial de la pena, sin desmedro de tener en cuenta además la protección a la víctima, así como criterios de humanidad y necesidad.

En el ámbito de las normas generales o los criterios generales, el Anteproyecto de 2004 introduce un procedimiento reglado de determinación de la pena. Ello resulta útil porque provee al juzgador de una herramienta objetiva que le permite individualizar ordenada y racionalmente la pena a aplicar. La consecuencia de esta novedad es la obligación al juez de motivar debidamente la resolución explicando cada uno de los pasos para determinar la pena aplicable (juicio de determinación).

En el Anteproyecto se presenta un listado de las circunstancias genéricas de atenuación (Art. 46<sup>o</sup>). Con relación a las circunstancias de atenuación genéricas el listado es descriptivo pero no cerrado, se deja un margen de juego al juzgador para la aplicación por analogía *in bonam partem* de circunstancias atenuantes. Por el contrario, en el caso de las circunstancias agravantes el sistema es taxativo (*numerus clausus*). La diferenciación de circunstancias agravantes y atenuantes se distancia del sistema actual en donde una misma circunstancia puede ser entendida en uno u otro sentido.

### **Ámbito de movilidad de la pena**

La innovación más importante del Anteproyecto la encontramos en lo que se denomina el ámbito de movilidad de la pena; vale decir, en la posibilidad que en un caso concreto, la pena aplicable sea desplazada entre el mínimo y máximo legal conminados. En la actualidad, este “desplazamiento de la pena” es abierto entre ambos extremos, no existiendo criterio vinculante alguno para que el juzgador la ubique en un determinado sector del espectro punitivo. En el Anteproyecto, por el contrario, se introduce el llamado “**sistema de los cuartos**” y que consiste en que el marco punitivo abstracto para un delito específico es dividido en cuatro, debiendo el juzgador fijar la pena concreta en uno de ellos según concurren o no, exclusiva o combinadamente, circunstancias atenuantes o agravantes genéricas. Así, si el juzgador comprueba que en el caso concreto no concurre circunstancia alguna o sólo circunstancias atenuantes deberá fijar la pena en el primer cuarto (inferior). Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes deberá situar la pena en los cuartos intermedios. La ubicación de la pena en el segundo o tercer cuarto depende de la preponderancia de las circunstancias atenuantes o agravantes respectivamente. Finalmente, si sólo concurren circunstancias genéricas agravantes, el juez ha de fijarla en el último cuarto (superior).

Este modelo de determinación obliga al juez a revisar cada una de las circunstancias reguladas en el Código. Además, le obliga a motivar detalladamente la configuración de las circunstancias a aplicar en el caso concreto. A diferencia de lo que sucede en la actualidad, el juez debe realizar una ponderación de circunstancias sopesando cada una de ellas. Con ello, el **juicio de determinación** de la pena es más controlable.

El juez debe ir razonadamente señalando punto por punto si se configura o no se configura la circunstancia agravante o atenuante. Esto puede parecer engorroso pero en realidad cubre un vacío que actualmente propicia arbitrariedades. Tan importante es la exigencia de motivación en la declaración de responsabilidad, como en el juicio de determinación

de la pena. Sin embargo, en el presente, lo único que puede cuestionar el justiciable es la declaración de responsabilidad.

### **Determinación y conversión de penas**

La determinación judicial de la pena tiene incidencia en el ámbito de la conversión de la misma. La tarea de determinación no es meramente cuantitativa. Igualmente, el juzgador puede modificar el tipo pena sustituyendo una pena por otra. La importancia de la cuestión radica en que a través de esta institución se puede relativizar la presencia de la pena privativa de libertad para abrir espacio a otras alternativas menos gravosas o desocializantes. En la actualidad, el límite máximo para suspender, reservar o convertir la pena es ínfimo o bastante limitado; solamente pueden convertirse a penas de servicio a la comunidad o limitación de días libres penas privativas de libertad no mayor a cuatro años.

La fijación general de un límite máximo de conversión genera la errada idea de considerar su procedencia para delitos leves. Se piensa con ello, que la conversión de pena debe hacer en función de un pronóstico individualizado de conducta, y no en atención a la gravedad abstracta del delito por el que se condena a una persona. En este sentido, es necesario que se aluda expresamente a esta prognosis como sucede en la suspensión de la ejecución de la pena. Esta concepción es acentuada con la prohibición general de convertir penas por delitos contra la administración pública.

A ello se agrega el hecho que la conversión de penas en una institución supletoria, subsidiaria, complementaria, desde el punto de vista legal, sólo cuando no pueda suspenderse la ejecución de la pena privativa de libertad o reservar el fallo condenatorio, recién el juez tiene que ponerse a razonar, si es posible convertir una pena. Esta aplicación en cascada determina que la conversión devenga en inoperante, pues consolida la idea en los jueces de recurrir fundamentalmente a la suspensión de la ejecución de la pena.

Por otro lado, no existe una política de difusión en su aplicación. Esto genera la falsa percepción en la comunidad que las penas convertidas son espacios de impunidad. No se recibe mayor información sobre las entidades receptoras, por lo tanto, los jueces están disociados de lo que sucede en el sistema penitenciario. Esto genera también el temor de convertir penas privativas de libertad, porque no existe un sistema de coordinación entre el juez y la autoridad penitenciaria. A su vez la autoridad administrativa no tiene aún un sistema de monitoreo de la ejecución de la pena convertida por la entidad receptora.

La imposibilidad misma de la autoridad judicial de conocer directamente al agente, condiciona la limitada aplicación de la conversión de penas por desconocimiento de las condiciones personales del penado. La aplicación subsidiaria de la conversión de penas (cuando no sea procedente la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio) exige un mayor grado de conocimiento del agente para descartar las otras alternativas a la privación de libertad.

**Rueda de Preguntas**



## **Magistrado asistente**

Hizo usted una intervención en relación a la reserva de fallo condenatorio, y revisando el Anteproyecto del Código Penal de 2004, creo que la orientación va en la posición que sostiene, porque el artículo 65° dice: *“el juez al disponer la reserva de fallo condenatorio, declara la culpabilidad del autor o partícipe, le fijará la pena, pero se abstendrá de imponerla”*; esto se está dando en Lambayeque, y creo que es el criterio más correcto por las indicaciones que usted dio.

En relación al tema que usted ha expuesto mi pregunta es, hay alguna circunstancia agravante, como en el caso del artículo 186° que ha veces van a ser de poca utilidad para la determinación de la pena. Por ejemplo, pongámonos en el supuesto que el mismo objeto de hurto no sobrepasa la remuneración mínima vital; que pasa si el valor de ese bien no sobrepasa la remuneración mínima vital y ha sido cometido durante la noche; con el concurso de dos o más conductas, estarían calificando como un hurto agravado. Desde mi punto de vista resulta incorrecto, porque el artículo 186°, es un tipo derivado que no existiría si no existe el tipo base, o como también lo hizo saber el doctor Prado Saldarriaga en relación al delito de tráfico ilícito de drogas. Entonces, por ejemplo ahí, que razón tendría para analizar circunstancias agravantes en un caso como este. Cuando directamente estamos calificando como un hurto agravado.

### **Dr. Aldo Martín Figueroa Navarro**

Bien para contestar me voy a apoyar en lo que ya señaló el doctor Víctor Prado, respecto a la estructura y al orden que se debe seguir en el juicio de tipicidad de una conducta, en el que existe un tipo básico, y al lado una circunstancias agravante seguido de un tipo agravado. Evidentemente si es que la estructura lógica es que si el tipo básico es el que debe ser primariamente examinado, y hacer únicamente una evaluación si concurre o no la circunstancia agravante, la consecuencia igualmente lógica, es que el juzgado tiene que partir por evaluar si es que en el caso que usted planea un hurto, es delito o falta; establecer si es que está dentro del límite señalado por la ley, es decir, si es que está por debajo de la remuneración mínima vital o está por encima; si está por debajo de la remuneración mínima vital, esa conducta únicamente puede ser subsumida dentro de una falta contra el patrimonio, de ahí para usted, debe evaluar si es que concurren otras circunstancias; y por qué; porque las otras circunstancias son constitutivas de un tipo que está previsto como delito; pero si usted ya decidió que se trata de una falta porque no rebasa el límite cuantitativo establecido por el legislador, no tiene usted que hacer un análisis posterior, me sorprende, que incluso en Lima, si se notaba con mucha frecuencia este tipo de razonamientos equivocados, y por lo tanto, de inaplicación, de los conceptos básicos, de cómo uno debe razonar para hacer el juicio de tipicidad, porque

pensábamos que de alguna manera ya había sido corregido, a través de las instancias de revisión o de apelación. Definitivamente estas malas prácticas tienen que ser desterradas, haciendo ese ejercicio lógico de sus funciones de tipicidad, o de otro modo vamos a seguir en lo mismo, en que vía una aplicación inadecuada o un examen inadecuado de las agravantes se termine perjudicando al sentenciado.

### **Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

La pena convertida, la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva de fallo, se estiman como más efectivas, hay poca discusión, con lo cual coinciden varias de las ideas que aquí se han expuesto. Hay que recordar que la conversión de pena, es una medida alternativa discrecional, en principio por el órgano jurisdiccional, o sea, no tiene porque ser requerido por el condenado.

Si bien, la conversión de penas es subsidiaria de la suspensión de la ejecución de la pena, esa opción es primaria, es decir, no es que la conversión viene a ser una alternativa al fracaso de la suspensión de la ejecución de la pena, sino que es una medida autónoma, sino que está regulada en función de que no puedan aplicarse en la sentencia, o reserva, o suspensión; el momento es la sentencia, por ende esta práctica es también interesante, pero no coincide con la lógica normativa, que opina sobre la aplicación efectiva de la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Hay un porcentaje de asistentes que señalan, que es inadecuado este tipo de pena, y dan un listado de factores derivados del encarcelamiento. Para un número mínimo de magistrados sí es importante aplicar penas efectivas, porque fortalecen una imagen de no impunidad.

Y cuál de las tres medidas alternativas a la pena privativa de libertad prefiere aplicarse. Se ratifica lo que hemos expuesto, que la suspensión de la ejecución de la pena es la preferida, dan varias razones, y la reserva de fallo condenatorio para otros. La conversión de pena tiene también una preferencia pero siempre en tercer término o en último lugar, esa es la percepción que hemos podido contrastar con otros estudios parecidos. Sin embargo, se señala por otros magistrados, que hay una opción para delitos menores, que consiste en tomar en cuenta la condición del agente.

**Conclusiones**



Durante los meses de mayo y junio del presente año se realizó en las ciudades de Piura, Lima y Cusco el Seminario Taller “Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena”, organizado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. En él participaron Jueces y Vocales Superiores de todos los Distritos Judiciales del país. La conducción y supervisión de este evento académico de difusión y debate, estuvo a cargo del señor Consejero Doctor Walter Cotrina Miñano. Intervinieron como expositores los Magistrados Doctores Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Aldo Martín Figueroa Navarro y Ricardo Alberto Brousset Salas; así como la Funcionaria del Instituto Nacional Penitenciario, Psicóloga Lily Norka Vásquez Dávila. La preparación del material de trabajo y la facilitación de las sesiones de debate fueron realizadas por el Doctor Luis Alejandro Yshií Meza personal jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El Seminario Taller abordó como tema central la problemática actual de la determinación judicial de la pena, evaluando su percepción social, el marco legal vigente y la praxis predominante en el quehacer funcional de la judicatura penal nacional. Asimismo, se analizó la viabilidad de desarrollar nuevos criterios de determinación de la pena que impulsen la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración, y su conversión en penas limitativas de derechos de prestación de servicios a la comunidad.

En este contexto, fue también objeto de discusión las posibilidades y capacidades que tiene en la actualidad el Instituto Nacional Penitenciario para la supervisión y cumplimiento de las penas convertidas de prestación de servicios a la comunidad. Por último, fueron examinadas las propuestas legislativas que en la materia viene elaborando la Comisión de Reforma del Código Penal del Congreso de la República.

Durante las sesiones se pudo detectar la ausencia de un marco normativo adecuado para orientar y controlar la predictibilidad de las decisiones judiciales para la determinación de la pena. Igualmente, se hizo evidente la falta de una práctica jurisdiccional homologable en este dominio, lo cual afectaba la seguridad jurídica de los justiciables, y generaba un trato desigual de casos penales de contenido y circunstancias similares.

Otra situación problemática que surgió de las reuniones de trabajo fue la falta de coordinación y recursos logísticos y técnicos, que afectan el control y cumplimiento de las penas de prestación de servicios a la comunidad, por parte de las unidades especializadas del Instituto Nacional Penitenciario.

Finalmente, el Seminario aportó nuevas perspectivas y oportunidades para superar las deficiencias señaladas, en función a modificaciones en el proceder decisonal de la determinación judicial de la pena, así como con la incorporación normativa de nuevas reglas de determinación que viene siendo promovida desde la Comisión de Reforma del Código Penal del Congreso de la República. Además, se asumió como compromiso auspiciar mejoras en la operatividad de las instancias de las penas convertidas de prestación de servicios a la comunidad, ya que esta clase de penas proyectan a la colectividad un mensaje reparatorio importante frente las expectativas sociales de sanción efectiva de la criminalidad de mínima y mediana gravedad.

El Pleno del Seminario Taller acordó un consolidado de conclusiones y recomendaciones, que en lo esencial postula lo siguiente:

- a) Impulsar la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración y su conversión en penas de prestación de servicios a la comunidad, a determinados delitos de mínima o mediana gravedad.
- b) Potenciar la fundamentación y justificación interna de las decisiones y resultados del procedimiento judicial de determinación de la pena.
- c) Ejercitar un modelo unificado de determinación judicial de la pena en función a etapas determinadas y ensayar las alternativas sugeridas por el Proyecto de Código Penal de 2004.
- d) Aplicar un esquema de sentencia - tipo en lo concerniente a las consideraciones correspondientes a la definición de las penas concretas.
- e) Colaborar con las instancias competentes del Instituto Nacional Penitenciario para el cumplimiento efectivo y adecuado de las condenas a penas de prestación de servicios a la comunidad.

De manera específica las conclusiones y recomendaciones aprobadas por el Seminario Taller en cada uno de los temas de discusión abordados, son las siguientes:

## **I. Sobre la Determinación Judicial de la Pena**

- 1.1 La determinación judicial de la pena es un proceso decisonal importante que se desarrolla a través de etapas hasta alcanzar la definición cualitativa y cuantitativa de la pena aplicable al caso.

- 1.2 Es importante que el operador de justicia fundamente cada estación del proceso de determinación, a fin de que la pena concreta obtenida se encuentre plenamente justificada.
- 1.3 Cabe sugerir la implementación inmediata del modelo de determinación de la pena que propone el Anteproyecto de Código Penal de 2004. Sin embargo, los operadores judiciales en la actualidad pueden adaptar su técnica de determinación a tales propuestas.

## **II. Sobre la Conversión de Penas Privativas de Libertad Efectivas en Penas Limitativas de Derechos**

- 2.1 La conversión de la pena es una medida alternativa idónea porque evita el efecto estigmatizador de la cárcel; coadyuva a superar el hacinamiento carcelario; permite una reparación social efectiva del delito por su autor; y hace visible a la colectividad el cumplimiento de la sanción penal.
- 2.2 Se debe promover la aplicación de penas cortas privativas de libertad con carácter efectivo para fortalecer la función preventivo general, pero estas deben, luego, ser convertidas preferentemente en penas de prestación de servicios a la comunidad para alcanzar con ello efectos preventivos especiales adecuados a la condición personal del condenado.
- 2.3 El operador jurisdiccional debe motivar debidamente la decisión de efectividad de la pena privativa de libertad, así como su posterior conversión a pena limitativa de derechos.
- 2.4 Se debe coordinar con la autoridad penitenciaria la supervisión adecuada del cumplimiento de la pena convertida.

## **III. Delitos sobre los que cabe aplicar la Conversión de Penas Privativas de Libertad en Penas Limitativas de Derechos**

- 3.1 La conversión debe aplicarse en penas impuestas por la comisión de delitos de escasa y mediana gravedad.
- 3.2 Los delitos en los cuales cabe aplicar la conversión de penas serán los siguientes:
  - Omisión de asistencia familiar.
  - Lesiones leves.
  - Difamación e injuria.
  - Hurto simple.

- Abigeato simple.
- Apropiación ilícita.
- Fraude en la administración de personas jurídicas.
- Estafa.
- Daños.
- Usurpación.
- Receptación.
- Delitos aduaneros y tributarios leves.
- Falsedad documental.
- Conducción de vehículos en estado de ebriedad.

#### **IV. Extensión máxima de la Conversión de Penas Privativas de Libertad en Penas Limitativas de Derechos**

- 4.1 Actualmente, la posibilidad de la conversión sólo se extiende hasta penas privativas de libertad efectivas de 4 años.
- 4.2 El Anteproyecto de Código Penal de 2004 plantea incrementar el límite de la conversión a 5 años. Ello daría una mayor cobertura a tan importante medida alternativa, por lo que es de sugerir la implementación en el más breve plazo de dicha opción modificatoria.

#### **V. Metodología de Difusión**

- 5.1 Realizar un Seminario Taller de difusión y réplica en cada uno de los Distritos Judiciales del país, a cargo de los asistentes al Seminario Taller (Nacional).
- 5.2 Evaluar periódicamente la evolución de las tendencias en la aplicación judicial de la pena, para detectar el impacto de la difusión de las conclusiones del Seminario Taller (Nacional) en el respectivo Distrito Judicial (Distrital).

La organización agradece a todos los expositores y asistentes por el esfuerzo desplegado. Igualmente expresa su reconocimiento a los funcionarios de los organismos de cooperación internacional que apoyaron a la realización del Seminario Taller.

**Resolución Administrativa  
N° 088-2007-CE-PJ**



Resolución Administrativa N° 088-2007-CE-PJ de fecha 02 de mayo de 2007. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el día martes 15 de mayo de 2007.

El Peruano  
Lima, martes 15 de mayo de 2007

**NORMAS LEGALES**

**345303**

**Organizan el Seminario Taller sobre "Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena"**

**RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA  
N° 088-2007-CE-PJ**

Lima, 2 de mayo del 2007

VISTO:

El Oficio N° 98-2007-WRCM-CEP/J al cursado por el señor Consejero Wálter Ricardo Cotrina Miñano, remitiendo propuesta para llevar a cabo tres seminarios taller sobre "Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena", en las ciudades de Piura, Lima y Cusco; y,

CONSIDERANDO:

Que, en la experiencia de la magistratura nacional el ámbito de la aplicación judicial de las sanciones penales, no ha sido objeto de programas de formación constantes e integrales, por esa razón resulta necesario capacitar a los magistrados con la finalidad de dotarles de conocimientos, destrezas y habilidades prácticas necesarias, para mejorar el servicio de administración justicia en materia penal;

Que, la determinación judicial de la pena es un proceso técnico y valorativo a través del cual, el Juez decide de manera cualitativa y cuantitativa la sanción penal que corresponde aplicar al autor o partícipe de un hecho punible; es decir, mediante este proceso, determina el tipo de pena, su extensión y la forma en que será ejecutada;

Que, los desarrollos prácticos de la determinación de la pena han sido, las más de las veces, el resultado de un proceso empírico y carente de congruencia con la naturaleza y circunstancia del hecho punible; lo que ha dado lugar a un uso generalizado de medidas como la suspensión de la pena o la reserva del fallo condenatorio, sin tomar en cuenta el tipo de delito cometido o la condición personal del autor o partícipe del mismo, perjudicando su significado político criminal y generando que la conciencia ciudadana y los medios de comunicación la perciban como indicadores de benevolencia judicial;

Que, el seminario taller constituye una herramienta metodológica idónea para propiciar una reflexión colectiva de los magistrados con un sentido proactivo, a fin de promover un replanteamiento de los criterios de determinación judicial de la pena y de la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad de corta duración de mejor percepción social, como la conversión o sustitución de penas privativas de libertad, en penas de prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, multa, etc.

Que, el seminario taller se realizará en las ciudades de Piura, Lima y Cusco, y concurrirán un Vocal Superior y dos Jueces Especializados en lo Penal o Mixtos designados por los Presidentes de las Cortes Superiores respectivas a propuesta de los magistrados de la especialidad y grado, quienes a su vez tendrán a su cargo el seminario taller en las sedes judiciales de su procedencia;

Por tales fundamentos, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en uso de sus atribuciones, en sesión ordinaria de la fecha, por unanimidad;

RESUELVE:

**Artículo Primero.-** Organizar el Seminario Taller sobre "Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena" que se desarrollará de 09:00 a 13:00 y de 15:30 a 19:30 horas, en las siguientes ciudades:

- **Sede Piura:** Los días 25 y 26 de mayo del año en curso, con participación de Un Vocal Superior y dos Jueces Especializados en lo Penal o Mixtos de las Cortes Superiores de Justicia de Amazonas, Ancash, Cajamarca, Lambayeque, La Libertad, Piura, Santa, San Martín y Tumbes.

- **Sede Lima:** Los días 1 y 2 de junio del año en curso, con participación de un Vocal Superior y dos Jueces Especializados o Mixtos de las Cortes Superiores de Justicia de Ayacucho, Callao, Cañete, Huancavelica, Huanuco, Huaura, Ica, Junín, Lima, Lima Norte, Loreto, Pasco y Ucayali.

- **Sede Cusco:** Los días 8 y 9 de junio del año en curso, con participación de un Vocal Superior y dos Jueces Especializados o Mixtos de las Cortes Superiores de Justicia de Apurímac, Arequipa, Cusco, Madre de Dios, Moquegua, Puno y Tacna.

**Artículo Segundo.-** Disponer que en las Cortes Superiores de Justicia donde se llevará a cabo el seminario taller participen mayor número de magistrados que serán designados por la Presidencia, velando porque no se afecte el despacho judicial.

**Artículo Tercero.-** Los gastos respectivos serán financiados por el Proyecto JUSPER.

**Artículo Cuarto.-** Disponer que al término de los mencionados seminarios talleres se realicen en cada una de las Cortes Superiores de Justicia del país similares certámenes, en donde los magistrados asistentes serán los expositores en sus respectivas sedes judiciales.

**Artículo Quinto.-** Autorizar al señor Consejero, Wálter Cotrina Miñano a efectuar las coordinaciones respectivas en cuanto a los expositores y otras acciones que resulten necesarias para la ejecución de la presente resolución.

**Artículo Sexto.-** Transcribasela presente resolución al Presidente del Poder Judicial, Presidencias de las Cortes Superiores de Justicia del país, Proyecto JUSPER, así como a la Gerencia General del Poder Judicial para su conocimiento y fines pertinentes.

Regístrese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

SS.

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

ANTONIO PAJARES PAREDES

JAVIER ROMÁN SANTISTEBAN

JOSÉ DONAIRES CUBA

WÁLTER COTRINA MIÑANO

LUIS ALBERTO MENA NUÑEZ

60121-2

**CORTES SUPERIORES  
DE JUSTICIA**

**Establecen conformación de la Segunda Sala Penal para procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima y designan Juez Suplente de juzgado especializado en lo penal**

Corte Superior de Justicia de Lima  
Presidencia

Oficina de Coordinación Administrativa y de  
Asuntos Jurídicos

**RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA  
N° 155-2007-P-CSJLI/PJ**

Lima, 14 de mayo del 2007



**Programa**



**Seminario Taller**  
**Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena**

**Programa 2007**

Viernes 25 de mayo

**Inauguración**

Señor Doctor Antonio Pajares Paredes.  
Vocal Supremo - Miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

**Presentación Metodológica del Seminario – Taller**

Señor Doctor Walter Cotrina Miñano.  
Juez Especializado - Miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

**Primera Exposición**

La Determinación Judicial de la Pena  
Señor Doctor Víctor Roberto Prado Saldarriaga

**Proyección de la Película**

“Situación Extrema”

**Trabajo Práctico**

**Segunda Exposición**

La Conversión de Penas  
Señor Doctor Víctor Roberto Prado Saldarriaga

**Break**

**Tercera Exposición**

Ejecución y Supervisión de las Penas Limitativas de Derechos  
Licenciada Lily Norka Vásquez Dávila

**Ejercicio Grupal**

Sábado 26 de mayo

**Cuarta Exposición**

El Nuevo Proceso Penal y la Determinación Judicial de la Pena  
Señor Doctor Ricardo Brousset Salas

## **Break**

### **Quinta Exposición**

La Determinación Judicial de la Pena y el Anteproyecto de Código Penal de 2004

Señor Doctor Aldo Figueroa Navarro.

### **Trabajo Grupal**

¿Penas Privativas de Libertad de corta duración efectiva o Conversión de Penas?

## **Plenario**

### **Clausura**

Señor Doctor Roberto Palacios Márquez

Presidente de la Corte Superior de Justicia de Piura

**Hoja de Vida**



## **Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en Derecho de la Universidad de Valencia – España. Consultor y experto de las Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos y Comunidad Andina de Naciones en temas de prevención y control de Tráfico Ilícito de Drogas, Lavado de Activos, Criminalidad Organizada y Cooperación Judicial Internacional en materia penal.

Ha integrado varias Comisiones Revisoras y de Redacción de Legislación Penal y Procesal Penal nacional. Autor de libros y artículos de Derecho Penal y Política Criminal publicados en el Perú y el extranjero.

Ha participado como expositor a nivel nacional e internacional en temas de Criminalización Internacional del Lavado de Dinero, Políticas Internacionales para la Prevención y Control del Tráfico de Drogas, sobre Estrategias Internacionales contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, sobre Programas y Medidas de Cooperación Judicial Internacional en Materia Penal, sobre temas de Derecho Penal, Política Criminal y Derecho Procesal Penal.

En el campo de la docencia universitaria, se ha desempeñado como profesor principal de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú, en las secciones de Pregrado y de Postgrado.

Profesor principal de la Academia de la Magistratura. Miembro del Equipo Técnico de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal del Poder Judicial.

Se ha desempeñado como Vocal Superior Titular desde 1992 hasta mayo de 2007. Y actualmente es Vocal Supremo Titular, miembro de la sala penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.

## **Ricardo Alberto Brousset Salas**

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal (1986). Magíster en derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1998). Doctor en Derecho, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1992-1993).

Ha ejercido la docencia universitaria, desempeñándose como profesor principal de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Igualmente ha sido profesor de Maestría en Ciencias Penales, en las Escuelas de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco; y Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque.

Profesor de la Academia de la Magistratura (1999-2007), y miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal - INCIPP.

Durante su experiencia profesional se ha desempeñado como:

- Vocal (T) de la CSJ de Lima.
- Vocal (S) de las Salas Penales de la CSJ de Lima Norte (1998-2002).
- Vocal de la 1ra. Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima (2002).
- Vocal de la Sala Nacional de Terrorismo (Sala Penal Nacional) (2003-2004).
- Vocal de la 4ta. Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima (2005).
- Vocal de la 2da. Sala Penal Especial (Anticorrupción) (2005-2006).
- Vocal de la 4ta. Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima (2007).

Actualmente es Vocal de la 4ta. Sala Penal Especial (Anticorrupción) de la Corte Superior de Justicia de Lima.

## **Aldo Martín Figueroa Navarro**

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialización en el Instituto Max Planck - Alemania. Master en Administración Pública en la Universidad de Lausana - Suiza. Doctor en Derecho por la Universidad de Fribourg - Suiza.

Se ha desempeñado como Jefe de Gabinete de Asesores (1999 – 2000), Director de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación (2001 – 2002) y del Ministerio del Interior (2002 - 2003), Asesor de la Presidencia del Poder Judicial (2003).

En la carrera jurisdiccional, ha sido Vocal de la 3ra. Sala de Reos Libres (2003), Presidente de la 1ra. Sala de Reos en Cárcel (2004), Vocal de la 5ta. Sala Penal Especial (2005 - 2007).

En el ejercicio de la docencia, ha sido profesor de Política Criminal en la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y, profesor de Derecho Penal de la Maestría de la Universidad de San Pedro de Trujillo.

Integro la Comisión de Reglamentación del Código Procesal Penal y Comisión de Coordinación Interinstitucional del Poder Judicial. Actualmente es miembro de la Comisión Revisora del Código Penal y Comisión Multisectorial de Derecho Penal Internacional.

Entre sus principales publicaciones figuran “El ambiente como bien jurídico protegido”, “Involución del Sistema de Penas en el Proceso de Politización del Derecho Penal”, “Arresto de fin de semana y limitación de días libres”, “Desafíos y Perspectivas en la Implementación del Nuevo Despacho Judicial”, “Reserva de Fallo Condenatorio”, “Sentencia sobre Lavado de Activos y TID”, “Perspectivas y Desafíos para la Implementación de la Reforma Procesal en Lima” y “Criterios Político Criminales para la Reforma de los Delitos contra la Administración Pública”.

Actualmente es Presidente de la Quinta Sala Penal Especial (Anticorrupción) de la Corte Superior de Justicia de Lima.

## **Lily Norka Vásquez Dávila**

Licenciada en Psicología (1997) por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Con estudios de Post Grado en “Conducta Adictiva y Violencia” en la Universidad Nacional Federico Villarreal (2000 - 2001). Diplomado en Dirección y Gerencia de Recursos Humanos - Universidad Nacional de Trujillo, Programa de Extensión Universitaria (Mayo 2007 - Enero 2008).

Se ha desempeñado como Sub Directora del Establecimiento de Ejecución de Penas Limitativas de Derecho y Asistencia Post - Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario - INPE (Julio 2007 - Enero 2008).

Psicóloga Asistencial de Establecimientos de Ejecución de Penas Limitativas de Derecho y Asistencia Post - Penitenciaria de Zarate y Bertello Cono Norte - Callao (Febrero 2002 - Mayo 2006); responsable de la evaluación para la elaboración de informes psicológicos de beneficios penitenciarios; encargada de realizar evaluaciones psicológicas; manejo de batería de test y dinámica de grupos, técnicas psicológicas; encomendada para llevar a cabo psicoterapias individuales y grupales con una población de adultos mayores.

Psicóloga Asistencial del Establecimiento Penal de Primarios de Lima (Febrero 2000 - Enero 2002). Responsable de realizar programas de prevención del delito dirigido a la población del sector y diversas entidades; y desarrollar charlas con proyección a la sociedad, realizando trabajos extra-muro de campo como talleres, consejería y manejo de dinámicas grupales y orientación psicológica a fin de brindar apoyo y soporte psicológico a la comunidad que lo requiera.

Desarrolla consultoría psicológica privada (2000 - 2008).

En el campo de la docencia se ha desempeñado como psicóloga educativa, evaluación psicológica y programas de problemas de aprendizaje, consejería a adolescentes y charlas de escuelas de padres, en el Colegio Particular Cristiano San Andrés (1998 - 1999).



Impreso en los talleres gráficos de  
Editora Jurídica Grijley  
Lima - Perú, abril 2008  
Distribuido por donación o canje  
Tiraje: 500 ejemplares