



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO**



TITULO:

**“LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS EN EL
CONCURSO IDEAL Y REAL DE DELITOS”**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR

SEGUNDO MIGUEL VILLALOBOS LLANOS

ASESOR

Mg. ERWIN GUZMAN QUISPE DIAZ

CHICLAYO - PERU

2019

**“LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS EN EL
CONCURSO REAL E IDEAL DE DELITOS”**

Tesis presentada por el Bachiller Sr. **SEGUNDO MIGUEL VILLALOBOS LLANOS**, a la Facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el **TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**.

Segundo Miguel Villalobos Llanos

Bachiller

Mg. Erwin Guzmán Quispe Díaz

Asesor

Aprobado por:

Dr. Lito Becerra Angulo

Presidente

Mg. Elio Grillo Paico

Secretario

Mg. Flor de María Chuzón Jiménez

Vocal

DEDICATORIA

“La investigación está dedicada a mis padres, , por ser los grandes pilares en el ejemplo de mi vida profesional y porque sea una persona de valores y de sabiduría en el decurso de mi vida.

.

AGRADECIMIENTO

“Agradecer ante todo a Dios, Todopoderoso, por guiarme en el camino de la sabiduría y permitirme entrar en esta.

Agradezco a mi Alma Mater La Universidad Particular de Chiclayo – Facultad de Derecho, por haberme aceptado ser parte de ella, y poder desenvolverme en un camino de enseñanza.

INDICE

Contenido

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
PRESENTACIÓN	10
RESUMEN	11
ABSTRACT	12
INTRODUCCIÓN	13
CAPITULO I.....	15
MARCO METODOLOGICO.....	15
1. PLAN DE INVESTIGACIÓN	15
I. Aspectos de la Realidad Problemática.....	15
1.1. Realidad Problemática.....	15
1.2. Planteamiento del Problema.....	17
1.3. Formulación del Problema.....	19
1.4. Justificación e Importancia del Problema.....	19
II. Objetivos.....	21
2.2.1. General.....	21
2.2.2. Específicos.....	21
III. Hipótesis y Variable.....	21
3.3. Variables.....	22
3.3.1. Variable Independiente.....	22
3.3.2. Variable Dependiente.....	22

IV. MARCO METODOLOGICO.....	22
4.1. Método Empleado.....	22
4.2. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.....	22
CAPITULO II	23
EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN EL DERECHO PENAL Y EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.....	23
2.1. Principio De Humanidad.....	23
2.1.1. Concepto.....	23
2.2. El Principio de Humanidad en el Derecho Penal.....	24
2.2.1. El Trato inhumano y Degradante.....	24
2.2.2. Penas Severas.....	26
2.2.2.1. Ámbito Internacional.....	26
2.2.2.1. Ámbito Nacional.....	29
2.2.3. Derecho Comparado.....	30
a) España	30
b) Alemania.....	31
c) Paraguay.....	31
d) Argentina.....	32
2.3. Humanidad en las Penas.....	32
2.4. El Rol del Juez en la determinación Judicial de la Pena.....	35
2.5. Fines de la Pena.....	36
2.5.1. Preventiva.....	37
2.5.2. Protectora	38

2.5.3. Resocializadora.....	38
CAPITULO III.....	41
CONCURSO REAL E IDEAL DE DELITOS.....	41
3.1. Concurso Reales de Delito.....	41
3.1.1. Origen.....	41
a) Teorías Absolutas.....	42
b) Teorías Relativas.....	44
c) Teorías Mixtas.....	46
3.1.2. Principales Escuelas del Derecho Penal.....	47
3.1.2.1. Escuela Jurídico Penal Clásica.....	47
3.2.2.1. Escuela Jurídico Penal Positiva.....	48
3.2.2.3. Escuela Jurídico Penal Ecléctica.....	50
3.1.3. Naturaleza Jurídica.....	52
3.2. Concurso Real de Delitos.....	52
3.2.1. Jurisprudencia.....	56
3.2.2. Requisitos.....	57
a) Pluralidad de acciones.....	57
b) Pluralidad de Delitos Independientes.....	57
c) Unidad de Autor.....	58
3.2.3. Derecho Comparado.....	59
a) Argentina.....	59
b) Venezuela.....	60

c) Guatemala.....	62
3.3. Concurso Ideal de Delitos.....	62
3.3.1. Jurisprudencia.....	64
3.3.2. Requisitos.....	65
a) Unidad de Acción.....	65
b) Pluralidad de Tipos Legales realizados.....	66
c) Unidad de Autor.....	67
3.2.3. Derecho Comparado.....	67
a) Argentina.....	67
b) Venezuela.....	68
c) Guatemala.....	68
3.3.4. Diferencias entre el Concurso Real e Ideal de Delitos.....	69
CAPITULO IV.....	70
PROPUESTA LEGISLATIVA.....	70
CONCLUSIONES.....	75
RECOMENDACIONES.....	76
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	77
ANEXOS.....	82

PRESENTACIÓN

**SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO DE LA UNIVERSIDAD PARTICULAR DE
CHICLAYO:**

Segundo Miguel Villalobos Llanos, Bachiller de Derecho, cumpliendo con los lineamientos establecidos por la Facultad de Derecho de La Universidad Particular de Chiclayo, presento ante ustedes el trabajo de investigación titulado: **“La afectación del principio de humanidad de las penas en el concurso ideal y real de delitos”**; el mismo, que espero, reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación

Agradezco, de antemano la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresar a Uds. las muestras de mi consideración y estima.

Cordialmente,

.....

Segundo Miguel Villalobos Llanos.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analizo si los supuestos contemplados en los artículos 48° y 50° del Código Penal, referidos al concurso real e ideal de delitos respectivamente, están acorde con el principio de humanidad, específicamente en las penas demasiado extensas, la cual ha sido materia de estudio y posteriormente han sido plasmadas por Tratados Internacionales.

Debido a esto y a fin de evitar la arbitrariedad y vulneraciones que afectan directamente el contenido esencial del derecho al respeto de la dignidad de la persona humana de un sujeto que ha cometido un ilícito penal, resulta necesario la propuesta de una reforma legislativa que permita su efectivo cumplimiento en la realidad de los hechos, para ello es necesario que el Estado desarrolle una política criminal responsable, en el sentido de que sea un garante de los principios internacionales.

Palabras clave: principio de humanidad, delitos concursales, concurso real de delitos, concurso ideal de delitos, penas severas.

ABSTRACT

This research work analyzes whether the cases contemplated in articles 48 and 50 of the Criminal Code, referring to the actual and ideal contest of crimes respectively, are in accordance with the principle of humanity, specifically in sentences that are too extensive, which has they have been the subject of study and have subsequently been shaped by International Treaties.

Due to this and in order to avoid arbitrariness and violations that directly affect the essential content of the right to respect for the dignity of the human person of a person who has committed a criminal offense, it is necessary to propose a legislative reform that allows its effective compliance with the reality of the facts, for this it is necessary for the State to develop a responsible criminal policy, in the sense that it is a guarantor of international principles.

Keywords: principle of humanity, bankruptcy crimes, real contest of crimes, ideal contest of crimes, severe penalties.

INTRODUCCIÓN

El Presente trabajo de investigación versa sobre como las figuras jurídicas del concurso real e ideal de delitos - figuras que coadyuvan al juez de un proceso penal al cálculo y la consecuente determinación de la pena – afectan el principio de humanidad; principio que está encaminado a concientizar a los Estados en general a no hacer un uso arbitrario del ius puniendi, es decir, de la represión penal a través de sus órganos jurisdiccionales pertinentes a un sujeto que ha cometido un delito en particular, puesto que tiene como premisa que este no pierde la categoría de ser humano, y como tal merece el respeto de su dignidad. En ese sentido, impone un límite respecto de la aplicación de la pena, evitando aquellas penas demasiado largas que logran que el ser humano se hunda dentro de su problema y no reciba la ayuda necesaria para su reinserción en la sociedad.

Pues bien, muy por el contrario, las figuras del concurso real e ideal en mención se encuentran muy lejos de cooperar con esta finalidad, puesto que están encaminadas a agravar las penas sobre penas que de por sí ya resultan extensas. En el caso del concurso real de delitos, por ejemplo, rige el procedimiento derivado del principio de acumulación, es decir de una sumatoria total de penas por cada delito perpetrado por el sujeto activo. En caso del concurso ideal, si bien es cierto se castiga con el delito más grave, ésta puede incrementarse hasta en una cuarta parte.

La investigación de esta problemática jurídica se realizó por el interés de proporcionar una solución para que estas figuras presentes en el código penal se adhieran a respetar el principio de humanidad, y para que conexamente se cumpla con la finalidad de resocializar al delincuente, fin que se propone el mismo cuerpo normativo, y no por el contrario como sucede en la realidad abandonarlo a su suerte.

En el Capítulo I, se realiza el planteamiento ¿Cómo se afecta el principio de humanidad de las penas aplicando el concurso real e ideal de delitos como causales de incremento de punibilidad?

En el Capítulo II, veremos el rol importante que cumple el principio de humanidad dentro del derecho penal en cuanto al trato inhumano y degradante, así como también

su función específica en la determinación judicial de la pena respecto de las penas severas en el ámbito internacional como nacional.

En el Capítulo III, se analizará el concepto de concurso real de delitos y concurso ideal de delitos, así como su origen en el mundo jurídico, los requisitos que deben configurarse para que se presente cada una de ellas, los pasos que debe seguir el juez para la determinación de la pena según el tipo de concurso, y por último su tratamiento en otros países.

En el Capítulo IV, presento mi propuesta, la cual es un Proyecto de Ley que modifique los artículos 48° y 50° del Código Penal para garantizar una medida cautelar excepcional y justa.

CAPITULO I

MARCO METODOLOGICO

1. PLAN DE INVESTIGACIÓN

I. ASPECTOS DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

1.1. Realidad Problemática

Nuestro Sistema de Justicia Penal, cuenta con tres normas de carácter general (código penal de 1991, código procesal penal de 2004 y el código de ejecución penal de 1991); en tanto el primero ha sido modificado 575 veces (el 71% fueron para modificar “agravar las penas y un 20.5% para incorporar formas agravadas); el segundo de ellos ha sido modificado 33 veces, 70% de ellos para “flexibilizar algunas instituciones procesales de cara a la criminalidad organizada), finalmente el último de ellos siguió una suerte similar, con 50 modificaciones, de las cuales un 86% fueron para eliminar “beneficios penitenciarios (leyes N° 30076 y 30077), es decir, el Estado busca siempre respuestas de carácter legal frente al problema de la criminalidad.

Sin embargo esta política criminal “normativa” de carácter represivo”, que es considerada como una política “reactiva”, sin sustento empírico y en algunos casos sin marco constitucional que lo respalde y ha carecido de lograr su finalidad argumentada en los proyectos de ley que le dieron vida, pues, la hipótesis de que dicha política se orienta la reducción de la criminalidad no es contrastable, pues no es cierto que a mayores penas, menos beneficios y mejores instituciones procesales se podrá reducir la criminalidad, y que la fuente empírica determina que no hay una relación entre el crecimiento y la reducción de la delincuencia con el aumento de penas.

Además, está comprobado estadísticamente que incrementar la penas no disminuye la tasa de criminalidad, ejemplo de ello son otros países como Costa Rica¹, quien en 1994 incremento en la severidad de las penas

¹ Ver: Portal web del Diario La Nación, de fecha 24 de mayo del 2014.

cuando la tasa de homicidios era de 5,8 por 100.000 habitantes y para el 2009 había llegado a 11,1; es más en EE.UU se hizo una comparación entre los estados donde se aplica la pena máxima – pena de muerte – y donde no, a través de la tasa de homicidios para determinar si es una medida efectiva para disminuir la criminalidad², sus cifras sorprenden pues en 1990, el promedio de asesinatos por cada 100 mil habitantes en los estados sin pena de muerte fue de 9.16, mientras que en los estados con pena de muerte fue de 9.5; dos décadas después en 2003 llegó a 44%, cuando la tasa de asesinatos en estados sin pena de muerte fue de 4.10 y la registrada en los estados con pena de muerte de 5.91; en 2016 la brecha fue de 25%; es decir la pena de muerte no disminuyó la tasa de homicidios. Entonces se puede concluir que si incrementar la pena no disminuye la tasa de criminalidad entonces es irrazonable pensar que en el caso de los reincidentes o habituales obtenga un efecto positivo.

En ese sentido, según un informe estadístico del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), que comprende el mes de febrero del 2017 a febrero del 2018³, se advierte el número de internos según el número de ingresos solo en el mes de febrero del 2018, lo que presenta una cifra alarmante respecto a este último.

POBLACIÓN DE INTERNOS SEGÚN NÚMERO DE INGRESOS DEL MES DE FEBRERO
(Distribución Porcentual)

Total	Nº DE INGRESOS											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12 a más
86,229	63,820	13,746	4,514	1,950	983	499	296	177	100	53	34	57
100.00%	74.01%	15.94%	5.23%	2.26%	1.14%	0.58%	0.34%	0.21%	0.12%	0.06%	0.04%	0.07%

Fuente: Unidades de Registro Penitenciario

Elaboración: INPE/Unidad de Estadística

<https://www.nacion.com/opinion/foros/subir-las-penas-reduce-el-crimen/AJRTF2IVRNA4XNYEIK3GYSDOM/story/>. Consultado el 21. 06.2018.

² Ver: Portal web del Diario Argentino “La Nación”, de fecha 07 de febrero del 2018

<https://www.lanacion.com.ar/2107409-la-pena-de-muerte-ayuda-a-bajar-la-tasa-de-homicidios>.

Consultado el 15.06.2018.

³ Ver: Instituto Nacional Penitenciario <https://www.inpe.gob.pe/documentos/estad%C3%ADstica/2018/657-febrero2018/file.html>. Consultado el 25.06.2018

En ese sentido, queda demostrado en la realidad de los hechos que la reincidencia y habitualidad, no es más que una mera equivocación del Estado para reprimir y combatir la criminalidad delictiva, debido a que no es la solución o la vía adecuada, al haberse comprobado que la raíz que genera dicho problema se encuentra inmersa en factores sociales del ser humano en este caso del delincuente y no, como se señala que la primera pena a imponerse no haya logrado con resocializar al delincuente, por lo que por sentido común ambas figuras jurídicas son de aplicación inequívoca.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Para el abogado penalista **Carlos Caro Coria**, la propuesta resulta “simbólica”, pues no sería posible aplicarla. **“Esa medida sería meramente simbólica. El discurso de sumar penas o acumularlas no responde a una verdadera reforma del sistema de ejecución penal, sino de la ley, lo que no necesariamente tendrá efectos prácticos o beneficiosos”.**

Debemos tener en cuenta que, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el **Expediente N° 010-2002-AI/TC**, estableció que, aun sobre condenas a cadena perpetua, resulta obligatoria la revisión de dicha pena cumplidos los 30 años en reclusión. “El establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias”.

Cuatro años después de que el Tribunal Constitucional expresara ese criterio, el Congreso de la República aprobó la modificación de dos artículos del Código Penal, el 48 y el 50, sobre el concurso ideal de delitos y el concurso real de delitos, respectivamente.

Así, en el artículo 50 del CP vigente, se dispone que “cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años”. Es por ello que, desde 2006, las penas en el Perú sí pueden ser acumulativas, pero solo hasta dicho límite de años.

Entonces, ¿qué ocurriría con este criterio de aplicarse el sistema de sumatoria de penas sin límites? Según el penalista **Luis Lamas Puccio**, esto ameritaría una reforma tanto del sistema de ejecución penal como de la Constitución. **“Con la instauración de un sistema donde las penas pueden fijarse por tantas décadas e inclusive siglos, equiparables a la cadena perpetua, quedarían excluidas y se vulnerarían figuras como la resocialización y el acceso a beneficios penitenciarios”**, advierte el abogado.

De otro lado, los especialistas coinciden en que el hacinamiento en los penales obstaculiza iniciativas de esta naturaleza. Para recordar, están las cifras más recientes, que señalan una sobrepoblación penitenciaria superior al 130%. Los números difundidos por el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) precisan, además, que a la fecha existen 77 mil 298 reclusos en el Perú, cuando la infraestructura solo soporta a 33 mil 337.

Lamas Puccio explica que **"aquí hay un problema mucho mayor, que es de carácter carcelario. Una medida de acumulación de penas sin límite propiciaría un caos por el hacinamiento en los penales. Todo el sistema colapsaría en términos absolutos"**.

Del mismo modo, Caro Coria estima que el sistema penitenciario debe ser eficiente antes de instaurar nuevos sistemas como el de penas acumulativas. **"Previamente, debe hacerse un análisis costo-beneficio. Sumar y alargar penas requiere de mayor presupuesto público del que actualmente se dispone, además de medidas que no sobrecarguen las capacidades del INPE, mayor infraestructura, servicios de inteligencia**

más eficaces y una serie de elementos que permitan una reforma integral del sistema. Mientras eso no ocurra y los cambios se dispongan sobre el papel, no habrá verdadera diferencia y, por consiguiente, no se reducirá la reincidencia ni la criminalidad".

En ese sentido LAURRI, pone de manifiesto en un análisis criminológico que: *“La prisión es la pena más grave estudiada por los criminólogos. Surgió en el siglo XIX como una alternativa a las penas corporales y a la pena de muerte. La prisión se defendió porque no elimina físicamente a la persona, era una pena igualitaria que podría imponerse a quien no tuviera patrimonio y podría dividirse en unidades de tiempo de forma proporcional. Los primeros estudios de los criminólogos analizaron si las prisiones constituían una pena humanitaria. La conclusión fue muy crítica con esta institución y, por tanto, todos los países discuten la necesidad de limitar el uso y el tiempo de duración de la pena de prisión.”*⁴

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

Después de todas estas consideraciones, cabe preguntarnos:

¿Cómo se afectaría el principio de humanidad de las penas, respecto al concurso real e ideal de delitos, como causales de Incremento de Punibilidad?

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

La presente investigación surge del debate, de varios doctrinarios especialistas en el tema, y de varias jurisprudencias referentes a la problemática de las causales de incremento de punibilidad, respecto a la aplicación de la determinación judicial de la pena, en el concurso real e ideal de delitos.

El propósito de este trabajo es brindar una perspectiva política de futuro obedeciendo a una relevancia social y jurídica.

⁴ ELENA LAURRI, Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Editorial Trotta. Madrid. 2015, pág. 22 – 23.

SOCIAL: en la actualidad tiene una significativa importancia dentro de las políticas y estrategias legislativas que se pueden plantear respecto al concurso real e ideal de delitos, en torno a la aplicación de la punibilidad en cada caso concreto, y eliminando así la acumulación de las penas en el concurso real.

ECONOMICA: para seguir con el lineamiento que planteó, su justificación económica tiene como objeto determinar el principio de economía legislativa, que puede adoptar el parlamento del congreso, a partir de creación de leyes responsables, y mediante un lenguaje técnico entendible y claro, toda vez que aquello, no solo beneficiara al imputado, sino al propio Estado en su erario nacional.

ACADÉMICA: la justificación académica beneficiará de manera directa a los operadores del derecho en general, dado la importancia, la presente investigación resulta útil y pertinente para la formación académica y profesional de todo abogado, al tener una minuciosa interpretación, toda vez que, se orienta a servir como base a otros estudios, y a despertar el interés en la comunidad jurídica para profundizar o ampliar las investigaciones doctrinarias, jurisprudenciales y académicas sobre el concurso real e ideal de delitos.

INSTITUCIONAL: obedece básicamente cómo se debe plantear dicha problemática en las diferencias institucionales que tienen tal responsabilidad en las distintas figuras penales para una correcta interpretación legal de la ley penal, y no caer en vacíos, lagunas, o confusiones dogmáticas y jurisprudenciales en el tema in comento.

LEGAL: considero necesario un marco jurídico idóneo y que el Congreso de la República del Estado Peruano, sea más eficiente y responsable en la dación de leyes, por lo que antes de crearla, respecto al modelo de Estado, en que nos encontramos, por ende, que respete los principios que vinculen a la rama del Derecho en la interpretación de la ley, toda vez que, permitirá un mejor criterio valorativo y claro en la legalidad del rubro penal.

METODOLOGICA: se justifica como una manera sistemática de interpretación de la ley penal, por lo que ayudara, tanto al Poder Judicial y al Ministerio Público en sus decisiones al configurar o no la problemática in comento.

PRÀCTICA: con esta investigación se busca crear una plataforma de ayuda para resolver problemas que se generen y al mismo tiempo propone estrategias que al aplicarse contribuirían a resolverlo.

II.- OBJETIVOS

2.1.- General

Analizar:

La afectación del Principio de Humanidad de las Penas, respecto al concurso real e ideal de delitos

2.2.- Específicos

- DEFINIR el principio de humanidad de las penas desde un ámbito nacional e internacional
- ANALIZAR la aplicación de la determinación judicial de la pena en el concurso real e ideal de delitos.
- IDENTIFICAR Y DESARROLLAR una reforma legislativa de unificación para la aplicación de las penas en las causales de aumento de punibilidad, esto es, concurso real e ideal de delitos.

III.- HIPÓTESIS Y VARIABLES

3.1. Hipótesis

SI el concurso real e ideal de delitos, afectan el Principio de Humanidad de las Penas, **ENTONCES** se requiere de una propuesta legislativa, en base a política criminal previa para la aplicación correcta del concurso real e ideal de delitos.

3.2. Variables

3.2.1. Variable Independiente

- La afectación del Principio de Humanidad de las penas.

3.2.2. Variable Dependiente

- Concurso real e ideal de delitos.

IV. MARCO METODOLÓGICO

4.1. Método Empleado

Los métodos que se han creído convenientes utilizar para el desarrollo de la presente investigación, son las siguientes.

Método Analítico.

Este método se utilizará para analizar los supuestos de hecho del tipo penal del delito de violencia y resistencia a la autoridad.

Método Descriptivo y Explicativo.

Este método básicamente busca exponer las características de un determinado problema, carencia debilidades, para luego darle un estudio científico buscando soluciones racionales.

Método de Síntesis.

Este método permitirá realizar un enfoque real, objetivo, concreto y sistematizado de todo el bagaje de información recopilada para luego materializarlo en conclusiones.

4.2. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

Las técnicas utilizadas para el presente trabajo de investigación, son las siguientes.

Fichaje: esta técnica será utilizada para la recopilación bibliográfica, relacionado con el presente tema de investigación, elaborando fichas de registro como son bibliográficas, y las fichas de investigación como son: textual resumen y comentario.

Recopilación de datos electrónicos: esta técnica será utilizada para recopilar información electrónica que esté relacionado con el tema de investigación.

Recopilación de leyes: esta técnica será utilizada para recopilar leyes relacionadas con el tema de investigación.

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN EL DERECHO PENAL Y EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

2.1. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

2.1.1. Concepto

BERISTAIN⁵ que el axioma fundamental de humanidad presupone “que todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona”, a lo que ha de añadirse su consiguiente derecho al “pleno desarrollo de la personalidad”.

Con todo, tras identificar el principio de humanidad con el respeto de la dignidad, no pocas perspectivas extraen sólo como consecuencia la garantía de no sumisión del sujeto a ofensas o humillaciones.

Es, en efecto, esta faceta –que proscribe todo trato de carácter cruel, inhumano o degradante– la que más se subraya al delimitar el alcance del principio de humanidad en Derecho penal: de aquí que sea

⁵ BERISTAIN, Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología, Valencia, 1994, p. 93.

común indicar como ámbito específico de actuación de este postulado el marco de las consecuencias jurídicas del delito⁶.

Así, por ejemplo, en el plano de la categoría dogmática culpabilidad, frente a aquellas concepciones que, basándose en la imposibilidad de demostración científica de la libertad humana, prefieren estructurarla descargada de todo reproche normativo y reducen su función a la constatación de la necesidad de pena desde una óptica preventivista, más coherente con el principio de humanidad resulta tratar al sujeto normal como un ser básicamente capaz de conducir y dirigir su comportamiento con libertad.

Sin perjuicio de lo anterior, tres son las líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad en Derecho penal:

- La prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito;
- La orientación resocializadora de la pena, en particular, si privativa de libertad;
- La atención a las víctimas de toda infracción penal.

2.2. Principio de Humanidad en el Derecho Penal

2.2.1. El Trato Inhumano y Degradante

La prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante constituye, sin duda, el primer corolario práctico de la afirmación del principio de humanidad en Derecho Penal.

Recogida internacionalmente no sólo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 5) y en el Pacto de derechos civiles y

⁶ JESCHEK/Th. WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., Berlin, 1996, p. 27.

políticos de 1966 (art. 7), sino en la generalidad de textos e instrumentos internacionales (universales y regionales) en materia de derechos humanos, la regulación más detallada de la prohibición de la tortura se encuentra en la Convención de Naciones Unidas de 1984, que siguió a la Declaración de las Naciones Unidas de 1975 sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La distinción entre tortura y demás tratos ha suscitado importantes esfuerzos. Destacan entre ellos, junto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU y, sobre todo, la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en aplicación del art. 3 del Convenio de Roma⁷

En cuanto a la prevención de la tortura, la necesidad de establecimiento de sistemas eficaces que permitan intervenir con anterioridad a los hechos de tortura y no sólo responder a los ya detectados, ha llevado a la adopción de sistemas de visitas inspirados en el mecanismo establecido por los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977. Introducido a finales de los ochenta en Europa por el Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes (Estrasburgo, 26 junio 1987), que instituyó el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes, el sistema de visitas ha sido igualmente adoptado como instrumento de prevención de la tortura y demás tratos por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2002.

Generalizado en el marco internacional el rechazo de toda práctica de la tortura aun en circunstancias excepcionales, desde el prisma penal se suscita si cabe la tortura aplicada en legítima defensa o estado de necesidad, causas de justificación que la Convención de 1984 (a diferencia de lo que hace con la obediencia debida) no excluye de manera expresa. Frente a ello, el Convenio

⁷ PEREZ MACHIO, El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal, Bilbao, 2005, pp. 49 ss. y 64 ss.

de Roma de 1950 no autoriza excepción alguna, lo que permite afirmar en el marco europeo la prohibición absoluta de la tortura y su imposible justificación.⁸

La prohibición de la tortura y demás tratos inhumanos o degradantes no sólo despliega sus efectos en la parte especial del Derecho penal, también alcanza importantes repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del delito.

El art. 1 de la propia Convención de 1984 excluye del ámbito de la tortura “los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”; pero, el mero respeto del principio de legalidad no convierte en legítimas aquellas penas que, dirigidas tan sólo a causar sufrimientos o humillación, por su carácter cruel, inhumano o degradante, entran de lleno en el campo de la prohibición internacional.

2.2.2. Penas severas

2.2.2.1. Ámbito Internacional

En el plano internacional la inquietud humanitaria ha llevado a la aprobación de diversas moratorias sobre el uso de la pena de muerte que el art. 6 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos somete, por su parte, a restricciones y cuya abolición es objeto del Segundo protocolo facultativo (1991).⁹

En Europa destacan los dos Protocolo adicionales específicos al Convenio de Roma: el núm. 6 (1983), sobre abolición en tiempo de paz; y el núm. 13 (2002), que propugna la abolición en cualquier circunstancia de la pena capital.

⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950”, en Giza Eskubideak Europan / Los Derechos Humanos en Europa / Les droits de l’homme en Europe / The Human Rights in Europe (Donostia-San Sebastián, 12-14 diciembre 1988), Vitoria-Gasteiz, 1989, pp. 190 ss.

La misma naturaleza de los instrumentos empleados pone ya de manifiesto el alcance limitado del rechazo de la aplicación de la pena de muerte por los Estados; tampoco se entiende que la prohibición de la pena de muerte se derive, sin más, de la proscripción internacional de las penas y tratamientos crueles, inhumanos y degradantes.

Crece, sin embargo, el cuestionamiento de su legitimidad, tanto respecto de aspectos específicos de su ejecución como con carácter general. En este sentido, ya en 1977, la Declaración de Estocolmo aprobada por los países participantes en la Conferencia Internacional sobre abolición de la pena de muerte organizada por Amnesty Internacional, calificó a la pena de muerte como “el castigo más cruel, inhumano y degradante”, y exhortó a los gobiernos a “tomar medidas para la total e inmediata abolición de la pena de muerte”, manifiesta violación del derecho a la vida.

También el Comité de Derechos Humanos (y los Tribunales regionales europeo e interamericano) se han pronunciado sobre aspectos de la pena de muerte tenidos por incompatibles con el contenido de los convenios internacionales.

En Europa, la penosa situación de internamiento en los llamados “corredores de la muerte” fue calificada en 1989 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como violación del art. 3 del Convenio de Roma. Igualmente en *Öcalan v. Turquía* (2005) declaró contraria al art. 3 la imposición de la pena de muerte en un proceso no equitativo y por un tribunal de discutible independencia e imparcialidad.

Esta jurisprudencia europea, emitida fundamentalmente en asuntos de extradición y que obliga a los Estados a exigir garantías antes de proceder a la entrega, ha sido retomada por algunos textos normativos, como el Protocolo de reforma de la

Convención europea para la supresión del terrorismo de 1977 (2003).

Ciertamente, la incompatibilidad de la pena de muerte (y no sólo de la espera en el corredor de la muerte o de algunas de sus formas de ejecución) con un entendimiento adecuado del principio de humanidad, centrado en el respeto a la persona humana como tal, resulta plena y absoluta.

La incompatibilidad con el principio de humanidad, predicada de la pena de muerte, puede afectar igualmente a determinadas formas de privación de libertad, pena que, conforme al art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha de aplicarse “humanamente y con el respeto debido a la dignidad” (apdo. 1), debiendo consistir el régimen penitenciario “en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (apdo. 3). En este sentido, el carácter inhumano de la cadena perpetua se discute desde hace más de dos siglos³²; y puede extenderse también a las penas de muy larga duración.

Los negativos efectos psicológicos y sociales generalmente ligados al internamiento de larga duración¹⁰, de posible liberación y las duras circunstancias que suelen acompañarlos (lo que incrementa sin duda el riesgo de suicidio en prisión)—, pueden convertirlas en una especie de “tortura lenta y mutilación psíquica”¹¹ y constituyen en este sentido un importante argumento de peso en contra de la conciliación de esas penas con el principio de humanidad.

¹⁰ Así, además de las obras ya clásicas de (CLEMMER (The Prison Community, New York, 1958) o GOFFMAN (Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus, Paris, 1968), C. HANEY, Reforming Punishment: Psychological Limits to the Pains of Imprisonment, Washington, 2006.

¹¹ J.G. MURPHY, Retribution, Justice and Therapy, 1979, p. 240.

2.2.2.2. Ámbito Nacional

Las penas duras o severas en nuestro país, no resultarían eficaces ni darían resultados.

Benker Gariza, de 18 años, fue asesinado el fin de semana posterior a Fiestas Patrias a la salida de un bar en el distrito de Florencia de Mora, en Trujillo. Keyser Rodríguez, de 23 años, y Marco Guerrero, de 19, lo emboscaron para descargar sobre él seis disparos y cobrar los S/.200 que fueron prometidos por el 'trabajo'. Los criminales fueron atrapados poco después y serán los primeros en ser juzgados con el nuevo artículo del Código Penal que define y castiga el sicariato con penas más severas.

El Decreto Legislativo 1181, del 27 de julio, fue emitido en el marco de las facultades delegadas por el Congreso al Ejecutivo para luchar contra la inseguridad ciudadana. La llamada ley del sicariato establece una pena de 25 a 35 años por este delito, y cadena perpetua cuando es agravado (antes del decreto, la pena podía ser de 15 años).

Esta norma va en línea con la demanda ciudadana por mayores penas para los que delinquen ante la escalada de violencia e inseguridad de los últimos años. Y no solo el Ejecutivo ha reaccionado de esta forma, sino que diversas iniciativas legislativas han intentado recoger el pedido por mayor severidad. El proyecto de ley del parlamentario José León Rivera, por ejemplo, planteaba penas más duras para los delitos de homicidio, asesinato por lucro, secuestro y extorsión.

Existen tres caminos a través de los cuales las penas privativas de la libertad deberían contribuir a disminuir la tasa de delitos. El primero es mediante la resocialización del delincuente. La idea es que las cárceles pueden funcionar como centros para rehabilitar a quienes han roto la ley y podrían volver a hacerlo. Sin embargo, a la fecha, aproximadamente el 30% de reclusos vuelve a

delinquir una vez que abandona el penal. Wilfredo Pedraza, ex jefe del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), comenta que “las cárceles jamás rehabilitan”. Por el contrario, en muchos casos se convierten en escuelas del delito: la policía estima que el 90% de las amenazas de muerte sale de los penales.

El segundo camino es la separación de los criminales de la comunidad. Si una persona no es capaz o no desea respetar las normas de convivencia en sociedad, la prisión es una manera de mantenerla alejada. Esta lógica ha motivado que el Perú cuente con una de las sobrepoblaciones penitenciarias más altas de la región. Según información al 2014, en las 67 cárceles en el ámbito nacional con capacidad para 31.010 presos conviven 67.891 reos.

La tercera vía del sistema penal para contribuir a la reducción del crimen es a través de la disuasión. La lógica dice que si los criminales saben que su delito podría acarrear una mayor sanción, lo pensarán dos veces antes de cometerlo. Este es, de hecho, el principal motivo detrás del reciente incremento de penas aprobado por el Ejecutivo. ¿Existe evidencia que respalda esta intuición?¹²

2.2.3. Derecho Comparado

a) España

En el Derecho español donde el art. 15 de la Constitución declara el derecho de todos “a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” del título VII del Libro II del Código Penal (art. 173 a 177), que lleva por rúbrica “De las torturas y otros delitos

¹² El Diario “El Comercio”, visto en la página web: <https://elcomercio.pe/lima/penas-duras-delitos-serian-eficaces-209079>, visitado el 15.08.2018.

contra la integridad moral”. No es éste el momento de entrar en las variadas cuestiones que suscita esta, en parte novedosa, regulación del Código Penal de 1995. Destaca en todo caso entre ellas, junto a la controvertida cláusula concursal (art. 177), la delimitación del bien jurídico integridad moral

En torno a la pena de muerte, abolida en España por el art. 15 CE, “salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”; por Ley Orgánica 11/1995, se abolió además la pena de muerte en tiempo de guerra.

b) Alemania

Podemos decir que en el aspecto cualitativo del proceso de la determinación de la pena, se presenta una pequeña coexistencia funcional entre la rama legislativa y la rama judicial. Una coexistencia porque si bien es cierto que es el legislador el que establece y el que crea las penas para las conductas que él mismo ha tipificado como punibles, el juez, frente a ciertos delitos, y en los eventos en los que el mismo legislador le haya autorizado, puede imponer la pena que considere conveniente dentro de las que existen en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el juez penal de Alemania, y siempre y cuando el legislador le haya autorizado, podría, frente a la realización de una conducta delictiva, escoger si aplica la pena de multa o de privación de la libertad, que son las existentes en ese ordenamiento jurídico.

c) Paraguay

En cuanto se refiere al aspecto cualitativo del proceso de la determinación de la pena, encontramos que es el legislador el que ha establecido las penas aplicables en el ordenamiento jurídico y, adicionalmente, quien ha regulado su procedencia y viabilidad para cada uno de los tipos penales. Además, con respecto al campo de la pena privativa de la libertad y de las demás penas principales podemos

decir que no existe ninguna participación ni judicial ni administrativa en este aspecto de la determinación de la pena, el cualitativo; sin embargo, con respecto a las penas complementarias el asunto no es tan claro, pues encontramos que el poder judicial, sujeto a unos criterios y a unas valoraciones legales, decide sobre la viabilidad o improcedencia de ellas frente a los casos concretos.

d) Argentina

Teniendo en cuenta que en Argentina existe un sistema federal, observamos que, por expresa disposición constitucional, el legislativo tiene la facultad y la atribución de dictar el código penal nacional, como en efecto ha sucedido; siendo, por este medio, este poder el que determina las clases de penas aplicables en todo el territorio estatal y las penas imponibles a cada una de las conductas delictivas. De esta manera, en principio, pues el análisis continúa, el poder legislativo sería el único que en este ordenamiento jurídico intervendría en la etapa cualitativa del proceso de la determinación de la pena. Sin embargo, la conclusión puede ser otra porque el mismo poder legislativo, después de haber creado las penas de reclusión, de prisión, de multa y de inhabilitación; y después de haberlas diferenciado entre sí, se muestra indiferente en la parte especial del código penal cuando parece asimilar a las dos primeras, la reclusión y la prisión, pues las consagra con la misma duración para los mismos tipos penales y, a la vez, permite que sea el juez el que decida sobre cuál de ellas se aplicará.

2.3. Humanidad en las penas

Desde esta perspectiva el derecho penal también tiene como fin a la persona, con las implicancias que de su dignidad se derivan, ello nos impone el deber de considerar que no es posible al aplicar el derecho penal olvidando que estamos frente a un ser libre por esencia, merecedor de un trato distinto del que se le da a un objeto, merecedor del respeto a sus derechos y sobre el

cual el Estado no puede desatar su poder sin garantizar que éste goce de las suficientes medidas y armas que le permitan rebatir en igualdad de condiciones la imputación estatal; y, que le permitan obtener del Estado (si es merecido) una pena justa, una pena humanizada.

Una pena concreta que cumpla con la condición de justa, debe ser determinada judicialmente considerando principios básicos como son el de legalidad, y proporcionalidad, coincidimos así con el jurista Percy García Caveró que sostiene que “(...)la individualización judicial de la pena debe seguir los mismos criterios que informan la determinación legal de la pena. En este sentido, este La Humanización de la Determinación Judicial de la Pena proceso encargado al juez debe orientarse por los principios de legalidad y proporcionalidad (...).”¹³.

El “principio de proporcionalidad (que) se manifiesta, al igual que la determinación legal de la pena, en tres dimensiones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.” La sanción penal que se imponga debe ser idónea, debe estar sustentada no sólo en la necesidad de prevención o reestabilización del sistema social alterado por la comisión del delito, sino también en el reconocimiento de la persona como libre y del delito como expresión de su libertad de actuación, siendo idónea la aplicación de una condena ante la culpabilidad reconocida por el agente.¹⁴

Asimismo, debe ser necesaria, es decir, que se haya determinado eligiendo “(...) dentro de las sanciones penales de las que dispone legalmente, a aquella que resulte menos lesiva para el autor (...)”.¹⁵

este juicio de necesidad se aplica, buscando imponer la sanción penal menos restrictiva de los derechos del reo y, prescindir de penas privativas de libertad; y debe ser proporcional en sentido estricto, en esta etapa

¹³ CAVERO Percy, DERECHO PENAL Parte General, Juristas Editores E.I.R.L. Segunda Edición, Lima - Marzo 2012, Pág. 852, 853.

¹⁴ CAVERO Percy, DERECHO PENAL Parte General, Juristas Editores E.I.R.L. Segunda Edición, Lima - Marzo 2012, Pág. 852, 853.

¹⁵ CAVERO Percy, DERECHO, Ob cit., pág. 854.

del juicio, es donde considero que la determinación judicial de la pena, deja de ser un proceso rígido y menos un cálculo meramente matemático; sino que se convierte en un proceso valorativo del ser humano sobre el cual recaerá la pena, es aquí donde resulta exigencia del respeto de la dignidad humana la valoración de las circunstancias fácticas específicas típicas y no típicas, nominadas e innominadas, previstas y no previstas que caracterizan no sólo el hecho, sino también al sujeto a condenar.

La dinámica del Principio de Proporcionalidad implica que si no hay más remedio que privar la libertad a una persona, ello debe hacerse no sólo conforme a los presupuestos legales y formas previstas, sino que principalmente debe guardarse la debida proporcionalidad, la medida justa, nos lleva a atender a la naturaleza, gravedad e importancia del caso, y también a las circunstancias de la persona imputada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gangaram Panday, ha sostenido que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– pueden reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables imprevisibles o faltos de proporcionalidad”.

Así también Cuesta Arzamendi (2016)¹⁶, manifiesta: El principio de humanidad no sólo se ve enfrentado por la existencia de determinadas penas. Alcanza asimismo importantes repercusiones en el plano penitenciario, que debe obviamente configurarse como un espacio plenamente respetuoso de la persona humana y, por tanto, ajeno a todo trato inhumano o degradante. Dispone el art. 10.1º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos: “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

¹⁶ CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “El Principio de Humanidad en el Derecho Penal”, in El Principio de Humanidad y la Salvaguardia de la Persona Humana, V Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos, Expressão Gráfica Editorial, Fortaleza, 2016, Pag. 125.

Diversas recomendaciones internacionales –como las Reglas Mínimas internacionales (y las Reglas penitenciarias europeas) – constituyen en este punto desarrollos del principio de humanidad y sirven de referencia a los tribunales para determinar, en el caso concreto, la compatibilidad o no de las medidas o intervenciones cuestionadas con aquella disposición (o con el art. 3 del Convenio de Roma). Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido que examinar repetidamente demandas en este orden de cosas.

2.4. El Rol del juez en la determinación Judicial de las penas

No cabe duda que todos los operadores del derecho concuerdan que todo aquel que es responsable de la comisión de un delito debe sufrir un castigo, muchas veces este castigo es la restricción de la libertad, sin embargo lo que es materia de discusión es lo relacionado a la legitimación del “ius puniendi” estatal para la validación de la imposición de una pena, es decir se discute aun si la fundamentación o argumento para sostener que la imposición de una pena es legítima o ajustada a derecho; decía Feuerbach (1799)¹⁷: “la ley penal debía preceder a la acción delictiva porque de esta manera podía la pena cumplir su función preventiva, es decir, inhibidora del impulso delictivo. Por lo tanto las transgresiones se impiden si cada ciudadano sabe con certeza que la trasgresión será seguida de un mal mayor que aquel que correspondería a la no satisfacción de la necesidad mediante la acción.

La determinación Judicial de la Pena parte de un hecho histórico verificable judicialmente y al cual adscribirle consecuencias jurídicas de naturaleza punitiva en función a su magnitud y significado social o político criminal.

Para ello, el órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento él se pronuncia sobre la tipicidad o relevancia penal de la conducta atribuida al procesado (**juicio de subsunción**). Luego, a la luz de la evidencia existente decide la inocencia o

¹⁷ Feuerbach en “Der Grundsätze und Grunbegriffe des positiven peinlichen Rechts”, tomo I, 1799, p. 45, 49.

culpabilidad de éste en base a los hechos probados (**declaración de certeza**). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal del imputado deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencia jurídicas que corresponde aplicarle como autor o partícipe de la infracción penal cometida (**individualización de la sanción**).¹⁸.

Por otro lado, señala VELÁSQUEZ¹⁹, con el estudio dogmático de la determinación judicial de la pena sólo “*se persigue jalonar la elaboración de una teoría de la medición de la sanción que sea coherente con los principios que inspiran un determinado ordenamiento jurídico, de tal manera que sea posible lograr la imposición de una sanción racional, proporcional y, como consecuencia, adecuada en cada caso de la vida real*”.

Al ser un procedimiento, la determinación judicial de la pena se desarrolla a través de una secuencia de etapas y actos que deben cumplir el órgano jurisdiccional hasta llegar a un resultado punitivo. Como señala BESIO HERNANDEZ²⁰, dicho procedimiento “*se lleva a cabo a través de varios niveles a pasos sucesivos y concatenados los unos a los otros*”.

2.5. Fines de la pena

En los últimos tiempos la colectividad se ha convertido en una sociedad de constante trance. Por dicha razón es que el sociólogo alemán Ulrich Beck, en su momento, acuñó a la comunidad actual el término de “sociedad de riesgo”²¹. De allí que se haya buscado intensificar las herramientas de control: por ejemplo, el Derecho penal.

¹⁸ PRADO SILDARRIAGA, Víctor. “*Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal*”. Ob. Cit., pág. 197.

¹⁹ VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando. “*Derecho Penal. Parte General*”. Comlibros, Bogotá, 2009, págs.1084 y 1085.

²⁰ BESIO HERNANDEZ, Hernández. “*Los Criterios Legales y Judiciales de Individualización de la Pena*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 23-

²¹ BECK, Ulrich. (1986). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Editorial Paidós.

En realidad toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función²². Por ello, cualquier rol que señale el Estado para la pena, lo señala también para el Derecho Penal y la teoría de la pena. De esta manera, existe una estrecha relación entre las funciones del Derecho Penal y la teoría de la pena.

Toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal; sin embargo, no hay que olvidar que cada teoría que se adopte responde a una determinada concepción de Estado, y consecuentemente, cada teoría origina una determinada definición de Derecho Penal.

2.5.1. Preventiva

En igual sentido, es necesario tener en consideración que este no cumple, únicamente, el desempeño de protección de bienes jurídicos, sino -a decir de Morillas Cueva- también el de prevención, ya que “la función preventiva es el *modus operandi* que el Derecho penal tiene para cumplir la misión de protección”²³ hasta la actualidad, eso es lo que se viene afirmando.

Naturalmente, una de las herramientas –por excelencia- del Derecho penal es la pena; no obstante, esta se ha visto, indirectamente, en la actualidad sometida a un proceso de colisión entre sus funciones, motivo por el cual es que **al estar en tensión la pena, por ende, lo está el Derecho penal**: más aún si la primera es un eje sustancial del segundo.

²² Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Ediar. Buenos Aires. 1980. p. 83.

²³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. (2002). “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”. Pág. 14. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 2-6. Granada: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología Sección de la Universidad de Granada.

Sin embargo, la actualidad de nuestro país, no se refleja en la función de la pena, cuya sanción debe cumplir una rol o finalidad dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

2.5.2. Protectora

Esta función busca proteger bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, es decir que a través del Estado busca salvaguardar algunos derechos fundamentales importantes, que revisten de sensibilidad y vulnerabilidad.

La función protectora que con primacía debe cumplir el Derecho Penal se refiere al amparo de bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad.

En definitiva, el Derecho Penal cumple una función de protección de los bienes jurídicos más vitales para el mantenimiento de la convivencia social. Bienes jurídicos que se manifiestan como valores esenciales del individuo y de la sociedad (vida, salud, libertad, honor, salud pública, seguridad del tráfico, etc.). Esto nos lleva a abordar la cuestión del bien jurídico.

2.5.3. Resocializadora

En la actualidad lo que nos toca ahora es luchar por desterrar la idea de un sistema de rehabilitación que imponga un fin distinto al de la voluntad de la persona privada de su libertad. Pensamos que la idea de resocialización, establecida por la Constitución, hay que interpretarla como el desarrollo de las capacidades de las personas para ejercer derechos y, como en cualquier derecho, uno puede decidir si lo ejerce o no.

El sistema de rehabilitación debe existir como una opción seria y eficiente para los condenados que decidan optar por resocializarse, esto

quiere decir, que debe existir un compromiso real por parte del Estado para mejorar las condiciones de vida en la cárcel, para brindar un sistema de rehabilitación que de manera real permita la reeducación del privado de libertad en un ambiente en donde se le respeten todos sus derechos fundamentales.

Debemos dejar muy en claro que el sistema no debe imponer fines ni tampoco puede direccionar la libertad de elección de las personas condenadas. Así como el derecho penal supone que libremente se delinque, debe suponer que libremente se escoge rehabilitarse²⁴.

Por otro lado, la fase ejecutiva de la pena debe de ser de competencia de un Juez de Ejecución Penal, el cual será el encargado de la investigación y resolución de cualquier asunto que surja durante esta etapa del proceso penal, la cual lamentablemente carece actualmente de vigilancia y control judicial, convirtiéndola en una etapa que no responde a las exigencias que impone la garantía constitucional del debido proceso, pudiéndose afirmar que no se encuentra protegida por el garantismo penal, consecuencia lógica, existe un margen amplio de discrecionalidad por parte de la autoridades administrativas que actualmente tienen competencia en ella, de lo cual se deriva que exista también un amplio margen de arbitrariedad, pues donde no hay derechos que contengan el poder, la arbitrariedad se desborda.

Lamentablemente con este escenario convivimos día a días en las cárceles de nuestro país, y lo apreciamos en la calificación de las personas, la distribución de las celdas, el ingreso a los programas y en el reparto de los beneficios, de las redenciones, de la semi libertad y de la libertad condicional.

²⁴ Ávila Santamaría, Ramiro. La rehabilitación no rehabilita, en Ejecución Penal y derechos humanos: una mirada crítica a la privación de la libertad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito. 2008. p. 144.

El sistema de rehabilitación social usa a la persona privada de su libertad como un *medio* para cumplir un *fin social*, sin siquiera importar la opinión del condenado, pues a éste no se le pregunta si está de acuerdo o no, tan sólo se le impone este *fin* porque es beneficioso para la sociedad.

Lo que nos toca como profesionales del derecho es buscar una transformación de esta etapa del proceso penal hacia estándares de coherencia con los derechos fundamentales de las personas involucradas en ella; la que tristemente no sólo ha sido y es descuidada por las autoridades competentes, sino sobre todo por los estudiosos del derecho y las universidades, pues solo basta revisar en una librería que porcentaje de libros de ejecución penal existen en relación a libros de derecho penal o procesal penal para darnos cuenta del total abandono académico en la que ha caído esta disciplina jurídica, esencial para nuestro sistema penal.

En conclusión muchos delitos son sancionados con pena de multa (pena conminada principal), así como también existen diversas faltas en el libro tercero del Código Penal que son conminadas con dicha sanción. Como puede verse en la ejecución de la sanción y cuando se emplaza al condenado a efectos que cumpla con el pago económico fijado como multa dentro del plazo de 10 días que establece el Código Penal encontramos que esta no se cumple y por tanto deviene ineficaz por diversos factores entre ellos el socioeconómico.

Se puede afirmar que si una institución penal, como la pena de multa, no surte sus efectos sociales, esta deviene obsoleta; por lo tanto debe procederse a derogarse o modificarse dicha legislación con la finalidad de lograr que la respuesta punitiva del Estado cumpla la finalidad de la pena, y que dicha figura jurídica resulte inaplicable en el tiempo.

CAPITULO III

EL CONCURSO REAL E IDEAL DE DELITOS

3.1. Concursos reales de delitos.

3.1.1. Origen.

En cuanto al origen de los concursos de delitos, son muy pocos los tratadistas que muestran gran interés por dedicarles algunas líneas, consecuentemente no podría determinar con precisión a que legislación se le atribuye su origen. En ese sentido, algunos renombrados ius penalistas al referirse a la historia del Concurso de Delitos, apuntan que es escaso el interés que ofrece la historia del derecho en relación al Instituto del Concurso de Delitos, pues han sido demasiados y en diversas épocas, los criterios esenciales y formales de las penas y los ordenamientos procesales²⁵.

No obstante, inevitablemente su contexto histórico no puede pasar desapercibido por lo que hare referencia a uno que otro ordenamiento jurídico de gran influencia involucrando por supuesto a algunos métodos de aplicación de la pena o también denominados como sistemas de punición o sistemas de penalización, aunque sea de una manera sutil.

En el Derecho Romano, se adoptó el principio del concurso material, aun en la generalidad de aquellos casos que hoy se dicen de concurso ideal o formal, no existiendo reglas fijas para la determinación de las penas²⁶. Sin embargo, este concurso material aplicado por los romanos consistía en la aplicación acumulativa de penas que correspondían a cada delito cometido, diferente al que conocemos al día de hoy.

²⁵ MANZINI, Vincenzo. "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Primera parte, Teorías Generales, 1949, pág. 352.

²⁶ MANZINI, Vincenzo. Ibidem, pág. 354.

Por otro lado, en el Derecho Canónico prevaleció de la misma manera el criterio de la acumulación material, mientras los ejemplos que se suelen aducir de unificación jurídica de varios delitos, no siempre son parangonables en las formas unificadas admitidas por el derecho actual²⁷. Cabe señalar, que durante este tiempo la pena se caracterizó principalmente por ser muy variada y sobre todo anárquica, pues en ciertos casos quedaba a criterio del ofendido quien muchas veces en su afán de venganza solicitaba la pena más cruel, y en otros por el árbitro quien en calidad de autoridad reprimía con dureza para evitar conflictos a futuros.

Ahora bien, como podrá apreciarse la pena en aquellos tiempos estuvo conexo a ideas religiosas o ideas morales distanciándose de la verdadera esencia o naturaleza de la pena, consecuentemente también del derecho penal subjetivo.

Esta situación generó el nacimiento de diferentes “escuelas”, donde cada una de ellas mantenía su postura sobre cuál era la naturaleza de la pena; además de presentarse corrientes, propuestas y tendencias, las cuales el profesor Busto Ramírez las llama simplemente “criterios”²⁸.

a. Teorías absolutas:

Denominadas también como teorías retributivas. Las teorías absolutistas consideran que el sentido de la aplicación de la pena se justifica por cuanto la lesión al orden jurídico cometida libre e intencionalmente importa que el sujeto ha cometido una conducta reprochable y consecuentemente culpable; en ese sentido la pena

²⁷ MANZINI, Vincenzo. Ibidem, pág. 354.

²⁸ BUSTOS RAMIREZ, Juan. “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 3ª, Ed. Ariel, S.A. Barcelona, España, 1996, pág. 33.

resulta viablemente necesaria para que le produzca al autor de una u otra forma un mal necesario para compensar el mal que ha causado. En pocas palabras hallan un fin en sí mismo.

Cabe señalar que, la finalidad de la pena queda totalmente excluida pues lo relevante para estas teorías es solo y únicamente la pena justa. Estas teorías son:

- Teoría de la reparación:

Esta teoría advierte que el delito realizado por el actor no solo causa un daño a otro individuo sino también a la colectividad por lo que consecuentemente este debe ser reparado de una u otra manera con el dolor que la pena ha de producir al delincuente.

- Teoría de la Retribución:

Sus máximos exponentes son Emmanuel Kant y Hegel, quienes señalan que “el contenido de la pena es el Talión, la función de la pena consiste en la realización de la justicia”²⁹. En pocas palabras la pena resultaba ser la respuesta justa del delito, al respecto Kant señala que “la ley pena es el imperativo categórico y la pena, retribución necesaria que se inspira en el concepto de justicia absoluta”³⁰.

Por otro lado, Georg Wilhelm Friedrich Hegel considera que “la pena, siendo negación del delito y éste a su vez negación del derecho, reafirma el imperio del Estado”³¹.

²⁹ Citado por: JAKOBS, G. “Derecho Penal. Parte General” (Fundamento y Teoría de la imputación), trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, Madrid, 1995, p. 21.

³⁰ EMMANUEL, Kant. “Principios metafísicos del derecho”, Editorial Cajica, México, pág. 185. REYES ECHEANDIA, Alfonso. “Derecho Penal”, Editorial Temis, Bogotá, 1996, pág. 248.

³¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. “Líneas Fundamentales de la filosofía del derecho”, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1937, pág. 110/116. REYES ECHEANDÍA, Alfonso. “Derecho Penal”, Editorial Temis, Bogotá, 1996, pág. 248.

Cabe resaltar que si bien, la postura que sostenían ambos autores coincidían en que la pena es un fin en sí mismo, sostienen claras discrepancias en cuanto a su fundamentación, debido a que Kant basaba su teoría en argumentos éticos, es decir, pensaba que el delito era una clara violación del orden ético; mientras que Hegel manifestaba que las razones eran de índole netamente jurídico, es decir, el delito era una clara y particular manifestación de rebelión contra la ley en consecuencia se exigía una reparación como la pena, imponiendo así la autoridad el Estado.

b. Teorías Relativas.

Denominadas también como teorías preventivo especiales o generales. Muy por el contrario, a la teoría referida anteriormente, estas teorías no están referidas al poder del estado para demostrar su existencia al imponer penas en señal de que su sistema aún sigue vigente, muy por el contrario, el rol del Estado en estas teorías cumple un rol benefactor y muchas veces neutral.

En ese sentido, esta teoría le da cabida a que la pena tenga una determinada finalidad con el objeto de tener un resultado, en pocas palabras sirven como vía para alcanzar otros objetivos como la prevención, resocialización, defensa social, entre otras.

En este panorama conviene citar entonces esta orientación: “quien aspira a castigar de modo razonable, no debe de realizarlo por el injusto ya cometido (...), sino en atención al futuro, para que en adelante ni el mismo delincuente vuelva a cometerlo ni tampoco los demás, que ven como se le castiga”³². Dentro de estas teorías encontramos las siguientes:

³² JESCHECK, H. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Trad. Manzanares Samaniego, Granada, 1993, pág. 63.

- **Teoría Preventiva.**

En esta teoría la pena tiene como única finalidad la de evitar que se cometan nuevos ilícitos a futuro, por lo que el Estado se encarga de crear en la conciencia ciudadana el temor a cometer delitos pues quienes lo realicen deben afrontar sus consecuencias; en ese sentido busca impedir que el delincuente reincida.

- **Teoría correccionalista.**

El enfoque que le otorga esta teoría al delincuente es la de un sujeto anormal que obligatoriamente necesita de la ayuda de un tratamiento específicamente educativo y así pueda adaptarse a la sociedad en su totalidad y consecuentemente pueda regresar a ella cuando este recuperado.

- **Teoría positivista.**

Esta teoría es una mezcla o fusión de la teoría preventiva y de la teoría correccionalista, pues aquí la función que se le asigna a la pena es, por un lado, resocializar al delincuente por ser un sujeto totalmente anormal, pues su comportamiento – la de cometer hechos ilícitos- lo inhibe de los demás; y por otro lado la de proteger a la colectividad debido a su peligrosidad.

En conclusión, estas teorías infieren en que el Estado debe cumplir un rol netamente preventivo en el delincuente para hacerlo “escarmentar” o para “curarlo” con la finalidad de que no mas volviera a delinquir.

En ese sentido, la pena en esta teoría cumple con dos finalidades:

- 1)** sirve como un fin preventivo buscando el bienestar colectivo mediante la intimidación, con la finalidad de evitar a futuro la comisión de delitos (prevención general)
- 2)** a su vez, buscó suprimir el ánimo delictivo en el infractor de un ordenamiento jurídico (prevención especial).

c. Teorías Mixtas.

Denominadas por Bacigalupo como teorías de la unión. El inicio de las teorías unitarias es posible ubicarlo a comienzos del presente siglo en Alemania donde MERKEL conjuga criterios retributivos y preventivos ante las insuficiencias mostradas por las posiciones unidimensionales de la pena³³.

Según estas teorías, la pena resultara ser legitima solo y cuando sea justa pero también útil. En ese sentido, estas teorías trascienden o resaltan debido a que resultan difíciles de defender, por cuanto existe una combinación tanto de las teorías absolutas como de las teorías relativas, por lo que hay quienes se inclinan a la posición de la prevención más que a la retribución y otros quienes se inclinan más a la posición de la retribución que la prevención.

Comúnmente estas teorías le proporcionan al derecho penal una función protectora a la sociedad, bajo esta premisa se reconocen dos grupos fundamentales:

a) Quienes manifiestan que la protección de la sociedad se basa bajo la retribución justa, mientras que por otro lado los fines preventivos solo cumplen un rol complementario a la primera.

b) Quienes manifiestan que la pena tiene un solo fundamento y es la defensa de la sociedad, mientras que la retribución tiene la función de poner parámetros a las exigencias de la prevención.

Finalmente, las teorías de la unión hacen suponer que existe más de un fin de la pena debido a que ninguna de las ya mencionadas (teorías absolutas y teorías relativas) sustenta su real fundamento, en

³³ PRADO SALDARRIAGA, V. "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú", Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pág. 31.

base a ello algunos autores manifiestan que su existencia no es más que el reflejo de ausencias legislativas y doctrinarias que coadyuven a justificar el ius puniendi del Estado.

3.1.2. Principales Escuelas del Derecho Penal.

3.1.2.1. Escuela Jurídico Penal Clásica.

Los exponentes de esta escuela son Carrara, Rossi, Cesar Beccaria, Hegel, Romagnossi y Carmignani. De esta escuela destaca la obra “De los Delitos y de las Penas” de Cesar Beccaria (1764), de la cual recibe la influencia de Hobbes, Montesquieu y Rosseau. En dicha obra Beccaria, manifiesta que los hombres vivían aislados y que a la vez gozaban de total libertad, sin embargo, esto último generaba en ellos un estado de guerra constante y la duda de si podrían conservarla, ante este panorama decidieron convivir, pero bajo ciertas condiciones determinadas y sacrificar cada uno, parte de su libertad, con la finalidad lograr la unión en sociedad.

Esta unión debía garantizarse y esto resultaría viable a través de las penas: “para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiere sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes...”³⁴ En ese sentido, Beccaria expone que la pena surge o nace frente a la necesidad de proteger la unión que habitaba entre los hombres bajo las bases de la libertad, de modo que, si alguien atentaba contra esta unión o contra los intereses sacrificados por los mismos debía ser castigado, con la finalidad de reparar el daño causado, como ejemplo a los demás.

³⁴ Bacigalupo, Enrique. “Derecho penal”, Editorial Committee, 2015, pág. 19. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequenc=5

De esta manera, manifestaba asimismo que si no había daño tampoco había pena, puesto que esta es solo una consecuencia del mal que se quiere ocasionar, de tal forma que de la magnitud del daño causado se aplicará la clase de pena. En consecuencia, la pena deberá ser justa, pero a la misma vez deberá ser útil, ya que como se dijo anteriormente el castigo solo será consecuencia de un daño ocasionado y además porque quien realice un delito sepa que posteriormente será castigado.

3.2.2.1. Escuela Jurídico Penal Positiva.

Sus máximos exponentes son Cesare Lombroso, Rafael Garófalo y Enrico Ferri. Su teoría está centrada y enfocada en la peligrosidad de los individuos que forman parte de la sociedad, en ese sentido Agudelo Betancour manifiesta que "...la sociedad tiene que defenderse de todo lo que le cause daño sin que importe indagar por la existencia o no de la libertad: basta con que la persona dañe o pueda dañar para que la sociedad esté legitimada para actuar"³⁵.

Sin embargo, identifica que estos individuos son personas anormales y que, debido a su condición es que delinquen, por eso señala que "el delito es un hecho ante todo antropológico y telúrico. Es un hecho condicionado por causas endógenas y exógenas. Causas endógenas que pueden ser hereditarias o congénitas; causas exógenas que pueden ser físicas o sociales"³⁶.

Cabe señalar, que la sanción a aplicarse debe determinarse en base a la personalidad del que delinque y no de los hechos que ha cometido, pero lo más importante es la capacidad de intimidación de las

³⁵ AGUDELO BETANCOUR, Nodier. "Grandes corrientes del derecho penal", Escuela Positiva, Ediciones Nuevo Foro, 1997, pág. 31.

³⁶ Ibid, pág. 7 y 8.

sanciones y no la duración, en ese sentido Mantovanni, señala que "... la pena retributiva es sustituida por un sistema de medidas de prevención con fines de profilaxis criminal y normalmente neutrales, proporcionadas, no a la gravedad del delito, sino a la peligrosidad del sujeto"³⁷.

Por otro lado, Lombroso en base a estudios realizados a varios delincuentes encontró que estos presentan no solo ciertas características físicas, sino que también psicológicas y fisiológicas que los hace diferenciar de los demás individuos que conforman una sociedad *"el tipo de criminal nato, tendría ciertas características que lo harían distinto del hombre normal:*

Físicamente se caracterizará por tener enormes mandíbulas, pómulos prominentes, arcadas superciliares salientes, pliegues palmares, mayor amplitud de la cuenca de los ojos, las orejas salientes como la de los salvajes y los simios; Fisiológicamente, acusa una hiposensibilidad dolorífica, gran agudeza visual, mirada fija y fría; Psicológicamente, se notaría en el delincuente nato gran insensibilidad: es un ser falto de sentido moral.... Carece de sentimientos de piedad, benevolencia, respeto por la vida... está dominado por la pereza, es imprevisivo, vengativo, ... siente la necesidad de hacer el mal por el mal, es preponderante el impulso de matar, desplegando la acción con gran ferocidad sobre la víctima..."³⁸.

Por su parte, Ferri centra su posición que el delincuente se produce debido a factores externos como la situación económica, las familias disfuncionales, la religión, entre muchas otras.

³⁷ MANTOVANNI, Fernando. "El Siglo XIX y las ciencias criminales", Editorial Temis, 1988, pág. 20.

³⁸ AGUDELO BETANCOUR, Op. Cit., pág. 66 y 67.

3.2.2.3. Escuela Jurídico Penal Ecléctica.

Los máximos exponentes de esta escuela fueron Rocco, Vicente Manzini, Franz, Bernardino Alimena, Von Liszt y Carnevale.

Esta escuela es una mezcla de las ya antes mencionadas, en su afán de superior a estas buscaron crear algo diferente y sobre todo mas amplio. En ese sentido, sostenían que la pena tiene un carácter preventivo y a la vez consideraba que también los factores sociales influían en el comportamiento de los delincuentes; asimismo, la pena la consideraban como un tratamiento de tal manera que los ayudara a resocializarse a la sociedad.

Durkheim, no tenía duda de que la función principal de la pena era crear una conciencia de moralidad, en ese sentido manifestaba que *“Aunque procede de una reacción absolutamente mecánica, de movimientos pasionales y en gran parte irreflexivos, no deja de desempeñar un papel útil. Sólo que ese papel no lo desempeña allí donde de ordinario se le ve. No sirve, o no sirve sino muy secundariamente, para corregir al culpable o para intimidar a sus posibles imitadores; desde este doble punto de vista su eficacia es justamente dudosa y, en todo caso, mediocre. Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común”*³⁹.

Para Michel Foucault, la pena es un medio que le permite al delincuente ser un hombre de bien. Este instrumento se aplica ejerciendo un control constante sobre el cuerpo del hombre (movimientos, gestos, actitudes, etc) para que se convierta en un ser

³⁹ DURKHEIM, Emile. “La división del trabajo social”, pág. 118. GARLAND, David. “Castigo y Sociedad moderna”, Siglo Veintiuno Editores, México, 1999, pág. 51.

dócil, de tal forma que le permita, con sus actuaciones, ser de utilidad para la sociedad en que vive⁴⁰.

En ese sentido, manifiesta que la pena posee específicamente dos elementos esenciales:

1) la vigilancia, la cual se centra en realizar estudios al delincuente con la finalidad de determinar que los motiva a cometer los delitos.

2) la disciplina, la cual tiene como finalidad corregir el comportamiento delictivo del delincuente.

La disciplina procede ante todo a la distribución de los individuos en el espacio. Para ello, emplea varias técnicas:

1) *La disciplina exige a veces la clausura, la especificación de un lugar heterogéneo a todos los demás y cerrado sobre sí mismo...*

2) *Pero el principio "clausura" no es ni constante, ni indispensable, ni suficiente en los aparatos disciplinarios. Estos trabajan el espacio de una manera mucho más flexible y más fina. Y en primer lugar según el principio de la localización elemental o de la división de zonas. A cada individuo su lugar; y en cada emplazamiento un individuo... el espacio disciplinario tiende a dividir en tantas parcelas como cuerpos o elementos que repartir. Es preciso anular los efectos de las distribuciones indecisas, la desaparición incontrolada de individuos, su circulación difusa, su coagulación inutilizable y peligrosa...*

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. "Vigilar y Castigar", 27 Ed. México, Siglo Veintiuno Editores, 1998. Traducción Aurelio Garzon del Camino pág. 140 y 141.

3) *La regla de los emplazamientos funcionales va poco a poco, en las instituciones disciplinarias, a codificar un espacio que la arquitectura dejaba en general disponible y dispuesto para varios usos. Se fijan unos lugares determinados para responder no solo a la necesidad de vigilar, de romper las comunicaciones peligrosas, sino también de crear espacio útil.*

4) *En la disciplina, los elementos son intercambiables puesto que cada uno se define por el lugar que ocupa en una serie, y por la distancia que lo separa de los otros. La unidad en ella no es, pues, ni el territorio (unidad de denominación), ni el lugar (unidad de residencia), sino el rango: el lugar que se ocupa en una clasificación...*⁴¹

3.1.3. Naturaleza Jurídica.

El concurso de delitos, consiste en la comisión de una pluralidad de delitos realizados por el mismo agente, consecuentemente interviene exclusivamente en la determinación y aplicación de la pena. La función que caracteriza al concurso de delitos es que sirve como un indicador de mayor grado de delictuosidad por parte del delincuente, en ese sentido conviene señalar que para su consideración es necesario una expresa norma legal, así como criterios correspondientes al juzgador respecto de su aplicación pues debe tomarse en consideración el máximo y el mínimo de la pena. Así pues, al referirnos al concurso de delitos, no se está haciendo alusión a delitos tipificados dentro de un ordenamiento jurídico, sino que está referida a la comisión de una pluralidad de delitos cometidos por un agente sujeto a la aplicación de una pena unificada.

3.2. Concurso real de delitos.

Denominada también por algunos autores como concurso de reiteración, debido a que en este tipo de concurso el sujeto activo despliega

⁴¹ Ibíd. pág. 146 a 149.

dos o más acciones que infringen dos o más tipos penales., las cuales serán indispensablemente independientes entre sí, y que como consecuencia han de juzgarse en un mismo proceso.

Por tanto, para su configuración se requieren de dos presupuestos:

a) uno de derecho penal sustancial, referido a que obligatoriamente el mismo sujeto activo haya ejecutado dos o más actos que violenten varias normas penales.

b) de derecho procesal, que por la pluralidad de delitos cometidos se juzgue al sujeto activo en un mismo proceso penal.

En ese sentido, existe concurso real o material cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos⁴². Lo que equivale a decir que dicho concurso requiere pluralidad de infracciones, unidad de sujeto y de enjuiciamiento, pluralidad del objeto valorado en las diversas infracciones⁴³.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, VELASQUEZ, manifiesta que el concurso real de delitos “se presenta cuando hay una pluralidad de acciones independientes, susceptibles de ser encuadradas en uno o en varios tipos penales, realizadas por la misma persona, y que concurren para ser juzgada en un mismo proceso”⁴⁴.

Para Percy García Caverro, el agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto-, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al

⁴² MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”, 6ta Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, pág. 636.

⁴³ VIVES ANTON, Tomás (Coordinador). “Comentarios al Código Penal 1995 Volumen 1 (Art.1 a 233), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág.430.

⁴⁴ VELASQUEZ, Fernando. “Derecho Penal: Parte General”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile Santiago, Chile, 2009, pág. 1173.

agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo⁴⁵.

Como se puede apreciar la conceptualización de ambos autores refleja lo referido anteriormente, en cuanto a que el concurso real de delitos se configura cuando cumple con el presupuesto penal sustancial y con el presupuesto procesal. Sin embargo, otros autores excluyen este último y mas bien refieren acerca de la participación en la conciencia del agente y la ausencia de sentencia condenatoria.

Así, por ejemplo, EUGENIO CUELLO CALÓN explica que el verdadero concurso existe cuando concurren las siguientes condiciones:

- Que un individuo sea autor de distintos hechos.
- Que estos en su aparición material sean diversos entre sí, sin Guardar conexión alguna.

Que también aparezcan como diversos e independientes en la conciencia del agente.

GARRIDO MONTT, por su parte, refuerza esta concepción al señalar que se presenta “cuando un mismo sujeto ha realizado dos o más acciones que constituyen, a su vez, uno o más delitos independientes no conectados entre sí y sin que en relación a ninguno se haya dictado sentencia condenatoria⁴⁶.”

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal, la figura del concurso real de delitos, se ubica en nuestro Código Penal Peruano en el Libro Primero (Parte General), Título III (de las penas), Capítulo II, denominado aplicación de las penas, específicamente en el artículo 50°, el cual el texto es el siguiente: “

⁴⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. “Lecciones de Derecho Penal Parte General”, Editorial Grijley, Lima, 2008, pág. 655.

⁴⁶ GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal: Parte General”, Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, pág. 344.

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumaran las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta”.

Finalmente, el Acuerdo Plenario 4-2009/CJ-116 “Determinación de la pena y concurso real de delitos”, de fecha 13 de noviembre de 2009 en su fundamento número siete establece el procedimiento a seguir para la determinación de la misma, así señala que:

Fundamento 7. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado “principio de acumulación”. El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso

real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

Finalmente, el artículo 50° CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas⁴⁷.

3.2.1. Jurisprudencia.

Quinto:

Que, sin embargo, el análisis de ponderación de pena realizado por el Colegiado Superior no resulta adecuado, pues en el accionar

⁴⁷ Acuerdo Plenario 4-2009/CJ-116 “Determinación de la pena y concurso real de delitos” http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N4_2009.pdf. Visitado el 18.09.18.

desplegado por el encausado opero un concurso real de delitos – conforme bien lo advirtió el Fiscal Superior en la acusación escrita de fojas doscientos noventa y ocho-. En efecto, el día de los hechos el acusado Javier Cabrera Huamaní tuvo la determinación criminal de atentar primero contra la vida de su ex conviviente Tomasa Marlene Valderrama Serrano, a quien no logró matar, y luego procedió a victimar a la madre de esta, Celsa Serrano Huamañahui, cuando intento salir a su defensa. Por tanto, no fue una sola acción, como lo sostiene la Sala Superior, sino que se trata de acciones y voluntades independientes o autónomas, las cuales únicamente coincidieron en un mismo contexto criminal⁴⁸.

3.2.2. Requisitos

a. Pluralidad de acciones.

La pluralidad de hechos o acciones refiere a que se debe tratar de una multiplicidad de hechos, sean de la misma o de distinta especie, de igual o distinta gravedad⁴⁹. Bien puede ser el concurso de acciones con acciones u omisiones con omisiones, siendo indispensables que sean delictivas e independientes puniblemente; asimismo es indiferente el grado de desarrollo que hayan alcanzado, es decir, si fueron consumados, frustrados o si quedaron en grado de tentativa.

b. Pluralidad de delitos Independientes.

Este elemento del concurso ideal de delitos, consiste en que el sujeto activo debe desplegar una variedad de hechos o acciones, sean o no de igual naturaleza, sin importar si es de menor o mayor gravedad, además deberán ser indispensablemente delictivos y sobre todo punibles aisladamente.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, R.N.N°288-2013, de fecha 02 de mayo del 2013. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20141108_01.pdf . Visitado el 18.09.18

⁴⁹ GARRIDO MONTT (2003), ob. cit., pág. 344.

En este presupuesto, SOLER, distingue el concurso real simultáneo, si en una acción se realizan varios hechos subjetivamente independientes; del concurso real sucesivo, referidos a hechos cometidos por el mismo sujeto⁵⁰.

ETCHEBERRY, por su parte, distingue los delitos acumulados (aquellos de distinta especie), de los delitos reiterados (aquellos de la misma especie)⁵¹

c. Unidad de autor.

Este elemento del concurso real de delitos, está referido a que los hechos ilícitos realizados deben ser ejecutados por el mismo sujeto activo, sin importar la condición en la que actué el sujeto activo e independientemente de si actúa en conjunto con otros en la realización de tales hechos.

En esa línea de pensamiento, ETCHEBERRY, manifiesta que “no impide la existencia de un concurso material la circunstancia de que esta persona haya actuado en diferentes calidades en los sucesivos hechos: autor en uno, cómplice en otro; o que haya actuado solo en un hecho y con copartícipes en otros”⁵².

Sin embargo, debo mencionar que esta condición dificulta sin lugar a dudas el determinar la autoría y participación en determinados casos, como por ejemplo en casos de delincuencia organizada debido a la variedad de conductas ejecutadas por todos los sujetos, en este caso resulta necesario la capacidad y preparación del juez para poder

⁵⁰ SOLER, Sebastian. “Derecho Penal Argentino: Parte General”, Tomo II. Reimpresión 4ª ed, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 361.

⁵¹ ETCHEBERRY (1998, tomo II), ob. cit., p. 117.

⁵² ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal: Parte General”, Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1998, pág. 115.

determinar en qué casos se configura el concurso de delitos y el concurso de personas cuando son varios los sujetos inmersos en la comisión del hecho ilícito.

3.2.3. Derecho Comparado del concurso real de delitos

a. Argentina.

Existe concurso real cuando el sujeto activo despliega dos o más actos independientes entre sí que violan dos o más normas legales, y por la que consecuentemente se fija una única pena que abarque la represión de todas ellas. La característica principal que radica en el concurso real de delitos según la doctrina argentina no es el despliegue de la realización de varios hechos, sino que estos son independientes entre sí.

El Código Penal Argentino, acoge la figura del concurso real de delitos en los artículos 55° y 56°, respectivamente de los cuales se desprende el texto normativo siguiente:

Artículo 55°. Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.

Artículo 56°. Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de

prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua. La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero.

Ahora bien, los criterios que adopta para su sistema de penalidad, son: a) la acumulación jurídica, la cual consiste en la suma aritmética de las penas, pero que posee un límite de la cual no se puede sobrepasar (art.55°); y, b) el sistema de absorción, la cual se aplicara en los casos restantes. Un punto importante a señalar es que, en cuanto las penas sean divisibles se impondrá la más grave, de lo contrario, si son indivisibles (cadena perpetua), se aplicara esta.

b. Venezuela.

La figura del concurso real de delitos en el Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela se encuentra establecida en el artículo 86°, el cual el texto es el siguiente: “Al culpable de dos o más delitos, cada uno de los cuales acarree pena de presidio, solo se le aplicara la correspondiente al hecho más grave, pero con aumento de las dos terceras partes del tiempo correspondiente a la pena del otro u otros”.

Como se puede apreciar del artículo legal citado en el párrafo precedente, se hace mención a “la pena de presidio”, pena con la cual no estamos familiarizados debido a que nuestro país no acoge dicha clase de pena (Artículo 28 C.P. Peruano). Por tanto, para un mayor esclarecimiento del tema corresponde dedicarle algunas líneas.

La pena de presidio, se encuentra instituido en su artículo 12° y el cual el Código la enuncia como la más grave de todas, pues los sujetos condenados deberán cumplir su pena en las penitenciarías que establezca la ley del régimen penitenciario (a diferencia de ésta, en la pena de prisión la reclusión del condenado se realiza en centros penitenciarios locales y separados unos de otros). Sujeto a esta clase de pena se imponen como accesorias a) la interdicción civil, durante el tiempo que dure la pena impuesta; b) la inhabilitación política; y c) se encontrara sujeto a vigilancia por autoridad competente, durante un tiempo determinado después de haber cumplido su condena.

Ahora bien, la pena de presidio en el Código Penal de Venezuela resulta de la comisión de los delitos de homicidio siempre u agravado, pero junto con este el sujeto activo puede cometer otro delito en conjunto, así pues se encuentra expreso en el artículo 414° de mismo cuerpo legal citado, la cual establece que: “si el hecho ha causado una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, o la perdida de algún sentido, de una mano, de un pie, de la palabra, de la capacidad de engendrar o del uso de algún órgano, o si ha producido alguna herida que desfigure a la persona, en fin, si habiéndose cometido el delito contra una mujer en cinta le hubiere causado el aborto, será castigado con presidio de tres a seis años”.

Por otro lado, el artículo 86°, establece que la base para la determinación de la pena a aplicar será la más grave, así pues, señala: “al culpable de dos o más delitos, cada uno de los cuales acarree la pena de presidio, solo se le aplicará la correspondiente al hecho más grave, pero con el aumento de las dos terceras partes del tiempo correspondiente a la pena del otro u otros”.

c. Guatemala.

En el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, instituye la figura del concurso real de delitos en el Título VI - “De las Penas”, Capítulo III – Del Concurso de Delitos, específicamente en el artículo 69°, el cual señala:

“Al responsable de dos o más delitos, se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves, pero el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración, si todas tuvieran igual duración no podrán exceder del triple de la pena.

Este máximo, sin embargo, en ningún caso podrá ser superior:

1. A cincuenta años de prisión.
2. A doscientos mil quetzales de multa”.

3.3. Concurso Ideal de delitos.

El concurso ideal de delitos se configura cuando el sujeto activo despliega o realiza una misma acción ilícita y la misma viola varias leyes o en todo caso la misma ley penal. En ese sentido resultan indispensables dos requisitos: a) la comisión de una sola acción por parte del sujeto activo y, b) que esta dé como resultado la infracción de varios tipos penales. Como lo dijera el profesor ZAFFARRONI⁵³, *“Hay una única conducta con pluralidad típica, es decir conducta única y tipicidad plural”*

En esa misma vertiente, GARCIA CAVERO, manifiesta que “en el concurso ideal de delitos la misma conducta penalmente relevante realiza

⁵³ ZAFFARRONI, Raúl Eugenio. “Derecho Penal, Parte General”, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 865.

varios tipos penales, que pueden ser de la misma o de distinta naturaleza o que permite diferenciar los casos de concurso ideas de delitos (infracciones a la misma ley penal) de los casos de concurso ideal heterogéneo (infracciones a distintas leyes penales)”⁵⁴.

Por su parte, el profesor FRANCISCO MUÑOS CONDE, manifiesta que también existe concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro; cuando la conexión entre los diversos delitos es tan íntima que, si faltase uno de ellos, no se hubiese cometido el otro se debe considerar el complejo delictivo como una unidad delictiva y no como dos delitos distintos. Por ejemplo: la falsificación de un documento oficial para cometer estafa.⁵⁵ Este mismo autor, distingue al concurso ideal entre:

- Concurso ideal homogéneo: se dará cuando los delitos cometidos sean los mismos.
- Concurso Ideal Heterogénea: se dará este concurso cuando los delitos cometidos son distintos⁵⁶.

Por otro lado, BRAMONT ARIAS señala que para que exista concurso ideal de delitos, se requiere de tres elementos:

- "La unidad de acción o de hecho: de acuerdo a las aclaraciones formuladas sobre los conceptos de hecho, y acto, es decir, con referencia al resultado, porque a veces la acción es única y el resultado es plural.
- La pluralidad delitos: constituye la violación de varias disposiciones penales.

⁵⁴ García Caveró, Percy. "Derecho Penal Parte General", Jurista Editores, Lima, 2012, pág. 781.

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal. Parte General", 5ª Edición, Barcelona, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.2002, pág.638.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. "Derecho Penal Parte General", 2da, Editorial Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1993, pág. 479 y 480.

- Unidad de intención: Para que el hecho se considere el mismo, debe ser único, subjetiva y objetivamente. Si los hechos son varios, aunque el fin sea uno solo (por ejemplo, cuando se viola un domicilio para efectuar un rapto), se perfila un concurso real. Si la finalidad es plural y el hecho único (por ejemplo, cuando se realiza el proyecto de matar a dos sujetos con el mismo disparo), el concurso también es real".⁵⁷

Por otro lado, RAÚL PEÑA CABRERA, distingue solo dos elementos: la unidad de acción y la pluralidad de delitos⁵⁸.

La figura del concurso ideal de delitos se ubica en nuestro Código Penal Peruano, en el Libro Primero (Parte General), Título III (de las penas), Capítulo II denominado Aplicación de las Penas, específicamente en el artículo 48°, el cual el texto es el siguiente: "Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años".

Finalmente, cabe mencionar que el concurso ideal de delitos se resuelve bajo el llamado Principio de Absorción, principio por el cual se debe imponer la pena más grave de todos los delitos cometidos por el sujeto activo, considerándose entonces que en ella se absorben las de menor gravedad.

3.3.1. Jurisprudencia.

Vigésimo Sétimo considerando: "Se evidencia que los actos aludidos y probados corresponden a un mismo hecho o voluntad criminal, los mismos que están sancionados por dos normas legales, el artículo trescientos noventa y tres y el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, es decir

⁵⁷ BRAMON ARIAS, Luis. "A: Código Penal Anotado", Editorial de la Facultad de Derecho de la [Universidad](#) Mayor de San Marcos, Lima – Perú, 1966, pág.584.

⁵⁸ PEÑA CABRERA, Raúl. "Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal, Código de [Ejecución Penal](#)", 3ª Edición, Editorial Jurista Editores, 2003, pág. 574.

constituye un concurso ideal de delitos previsto en el artículo cuarenta y ocho del Código Penal”⁵⁹.

3.3.2. Requisitos

a. Unidad de acción.

La gran mayoría de la doctrina concuerda que para estar frente a la figura de un concurso ideal de delitos se requiere indispensablemente de una unidad de hecho o acción.

Sin embargo, en donde existe una discrepancia aun es en el hecho de si se le debe denominar “unidad de hecho” o “unidad de acción”. En ese sentido, por ejemplo, ETCHEVERRY (1998)⁶⁰, manifiesta que conceptualmente hecho es una palabra más amplia que acción “pues no solo incluye el comportamiento externo dirigido por la voluntad finalista, sino que incluye todo aquello que cae bajo la descripción típica”

Por otro lado, GARRIDO MONT (2003), manifiesta que “en el concurso ideal existen dos o más finalidades perfectamente diferenciables, las cuales, si bien se manifiestan externamente con apariencia unitaria, en realidad dan vida a distintas acciones”⁶¹; asimismo agrega que “se trata de varias acciones, cuya forma de exteriorización y concreción es única, lo que no afecta a sus particulares e independientes identidades”.

Para esclarecer un poco esta distinción, VELASQUEZ ⁶², manifiesta que “pese a que debe tratarse de una acción única, puede ocurrir que

⁵⁹ Expediente 06-2001, Sentencia del 23 de marzo del 2002.

⁶⁰ ETCHEVERRY, (1998), ob. cit. pág. 119.

⁶¹ GARRIDO MONT, (2003), ob. cit. pág. 350.

⁶² VELASQUEZ, (2009), ob. cit. pág. 1185.

ella este integrada por varios actos conformadores del proceso ejecutivo de los tipos penales que concurren idealmente”.

Zaffaroni, prefiere denominarlo unidad de conducta, para lo cual manifiesta que “cuando una pluralidad de movimientos responde a una única voluntad realizadora de un tipo objetivo, en conductas que usualmente requieren cierta complejidad, no puede menos que considerarse como una unidad de conducta en el derecho penal”⁶³.

En ese sentido, algunos autores dependiendo a su posición doctrinal prefieren denominarlo unidad de acción, mientras que otros prefieren denominarlo unidad de hecho. Sin embargo, los criterios que existen para diferenciar estos conceptos consisten, en que la “unidad de acción” está referida a acontecimientos de la vida cotidiana, mientras que la “unidad de hecho”, consiste en hechos conexos entre si debido a su finalidad o propósito. Por otro lado, se considera que la acción se encuentra inmerso dentro del hecho.

b. Pluralidad de tipos legales realizados.

Al respecto, Castillo Gonzales señala que “el concurso ideal requiere que la acción u omisión viole varias veces la misma disposición penal o viole diferentes disposiciones penales que se excluyan entre sí”⁶⁴. En todo caso, en el primer supuesto estaríamos frente a un concurso ideal homogéneo, y en cuanto al segundo supuesto se configuraría el concurso ideal heterogéneo.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Tomo IV, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, pág. 534.

⁶⁴ CASTILO GONZALES, Francisco. El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense, Publicaciones de la facultad de derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1981, pág. 63.

Ahora bien, resulta necesario resaltar que, este segundo elemento del concurso ideal no trata sobre que la acción única realizada por el sujeto activo tenga que infringir diversos tipos penales, sino que lo que genera realmente es una variada infracción a la ley penal, debido a que la acción del sujeto puede adecuarse en tipos penales diferentes (concurso ideal heterogéneo), o por el contrario encuadrarse a un solo tipo penal de manera reiterada (concurso ideal homogénea).

Por otro lado, la mayor parte de la doctrina establece que el grado de las infracciones jurídicas, no resulta importante pues estas podrán encontrarse en grado de consumación, frustradas o en tentativa, sin originarse ningún problema en cuanto al acatamiento de este requisito.

c. Unidad de autor.

Este tercer elemento del concurso ideal de delitos, es denominado también por algunos autores como: identidad del sujeto activo. Es indispensable que los hechos ilícitos sean ejecutados por el mismo sujeto activo; en ese sentido VELASQUEZ, señala que “no es concebible esta figura si llegare a mediar una pluralidad de agentes; como es de suponer, ello no significa que varias personas no puedan realizar de consuno un concurso ideal, (...) o que se pueda participar en él”⁶⁵.

3.2.3. Derecho comparado del concurso ideal de delitos.

a. Argentina.

El Código Penal Argentino, acoge la figura del concurso ideal de delitos en su artículo 54°, del cual se desprende el siguiente texto:

⁶⁵ VELASQUEZ, (2009), ob. cit, pág.1187.

“cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

Como se puede apreciar el texto normativo parte de la “unificación de un hecho” que genera más de un ilícito penal, y que, además estas no se excluyen entre sí. En cuanto a su determinación, el código penal argentino simplifica su solución al elegir la que reprima con pena mayor, ya que su legislación no adopta el sistema de absorción.

b. Venezuela.

En el Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela, la figura del concurso ideal se encuentra estipulada en su artículo 98°, el cual el texto es el siguiente:

“El que con un mismo hecho viole varias disposiciones legales, será castigado con arreglo a la disposición que establece la pena más grave”.

Por ejemplo, “A” dispara a matar contra “B” en un lugar público, pero a la misma vez logra herir a “C”. En este hecho se han cometido dos delitos distintos, por lo estamos ante un concurso ideal de delitos.

c. Guatemala.

En el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, instituye la figura del concurso real de delitos en el Título VI - “De las Penas”, Capítulo III – Del Concurso de Delitos, específicamente en el artículo 70°, el señala que:

“En caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte.

El tribunal impondrá todas las penas que correspondan a cada una de las infracciones si a su juicio esto fuera más favorable al reo, que la aplicación de la regla anterior.

Cuando se trate de concurso ideal de delitos sancionados con prisión, de delitos sancionados con prisión y multa o de delitos sancionados sólo con multa, el juez, a su prudente arbitrio y bajo su responsabilidad, aplicará las sanciones respectivas en la forma que resulte más favorable al reo”.

3.3.4. Diferencias entre el Concurso Real e ideal de delitos.

VILLAVICENCIO TERREROS, aduce que “Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal⁶⁶.

Por otro lado, el artículo 80° del Código Penal establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si fuera privativa de libertad.

En el caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben independientemente. En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo

⁶⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal Parte General”, Editorial Grijley, Lima, 2006, pág. 703.

correspondiente al delito más grave. En ningún caso la prescripción será superior a veinte años. Tratándose de delitos con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los treinta años.

CAPITULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

4.1. PROYECTO DE LEY

1. PROYECTO DE LEY N°.....

**Proyecto de ley que MODIFICA LOS
ARTICULO 48° y 50° del Código Penal
para garantizar una medida cautelar
excepcional y justa.**

**2. El Grupo Parlamentario de, a iniciativa del Congresista
....., en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa
consagrado en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y los
artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el
siguiente:**

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 48° y 50° DEL CÓDIGO PENAL

Exposición de Motivos

➤ Antecedentes:

En cuanto al origen de los concursos de delitos, son muy pocos los tratadistas que muestran gran interés por dedicarles algunas líneas, consecuentemente no podría determinar con precisión a que legislación se le atribuye su origen. En ese sentido, algunos renombrados ius penalistas al referirse a la historia del Concurso de Delitos, apuntan que es escaso el interés

que ofrece la historia del derecho en relación al Instituto del Concurso de Delitos, pues han sido demasiados y en diversas épocas, los criterios esenciales y formales de las penas y los ordenamientos procesales⁶⁷. No obstante, inevitablemente su contexto histórico no puede pasar desapercibido por lo que hace referencia a uno que otro ordenamiento jurídico de gran influencia involucrando por supuesto a algunos métodos de aplicación de la pena o también denominados como sistemas de punición o sistemas de penalización, aunque sea de una manera sutil.

En el Derecho Romano, se adoptó el principio del concurso material, aun en la generalidad de aquellos casos que hoy se dicen de concurso ideal o formal, no existiendo reglas fijas para la determinación de las penas⁶⁸. Sin embargo, este concurso material aplicado por los romanos consistía en la aplicación acumulativa de penas que correspondían a cada delito cometido, diferente al que conocemos al día de hoy.

Por otro lado, en el Derecho Canónico prevaleció de la misma manera el criterio de la acumulación material, mientras los ejemplos que se suelen aducir de unificación jurídica de varios delitos, no siempre son parangonables en las formas unificadas admitidas por el derecho actual⁶⁹. Cabe señalar, que durante este tiempo la pena se caracterizó principalmente por ser muy variada y sobre todo anárquica, pues en ciertos casos quedaba a criterio del ofendido quien muchas veces en su afán de venganza solicitaba la pena más cruel, y en otros por el árbitro quien en calidad de autoridad reprimía con dureza para evitar conflictos a futuros.

Ahora bien, como podrá apreciarse la pena en aquellos tiempos estuvo conexo a ideas religiosas o ideas morales distanciándose de la verdadera

⁶⁷ MANZINI, Vincenzo. "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Primera parte, Teorías Generales, 1949, pág. 352.

⁶⁸ MANZINI, Vincenzo. Ibidem, pág. 354.

⁶⁹ MANZINI, Vincenzo. Ibidem, pág. 354.

esencia o naturaleza de la pena, consecuentemente también del derecho penal subjetivo. Esta situación generó el nacimiento de diferentes “escuelas”, donde cada una de ellas mantenía su postura sobre cuál era la naturaleza de la pena; además de presentarse corrientes, propuestas y tendencias, las cuales el profesor Busto Ramírez las llama simplemente “criterios”⁷⁰.

➤ **La Identificación del Problema:**

Los artículos 48° y 50° del Código Penal, vulneran los fines de la pena, siendo la más importante, la Resocialización, así como también el Principio de Humanización de las penas, tratada ya a través de instrumentos Internacionales.

El problema radica en la severidad de las penas, más no en una política criminal preventiva y responsable, antes de impulsar o proponer penas draconianas que al fin y al cabo no posee eficacia en el sujeto que comete un delito grave.

➤ **Propuesta de Solución**

Para adoptar el criterio de humanización de las penas, es oportuno visualizarlo desde la perspectiva de los fines de la pena, siendo estos recomendables para la correcta finalidad de las mismas. En ese sentido se propondrá el texto siguiente líneas abajo.

Justificación de la propuesta:

La presente modificatoria surge a través de una investigación del debate, de varios doctrinarios especialistas en el tema, y de varias jurisprudencias referentes a la problemática de las causales de incremento de punibilidad, respecto a la aplicación de la determinación judicial de la pena, en el concurso real e ideal de delitos.

⁷⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 3ª, Ed. Ariel, S.A. Barcelona, España, 1996, pág. 33.

El propósito de este trabajo es brindar una perspectiva política de futuro obedeciendo a una relevancia social y jurídica.

En la actualidad tiene una significativa importancia dentro de las políticas y estrategias legislativas que se pueden plantear respecto al concurso real e ideal de delitos, en torno a la aplicación de la punibilidad en cada caso concreto, y eliminando así la acumulación de las pena en el concurso real.

Para seguir con el lineamiento que planteó, su justificación económica tiene como objeto determinar el principio de económica legislativa, que puede adoptar el parlamento del congreso, a partir de creación de leyes responsables, y mediante un lenguaje técnico entendible y claro, toda vez que aquello, no solo beneficiara al imputado, sino al propio Estado en su erario nacional.

Por otro lado, la justificación académica beneficiará de manera directa a los operadores del derecho en general, dado la importancia, la presente investigación resulta útil y pertinente para la formación académica y profesional de todo abogado, al tener una minuciosa interpretación, toda vez que, se orienta a servir como base a otros estudios, y a despertar el interés en la comunidad jurídica para profundizar o ampliar las investigaciones doctrinarias, jurisprudenciales y académicas sobre el concurso real e ideal de delitos.

Asimismo, obedece básicamente cómo se debe plantear dicha problemática en las diferencias instituciones que tienen tal responsabilidad en las distintas figuras penales para una correcta interpretación legal de la ley penal, y no caer en vacíos, lagunas, o confusiones dogmáticas y jurisprudenciales en el tema in comento.

3. Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La presente iniciativa de Ley, no es contraria a lo que dispone la Constitución Política del Perú en su art. 2, inc. 24, literal e), a través del cual se regula a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

5. Análisis Costo Beneficio

El presente Proyecto de Ley, no generará ni demandará gasto alguno al horario nacional; por el contrario, la presente modificación normativa generará una mayor seguridad en el tráfico jurídico.

6. Fórmula Legal

Por cuanto: El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULO 48° Y 50° DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 1. Modificar el artículo 48° del Código Penal

Modifíquese el artículo 48° del Código Penal:

“Artículo 48°.- Concurso Ideal de delitos

“Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con el máximo de la pena del delito más grave, considerándose está última si se supera los cuatro años de pena privativa de libertad”

“Artículo 50°.- Concurso real de delitos

“Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes. Se reprimirá con el máximo de la pena del delito más grave, considerándose está última si se supera los cuatro años de pena privativa de libertad”

Artículo 2. Reglamentación

El ministerio de Justicia reglamentará el procedimiento para la aplicación de la presente ley dentro de los treinta días de publicada en el diario oficial El Peruano.

CONCLUSIONES.

1.- Resulta evidente que la aplicación de extensas condenas impuestas por el ius poniendo del Estado a través de sus órganos jurisdiccionales al delincuente, no garantiza el decrecimiento de la actividad delictiva, así como tampoco reinserta y resocializa al delincuente, muy por el contrario, lo introduce más a la vida delictiva castigándolo a afianzarse en ella.

2.- En un Estado Social y Democrático como el nuestro, donde la protección de la persona humana es pilar fundamental, los cuerpos normativos legales que conforman el derecho interno deben basarse bajo esta premisa, en ese sentido el derecho penal no es la excepción, así pues, la determinación y aplicación de las penas deberían sustentarse bajo el principio de humanidad.

3.- El concurso ideal y real de delitos, se encuentran contempladas en nuestro C.P en los artículos 48° y 50° respectivamente; en ambos supuestos la pena se agrava aún más, pero esta no puede exceder de 35 años.

4.- Es evidente que las figuras del concurso real e ideal se contraponen al principio de humanidad, en ese sentido ambas figuras deben ser examinadas por el legislador para su correcta aplicación.

RECOMENDACIONES.

- 1.-** Es necesario que el Estado desarrolle una política criminal en cuanto a las penas, para que estas resulten ser efectivas en la represión al delinciente, pero sin obviar el respeto a su dignidad y su finalidad resocializadora.
- 2.-** Que las instituciones jurídicas pertinentes se organicen y consecuentemente realicen capacitaciones tanto a jueces como a fiscales, a fin de recibir información acerca del principio de humanidad de las penas, las cuales deben tener presentes al momento de sus decisiones.
- 3.-** Que los jueces Supremos se reúnan en pleno a fin de que se avoquen a adoptar y unificar criterios respecto de la presencia del principio de humanidad de las penas dentro de los tipos penales, en especial dentro del concurso real e ideal de delitos.
- 4.-** El proyecto de ley que propongo en el presente trabajo de tesis, se tome en cuenta, pues tiene como finalidad coadyuvar con el desarrollo del derecho penal para que esta vaya acorde al Estado Social Democrático en el que vivimos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LIBROS:

1. AGUDELO BETANCOUR, Nodier. "Grandes corrientes del derecho penal", Escuela Positiva, Ediciones Nuevo Foro, 1997.
2. BECK, Ulrich. (1986). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Editorial Paidós.
3. BESIO HERNANDEZ, Hernández. "Los Criterios Legales y Judiciales de Individualización de la Pena", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
4. BRAMON ARIAS, Luis. "A: Código Penal Anotado", Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima – Perú, 1966.
5. BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General", 3ª, Ed. Ariel, S.A. Barcelona, España, 1996.
6. CASTILO GONZALES, Francisco. El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense, Publicaciones de la facultad de derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1981.
7. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950", en Giza Eskubideak Europan / Los Derechos Humanos en Europa / Les droits de l' homme en Europe / The Human Rights in Europe (Donostia-San Sebastián, 12-14 diciembre 1988), Vitoria-Gasteiz, 1989.
8. DURKHEIM, Emile. "La división del trabajo social", GARLAND, David. "Castigo y Sociedad moderna", Siglo Veintiuno Editores, México, 1999.

9. ELENA LAURRI, Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Editorial Trotta. Madrid. 2015.
10. EMMANUEL, Kant. "Principios metafísicos del derecho", Editorial Cajica, México, pág. 185. REYES ECHEANDIA, Alfonso. "Derecho Penal", Editorial Temis, Bogotá, 1996.
11. ETCHEBERRY, Alfredo. "Derecho Penal: Parte General", Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1998.
12. FOUCAULT, Michel. "Vigilar y Castigar", 27 Ed. México, Siglo Veintiuno Editores, 1998. Traducción Aurelio Garzón del Camino.
13. GARCÍA CAVERO, Percy. "Lecciones de Derecho Penal Parte General", Editorial Grijley, Lima, 2008.
14. GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho Penal Parte General", Jurista Editores, Lima, 2012.
15. GARRIDO MONTT, Mario. "Derecho Penal: Parte General", Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
16. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. "Líneas Fundamentales de la filosofía del derecho", Editorial Claridad, Buenos Aires, 1937, pág. 110/116. REYES ECHEANDÍA, Alfonso. "Derecho Penal", Editorial Temis, Bogotá, 1996.
17. JESCHECK, H. "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Trad. Manzanares Samaniego, Granada, 1993.
18. MANTOVANNI, Fernando. "El Siglo XIX y las ciencias criminales", Editorial Temis, 1988.

- 19.** MANZINI, Vincenzo. “Tratado de Derecho Penal”, Tomo III, Primera parte, Teorías Generales, 1949.
- 20.** MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”, 6ta Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.
- 21.** MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal. Parte General”, 5º Edición, Barcelona, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.2002.
- 22.** MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Derecho Penal Parte General”, 2da, Editorial Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1993.
- 23.** PEÑA CABRERA, Raúl. “Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal”, 3º Edición, Editorial Jurista Editores, 2003.
- 24.** PRADO SALDARRIAGA, V. “Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú”, Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- 25.** SOLER, Sebastian. “Derecho Penal Argentino: Parte General”, Tomo II. Reimpresión 4ª ed, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- 26.** VELASQUEZ, Fernando. “Derecho Penal: Parte General”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile Santiago, Chile, 2009.
- 27.** VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal Parte General”, Editorial Grijley, Lima, 2006.
- 28.** VIVES ANTON, Tomás (Coordinador). “Comentarios al Código Penal 1995 Volumen 1 (Art.1 a 233), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

- 29.** ZAFFARRONI, Raúl Eugenio. "Derecho Penal, Parte General", Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- 30.** ZAFFARONI, Eugenio Raul. "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Tomo IV, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

LINKOGRAFIA:

1. Acuerdo Plenario 4-2009/CJ-116 “Determinación de la pena y concurso real de delitos”
http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N4_2009.pdf.
2. Bacigalupo, Enrique. “Tratado de los Delitos y las Penas”, Editorial Committee, 2015, pág. 19. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequenc=5.
3. Corte Suprema de Justicia, R.N.N°288-2013, de fecha 02 de mayo del 2013.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20141108_01.pdf.
4. Instituto Nacional Penitenciario
<https://www.inpe.gob.pe/documentos/estad%C3%ADstica/2018/657-febrero2018/file.html>. Consultado el 25.06.2018.
5. Portal web del Diario La Nación, de fecha 24 de mayo del 2014.
<https://www.nacion.com/opinion/foros/subir-las-penas-reduce-el-crimen/AJRTF2IVRNA4XNYEIK3GYYSDOM/story/> . Consultado el 21.06.2018.
6. Portal web del Diario Argentino “La Nación”, de fecha 07 de febrero del 2018
<https://www.lanacion.com.ar/2107409-la-pena-de-muerte-ayuda-a-bajar-la-tasa-de-homicidios>. Consultado el 15.06.2018.
7. El Diario “El Comercio”, visto en la página web:
<https://elcomercio.pe/lima/penas-duras-delitos-serian-eficaces-209079>, visitado el 15.08.2018.

ANEXOS

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL

**ACUERDO PLENARIO Nº 4-2009/CJ-116
CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL ART.
116° TUO LOPJ**

ASUNTO: Determinación de la pena y concurso real de delitos
PRECEDENTE VINCULANTE: Fundamentos Jurídicos 6° al 18°

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia

penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal , aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios.

De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el concurso real de delitos y la pena que corresponde imponer en estos casos. En especial, la concreción de los criterios para su identificación jurídico material y las reglas que le son inherentes para la determinación de la pena, así como el ámbito del poder de definición penológica del órgano jurisdiccional en orden al objeto del debate y las potestades que resultan cuando media recurso acusatorio.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar

jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas.

Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *El concurso real de delitos.*

6°. El artículo 50° del Código Penal –en adelante, CP- regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo.

El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos.

Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

- A.** Pluralidad de acciones.
- B.** Pluralidad de delitos independientes.
- C.** Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto-, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

7°. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado “principio de acumulación”. El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

- A.** Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito

en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

Finalmente, el artículo 50º CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

8º. Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51º CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: *X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluido él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública.* Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185º CP), falsedad documental (artículo 427º CP) y lesiones graves (artículo 121º CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves.

Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

- A. Pluralidad de delitos.
- B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.
- C. Unidad de autor.

9º. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un sólo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, Página 942,

numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51º CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50º CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51º CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

2. El concurso real de faltas.

10º. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50º-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según éste artículo: “ *Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado*”.

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

- A.** Pluralidad de acciones.
- B.** Pluralidad de faltas independientes.
- C.** Pluralidad de personas perjudicadas.
- D.** Unidad de autor.

11°. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente “...*infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,...*”.

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50°-A CP: “...*será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado.*”. Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50° y 51° CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una “*pena privativa de libertad prevista*”, la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro Tercero del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440°.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440° CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441° CP o contra el patrimonio del artículo 444° CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia -pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes- que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales.

Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50°-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y que era el siguiente: “*Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes*

que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado". La redacción proyectada aludía, pues, a un "delito" y no una falta, por lo que si era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50°-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial el Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, página 403452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: *"Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado"*.

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantos faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad.

En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas la penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34° CP (*ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales*) y 440°.4 CP (*ciento ochenta días-multa*), respectivamente.

§ 3. Acusación fiscal y congruencia.

12°. La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225°.2

del Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP- y 349°.1-b del Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-). Un requisito formal de la acusación es, precisamente, su exhaustividad y concreción –debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225° ACPP o 349°.1 NCPP-. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión.

La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 21° y 22° CP, y artículos 136° ACPP o 161° NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48°/50° CP).

Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, dedicado a la aplicación de la pena-. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos –concurso ideal, concurso real, delito continuado y delito masa-, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados [QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, página 747].

13°. Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión –así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes en el ámbito de la pena- debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de

desvinculación procesal o de información judicial -cuyo eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos-.

El planteamiento de la tesis, según el artículo 285°-A ACPP, sólo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Sólo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal –inmutable en sí mismo- y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado.

Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación.

Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos –por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate-. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aún cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto –de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas-, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna.

Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas

acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico jurídicos mayores a la teoría del delito, pues ésta se cumple sin ninguna complejidad en relación con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer [QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Obra citada*, página 748].

14°. El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350°.1 NCPP, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes –y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser deducida de oficio por el Tribunal- la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección –casos de una acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal-. El artículo 374°.1 NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público.

El artículo 387°.2 NCPP otorga al Fiscal la facultad solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones justificativas para hacerlo. Éste sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal.

15°. Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el Fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente

fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena.

Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e individualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Ésta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España.

16°. Los artículos 225° y 273° ACPP y 349°.1 y 387°.1 NCPP exigen que el Fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí.

El artículo 285°-A.4 ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada.

El artículo 397°.3 NCPP, sin embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El *petitum* o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego –y en la concepción asumida por el NCPP- tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de la organización del Estado [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal*. En: Revista del Poder Judicial, Edición CGPJ, Madrid, Iberius, 2004, página 30].

El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

17°. El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal –por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria-.

En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.

No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo –que es la pauta legal fijada por el NCPP-, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).

Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *Obra citada*, página 33].

18°. Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del

recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal *Ad Quem*.

Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el Fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del Fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha valer cuando formuló acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50° CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aún cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal.

Si, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la pena impuesta no es compatible con el marco penal legalmente establecido –incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50° CP-, en aplicación del principio de interdicción de la reforma peyorativa (artículos 300°.1 ACPP y 409°.3 NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso.

II. DECISIÓN

19°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

20°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 18°.

21°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

22°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.

Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

VALDEZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA

BIAGGI GÓMEZ

MOLINA ORDOÑEZ

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES CALDERÓN

CASTILLO ZEVALLOS SOTO