

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL
DE ABOGADO**

“CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA GRAVEDAD Y NATURALEZA DE
LA PENA EN LA NO EJECUCIÓN INMEDIATA DE LA PENA PRIVATIVA DE LA
LIBERTAD EFECTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL”

Area de Investigación:

Derecho Penal

Autor:

Br. Dickson Aaron Chau Aquino

Jurado Evaluador:

Presidente: Ortecho Aguirre, Rocio

Secretario: Albornoz Verde, Miguel

Vocal: Rincón Martínez, Angela

Asesor:

Cruz Vegas, Guillermo Alexander

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

PERÚ

2024

Fecha de sustentación: 2024/05/08

CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA GRAVEDAD Y NATURALEZA DE LA PENA EN LA NO EJECUCIÓN INMEDIATA DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

ORIGINALITY REPORT

16%	18%	5%	7%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	repositorio.upao.edu.pe Internet Source	4%
2	img.lpderecho.pe Internet Source	2%
3	qdoc.tips Internet Source	2%
4	sired.udenar.edu.co Internet Source	1%
5	idoc.pub Internet Source	1%
6	www.tc.gob.pe Internet Source	1%

12	www.scribd.com Internet Source	1%
-----------	--	-----------

Exclude quotes On

Exclude matches < 1%

Exclude bibliography On

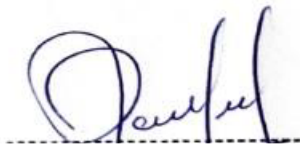
Declaración de Originalidad

Yo, Cruz Vegas, Guillermo Alexander, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada “criterios para la determinación de la gravedad y naturaleza de la pena en la no ejecución inmediata de la pena privativa de la libertad efectiva en el código procesal penal”, autor Chau Aquino Dickson Aaron, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 16 %.
Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 28 de mayo del 2024
- He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.

Piura, 28 de mayo del 2024

Cruz Vegas, Guillermo Alexander
DNI: 43414679
ORCID: 0000-0002-9119-5397
ID: 0000082945
Firma



Chau Aquino, Dickson Aaron
DNI:71707606
FIRMA:



DEDICATORIA

A Thomas, la razón de mi esfuerzo; a Rosa, mi cómplice en la vida y depositaria de amor; a mis padres y abuelos, por su apoyo incondicional; a Camila y amigos, por enseñarme el verdadero significado de la amistad y finalmente, a la Sra. Gladys, por acogerme como parte de su familia.

AGRADECIMIENTO

A Dios, mis padres y abuelos, por su apoyo incondicional.

PRESENTACIÓN

ILUSTRÍSIMO JURADO:

En función a lo especificado en el Reglamento de Grados y Títulos; además, con la aspiración de optar el título profesional de abogado, presento a vuestras personas la tesis titulada: **“CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA GRAVEDAD Y NATURALEZA DE LA PENA EN LA NO EJECUCIÓN INMEDIATA DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL”**

Respecto a la presente tesis de investigación, tiene como misión primordial evidenciar una realidad concreta, con absoluta importancia, que inexorablemente ha sido poco abordada por la doctrina y la jurisprudencia nacional, asimismo, es necesario que se fijen los criterios jurídicos, en aras de determinar la gravedad y naturaleza, de la ejecución provisional contenida en el artículo 402 inciso 2 del código procesal penal peruano.

El propósito de la presente investigación es aperturar un debate del tema abordado, en el sentido de hacer una realidad jurídica, acorde a la idiosincrasia jurídica del contexto que nos rodea, asimismo, al compás de los nuevos tiempos, por tanto, quedando a vuestro ducho conocimiento la evaluación.

El Autor

RESUMEN

La tesis presentada en el presente informe, se desarrolla dentro del ámbito del derecho penal adjetivo, generando expectativas de las incidencias que se manifiestan en la etapa de juzgamiento del proceso penal peruano, llevando como título, “Criterios para la determinación de la gravedad y naturaleza de la pena en la no ejecución inmediata de la pena privativa de la libertad efectiva en el código procesal penal”, generando la siguiente interrogante ¿Cuáles son los criterios jurídicos para establecer la “gravedad y naturaleza de la pena” en la aplicación de la “no ejecución inmediata” de la pena privativa libertad efectiva regulada en el artículo 402 inciso 2 del Código Procesal Penal peruano?

La presente tesis de investigación se justifica esencialmente en los requisitos respecto de la ejecución provisional de la pena, contenidos en el artículo 402 inciso 2 del Código Procesal Penal peruano, referido específicamente a la “gravedad y naturaleza de la pena”, puesto que, no brinda un criterio determinado de en qué casos estaríamos ante un delito grave o, a que se refiere con la naturaleza de la pena.

Para que la investigación pueda dotar de los efectos requeridos, se tiene como objetivo principal; Determinar cuáles son los criterios jurídicos para establecer la “gravedad y naturaleza de la pena” en el artículo 402 inciso del Código Procesal Penal peruano; considerando cuatro objetivos específicos: señalar los alcances, Explicar, Establecer que la lesión de bienes jurídicos trascendentes no permitiría la aplicación de la “no ejecución inmediata”, además de la reincidencia y habitualidad.

Proponiendo la hipótesis en los siguientes términos; los criterios jurídicos para establecer la “gravedad y naturaleza de la pena” serian; el quantum de la pena, trascendencia de bien jurídico lesionado, condiciones personales del autor reincidencia y habitualidad.

Palabras clave: Pena, ejecución de la pena, sentencia, legalidad penal, bien jurídico, reincidencia y habitualidad.

ABSTRACT

The thesis presented in this report is developed within the scope of adjective criminal law, generating expectations of the incidents that manifest themselves in the trial stage of the Peruvian criminal process, with the title, "Criteria for determining the severity and nature of the penalty in the non-immediate execution of the custodial sentence effective in the criminal procedural code", generating the following question: What are the legal criteria to establish the "seriousness and nature of the penalty" in the application of the "non-immediate execution" of the custodial sentence effective freedom regulated in article 402, paragraph 2 of the Peruvian Criminal Procedure Code?

This research thesis is essentially justified by the requirements regarding the provisional execution of the sentence, contained in article 402, paragraph 2 of the Peruvian Criminal Procedure Code, specifically referring to the "gravity and nature of the sentence", since, not It provides a certain criterion of in which cases we would be facing a serious crime or what it refers to with the nature of the penalty.

In order for the research to provide the required effects, the main objective is; Determine what the legal criteria are to establish the "seriousness and nature of the penalty" in article 402, paragraph of the Peruvian Criminal Procedure Code; considering four specific objectives: indicate the scope, Explain, Establish that the injury to transcendent legal rights would not allow the application of "immediate non-execution", in addition to recidivism and habituality.

Proposing the hypothesis in the following terms: The legal criteria to establish the "seriousness and nature of the penalty" would be; the quantum of the penalty, significance of the injured legal asset, personal conditions of the author, recidivism and habituality.

Keywords: Penalty, execution of the sentence, sentence, criminal legality, legal good, recidivism and habituality.

Tabla de contenido

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
PRESENTACIÓN	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
CAPÍTULO I	1
EL PROBLEMA	1
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:	1
1.1. Realidad Problemática:	1
1.2. Enunciado:	4
2. HIPÓTESIS:	4
3. OBJETIVOS:	4
3.1. Objetivo General:	4
3.2. Objetivos específicos:	4
4. VARIABLES:	5
4.1. Variable Independiente:	5
4.2. Variable dependiente:	5
CAPÍTULO II	6
MARCO TEÓRICO	6
Sub capítulo I.....	6
El delito y la pena	6
1. El derecho penal	6
1.1. Definición	6
1.2. El derecho penal como medio de control social	7
1.3. El derecho penal desde el punto de vista objetivo	7
1.4. El ius puniendi y el derecho penal subjetivo	8
2. Las penas en el derecho penal	9
2.1. Pena privativa de la libertad	9
2.2. Pena restrictiva de la libertad	9
2.3. Pena limitativa de derechos	10
2.4. Pena de multa	11
2.5. Pena de vigilancia electrónica personal	11
3. Los fines de la pena	12
3.1. Teoría absoluta	12
3.2. Teoría relativa	12

3.3.	Teoría mixta.....	13
3.4.	Los fines de la pena en el Perú según la jurisprudencia.....	14
3.5.	Los fines de la pena en el Perú según la doctrina	14
Sub capítulo II		16
Pena privativa de la libertad y la suspensión de la ejecución de la pena.....		16
1.	Fundamento de la pena privativa de la libertad	16
2.	Constitucionalidad de la pena privativa de la libertad	16
3.	Los principios que rigen la pena privativa de la libertad	17
3.1.	Legalidad	17
3.2.	Lesividad	17
3.3.	Culpabilidad.....	18
3.4.	Proporcionalidad	18
3.5.	Humanidad de la pena	19
4.	Determinación de la pena privativa de la libertad	19
4.1.	Pena abstracta	20
4.2.	Pena concreta.....	21
4.3.	Definición de determinación de la pena.....	21
4.4.	Sistema de tercios.....	22
4.5.	Procedimiento para la determinación de la pena en el Perú	23
4.7.	La determinación de la pena en caso de concurso real	23
5.	La ejecución de la pena privativa de la libertad	24
5.1.	Pena efectiva: internamiento en el penal.....	24
5.2.	Suspensión de la ejecución de la pena	25
5.2.1.	Antecedentes.....	25
5.2.2.	Fundamento	25
5.2.3.	Definición.....	26
5.2.4.	Supuestos	26
5.2.5.	Supuestos de prohibición.....	27
6.	Reserva del fallo condenatorio y exención de pena.....	27
Sub capítulo III		28
Pena efectiva sin internamiento efectivo.....		28
1.	Ejecución de la pena privativa de libertad efectiva.....	28
1.1.	Ejecución inmediata	28
1.2.	Ejecución no inmediata	28
2.	EL artículo 402 inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal: análisis doctrinario.....	28

3. Artículo 418 inciso 2 Nuevo Código Procesal Pena: análisis doctrinario	29
4. Jurisprudencia sobre la ejecución no inmediata de la pena privativa de la libertad.....	29
5. La reincidencia y habitualidad como limite a la aplicación	30
5.1. Reincidencia	30
5.1.1. Definición.....	30
5.1.2. Sustento.....	31
5.1.3. Constitucionalidad	32
5.1.4. Jurisprudencia	33
5.2. Habitualidad.....	34
5.2.1. Definición.....	34
5.2.2. Sustento.....	35
5.2.3. Constitucionalidad	36
5.2.4. Jurisprudencia	37
CAPÍTULO III.....	39
MARCO METODOLÓGICO	39
1. MATERIAL:	39
2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:	39
2.1. Métodos Lógicos:.....	39
2.2. Métodos Jurídicos:	40
3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:	41
3.1. Fichaje:.....	41
3.2. Análisis de Contenido:.....	41
CAPÍTULO IV	42
RESULTADO Y DISCUSIÓN.....	42
CAPÍTULO V.....	59
CONCLUSIONES.....	59
CAPÍTULO VI	62
RECOMENDACIÓN.....	62

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

1.1. Realidad Problemática:

El Código Procesal Penal contiene en su artículo 402 inciso 2, la figura de la pena efectiva sin ejecución inmediata, es decir, aquel supuesto en el que a pesar que luego de un proceso penal el juez o los jueces, según corresponda, impongan una pena con carácter efectivo, no se ejecutará de manera inmediata, siempre que cumpla los presupuestos que la citada norma estipula; así la ley establece:

Artículo 402.- Ejecución provisional

(...)

“2. Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288 mientras se resuelve el recurso”.

Como se puede advertir, para que no se ejecute de forma inmediata la pena efectiva que dicta el juzgador, es necesario que el procesado que es objeto de una condena no se encuentre privado de su libertad, cabe decir, que no tenga impuesta una medida de coerción personal de prisión preventiva, además de ello es necesario que se interponga recurso contra la decisión judicial, que se pueda conjurar de alguna manera el peligro de fuga, lo que hará que el juez pueda ordenar en su contra las restricción aplicando analógicamente las contenidas en el artículo 288 del Código Procesal Penal (las referidas a la medida de coerción personal de comparecencia con restricciones); sin embargo, aunque estos requisitos son claros, o, por lo menos no ofrecen mayores inconvenientes para poder

interpretarlos; si es incierto y poco preciso el requisito de la “gravedad y naturaleza de la pena”, puesto que, no nos brinda un criterio determinado de en qué casos estaríamos ante un delito grave o a que se refiere con la naturaleza de la pena.

De lo dicho en el párrafo anterior se desprende que la norma contenida en el inciso 2 del artículo 402, es una excepción a la regla contenida en el inciso 1 en el que se señala que la sentencia se debe ejecutar de forma inmediata, aunque se interponga contra esta resolución algún recurso de los que habilita la norma procesal, salvo la pena de inhabilitación o de multa; con lo cual podemos señalar que la no ejecución provisional inmediata del inciso 2 se refiere, o a la pena privativa de la libertad o a la pena restrictiva de la libertad. De ahí debemos señalar que el presupuesto “naturaleza y gravedad de la pena” se refiere a una de las dos sanciones penales antes mencionadas, (privativa de la libertad y restrictiva de la libertad) ya que la ejecución de la pena limitativa de derechos y multa se puede diferir en su ejecución, esto es, recién podrán ejecutarse cuando adquieran firmeza.

Ahora bien, el artículo 418 inciso 2 que señala la misma regla y la excepción a la que se refieren los incisos 1 y 2 del artículo 402. Señala:

418.- Efectos:

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

Esta disposición es aún más confusa, ya que, si bien es cierto, señala que se puede suspender la ejecución provisional de la pena privativa de la libertad efectiva, no es menos cierto que hace alusión

a qué presupuestos el juez debe valorar para no ejecutar de forma inmediata la pena privativa de la libertad, limitándose únicamente a una fórmula legal absolutamente indeterminada: “atendiendo a las circunstancias del caso”.

En suma, con las normas antes señaladas se llega a determinar que, la no ejecución inmediata se refiere a la pena privativa de la libertad, pero no hay parámetros objetivos para establecer la “gravedad” y “naturaleza” de esa pena, para que el juez pueda optar por la no ejecución provisional inmediata, esto ha conducido al grave problema de aplicar esta figura inclusive a casos de corrupción de funcionarios, que son conductas delictivas que afectan gravemente el interés público, como sucedió en el caso del expediente N° 1276-2018-26-1501-JR-PE-05, emitida por la Sala de Apelaciones transitoria Especializada en los delitos de corrupción de funcionarios de Junín; por delito de colusión; en igual sentido, el caso recaído en el Expediente N°858-2020, por delito de cohecho pasivo específico, “suspendiendo” la pena de seis años privativa de la libertad. Estos casos, llama la atención, ya que se aplica la “no ejecución inmediata de la pena privativa de la libertad”, sin haber motivado, de forma idónea y suficiente la aplicación del inciso 2 del artículo 402 del Código Procesal Penal, a pesar que, la exigencia de una motivación reforzada en estos casos ha exigido el Tribunal Constitucional en el Expediente 02271-2018-PHC/TC Arequipa, en la que el máximo interprete expresa que debe darse “una motivación cualificada”. Otro caso, aún más conocido es el de Elidió Espinoza Quispe, recaído en el expediente N° 00295-2008-81 dictada por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, por los delitos de secuestro y homicidio Calificado, en la que no se ejecuta la pena impuesta de 30 años de forma inmediata, puede advertirse en este caso, y en los otros señalados líneas arriba, que son conductas punibles sancionadas con penas altas y que lesionan bienes jurídicos vitales como: el correcto funcionamiento de la administración pública, la vida humana y la libertad individual .

Los casos reseñados nos obligan a tener que plantear la necesidad impostergable para señalar en qué casos se admite la figura de la “no ejecución inmediata de la pena privativa de la libertad”, apelando a criterios como el quantum de la pena, los bienes jurídicos afectados, y las condiciones personales del autor: la reincidencia, habitualidad.

1.2. Enunciado:

¿Cuáles son los criterios jurídicos para establecer la “gravedad y naturaleza de la pena” en la aplicación de la “no ejecución inmediata” de la pena privativa libertad efectiva regulada en el artículo 402 inciso 2 del Código Procesal Penal peruano?

2. HIPÓTESIS:

Los criterios jurídicos para establecer la “gravedad y naturaleza de la pena” en la aplicación de la “no ejecución inmediata” de la pena privativa libertad efectiva regulada en el artículo 402 inciso del Código Procesal Penal peruano, son:

- El quantum de la pena.
- La trascendencia del bien jurídico lesionado.
- Las condiciones personales del autor: reincidencia y habitualidad.

3. OBJETIVOS:

3.1. Objetivo General:

Determinar Cuáles son los criterios jurídicos para establecer la “gravedad y naturaleza de la pena” en la aplicación de la “no ejecución inmediata” de la pena privativa libertad efectiva regulada en el artículo 402 inciso del Código Procesal Penal peruano.

3.2. Objetivos específicos:

- Señalar los alcances de la figura procesal de la “no ejecución

inmediata” de la pena en el código procesal penal.

- Explicar hasta que pena máxima se debe permitir la aplicación de la “no ejecución inmediata” en el proceso penal peruano.
- Establecer que la lesión de bienes jurídicos trascendentes no permitiría la aplicación de la “no ejecución inmediata” de penas privativas de libertad efectiva.
- Establecer porqué en los casos de reincidencia y habitualidad no se debe aplicar la “no ejecución inmediata” de penas privativas de libertad efectiva.

4. VARIABLES:

4.1. Variable Independiente:

Criterios jurídicos para establecer la “gravedad y naturaleza de la pena”.

4.2. Variable dependiente:

Aplicación de la “no ejecución inmediata” de la pena privativa libertad efectiva regulada en el artículo 402 inciso 2 del Código Procesal Penal peruano.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO
Sub capítulo I
El delito y la pena

1. El derecho penal

1.1. Definición

El derecho penal se basa en un conjunto de principios y normas que deciden cuando un comportamiento humano constituye un delito, así cual es la pena aplicada y medida de otra naturaleza que le corresponde. Por lo que se compone por un conjunto de normas reguladoras del ius puniendi del Estado vinculado a los hechos legalmente constituidos, asegurando el respeto por los valores fundamentales sobre los que reposa la convivencia humana. Por otro lado, el derecho penal no solo es un límite a la libertad de los ciudadanos para garantizar la defensa nacional o seguridad, sino que fomenta espacios de libertad entre los ciudadanos. Según Villavicencio (2017):

El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito o como faltas y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad. Es usado en todo proceso de criminalización y como forma de control social, y constituye el medio más enérgico del que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan más indeseadas e insoportables para la sociedad. (p. 23)

Asimismo, debe aplicarse como última ratio de manera que se permita aplicar cuando otros medios de control social no sean suficientes, también se puede identificar manifestaciones del derecho penal que cuentan con características autónomas: el derecho penal “sustantivo”, referido al análisis de las normas en cuanto determinan delitos y medidas a aplicarse; el derecho penal

formal que señala la forma para efectivizar las consecuencias del delito y; el derecho penal ejecutivo que abarca el cumplimiento de penas y medidas de seguridad aplicadas.

1.2. El derecho penal como medio de control social

El derecho penal constituye aquella rama relacionada a infracciones jurídicas que deben sancionarse con una pena, mediante un juicio de desvalor ético-social. Constituye la rama del derecho público que se desarrolla en base a una jerarquía de subordinación entre el Estado y ciudadanos. Menciona Zipf (como se citó en García, 2012):

El Derecho penal puede verse también como uno de los instrumentos de lucha, quizá el más importante, utilizados por el Estado para hacer frente a la criminalidad. Se trata aquí de la llamada política criminal, la cual se encarga de valorar los medios utilizados para la prevención del delito desde el punto de vista de la eficacia y las garantías fundamentales, con la finalidad de proponer su mejoramiento. (p. 56)

A su vez, el derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho se fundamenta en la coexistencia pacífica entre ciudadanos, fijando la ordenación de vida donde impera la libertad e igualdad.

1.3. El derecho penal desde el punto de vista objetivo

El derecho penal objetivo se evidencia a través de su formulación normativa, que tiende a una legitimidad formal, es así como el Estado puede intervenir en la esfera de libertad de las personas, mediante las normas de control que regulan las formas de interrelación social. A su vez, es aquella facultad perteneciente al

Estado para entablar las conductas que constituyen delito, así como las penas y medidas de seguridad.

El derecho penal busca la protección de los bienes jurídicos.

1.4. El ius puniendi y el derecho penal subjetivo

Según Calderón y Águila (2011), “Se conoce como ius punendi o el poder de sancionar o castigar. Es la potestad derivada del imperio o soberanía estatal. Puede ser: represiva -momento legislativo-, una pretensión punitiva -momento judicial-, o una facultad ejecutiva –momento ejecutivo o penitenciario” (p. 107).

En la misma línea, un Estado democrático de derecho se vincula a la limitación de ius puniendi del Estado, a toda potestad sancionadora y a los procedimientos para tal fin, significando el reforzamiento de los derechos fundamentales y las condiciones para su realización. Es así como la determinación del ius puniendi presupone la necesidad del Derecho Penal en la sociedad, de forma que si el derecho penal no es socialmente necesario, entonces no hay forma de fundamentarlo materialmente. Plantea Peña Cabrera (2019):

Mientras que las normas del Derecho penal sustantivo, se ocupan de definir modelos valiosos de conducta, en cuanto al respeto a los bienes jurídicos fundamentales, mediando el despliegue de efectos comunicativos pedagógicos, de corte intimidador, el Derecho procesal penal se encarga de regular la vía procedimental, a partir de la cual el supuesto autor y/o partícipe del delito, ha de ser investigado, procesado y enjuiciado, y de ser el caso, pasible de una sanción punitiva (pena y/o medida de seguridad). (p. 445)

2. Las penas en el derecho penal

2.1. Pena privativa de la libertad

Se define como aquella que impone al condenado la obligación de estar encerrado, carcelario. Por lo tanto, el penado perderá su libertad ambulatoria, por un tiempo de duración variable que va desde una pena mínima de 2 días hasta la cadena perpetua.

Menciona Villa (2014):

La pena privativa de libertad es desde luego muy seria ya que afecta al condenado lo mismo que a su familia, ello explica el que se proponga límites máximos menores a las existentes que no supere los 15 años de privación de libertad. Más allá de este plazo puede carecer de objeto la pena, de cara a principios de humanidad, proporcionalidad y racionalidad. (p. 554)

En esta misma línea, al hablar de cadena perpetua es necesario precisar que su aplicación se produce en delitos más graves como son el terrorismo y violación; al condenado se le quita la esperanza de tener una vida en sociedad y queda relegado del ambiente de prisión, perdiendo la oportunidad de resocializar.

2.2. Pena restrictiva de la libertad

Este tipo de pena se encuentra en el artículo 30 del Código Penal. Según Bramont-Arias (2002), "Este tipo de pena supone en un primer término el cumplimiento de una pena privativa de libertad, es decir, la persona ya ha perdido su libertad ambulatoria" (p. 454).

Esta pena a su vez establece el alejamiento del país, siendo los casos: La expatriación en los ciudadanos nacionales y; expulsión en los extranjeros. A los sujetos que se les aplica es como resultado de su responsabilidad de un delito.

Es así que la pena restrictiva de libertad disminuye el ejercicio de un derecho “personal” restringiendo cualquiera de sus manifestaciones.

2.3. Pena limitativa de derechos

Consiste en la prestación de servicios comunitarios, así como limitar los días libres e inhabilitación, siendo temporal o perpetua, para profesar ciertos cargos o potestades. Este tipo de penas recae sobre derechos de la vida, salud o libertad establecidas en los artículos 31 y 40 del Código Penal.

En primer lugar, se encuentra la prestación de servicios a la comunidad, siendo que según el artículo 34 del Código Penal obliga al condenado a realizar trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarios, escuelas, etc. Si bien se impone para fines de semana; sin embargo, se le puede autorizar al individuo para que trabaje en días útiles, la pena se cumple en jornadas de 10 horas semanales entre sábados y domingos.

En esta línea, se encuentra la limitación de días libres, el artículo 35 del CP fija que la obligación del condenado es mantenerse días sábado, domingos y feriados por un mínimo de 10 y máximo de 16 horas en resultado por cada fin de semana en un establecimiento con fin educativo, sin contener características de centro carcelario.

Encontramos también a la inhabilitación, contenida en el artículo 36 del CP, señalando que la inhabilitación puede privar derechos “políticos, sociales y profesionales”; asimismo, puede haber dos tipos; la absoluta en donde se priva de todos los derechos del artículo 36, y; relativa donde se priva de determinados derechos del mismo artículo. Por otro lado, puede ser impuesta como principal o accesoria, cuando es principal dura entre 6 meses y 5 años; pero cuando se aplica de forma accesoria tiene la duración que la pena principal que se dispuso para tal delito.

2.4. Pena de multa

Afecta al patrimonio económico de la persona condenada y se efectiviza por el pago al erario nacional.

Según Peña Cabrera (2011):

La pena de multa sustituye a las penas de corta prisión, evitándose así el contagio criminal. Hoy, la función político- criminal más significativa que desempeña la pena de multa es la de actuar como sustitutivo de aquellas penas privativas de libertad; dicho así: la pena pecuniaria se cohesiona con el principio de mínima intervención y con una tendencia actual que se inclina hacia la despenalización. (p. 361)

Se encuentra en el artículo 41 del Código Penal, por lo que el penado tendrá que pagar una suma de dinero al Estado, por la que se calcula basándose en los días-multa. Un día multa equivale al ingreso promedio diario que recibe el sujeto agente, teniendo en cuenta: el patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gastos, signos exteriores de riqueza. La multa se pagará dentro de 10 días de emitida la sentencia, por lo que el Juez debe fraccionar el pago de la deuda.

2.5. Pena de vigilancia electrónica personal

Su ejecución es llevada en el domicilio del condenado, a partir del que se determina su radio de acción, itinerario y tránsito. Se le mantendrá sujeto a vigilancia electrónica personal para cuyo cumplimiento el juez debe fijar las reglas de conducta que pronostica la ley, así como las reglas que considere con el fin de resguardar la idoneidad. Su cómputo es a razón de un día de privación de la libertad por un día de vigilancia electrónica personal.

Se aplica en presupuestos como: cuando el condenado no haya sido sujeto antes por sentencia condenatoria en delito doloso; se

da prioridad a: mayores de 65 años, los que sufren de enfermedad grave, los que padecen alguna discapacidad física permanente, mujeres gestantes dentro del tercer trimestre del proceso de gestación, la madre que es cabeza de familia con hijo menor o con hijo o cónyuge que padece de una discapacidad permanente, siempre que ha estado bajo su cuidado. Finalmente, el condenado deberá acreditar las condiciones de su vida personal, laboral, familiar o social.

3. Los fines de la pena

3.1. Teoría absoluta

Por principio el fundamento y fin de la pena es propósito de una extensa discusión en el derecho penal, dando lugar a las llamadas teorías de la pena. Es así como el derecho penal desarrolló distintas teorías clasificadas en: absolutas, relativas y mixtas.

Comprende que la pena es el pago por la comisión del delito, de forma que se legitima si es justa. Según Peña Cabrera (2004), “La pena importa entonces, un mal que recibe el autor para compensar el mal que éste causó mediante la comisión del hecho punible” (p. 42).

Las posturas iniciales fundamentan que esta teoría fundamenta la pena no sólo como necesidad de justicia, sino argumentadas, en la necesidad de imponer un orden moral categórico.

3.2. Teoría relativa

Son opuestas a las teorías absolutas, señalando que la pena no tiene que llevar a cabo la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad. La pena es un medio de prevención, consisten en impedir que se cometan en el futuro acciones punibles; por lo tanto, la pena previene que dentro de la sociedad se vuelvan a cometer delitos.

Se caracteriza en la posibilidad de educar a los ciudadanos que han cometido algún delito, mediante una intervención socio pedagógica, por tanto, en este tipo de teorías coinciden ideas humanitarias, sociales, racionales y utilitarias.

Asimismo, se dividen en: generales, cuando la función de la pena es destinada a toda la sociedad en general para prevenir delitos, no solo individualizando al receptor del mensaje; especiales, que sostiene que las penas buscan la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, es decir, prevención de la pena para que el sujeto no vuelva a delinquir.

También encontramos que, dentro de las generales, está compuesta por positiva o integrada, siendo que la misión de la pena cumple un rol al prevenir delitos a través de los valores que se establecen en la sociedad. Por otro lado, se encuentra la negativa o intimidatoria que pretende el uso de la coacción e intimidación a los miembros de la sociedad para evitar que cometan delitos.

3.3. Teoría mixta

Estas teorías identifican a la pena como “útil y justa”, con la finalidad que la pena debe reprimir considerando la culpabilidad y proporcionalidad con respecto al hecho delictivo buscando justicia y a la vez prevenir que se cometan nuevos delitos.

Se busca la combinación de elementos legitimantes de teorías absolutas y relativas, combinando matices de la retribución, prevención general y prevención especial.

A su vez, tiene 2 direcciones: la inicial, remarca la idea de justicia encima de prevención o utilidad, por lo que se debe producir una retribución justa, limitando la determinación de la pena de acuerdo con los principios de la prevención. La segunda, se ve orientada a la utilidad de prevención, porque a la retribución le corresponde servir como límite máximo de exigencias preventivas impidiendo

que las mismas conduzcan a una pena superior a la correspondiente.

Nos menciona Bramont-Arias (2002), “Lo que se pretende lograr es una adecuada protección de los valores fundamentales de nuestra sociedad, sobre la base del menor costo posible de represión y de sacrificio de la libertad individual” (p. 104).

3.4. Los fines de la pena en el Perú según la jurisprudencia

En cuanto a la jurisprudencia, esta evoluciona con el tiempo y variar en función de casos y decisiones que la Corte Suprema pueda emitir, con relación a los fines de la pena que la Corte Suprema comparte con la constitución y código penal. Asimismo, el EXP. N° 13859-2016, manifiesta que los fines de la pena se basan en la reeducación, rehabilitación y reinserción del penado a la sociedad. Por añadidura, la función de la pena del artículo IX del Título Preliminar del CP, contempla una función preventiva, protectora y resocializadora. La Corte Suprema se adhiere a principios similares a los del Tribunal Constitucional y doctrina legal, siendo estos: prevención general, prevención especial, justicia retributiva, reparación del daño.

3.5. Los fines de la pena en el Perú según la doctrina

Esto viene relacionado a las teorías de la pena, siendo que fundamentan los fines de la pena, las teorías absolutas nos hablan sobre que la sanción deberá ser proporcional al daño que se ocasionó. En cuanto a las teorías relativas están relacionadas al fin de la pena como prevención, evitando la comisión de nuevos delitos. Y, también importante hablamos de las teorías mixtas sosteniendo que el fin de la pena es la combinación de ambas teorías mencionadas, produciendo un castigo justo y útil al mismo tiempo.

En esta línea, la finalidad de la pena es reparar el daño causado, fijando que el sujeto debe cumplir con la sanción impuesta y a la

vez resarcir el daño, si bien es cierto hay bienes resarcibles en especie; es decir, uno de igual valor, puede haber bienes resarcibles en “onerosidad”.

Se establecen como fines su función preventiva, protectora y resocializadora; el fin protector que guarda un vínculo para ayudar con la reparación del daño y justicia retributiva.

Según Peña Cabrera (2004):

Siendo que la pena, importa un medio coercitivo que afecta a un bien jurídico tan importante en un Estado de Derecho, como lo es la libertad personal y sus derechos conexos, su aplicación, por tanto, deberá sujetarse a determinados presupuestos que no sólo se encuentran en los diversos tipos legales que comprenden los diversos delitos, sino también por razones político-criminales que ingresan a una zona de conciliación y de correspondencia. (p. 196)

Sub capítulo II

Pena privativa de la libertad y la suspensión de la ejecución de la pena

1. Fundamento de la pena privativa de la libertad

La pena privativa de libertad se fundamenta en el artículo 29 del código penal, el cual explica que este tipo de pena puede ser temporal o de cadena perpetua, inclusive da las pautas de que para el caso de una pena temporal su duración mínima es de dos días con una máxima de treinta y cinco años.

Es importante mencionar que, la pena privativa de libertad ha evolucionado con el pasar del tiempo, es por eso que, en nuestra legislación en la actualidad, se ha eliminado las penas de internamiento, penitenciaria, relegación y prisión, todas estas antes mencionadas se unificaron en una, para así dar pie a la ahora ya conocida pena privativa de libertad.

Según Vargas y Vargas (2007):

La cadena perpetua para ciertos casos será incompatible porque en el principio de derecho a la dignidad humana, la cual constituye una limitante para los legisladores penales, este principio, impide que todo ser humano sea tratado como cosas o instrumentos, aunque la persona haya delinuido debe ser considerada como una persona dotada de derechos y valores constitucionales. (p. 580)

2. Constitucionalidad de la pena privativa de la libertad

En una visión constitucional, la pena privativa de libertad tiene como principal objeto la rehabilitación y reincorporación de un imputado a la sociedad, ya que mantener recluida a una persona durante mucho tiempo no tendría sentido, pues la idea es incorporarlo nuevamente a la sociedad para que pueda aportar a futuro, es por ello que la idea de

permanencia en un centro penitenciario, sea lo menos represivo posible y lo más educativo posible.

La persona que delinque no deben tener condiciones de vida superiores a una persona la cual no cometió ningún ilícito penal, y solamente se le brindará lo básico como es comer y dormir, junto con la seguridad pertinente en los centros de reclusión, ya que es un derecho fundamental la cual está abalada por la constitución política del Perú en su segundo artículo, donde a cualquier individuo adquiere estos derechos fundamentales sin importar el ilícito que haya cometido, esto también se refuerza con las distintas instituciones, convenios, pactos o tratados que tiene el Perú, referente a los derechos humanos. (Academia de la magistratura, 2006, p.58)

3. Los principios que rigen la pena privativa de la libertad

3.1. Legalidad

El presente principio establece que no se puede imponer una pena sin que este esté prevista en la ley que así lo prevea. Tanto la Constitución como el Código penal, son las que principalmente regulan la imposición de las penas privativas de libertad, las cuales deben ser interpretadas de manera restrictiva para poder asegurar nuestro Estado de derecho.

Menciona Angulo et al. (2020):

Como bien puede apreciarse, la búsqueda de la legalidad, así como el respeto a los principios y los derechos de las personas, es una preocupación transversal al Código Procesal; pero, de todos modos, también se requiere cumplir con el trabajo adecuadamente persecuidor del delito. (p. 385)

3.2. Lesividad

Hace referencia que para que la pena deba aplicarse, necesariamente esta debe ser dada a las conductas que causen algún tipo de daño o que puedan poner en peligro bienes

jurídicos protegidos. Siendo así que la pena, se debe justificar en función al perjuicio causado y siendo la lesividad un elemento esencial para que se pueda configurar el delito y la imposición de la pena.

A su vez, el artículo IV del TP del CP nos habla de dicho principio, siendo la pena necesariamente relacionada a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados. En aquellos delitos de lesión el tipo necesita la efectiva destrucción de dicho bien jurídico para hallar la consumación; en los de peligro, será suficiente con el peligro para el bien jurídico, con la amenaza del mismo.

3.3. Culpabilidad

Establece que no se puede imponer a una persona si no se ha actuado con culpabilidad o se haya probado su culpa, en otras palabras, que este individuo haya actuado dolosamente y conscientemente en cometer el delito.

Es necesario que el autor haya obrado de forma culpable, no solo que realice una acción típica y antijurídica para recibir una sanción, la culpabilidad es la constatación del carácter antijurídico de la acción y atribución al autor. Asimismo, la determinación del grado de culpabilidad se toma partiendo de las circunstancias de hecho y personales de la actuación.

3.4. Proporcionalidad

Este principio se relaciona con la proporcionalidad adecuada de la pena según la gravedad del ilícito cometido, donde nuestro código penal establece la proporcionalidad de estas penas, dividiéndolas entre las más leves, hasta las más gravosas. Además, este principio impide que la imposición de la pena sea muy cruel, inhumana o degradante.

En esta línea, este principio amparado por la constitución nos establece que la pena no debe sobrepasar la responsabilidad

del hecho cometido; sin embargo, no es aplicable en casos de reincidencia ni habitualidad; con esta regulación se obliga al juez a considerar la gravedad del hecho delictivo para la aplicación de la pena. A su vez, establece la consideración de una pena suficiente a la culpabilidad del sujeto agente, así como la magnitud del daño. Por tal motivo, el principio implica la exigencia de 3 supuestos para considerarse como proporcional: que se encuentre en la ley, que sea necesaria para el fin de la investigación y de última ratio.

3.5. Humanidad de la pena

Se refiere a que tiene un carácter resocializador y no exclusivamente retributivo, ya que la pena privativa de libertad no solo cumple con la finalidad de castigo sino también con la rehabilitación del penado, es por ello que existen programas de reinserción social y tratamiento para estos y hacer que se logre su ya antes mencionada reinserción.

Cabe mencionar que la aplicación de la pena se debe producir con respeto de los derechos fundamentales y no con su restricción o eliminación absoluta, así como pone un límite, respetando los estándares de humanidad bajo el principio de proporcionalidad de las penas. Es así como este principio busca la reinserción del penado a la sociedad y un tratamiento que garantice el respeto por sus derechos.

4. Determinación de la pena privativa de la libertad

Para que se pueda determinar la pena privativa de libertad se deben considerar la reincidencia y la proporcionalidad de la pena. Según Gustavo (2015):

La pena privativa de libertad incurre en una infracción la cual debe merecer el mismo género de la pena, y su reincidencia de la persona determinará la tendencia criminal por la cual se sigue, donde se va a castigar principalmente su reincidencia. (p. 319)

Para que se determine la pena como tal, es menester hacer un proceso penal con las distintas fases que este amerite, y que tras haber culminado dicho proceso y se tenga una sentencia firme, se va a comenzar con la ejecución de la misma.

La categorización del delito puede influir en la determinación de la pena, y en algunos casos, ciertos delitos están clasificados en categorías específicas con pautas de penalización predefinidas. La discrecionalidad judicial puede permitir al juez adaptar la pena a las circunstancias particulares del caso. Además, se pueden considerar beneficios penitenciarios, como la reducción de la pena por buen comportamiento o la participación en programas de rehabilitación.

La decisión se basará tanto en una fundamentación fáctica, usando las leyes que sean pertinentes y por último se basará en una fundamentación doctrinal, para que así el juez explique las razones por las cuales tuvo que fallar en el juicio, considerando factores como la naturaleza del delito, el impacto en la víctima, la conducta previa del acusado y la posibilidad de rehabilitación.

El juez emite una sentencia final que establece la duración de la pena privativa de la libertad y, si es necesario, otras condiciones específicas. Este proceso busca equilibrar la retribución justa por el delito con la posibilidad de rehabilitación y reintegración del individuo a la sociedad.

Es por ello que, para determinarlo, se tiene que desarrollar los siguientes puntos:

4.1. Pena abstracta

La pena abstracta es la que está determinada en el tipo penal, sin considerar las circunstancias del caso concreto ni la responsabilidad del autor. Siendo el marco referencial que ofrece un espacio punitivo que sirve como base para la individualización de la pena.

Es por ello que principalmente este tipo de pena se refiere a la sanción genérica establecida por la ley para un tipo específico de delito. Este concepto proporciona un marco general que se

aplica a todas las instancias de un mismo delito sin tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Es una descripción general que brinda un rango de penalidades, pero no especifica la duración o las condiciones específicas de la sanción.

Este tipo de pena se divide en dos tipos, siendo: el mínimo y el máximo, según lo establezca la ley para cada delito. El mínimo es la pena más baja que puede imponerse por un delito, mientras que el máximo es la pena más alta que puede imponerse por un delito.

4.2. Pena concreta

Se aplica al autor de un hecho punible en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias personales, sociales y jurídicas del mismo. Es el resultado de una valoración integral y proporcional de las consecuencias jurídicas del delito.

En otras palabras, vendría siendo la sanción específica impuesta a un individuo en un caso particular después de evaluar las circunstancias únicas de ese caso. Implicando considerar factores como la gravedad del delito, la presencia de circunstancias atenuantes o agravantes, el arrepentimiento del acusado, entre otros elementos. A diferencia de la pena abstracta, la concreta se adapta a la situación específica y varía en duración y naturaleza.

4.3. Definición de determinación de la pena

La determinación de la pena es el proceso técnico y valorativo que realiza el juez para fijar las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido por una persona, ya sea privativa de libertad o no privativa de libertad.

Es por ello que la determinación de la pena se refiere al proceso mediante el cual se establece la sanción o castigo que se

impone a una persona condenada por la comisión de un delito. Dicho proceso es llevado a cabo por el sistema judicial y se basa en una evaluación de diversos factores, incluyendo la gravedad del delito, las circunstancias específicas del caso, la culpabilidad del individuo, factores atenuantes o agravantes, entre otros.

La determinación de la pena es un paso crucial en el sistema de justicia penal y busca equilibrar la necesidad de imponer una sanción proporcional al delito cometido, con el reconocimiento de las circunstancias individuales que pueden afectar la culpabilidad del acusado. Implicando así, una aplicación cuidadosa de las leyes y normativas penales, así como la consideración de principios de justicia y equidad.

La determinación de la pena puede implicar la consulta de directrices legales que establecen rangos específicos para ciertos delitos, considerando aspectos como la intencionalidad del acto, el daño causado, la existencia de premeditación, entre otros. Además, los jueces pueden considerar la jurisprudencia previa y las sentencias dictadas en casos similares para garantizar cierta coherencia en la imposición de penas.

4.4. Sistema de tercios

El sistema de tercios es una forma simplificada y racionalizada de determinar la pena concreta cuando concurren circunstancias genéricas agravantes o atenuantes específicas. Consiste en dividir el espacio punitivo previsto en tres partes iguales (tercios) y asignar cada parte a una categoría genérica: agravante o atenuante específica.

Las categorías genéricas son aquellas que agrupan a los hechos punibles según su naturaleza o gravedad común, sin entrar al análisis detallado de cada uno.

Las categorías genéricas son: lesiones graves; homicidio; violación; secuestro; extorsión; amenazas; abuso sexual; trata

de personas; lavado activo; financiamiento al terrorismo; entre otras.

El sistema permite al juez aplicar una sanción proporcional al grado de culpabilidad del autor, sin perderse en detalles irrelevantes ni favorecerse por motivos subjetivos.

4.5. Procedimiento para la determinación de la pena en el Perú

Este procedimiento consta de los siguientes pasos:

- Identificación del espacio punitivo previsto en la ley para el delito y división del mismo en tres partes iguales (tercios).
- Evaluación de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas.
- Evaluación de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes específicas.
- Aplicación de la pena concreta, teniendo en cuenta las circunstancias personales, sociales y jurídicas del autor.

4.6. La determinación de la pena en el derecho comparado

En el derecho comparado, la determinación de la pena varía según el sistema jurídico de cada país. Algunos países utilizan un sistema de tercios, como el Perú, mientras que otros utilizan un sistema de rangos o escalas. En algunos países, la pena se determina en función de la gravedad del delito y la culpabilidad del autor, mientras que, en otros, se tiene en cuenta también la peligrosidad del autor y la necesidad de proteger a la sociedad.

4.7. La determinación de la pena en caso de concurso real

El concurso real se produce cuando una persona comete varios delitos independientes entre sí, en diferentes momentos y lugares. En este caso, la pena se determina sumando las penas correspondientes a cada delito, sin superar el límite máximo establecido por la ley.

El artículo 50 del CP regula el procedimiento para determinar la pena en caso de concurso real. Según este artículo, la pena no puede superar los 35 años de prisión, salvo en los casos de delitos de terrorismo, traición a la patria y espionaje, en los que la pena puede ser de cadena perpetua.

5. La ejecución de la pena privativa de la libertad

La ejecución de la pena privativa de la libertad en Perú se organiza sistemáticamente a través del Código de Ejecución Penal (CEP), promulgado vía Decreto Legislativo N° 654, el 31 de julio de 1991.

Cuando se ejecute la sentencia para el caso en específico, el recluso será trasladado a un establecimiento penitenciario, donde dentro de ese lugar se le ofrecerá un programa de rehabilitación para que el individuo pueda volver a integrarse a la sociedad como una persona cambiada, y esto se evaluará según el comportamiento que esté presente dentro del centro penitenciario, pues el fin de que un recluso sea llevado a la cárcel, es el de reintegrarse dentro de la sociedad y no se busca excluirlo en su totalidad de la sociedad, pues esto estaría afectando directamente a sus derechos humanos constituidos tanto por la Constitución, como de los pactos internacionales que el Perú forma parte de este.

5.1. Pena efectiva: internamiento en el penal

La pena efectiva implica el internamiento en el penal. Según el sistema legal peruano, las penas privativas de libertad varían de duración según la gravedad del delito.

La expresión "pena efectiva" se utiliza para referirse a la ejecución real de la pena impuesta a un individuo, en contraposición a otras formas de sanción las cuales no van a involucrar el internamiento en un establecimiento penitenciario. Cuando se habla de pena efectiva, usualmente se refiere al internamiento en el penal, se hace referencia a una condena que conlleva la privación de libertad y el cumplimiento de la pena a través de la reclusión en una institución penitenciaria.

En ese sentido el individuo condenado cumple su sanción mediante el internamiento en un penal durante el período determinado por la sentencia judicial. Durante el tiempo de reclusión, el recluso está sujeto a las reglas y regulaciones del establecimiento penitenciario, y la duración de la pena puede depender de diversos factores, incluida la gravedad del delito, la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes, y el comportamiento del recluso durante su reclusión.

5.2. Suspensión de la ejecución de la pena

5.2.1. Antecedentes

Para poder entender en una medida mucho más amplia, la suspensión de la ejecución de la pena en un ámbito internacional se puede conocer que es un concepto que varía según las legislaciones de cada país. Sin embargo, en general, muchos sistemas jurídicos adoptan enfoques similares centrados en la rehabilitación y la reintegración social de los infractores. Organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, han promovido principios destinados a garantizar el respeto de los derechos humanos de los reclusos y la aplicación de sanciones proporcionadas.

Y en el caso nacional, la suspensión de la ejecución de la pena está regulada por disposiciones específicas del Código Penal y avalada por la Constitución política del Perú. Siendo así que estas van a contemplar las condiciones y requisitos para acceder a la libertad condicional, como buen comportamiento durante la reclusión, participación en programas de rehabilitación y el cumplimiento de una parte específica de la condena.

5.2.2. Fundamento

La suspensión de la pena busca evitar los efectos criminógenos de la cárcel, siempre que se cumplan ciertos requisitos. La finalidad de la suspensión de la ejecución de

la pena es que se evita la aplicación de las penas privativas de libertad de corta duración, y esto lo que abarcaría es salvaguardar los fines de la resocialización, los cuales están estipulados en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú. Y para que esto se dé es necesario que concurra con dos requisitos establecidos en el artículo 61 del código penal, para que el condenado no se convierta en un reincidente de manera persistente.

5.2.3. Definición

La suspensión de la ejecución de la pena es una medida que permite al condenado evitar la cárcel, siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos y condiciones. Es así que esta consiste principalmente en la facultad discrecional que tiene el juzgador de suspender condicionalmente la ejecución total de la pena, debiendo aplicarse con prudencia y cautela este tipo de suspensión, el cual está establecido en el artículo cincuenta y siete del código penal.

5.2.4. Supuestos

La suspensión de la ejecución de la pena se puede dar cuando la pena de privación de libertad no es mayor de cuatro años, y por la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente, se puede prever que esta medida impedirá al agente cometer nuevo delito.

Es por ello que para que se configure la suspensión de la pena se puede acceder si es que el condenado ha tenido un buen comportamiento durante su ejecución, evidenciando el logro de rehabilitarlo para que pueda salir en la sociedad y reintegrarse. Otro punto para que se logre acceder es que la persona padezca una enfermedad grave o que necesite tratamiento. Por último, que se evalúe el riesgo del imputado para así poder determinar si es seguro o no suspender la pena, y en esta evaluación se va a evidenciar la probabilidad

de reincidencia que el individuo presente así logrando con éxito su reintegración en la sociedad.

5.2.5. Supuestos de prohibición

La suspensión de la pena es inaplicable para los funcionarios o servidores públicos condenados por ciertos delitos dolosos, así como para las personas condenadas por ciertos delitos de agresión y que sean de mayor gravedad. Es por ello que no todos pueden acceder a esta suspensión, como se mencionó anteriormente no se puede acceder a este si el imputado fue responsable de un delito de suma gravedad. Otro factor sería la reincidencia, si la persona es reincidente pues, este factor va a evitar la suspensión, pues da a entender que la persona no ha logrado cumplir con los requerimientos necesarios para su reintegración, volviendo a cometer los mismos delitos por los cuales cometió.

6. Reserva del fallo condenatorio y exención de pena

La reserva del fallo condenatorio es una medida alternativa a las penas privativas de la libertad, de multa e inhabilitación. Se declara la culpabilidad del imputado sin pronunciamiento de la pena, es decir, el juez se va a abstener de dictar la parte resolutive de la sentencia condenatoria.

En cuanto a la exención de la pena solo será aplicado, si se produce la colaboración eficaz, la cual esta debe ser protegida para alentar el propósito social que contiene como instrumento la política estatal, y uno de los beneficios es la ya antes mencionada exención de la pena.

Es por ello que esto da la posibilidad de poder dar libertad a un individuo de cumplir con una condena o pena impuesta por un hecho delictuoso cometido por esta persona y esto será evaluado por el juzgador para poder exentarlo o no según el caso lo amerite.

Sub capítulo III

Pena efectiva sin internamiento efectivo

1. Ejecución de la pena privativa de libertad efectiva

1.1. Ejecución inmediata

Si el condenado se encuentra en libertad y la sentencia impone una pena privativa de la libertad efectiva, el juez de investigación preparatoria dispondrá lo esencial para su captura. La Fiscalía de la Nación en coordinación con el Ministerio Público informarán a la Corte Penal Internacional, el establecimiento penal de cumplimiento de la pena.

Es así como el Juez Penal tomando en consideración la gravedad, peligro de fuga, decidirá por su “inmediata ejecución”.

1.2. Ejecución no inmediata

Si bien esta pena consiste en privar la libertad de las personas, entendiendo al mismo como carácter ambulatorio, la movilidad con la que cuenta una persona, esta medida se produce cuando el sujeto cometió un delito considerado por el ordenamiento jurídico como grave.

Al hablar de ejecución no inmediata tiene influencia en que en cierta medida la pena no se ejecutará instantáneamente, siendo que de acuerdo a las circunstancias de casos particulares se debe analizar si la ejecución provisional de la sentencia se suspenderá o no.

2. EL artículo 402 inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal: análisis doctrinario

Este inciso precisa que, si el condenado está en libertad y se le impone una pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según la naturaleza o gravedad y peligro de fuga,

podrá decidir por su inmediata ejecución, así como imponer restricciones según el artículo 288.

Es así que para su aplicación inmediata relacionada con el peligro de fuga encontramos que se debe verificar el arraigo en el país del imputado, constituyendo un domicilio o residencia habitual; también, la gravedad de la pena que se espera, analizando la detención judicial preventiva dictada previamente, por lo que tomando en cuenta la posibilidad de que el imputado eluda a la justicia es que se producirá la ejecución inmediata.

3. Artículo 418 inciso 2 Nuevo Código Procesal Pena: análisis doctrinario

Nos habla sobre una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, se ejecutará “provisionalmente”, siendo que el Tribunal Superior en el estado del procedimiento tomará la decisión por medio de auto inimpugnable, atendiendo a circunstancias del caso en concreto, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse.

Es así como el inciso en mención nos habla de la posibilidad de que el extremo de la sentencia organiza la ejecución provisional de la pena para ser cuestionado en el interior del proceso, siendo resuelto por un auto inimpugnable; en cuanto a la impugnación contra la ejecución provisional de la pena es distinta de la apelación que se interponga en contra de la sentencia condenatoria respecto a la responsabilidad penal y pena que se impone al condenado.

4. Jurisprudencia sobre la ejecución no inmediata de la pena privativa de la libertad.

La jurisprudencia al tratar el tema de la ejecución no inmediata de la pena nos habla de la sentencia 283/2022¹ planteando que, en cuanto a ejecución provisional de la pena, la determinación y quantum de la pena

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 283/2022, 02 de septiembre de 2022

se encuentra motivada en la sentencia condenatoria, siendo la ejecución provisional de la condena regla general, la lógica es la ejecución de la pena privativa de libertad. Pero en casos donde no se hallen los presupuestos requeridos para la ejecución inmediata, la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse.

5. La reincidencia y habitualidad como limite a la aplicación

5.1. Reincidencia

5.1.1. Definición

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se han venido incorporando figuras que coadyuven en la aplicación de las penas, para lo cual se ha establecido en nuestro código penal, la figura de la reincidencia, el mismo que representa una agravante en la comisión del ilícito penal. Esta figura hace referencia a la situación de una persona cuya comisión del delito es reiterada, pues este ya ha sido condenado por un ilícito; sin embargo, vuelve a cometer otro delito. Según Reyna (2016):

La condición de reincidente, conforme al nuevo artículo 46 del Código Penal, constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal que genera la posibilidad de imposición de una pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. (p. 202)

Lo indicado líneas arriba nos muestra que tan grave puede ser esta figura en la aplicación de la pena, pues nos indica que aquella persona calificada en dicha situación puede recibir pena mayor, sin importar el delito que se haya cometido, por el hecho de obtener dicha situación jurídica su pena se verá incrementada considerablemente.

Es importante recalcar que esta figura cuenta con el principal objetivo de considerar la agravante en virtud de prevenir se vuelva a cometer un nuevo hecho delictivo, para ello debido a

la función de la pena de reestablecer al imputado en la sociedad, se prevé esta figura con el objetivo de incorporarlo nuevamente a la sociedad, y no vuelva a cometer otro ilícito, pues su pena se vería agravada.

Según García (2019):

Una persona tiene la condición de reincidente si es que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena por delito doloso incurre en uno nuevo en un lapso que no excede los cinco años. Se entiende que el cómputo del plazo se hace a partir del cumplimiento total o parcial de la pena. (p. 980)

Bajo este parámetro, García nos brinda un aporte trascendental para conocer si el sujeto agente se encuentra en dicha calidad, manifestado comisión del ilícito una vez cumplido con una pena, así como de señalar un plazo desde el cumplimiento de la pena anterior; 5 años, ello al considerar que un sujeto no puede ser perseguido de por vida, y debido al plazo razonable se vulnerarían derechos del imputado si se configurara esta situación del agente de manera indefinida.

5.1.2. Sustento

La reincidencia es la circunstancia específica en la que se halla una persona imputada con la comisión de un delito, da pase para la valoración de conductas anteriores, así como a determinar la graduación de las penas. La reincidencia, por lo tanto, es una situación fáctica que consiste en la comisión de un delito en un momento en el cual el sujeto agente ha experimentado previamente, una sanción por la comisión de uno anterior.

Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, podemos decir que existe en 2 situaciones: cuando el

imputado cumple en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso; o en su defecto, cuando se cumple un plazo de la misma, siendo determinado por ley anterior, la reincidencia es una circunstancia en la que se constata antecedentes en la persona que se está juzgando, para efectos de agravar la pena que se pretende imponer como resultado de cometer una acción delictuosa. Plantea Reyna (2016):

La condición de reincidente, conforme al nuevo artículo 46 del Código Penal, constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal que genera la posibilidad de imposición de una pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. La habitualidad constituye, del mismo modo, una circunstancia agravante de la responsabilidad que permite al juez aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. (p. 202)

Por añadidura, el Nuevo Código Español en el artículo 22 inciso 8 la conceptúa como aquella circunstancia particular agravante, debiendo a su existencia cuando el autor fue condenado por un delito contenido en el mismo título del código, la acción debe ser de la misma naturaleza.

5.1.3. Constitucionalidad

En Tribunal Constitucional considera a que la reincidencia no cuestiona un Derecho Penal de acto, dado que la culpabilidad no puede ser evaluada aisladamente; la Corte Suprema de la República sostiene que se sustenta en razones de prevención especial ajenas a la culpabilidad por el hecho, sirviendo como límite para fines de prevención especial que sustenta la reincidencia.

Señala que la reincidencia es una circunstancia en la que se constata exigencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se pretende imponer en consecuencia de la comisión de un delito. Según Peña Cabrera (2004):

Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2° inciso 24, literal T, 37°, 140° y 173° de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N° 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional. (p. 424)

5.1.4. Jurisprudencia

A lo largo de los años nuestro ordenamiento jurídico ha visto la necesidad de incorporar mecanismos y presupuesto para su aplicación, los cuales han sido incorporados a través de jurisprudencia relevante donde se determinan nuevos criterios en atención a determinadas situaciones.

La corte suprema, mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2008 establece que la única finalidad de la reincidencia se centra en responder a la necesidad de establecer mayor reproche penal como respuesta a prevenir una mayor peligrosidad del sujeto, esto nos muestra un mayor contexto de lo que representa la reincidencia, puesto que nos encontramos ante situaciones excepcionales en las que el sujeto no se reinserta en la sociedad.

Es importante tener en cuenta, que para poder determinar dicha situación de reincidencia en un procesado el juez debe tomar en consideración ciertos parámetros establecidos en el mismo acuerdo plenario, el cual Indica, en primer lugar, se debe tomar en consideración el Boletín de condena del procesado, y de dicha manera poder observar el tiempo transcurrido desde la excarcelación hasta la fecha de comisión del nuevo ilícito penal.

Otro punto que se debe considerar en lo que respecta a la reincidencia es en base a considerar como único requisito objetivo de la reincidencia es la comisión de delito objetivo por parte del sujeto agente, después de la conclusión de sanción en delito doloso.

Uno de los aspectos más resaltantes establecidos, dentro de la jurisprudencia nacional, se tiene que en el pleno jurisdiccional Distrital penal y procesal penal de la libertad se establece solo la calidad de reincidente en personas cuya que hayan cumplido condena efectiva; si bien el código establece el supuesto general de la calidad de reincidente, este acuerdo toma una posición muy importante dentro del distrito jurisdiccional de la libertad y nos indica la efectividad de la pena, esto es cuando la pena solo se cumple en cárcel.

5.2. Habitualidad

5.2.1. Definición

La habitualidad, al igual que la reincidencia representa una agravante a la pena dentro de nuestro sistema jurídico, el cual la figura cambia en razón que el sujeto agente adquiere esta situación jurídica porque comete el ilícito de manera reiterada. Según García (2019), “La condición de habitual le alcanza, por su parte, al agente que comete un nuevo delito doloso, siempre que se trate, por lo menos, del tercer hecho punible que perpetre en un lapso no mayor de cinco años” (p. 983).

Como lo ha señalado García se considera que la conducta delictiva sea de manera reiterada, si bien es parecida a la reincidencia, en esta figura se varían las veces en que se ha cometido el ilícito penal, pues acá es cuando el ilícito lo ha cometido de manera continua por tercera vez, en el plazo de 5 años.

La habitualidad se contempla como una forma de agravar la responsabilidad penal de una persona que ha sido condenada varias veces por la comisión de delitos. Esta circunstancia puede influir en la determinación de la pena que se impone por un nuevo delito, ya que se considera que una persona con un historial delictivo habitual tiene una mayor peligrosidad y necesita un castigo más severo para proteger a la sociedad.

Según Reyna (2016), “La habitualidad constituye, del mismo modo, una circunstancia agravante de la responsabilidad que permite al juez aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo pena” (p. 202). Siguiendo esta línea de ideas, tenemos que el sujeto agente cuya situación jurídica sea de habitual su pena será aumentada considerablemente, puesto que representa un peligro en la sociedad.

5.2.2. Sustento

La habitualidad es aquella circunstancia agravante de la responsabilidad que permite al Juez el aumento de la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Es importante precisar que el Acuerdo Plenario N° 1-2008 nos habla que en la habitualidad se produce solo en el caso de que los 3 delitos se cometieran en un periodo de 5 años y no medie una condena de ellos en el mencionado plazo; a su vez, requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza.

Se presentan también supuestos en los que requisitos y efectos de agravación se intensifican, por lo que el plazo fijado para aplicar la agravante de la habitualidad no rige si el nuevo delito cometido es uno de los previstos en los capítulos IX, Y y XI del Título IV Libro Segundo del CP, así como en artículos: 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121 segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del CP, siendo la habitualidad se puede determinar sin un límite de tiempo.

Finalmente, consiste en la perpetración delictiva que el autor ejecuta de forma reiterativa en el tiempo, revelando la peligrosidad de su personalidad, esta institución no se desprende del concepto de peligrosidad.

5.2.3. Constitucionalidad

Se sostiene que la habitualidad fija una reminiscencia al derecho penal de autor, donde la valoración “jurídico-penal” alcanza el hecho como aspecto nuclear de la imputación, se trasladó a un hombre delincuente, ingresando en la esfera de su personalidad, enjuiciando de forma negativa como se conduce en sociedad. El Tribunal Constitucional no desconoce estas críticas de una parte de la doctrina penal contra la habitualidad. Pero, es claro que el examen constitucional de habitualidad pasa por que este Tribunal señale previamente que el control constitucional abstracto de las leyes no se realiza en torno de construcciones doctrinarias sobre la habitualidad, sino en función del conjunto de derechos, principios y valores.

Menciona Peña Cabrera (2004):

La habitualidad, sin duda, es una conducción fenoménica propia del conductivismo, que importa el análisis del ser delincuente, de

identificar los factores internos que inciden en esta conducta antisocial; por lo tanto, su génesis no puede ser explicitada en cuanto al hecho antijurídico que se manifiesta de forma repetida a través del tiempo, sino a partir de una explicación psicológica, que sólo puede ser construida por el método causal-explicativo de la ciencia criminológica. (p. 436)

5.2.4. Jurisprudencia

Dentro de los principales criterios acogidos por razón de jurisprudencia nacional se establece que con referencia a la Casación 30-2018 Huaura consigna a la habitualidad como aquella circunstancia agravante la misma que resulta ser aplicada a quienes cometieron el ilícito dos o más veces. Esta es diferente de la reincidencia, puesto que no requiere una condena firme por un delito anterior, sino que se basa en la persistente actividad delictiva de la persona. Si bien ambas la reincidencia y la habitualidad son consideradas como agravantes por la misma peligrosidad del sujeto agente.

El tribunal en cuanto al Expediente N° 0014-2006, le indica al legislador cumplir con cierto margen de razonabilidad, esto por ser aquel encargado de la persecución penal, incluyéndole ciertos límites, los cuales resultan encontrarse inmerso dentro del listado de derechos fundamentales de la persona, algo importante señalado por el órgano constitucional es que las motivaciones de los administradores de justicia se debe basar en el respeto irrestricto de las garantías jurisdiccionales, así como de los derechos procesales que le son otorgados a cada sujeto procesal.

La Corte Superior de Ancash mediante el pleno jurisdiccional distrital en materia penal hace un importante señalamiento respecto a la probanza de los 3 delitos que consigna el

Código Penal con base a la habitualidad, y es que de esta manera los jueces consideran importante establecer ciertos parámetros para este distrito jurisdiccional pues el primordial problema se ve reflejado en la necesidad de acreditar la responsabilidad del sujeto agente, y efectivamente como es de pleno conocimiento toda persona es considerada inocente mientras no se demuestre lo contrario, por tal razón considerar que solo basta el simple señalamiento como autor del ilícito representa una vulneración a dicho principio, y por lo cual mientras no exista la plena certeza de su responsabilidad al sujeto no se le puede considerar reincidente.

Otro elemento resaltante en la aplicación de esta figura, consignado en el acuerdo jurisdiccional antes mencionado nos delimita un problema surgido respecto a la habitualidad y reserva de fallo, pues este órgano considera pertinente la existencia de una pena, la cual debe ser dictada, sin importar la clase de pena impuesta, y en caso de reserva de un fallo no se puede considerar dicho criterio para la aplicación de habitualidad, puesto que dicha reserva no contiene la calidad de una sentencia y no existe fallo y que acredite responsabilidad penal.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

1. MATERIAL:

- Textos bibliográficos referidos a las variables de investigación.
- Revistas especializadas de procesal penal.
- Código Penal de 1991 y sus modificatorias.
- Constitución Política de 1993.
- Jurisprudencia nacional referida a la temática de investigación.
- Código procesal penal de 2004.
- Fuentes informativas desmaterializadas.

2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:

2.1. Métodos Lógicos:

- **Método Deductivo**

En esta investigación se usará este método, con la finalidad de llegar a probar la hipótesis formulada (particular) a razón de la información que se acumulará de las diferentes fuentes académicas referidos a la gravedad y naturaleza de la pena en la aplicación de la “no ejecución inmediata” de la pena privativa libertad efectiva.

- **Método Analítico:**

Dicho método está referido a desentrañar los alcances de las disposiciones para poder determinar aciertos, desventajas, con respecto a las normas legales en función al aporte de la doctrina, la jurisprudencia y la casuística, por tanto, en la presente investigación dogmática-jurídica, se utilizará este método para que, partiendo del aporte de la doctrina, poder concluir que es necesario establecer criterios jurídicos para determinar la gravedad y naturaleza de la pena, en virtud del artículo 402 inciso 2.

- **Método Comparativo:**

Este método permite hacer una comparación entre la legislación de un determinado país con el resto de normatividad vigente en otros países. Asimismo, con este método se hará una pertinente comparación del artículo 402 inciso 2 del Código Procesal Penal peruano; “no ejecución inmediata” de la pena privativa libertad efectiva respecto otras legislaciones de la región.

2.2. Métodos Jurídicos:

- **Método Hermenéutico:**

Este método consiste en hacer una exhaustiva interpretación del contenido de las disposiciones normativas que recogen las instituciones jurídicas en las distintas áreas del derecho. De ahí que, este método jurídico permitirá determinar los alcances y contenido de las variables objeto de la presente investigación para posteriormente poder comprobar la hipótesis planteada.

- **Método doctrinario:**

La investigación que se está proponiendo utilizará este método para trabajar un marco teórico que pueda responder de forma adecuada a las conclusiones que se propondrán, así como, poder comprobar la respuesta tentativa al planteamiento del problema que se ha formulado en la presente investigación.

- **Método Histórico:**

Este método de investigación, busca un análisis sobre las figuras jurídicas de acuerdo a su origen a nivel de la historia del derecho ya sea en el ámbito mundial o a nivel interno. Se hará uso de este método con la finalidad de determinar, cuál ha sido el origen histórico del artículo 402 inciso 2 del Código

Procesal Penal peruano; “no ejecución inmediata” de la pena privativa libertad efectiva.

3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

3.1. Fichaje:

Mediante esta técnica lo que se hará es recoger de forma sintética y de manera resumida la información que se recolectará conforme a los materiales que se utilizarán, luego se organizará para, finalmente poder digitarla en el informe final de tesis. El instrumento que es propio para ejecución de la técnica aludida es: **la ficha bibliográfica y de estudio.**

3.2. Análisis de Contenido:

A través de esta técnica se extraerá los pronunciamientos de la doctrina, respecto a la temática abordada, para luego poder ordenarla en cuadros que sirvan de soporte para fortalecer la teoría que nutre a la investigación. El instrumento que es propio de la técnica antes referida es **la guía de observación.**

CAPÍTULO IV

RESULTADO Y DISCUSIÓN

La Corte Suprema en la apelación N° 010- 2020 San Martín ha dejado claro que: "...conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos dos y cuatrocientos doce del Código Procesal Penal, se debe interpretar que la ejecutabilidad de la sanción impuesta en la sentencia es inmediata; no obstante, una decisión contraria –suspender la efectividad hasta resolver la apelación– sería factible en los casos de sentenciados que afrontaron el proceso en libertad –de conformidad con el numeral dos, del artículo cuatrocientos dieciocho, del Código Procesal Penal”.

Esto se explica en razón que, cuando el artículo 412 inciso 1 del Código Procesal Penal hace referencia a “disposición contraria a la ley”, implica se ejecute inmediatamente la condena si se trata de penas distintas a la limitativas de derechos o las multas; ello tiene sentido, por cuanto el Acuerdo Plenario de 10 del año 2009 ha señalado, justamente, que la inhabilitación se ejecuta cuando la condena adquiriera firmeza. Empero, no únicamente -como señala esta sentencia- la excepción, sobre la no ejecución inmediata de la condena, viene dada por la pena limitativa de derechos y multa, sino también por lo señalado en el inciso 2 del artículo 402 del Código Procesal Penal, que se establece que podría no ejecutarse inmediatamente la pena privativa de libertad de carácter efectiva cuando el condenado se encuentra en libertad, siempre y cuando se tenga en cuenta la naturaleza y gravedad del delito, no exista peligro de fuga o este se puede evitar y se haya interpuesto o esté en trámite algún recurso impugnatorio.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional al respecto ha señalado -en el Expediente 2271 -2018 HC/TC que, con respecto al artículo 402 inciso 2, la facultad que tiene el juez de no ordenar la ejecución anticipada o inmediata de la condena a pena privativa de libertad efectiva no queda al arbitrio judicial sino que más bien el legislador ha establecido los requisitos para que el juez pueda

ordenar ello; así pues el Tribunal Constitucional expresa -en su fundamento jurídico 6- la no ejecución inmediata dispuesta en la ley (artículo 402 inciso 2 de Código Procesal Penal) "...no queda librada la discrecionalidad del jugador. La disposición obliga a que se atienda a la naturaleza o gravedad de la medida, así como el peligro de fuga" (FJ 6).

Respecto a la no ejecución inmediata de la condena a pena privativa de libertad efectiva, es importante destacar que en el Expediente N°4008 – 2015 PA/TC, en su fundamento jurídico 4, el Tribunal Constitucional señala que, si la condena efectiva incide sobre el derecho fundamental a la libertad del imputado se requiere una motivación cualificada por parte del juez o del tribunal, por tanto, se debe interpretar que si el imputado se encontraba en libertad y es condenado, el juez o tribunal que condena, debe expresar de forma cualificada las razones por las cuales debe proceder una ejecución anticipada o inmediata de la pena privativa de libertad efectiva de no hacerlo, se estaría infraccionando el derecho a la libertad y un eventual hábeas corpus, tendría que declararse fundado.

En este caso se resuelve indicando que "...al momento de emitirse la sentencia condenatoria el 29 de enero de 2018, el favorecido se encontraba en libertad, por lo que su caso se encuadra dentro del supuesto regulado en el segundo inciso del artículo 402 del Código Procesal Penal", de ahí que, para que se deba ejecutar dicha decisión resulta de imperiosa necesidad que el juez deba proceder a esbozar y motivar de forma suficiente las justificativas razones por las que ordena la ejecución anticipada de la sentencia.

A partir de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional pareciera que se debe entender que la regla, con respecto a la ejecución de las penas privativas de libertad de carácter efectivo, es su no ejecución inmediata o anticipada, sino más bien la aplicación de reglas de conducta mientras se resuelve el recurso, claro está siempre y cuando se trate de personas que no se encuentran

privadas de su libertad, esto es, de sujetos que hayan afrontado el proceso en libertad o tengan esa condición, por lo menos, hasta el momento de la condena; sin embargo ello, no es así, sino que, como apunta Neyra (2015), la regla en la ejecución de la sentencia condenatoria efectiva para las personas que se encuentran en libertad, es que se realice de forma inmediata, y más bien la excepción en la suspensión o no ejecución inmediata; sin embargo, es necesario, como ya lo señaló el Tribunal Constitucional, que, si se va privar la libertad, de quien se encuentra en libertad durante el proceso (sin prisión preventiva o condena por otro delito), es deber del juez o tribunal, realizar una motivación cualificada o reforzada cuando ordena la ejecución inmediata de la condena a pena privativa de libertad efectiva, a pesar de constituir esta la regla.

A pesar de lo dicho, no es menos cierto que el tema se torna tan confuso que la Corte Suprema en el acuerdo plenario 10 del año 2009 señala expresamente que el propio Código Procesal Penal no ha establecido un precepto expreso en relación a cuál es la regla jurídica que se debe seguir en caso de la interposición de recursos, lo que nos lleva a concluir que no hay claridad normativa, de si la regla es: el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo de ejecución; sin embargo, mantenemos la idea, glosada por el profesor Cesar San Martín (2020) sobre que, en los casos de que el sujeto se encuentre en libertad y se le condene a pena privativa de libertad efectiva, definitivamente, la regla es que se aplique, en el caso de los recursos, el sistema de ejecución inmediata o anticipada; se entiende-por interpretación contraria- que el sistema de ejecución suspendida es excepcional. No se debe dejar de anotar que, si el condenado estuviera previamente privado de su libertad, la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva, siempre será inmediata.

Todo lo señalado se puede concentrar en los referido por la Corte Suprema cuando expresa que: “si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el juez penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402.2 NCPP, podrá optar

por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288 NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme” (AP 10- 2009 FJ N° 08)

El artículo 418, inciso 2, es claro cuando señala que la regla es la ejecución provisional, y la excepción, se presenta cuando el sujeto estando en libertad, es condenado, en ese caso, mientras se resuelve el recurso, el tribunal que revisó la sentencia, puede ordenar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad efectiva. De ahí que se debe señalar que conforme la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03544-2022 PHC/TC expresa que “...el artículo 418, inciso 2, del nuevo Código Procesal Penal prevé la posibilidad de que el extremo de la sentencia que dispone la ejecución provisional de la pena pueda ser cuestionado al interior del proceso, lo que será resuelto mediante auto inimpugnable. Cabe precisar que la impugnación contra la ejecución provisional de la pena es diferente de la apelación que se interponga contra la sentencia condenatoria respecto a la responsabilidad penal y la pena impuesta al sentenciado” (f.j. N°7).

Este Tribunal ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente 01207-2020-PHC/TC que en los casos en los que se dispuso la ejecución provisional de la pena prevista en el artículo 402, inciso 2, del nuevo Código Procesal, corresponde impugnar dicha decisión en el propio proceso conforme al artículo 418, inciso 2, del precitado código. Una vez emitido el pronunciamiento por parte del Tribunal superior — es decir, cumplido el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional— (ahora artículo 9 del Nuevo Código Procesal Constitucional), corresponderá, si fuera el caso, interponer una demanda de habeas corpus.

Respecto a la ejecución anticipada o la posibilidad de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad del sujeto condenado a una pena privativa de libertad de carácter efectivo, la legislación comparada en su mayoría sigue la tendencia de apuntar como regla la no ejecución inmediata, sino que más bien esta se realiza cuando la condena haya adquirido firmeza, es decir, a diferencia de lo que sucede con el Perú, en varios de los países objeto de análisis, la regla es la ejecución no inmediata. Así tenemos que:

En el caso de Paraguay el artículo 493 señala de forma expresa que:

“sentencia condenatoria deberá quedar firme para originar su ejecución. Desde el momento en que ella quede firme, se ordenarán las comunicaciones e inscripciones correspondientes y se remitirán los autos al juez de ejecución para que proceda según este Libro”.

Como puede observarse de forma clara, en este país, se ha optado por tener como regla la aplicación de la condena cuando esta quede firme (ejecución no inmediata o anticipada), por lo que se entiende que, si el sujeto procesado se encuentra en libertad, será después que exista una condena a pena privativa de libertad efectiva ejecutoriada, que se ordenará su captura; en sentido contrario, mientras que la sentencia- en las primeras instancias fue condenatoria a pena efectiva, el sujeto se encontraba en libertad, y se encontrara en trámite el recurso que corresponda, no se ordena la inmediata ubicación y captura del condenado. Esto adquiere sentido en el Perú, habida cuenta que la presunción de inocencia no se agota con una sentencia en primera instancia, sino que esta supervive hasta que la sentencia adquiera firmeza.

Esto se puede ver de forma clara cuando en la misma disposición anotada en el Código Procesal Penal paraguayo señala que: “...cuando el condenado deba cumplir pena privativa de libertad, el juez de ejecución remitirá el oficio de la ejecutoria del fallo al establecimiento en donde debe cumplirse la condena”

(segundo párrafo del artículo 493). Se debe entender de esta regulación, como ya se dijo que debe existir una condena firme para que esta recién se haga efectiva, no se hace distingo, en relación a la clase de pena que se imponga, si no que se asume una condición general aplicable a todas las clases de pena: que la condena cause ejecutoria.

Además, se señala que será recién cuando la sentencia condenatoria sea efectiva y el condenado se hallare en libertad, se ordenará su aprehensión, así enuncia el dispositivo del código sustantivo paraguayo que: “Si se halla en libertad, se dispondrá lo necesario para su comparecencia o captura, y una vez aprehendido se procederá según corresponda”.

El caso de Costa Rica, se aleja nuevamente del caso de la regulación de la ejecución de la pena en el Perú, pues mientras para nuestro país la regla es la ejecución inmediata de la pena privativa de la libertad cuando el sujeto está en libertad, y la excepción viene dada suspender esa ejecución de la pena privativa de libertad efectiva hasta que la condena adquiera firmeza, en el país Centroamericano, se ha precisado que mientras subsista el plazo para recurrir la sentencia condenatoria y el sujeto estuviera libre, la condena a pena privativa de la libertad no se ejecutará. La norma enunciada en el artículo 444 de la norma adjetiva expresa que:

“La resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramite el recurso...”

Como puede advertirse, si el condenado hubiera estado en libertad y se le impone pena privativa de libertad, no es necesario, que se haya interpuesto el recurso, sino que inclusive durante el transcurso del plazo que se tiene para imponer el recurso, la condena no se hace efectiva, es decir, se suspenden los efectos de la resolución hasta que se haya venido el plazo para impugnar la sentencia condenatoria.

En el caso de Honduras, se ha regulado este tema en dos normas una en la que pareciera que se decanta por la regla de la ejecución inmediata, pero que en realidad se aplica a las penas que no sean privativas de libertad efectiva, y otra que se circunscribe a la condena efectiva a pena privativa de libertad, donde se aplica como regla “la suspensión de la ejecución” de las penas privativas de libertad efectivas.

De esta forma, el artículo 349 del Código Procesal Penal, expresa que:

Artículo 349. Efectos. “La interposición de un recurso, no impedirá la ejecución de la resolución impugnada, salvo si la ley dispone otra cosa”

Puede apreciarse, como se dijo que a primera vista pareciera que cuando se interpone un recurso este no tiene como efecto suspender los efectos del fallo condenatorio, sin embargo, esta disposición, establece una condición de derrotabilidad (una excepción), que viene dada por la elocución “salvo si la ley dispone otra cosa”; esta disposición debe ser entendida de forma sistemática con lo que señala el artículo 385 que a la letra señala:

“Sólo las sentencias condenatorias que hayan adquirido el carácter de firmes, podrán ser ejecutadas”

Esta norma constituye la excepción a la ejecución inmediata regulada en el artículo 349 del Código Procesal Penal de Honduras, pues esa norma se aplica, a las demás clases de pena que no sean penas privativas de libertad con condenado libre, esto, por cuando se trate de esta última pena citada entonces la regla es la aplicación suspendida o no inmediata ejecución de la pena privativa de la libertad efectiva, ello en relación que conforme el principio de pluralidad de instancia y el derecho de presunción de inocencia este recién se pierde, y por ende se debe afectar la libertad de un ciudadano libre, cuando la condena sea firme.

Como puede verse mientras que el Perú la regla es que las penas privativas de libertad efectiva se ejecuten inmediatamente y las otras penas se ejecuten no anticipadamente, en Honduras sucede exactamente todo lo contrario, cuando se ordena la imposición de una pena privativa de libertad efectiva, la condena no se ejecuta sino hasta que esta pena quede firme, y en caso de otras penas, la condena se ejecuta inmediatamente.

En Venezuela, el Código Procesal Penal conforme lo que señala el artículo 439:

“La interposición de un recurso suspenderá la ejecución de la decisión...”

Esta norma debe se ve complementada con lo que señala el artículo 480 que expresa:

“El tribunal de control o el de juicio, según sea el caso, definitivamente firme la sentencia, enviará el expediente junto al auto respectivo al tribunal de ejecución...”

En este país la regla es que el juez cuando ordena una condena no puede ordenar al mismo tiempo la ejecución inmediata del mismo, sino que más bien, la interposición del recurso, impide que se pueda realizar la ejecución anticipada de la sentencia condenatoria, esta idea se consolida, con lo que se señala en el artículo 480 del catálogo sustantivo penal donde se señala de forma expresa que para que se envíe el expediente al juez encargado de la ejecución de sentencia (juez de investigación preparatoria en nuestro país), esta resolución debe obtener la calidad de sentencia firme.

El Código Procesal de Bolivia, con respecto al tema que se está analizando, señala en su artículo 430 que:

“Ejecutoriada la sentencia condenatoria se remitirán copias autenticadas de los autos al juez de ejecución penal para que proceda según este Código. Si el condenado se halla en libertad, se ordenará su captura. El juez o el presidente del tribunal ordenará la realización de todas las medidas necesarias para cumplir los efectos accesorios de la sentencia”.

Nuevamente como se puede advertir aquí, la regla es la ejecución no anticipada de la condena, es decir, para que se ordena la internación del condenado a pena privativa de la libertad efectiva, cuando se encuentre en libertad, deben haberse agotado todos los recursos impugnatorios, o, en su caso, haber dejado transcurrir el plazo sin formular recurso alguno para cuestionar la resolución de condena.

A pesar de lo dicho, es importante destacar que, en este país, mientras la sentencia a pena privativa de libertad del condenado que se encuentra en libertad adquiere firmeza para su ejecución el juez puede hacer uso de medidas de coerción personal para asegurar el cumplimiento de la pena privativa de libertad efectiva, pero únicamente en casos puntuales referidos a supuestos que se fundan en motivos humanitarios. La norma procesal señala en el artículo 431 que:

“Antes de la ejecución de una pena privativa de libertad, el juez o tribunal que dictó la condena diferirá la ejecución de la pena y dispondrá las medidas cautelares convenientes que aseguren su ejecución, en los siguientes casos:

- 1) “Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de un (1) año al momento de la ejecutoria de la sentencia”;
- 2) “Cuando el condenado se encuentre gravemente enfermo y la inmediata ejecución ponga en peligro su vida, según el dictamen médico forense. Cuando cesen estas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente”.

Esta regulación se parece a la enunciada en el artículo 402 inciso 2 del Código Procesal Penal, sin embargo, esta no ejecución inmediata, solo está restringida a supuestos de gravedad en la salud del condenado o supuestos de gestación o maternidad de la mujer condenada. Estos supuestos tienen bastante

semejanza a los casos en los que procede la detención domiciliaria. Nótese que, en este país el legislador ha sido mucho más estricto y exacto, para señalar los supuestos en los que se puede se aplique medidas de aseguramiento del procesado al cumplimiento de la condena, mientras que en el Perú solo se hace mención a la gravedad y naturaleza de la pena y las circunstancias.

En Chile, el artículo 355 de su norma adjetiva penal señala que:

“...La interposición de un recurso no suspenderá la ejecución de la decisión salvo que se impugne una sentencia condenatoria o que la ley dispusiere expresamente lo contrario”

La norma antes aludida confirma que en Chile la regla es la ejecución inmediata o anticipada de la sentencia condenatoria, sin embargo, esta regla solo es aplicable a las sanciones penales distintas a la pena privativa de libertad, más cuando se trata de la mencionada pena privativa de la libertad de carácter efectivo, con persona en libertad (se entiende), la condena se ejecuta de forma suspendida, es decir, en el caso de la condena a pena privativa de libertad, con condenado en libertad, la sentencia debe quedar firme para que se ejecute, vale decir, mientras esté pendiente la resolución de algún recurso, aun no se internará al condenado en el centro penitenciario.

Cabe señalar que también tiene efecto suspensivo de la condena efectiva a pena privativa de la libertad, la interposición del recurso de nulidad, así la norma chilena señala que: “...cuando se interpone un recurso de nulidad se suspenden los efectos de la sentencia condenatoria recurrida” (Artículo 379° CPPCh).

Por último, en Colombia, el artículo 450 de su Código de Procedimientos Penales, señala que, si existiera un adelanto de fallo, donde se condena a pena privativa de libertad, de un condenado que se encontrara en libertad, se puede diferir la ejecución hasta el momento que se dicte la sentencia integra, salvo que el juez considere lo contrario.

No se debe confundir, con que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad para el condenado que se encuentra en libertad, se mantiene hasta la resolución de algún recurso impugnatorio, aquí solo se mantiene desde que se dicta un adelanto de fallo hasta que se dicta la sentencia (lectura integral o comunicación de la misma).

El Código Colombiano, al respecto señala de forma enfática que:

“Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”.

El artículo 461, del Código de Procedimientos Penales de Colombia también contiene la sustitución de pena privativa de libertad efectiva de un condenado que se encuentre en libertad, para ello se debe realizar un pago de caución, y esa sustitución solo es de aplicación en los mismos casos en los que se puede sustituir la medida de coerción de detención preventiva (prisión preventiva en el Perú)

Los casos de sustitución de la medida de detención preventiva que también se aplicarían para sustituir la pena privativa de la libertad efectiva, se da en los casos regulados en el artículo 314 del Código Procesal Penal, que son supuestos que tienen como fundamento razones de humanidad.

Sin embargo, hay que anotar que no se podrá sustituir la pena privativa de libertad por una medida de detención en el domicilio del condenado, cuando se trate de delitos que, por su naturaleza y gravedad, necesariamente se debe imponer pena privativa de libertad efectiva: “Tráfico de migrantes (C.P. artículo 188); Acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C.P. artículo 210); Violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229); Hurto calificado (C.P. artículo 240); Hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); Estafa agravada (C.P. artículo 247); Uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C.P. artículo 291); Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concurra con el delito de concierto para delinquir (C.P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P. artículo 366); Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P. artículo 367); Peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P. artículo 397); Concusión (C.P. artículo 404); Cohecho propio (C.P. artículo 405); Cohecho impropio (C.P. artículo 406); Cohecho por dar u ofrecer (C.P. artículo 407); Receptación repetida, continua (C.P. artículo 447, incisos 1o y 3o); Receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P. artículo 447, inciso 2o)”. (Véase artículo 314)

A nivel doctrinario como sostiene Obispo (2019) “...esta disposición legal que nos presenta el nuevo Código Procesal Penal de 2004 viene a ser una novedad, ya que, anteriormente, el antiguo Código de Procedimientos Penales de 1940...”. Conforme lo expresa el autor si se hace una interpretación histórica de la ejecución de las sentencias, se puede concluir que antes de la vigencia del Código Procesal Penal, cualquier tipo de sanción penal o, en específico: pena, se ejecutaba de forma inmediata, ello también lo señala la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 09- 2010 CJ/116, donde se señala

que la pena de inhabilitación- multa y cualquier otra- se ejecutaban de forma inmediato a anticipada, y que la interposición del recurso no impedía la ejecución de la sentencia recurrida. Al respecto de la ejecución no provisional en caso de la imposición de una condena a pena privativa de libertad efectiva, ello se encuentra en el inciso 2 del artículo 402, por lo que se debe entender como dice Neyra (2015) que debe de interpretarse el artículo 402, inciso 1, solo para aquellos procesos donde una persona ya se encuentre privada de su libertad y al mismo tiempo se le impone una pena efectiva. Por lo tanto, la pena debe de ejecutarse provisionalmente. De igual parecer es Cesar San Martín (2020) quien señala que el inciso 1 de la norma precitada se refiere a la impugnación cuando el sujeto condenado esta afecta a una medida de coerción personal que restringe su libertad física.

Ahora bien, tal y como sucedió en varios casos como el recaído en expediente N° 1276-2018-26-1501-JR-PE-05, emitida por la Sala de Apelaciones transitoria Especializada en los delitos de corrupción de funcionarios de Junín; por delito de colusión; en la causa recaída en el Expediente N°858-2020, por delito de cohecho pasivo específico, o el conocido caso del señor Elidio Espinoza (Expediente N° 00295-2008-81 dictada por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad), la judicatura debe expresar las consideraciones de porque se suspendió y no se ejecutó de forma inmediata, habida cuenta que ello es la excepción y no la regla. La mayoría de análisis que se ha hecho expresa que es porque la libertad solo se debe perder con una sentencia condenatoria firme, cuando el procesado no se encuentre dentro del penal por aplicación de la prisión preventiva; entonces, se asume – como señala Pablo Sánchez (2020)- como presupuestos o requisitos, que exista una condena a pena privativa de libertad, que esta sea efectiva, que no esté firme, que este pendiente de resolver el recurso, que se pueda controlar el riesgo de fuga y además que el condenado se encuentre libre; sin embargo, muy poco se repara en el requisito de "naturaleza y gravedad del delito (la conducta) y de la pena".

Al respecto no se han señalado parámetros en la jurisprudencia, pero se comparte aquí la opinión de Obispo (2019) para quien la existencia del agravante habitualidad revela una mayor gravedad y peligrosidad de la conducta, por lo que, si se presenta aquella agravante cualificada, no podría aplazarse la ejecución de la condena efectiva hasta que quede firme, sino que esta debiera ser inmediata, ordenándose la detención del condenado y su internación en el penal. El precitado autor señala que “al existir una agravante como la habitualidad, resulta meritoria la ejecución inmediata, toda vez que el comportamiento de estos sujetos habituales demuestra un mayor menoscabo hacia los bienes jurídicos, por lo tanto, debe entenderse de naturaleza grave y peligrosa.

Al respecto, se debe añadir, que si el criterio es la habitualidad, también se debe aplicar como causa de exclusión a la posibilidad de diferir la ejecución de la condena a pena privativa de libertad a quien está libre hasta que la sentencia adquiera firmeza, también se aplicaría en el caso de la reincidencia, no solo porque es más grave que la habitualidad, sino también porque conforme al artículo 57 último párrafo del Código penal aquí no se puede suspender la ejecución de la pena, y en ese sentido, tampoco se debe admitir la ejecución diferida de la sanción a pena privativa efectiva.

De lo dicho se debe tener en consideración que como afirma San Martín Castro (2020), “el problema del efecto suspensivo del recurso debe estudiarse en su directa incidencia con los derechos a la libertad, la presunción de inocencia y sus manifestaciones y, por el contrario, con el derecho del Estado a asegurarse, dentro de los límites legales, la ejecución posible tras el recurso”; en ese sentido es fundamental que en los casos de reincidencia y de habitualidad, que revelan un menor grado de fidelidad al cumplimiento y mantención de la vigencia de la norma, se debe limitar la aplicación de la no aplicación inmediata de la efectiva, sino que la ejecución debe ser anticipada para evitar que el Estado no pueda hacer efectivo el *ius puniendi*.

Otro criterio que tiene que ver con la gravedad y la naturaleza de la pena debe ser el análisis del principio de humanidad de las penas que, el derecho comparado ha utilizado para que no se haga ejecución inmediata de la pena privativa de la libertad con cuando el sujeto condenado esta libre, es decir, que cuando se trate por ejemplo de casos de personas que poseen alguna enfermedad grave, son madres gestante o tienen hijos pequeños, o poseen una edad avanzada que los hace personas en estado de vulnerabilidad o riesgo, entonces, son estas circunstancias que impedirían una ejecución inmediata de la condena a pena privativa de libertad efectiva, ello básicamente en que la pena privativa de libertad debe interpretarse y aplicarse conforme al principio a la dignidad humana del que subyace la humanidad de las penas. Como bien apunta el joven profesor James Reátegui (2017), las circunstancias personales del autor, así como las condiciones personales de este, inciden directamente en la naturaleza del delito y la pena a imponer, en ese sentido, considero que esos criterios de humanidad sirven para determinar la no ejecución anticipada de la pena privativa de libertad efectiva de quien se encuentra en libertad, máxime si como afirma la doctrina (Oré, 2016), la presunción de inocencia y el derecho a la libertad se deben conservar hasta que exista una decisión firme, cuando el condenado se encuentra en libertad.

Un criterio que tiene que ver con la gravedad y la naturaleza del delito, es la trascendencia del bien jurídica tutela, es decir, que mientras más trascendente sea el bien jurídico, más grado de lesividad y gravedad representará la comisión del delito y la pena que por ello se debe imponer (Villavicencio, 2014). Dentro de esta explicación y siguiendo a Peña Cabrera Freyre (2017) el propio Código Penal nos señala cuáles son los bienes jurídicos más trascendentes, cuando en el artículo 20 inciso 5 desarrolla la figura del estado de necesidad justificante y sitúa como aquellos interese más supremos protegidos por el derecho penal en el Perú a la vida (entiéndase vida humana independiente), la libertad (entiéndase física y sexual) y la integridad. Esta interpretación, novedosa que he elaborado tiene sustento, en que a raíz de la regulación la doctrina nacional de forma unánime coincide en que en el dispositivo penal antes apuntado se ha señalado los bienes jurídicos más trascendentes.

Además de ese criterio para determinar la gravedad y naturaleza del delito y de la sanción, podemos entender que el legislador ha considerado que son conductas sumamente graves aquellas en las que el Estado no tiene límite para su persecución y sanción, es decir, los delitos que son imprescriptibles: como los que lesionan la libertad e indemnidad sexual, los delitos contra la dignidad humana (trata de personas); los delitos más graves contra la administración pública (artículo 41 cuarto párrafo de la Constitución) y los delitos de lesa humanidad, catalogados así por el derecho internacional.

A efectos cuánticos conviene establecer -con la finalidad de asegurar un criterio correcto y uniforme para la aplicación diferida de la condena a pena privativa de libertad efectiva cuando el sujeto se encuentra libre –teniendo como extremo máximo una condena no mayor a 12 años ello en interpretación sistemática con el artículo 52-B que permite la posibilidad de poder convertir la pena privativa de libertad en otra de vigilancia electrónica, esto es, esta sustitución de pena obviamente importaría que el sujeto no pueda ser objeto de una prisión efectiva, por lo que sería el baremo idóneo o el límite adecuado para efectos de determinar cuál es la gravedad y la cuantía de la pena máxima- en el caso concreto- para no ejecutar de forma anticipada la condena a pena privativa de libertad efectiva. Si bien es cierto, ese criterio no ha sido desarrollado por la doctrina, es viable a partir de la denominada interpretación extra sistemática del artículo 52 B del Código penal con el 402 inciso 2 del Código procesal penal.

En función a los argumentos señalados el artículo 402 inciso 2 debe quedar redactado de la siguiente forma:

Artículo 402

(...)

“Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o

imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288 mientras se resuelve el recurso”.

No se ejecutará de forma inmediata la condena a pena privativa de libertad efectiva al condenado en libertad cuando se presente supuestos de enfermedad grave, mayor de sesenta y cinco años y madre gestante.

No se aplicará este inciso, cuando la condena supere los doce años, o el condenado tenga la condición de reincidente o habitual, o se refiera a delitos que protegen la integridad -lesiones graves-, la libertad e indemnidad sexual, la vida humana independiente, la libertad individual, dignidad humana o cuando se trate de delitos más graves contra la administración pública.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

1. En el Perú, con respecto a la ejecución de la condena, se ha establecido como regla la ejecución inmediata de la sentencia, sin embargo, constituyen excepción a esta regla la imposición de penas como la inhabilitación y la multa; en estos casos, la interposición del recurso suspende la ejecución de las referidas sanciones penales. Además de ese supuesto, también conforma el artículo 402 inciso 2 y el artículo 418 del Código Procesal Penal otra excepción a la regla de la ejecución anticipada o inmediata. La ejecución diferida o postergada de la condena a pena privativa de libertad efectiva, se puede dar cuando el condenado se encontrará en libertad y siempre que se pueda evitar el riesgo de fuga, además que se tenga en consideración la naturaleza y gravedad del hecho delictivo y la pena, así como también esté pendiente de resolverse la interposición del recurso que corresponda. En este caso, la condena se ejecutará cuando esta adquiera firmeza; sin embargo, no analiza- en los casos ha operado la no ejecución inmediata de la pena privativa de libertad efectiva con condenado en libertad el elemento “naturaleza y gravedad del delito”. En la mayoría de países del derecho comparado la regla -a diferencia de lo que sucede con el Perú- es la no ejecución anticipada de la sentencia condenatoria.

2. La reincidencia y habitualidad ha sido recogida en el Código Penal peruano luego que hubieran sido desechadas por la exposición de motivos en el actual código de 1991; sin embargo, estas figuras procesales han sido validadas en su carácter de constitucionalidad por el propio Tribunal Constitucional en más de una sentencia. La habitualidad y la reincidencia -en la actualidad- no constituyen únicamente circunstancias agravantes calificadas que determinan un rango de pena superior al extremo máximo o al tercio superior, sino que, también constituyen -sobre todo en el caso de la reincidencia- factores de criminalidad que revelan un mayor grado de peligrosidad en las conductas del sujeto infractor, quien a pesar de haber enfrentado el

sistema penitenciario no ha logrado ser resocializado, es por ello que, la reincidencia y habitualidad ha sido considerada para la exclusión de salidas alternativas en el proceso penal, así como de la posibilidad de suspender la ejecución de la pena conforme al artículo 57, y para efectos de no otorgar beneficios penitenciarios; justamente por el fundamento de que ello revela en el sujeto un mayor grado de culpabilidad que no solamente debe verse reflejado en la pena, sino también en el tratamiento de beneficios y la reducción de garantías procesales y sustantivas para quienes tengan esta condición; en ese sentido, es que, si bien es cierto, de un lado existe el principio de presunción de inocencia y de pluralidad de instancias que sustentan la nueva ejecución inmediata del fallo condenatorio a pena efectiva, de otro lado se tiene que hacer una ponderación con el interés persecutorio y eficacia sancionatoria del Estado, entonces, en los casos de reincidencia no se debe suspender ni diferir la ejecución de la condena efectiva pena privativa de libertad aunque el sujeto se encuentre en libertad.

3. Cuando se habla de la gravedad del delito y la naturaleza de este como requisito para la no ejecución inmediata o anticipada de la condena a pena privativa de libertad efectiva cuando el condenado se encuentra en libertad, es necesario, a efectos de no desnaturalizar la discrecionalidad judicial y que ésta se vuelva en arbitrariedad y se lesione el principio de seguridad jurídica, establecer un quantum de pena concreta máxima dentro de la que se puede hacer uso de esta figura regulada en el artículo 402 inciso 2; para ello el criterio que se tiene que seguir es que ese límite máximo, venga dado por aquel supuesto donde opera la conversión de la pena privativa de libertad por otro tipo de pena; ello lo encontramos en la conversión de la pena privativa de libertad por una de vigilancia electrónica personal, en estos supuestos, el legislador ha señalado que procede cuando la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de doce años; es en ese sentido y teniendo como límite de pena concreta de doce años se debe aplicar la suspensión de

la ejecución de la condena pena privativa de libertad efectiva en los casos del condenado en libertad.

4. Para efectos de la naturaleza de la conducta delictiva que se relaciona también con su gravedad se tiene que tener en cuenta la trascendencia del bien jurídico que se lesiona, para efectos de poder establecer en qué casos no procedería la ejecución anticipada de la condena a pena privativa de libertad efectiva para el condenado en libertad; en ese sentido, se considera que el bien jurídico vida humana independiente libertad individual y sexual, así como la integridad física -cuando se refiere a lesiones graves- han sido considerados por el legislador como bienes jurídicos superiores conforme a lo que establece el artículo 20 inciso 5 del Código Penal sustantivo; ahora bien, a estos bienes jurídicos se le tiene que adicionar aquellos que el legislador considera de suma valía considerando los delitos que protegen estos máximos intereses como imprescriptibles, ahí tenemos: la libertad e indemnidad sexual, la dignidad humana (delito de trata de personas); correcto funcionamiento de la administración pública (los delitos más graves contra la administración pública); en estos casos se debiera aplicar la regla de la ejecución inmediata o anticipada de la condena a pena privativa de libertad efectiva. Cabe señalar también que circunstancias que se refieren a supuestos sustentados por el principio de humanidad de las penas como la edad de la persona, su situación de salud, así como su estado de gestación, son criterios que se tienen que tener en cuenta para determinar la naturaleza y gravedad de la sanción y de la conducta para efectos de la aplicación de la no ejecución anticipada o inmediata del fallo condenatorio a pena efectiva.

CAPÍTULO VI RECOMENDACIÓN

Se recomienda al legislador modificar el artículo 402 inciso 2 del Código Procesal Penal en los siguientes términos:

Artículo 402

(...)

“Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288 mientras se resuelve el recurso”.

No se ejecutará de forma inmediata la condena a pena privativa de libertad efectiva al condenado en libertad cuando se presenten supuestos de enfermedad grave, mayor de sesenta y cinco años y madre gestante.

No se aplicará este inciso, cuando la condena supere los doce años, o el condenado tenga la condición de reincidente o habitual, o se refiera a delitos que protegen la integridad -lesiones graves-, la libertad e indemnidad sexual, la vida humana independiente, la libertad individual, dignidad humana o cuando se trate de delitos más graves contra la administración pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Academia de la Magistratura (2006). Aportes al derecho penal peruano desde la perspectiva constitucional. Revista Institucional N°7. Pág 58.
- Angulo et al. (2020). *Código Procesal Penal*. Tomo I. Gaceta Jurídica S.A.
- Bramont Arias, L. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Cafferata et al. (2004). *Manual de derecho procesal Penal*. Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba.
- Calderón, A y Aguila, G. (2011). *El AEIOU del Derecho*. Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Cubas, V. (2009). *El proceso penal peruano. Teoría y práctica de su aplicación*, Palestra, Lima-Perú.
- Cornejo, A. (2015). *Derecho Penal Elemental: Parte General*. Instituto Pacífico. Pacífico editores.
- Del Rio Labarthe, G. (2010). *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Ara editores.
- García, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*. (2nd ed). Jurista Editores E.I.R.L.
- García, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. (3ra ed). Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Guevara, J. (2007). *Principios constitucionales del proceso penal*. Grijley.
- Miranda, M. (2009). *La búsqueda de pruebas y restricción de derechos. Arts. 202° al 204° del Código Procesal Penal. En AA. W. Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Ara.
- Neyra, J. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I y II. Idemsa.
- Oré, A. (2016). *Derecho procesal penal peruano*. Tomo I, II, III. Gaceta Jurídica S.A.

- Peña Cabrera, A. (2011). *Derecho Penal Parte General*. (3rd ed). IDEMSA.
- Peña Cabrera, A. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Editorial Moreno S.A.
- Peña Cabrera, A. (2019). *Derecho Penal y Procesal Penal*. (2nd ed). Editorial Moreno S.A.
- Rojas, F. y Infantes, A. (2007). *Código Penal 16 años de jurisprudencia sistematizada*. (3rd ed). IDEMSA.
- Reyna, L. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Gaceta Jurídica S.A.
- San Martín, C. (2020). *Lecciones de derecho procesal penal*. INPECCP,
- San Martín, C. (2021). *Búsqueda de pruebas y restricción de derechos: registros e intervenciones corporales*. En: SEGURA ALANIA, Joel (coordinador). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley.
- San Martín, C. (1999). *Derecho procesal penal*. Tomo I. Grijley.
- Talavera, P. (2004). *Comentarios al nuevo código procesal penal*. Grijley.
- Velásquez, P. (2011). *Restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el proceso penal*. En: URQUÍZO VIDELA, Gustavo y PEÑA SUASNABAR, Jony (coordinadores). *Estudios sobre medidas Imitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal*. Gaceta Jurídica S.A.
- Villa, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Ara Editores E.I.R.L.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal Básico*. Fondo Editorial PUCP.