



UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO



**“La Constitucionalidad de la Prescripción de la
Contumacia en la Ley N° 26641”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO
CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

AUTOR

Abog. DAVID RICARDO GUERRERO SAAVEDRA

ASESOR

Dr. AMADOR MODOÑEDO VALLE

LAMBAYEQUE – PERÚ

2017

**“La Constitucionalidad de la Prescripción de la Contumacia
en la Ley N° 26641”**

.....
DAVID RICARDO GUERRERO SAAVEDRA
AUTOR

.....
AMADOR MONDOÑEDO VALLE
ASESOR

**Presentada a la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro
Ruiz Gallo para optar el Grado académico de Magister en Derecho.**

APROBADO POR:

.....
DR. RAFAEL HERNANDEZ CANELO
JURADO - PRESIDENTE

.....
DR. VICTOR ANACLETO
GUERRERO
JURADO - SECRETARIO

.....
M.sc. MARIANO LARREA CHUCAS
JURADO - VOCAL

Diciembre - 2017

Dedicatoria:

“A mi hijo David Rodrigo, por ser la luz que me impulsa cada día a esforzarme en la búsqueda de la perfección”

TABLA DE CONTENIDO (INDICE)

Dedicatoria	3
Índice	4
Resumen (español)	8
Abstrac (ingles)	9
Palabras claves	11
Introducción	12
CAPITULO I	14
ESQUEMA DE TESIS	15
1.1. ANTECEDENTES - MARCO TEÓRICO	15
1.1.1.Antecedentes Históricos	15
1.1.2.Antecedentes Doctrinarios	18
1.1.3.Antecedentes Normativos	20
1.1.4.Marco Teórico	23
1.1.4.1.Definicion de Contumacia	23
1.2.CONCEPTUALIZACION DE LA CONTUMACIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	28
1.2.1. La Prescripción	33
1.3.LA PRESCRIPCION FRENTE A LA DECLARACION DE CONTUMACIA	36
1.4.PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA	39
1.4.1Descripcion del problema	39
1.4.2.Formulacion del problema	42
1.4.3.Justificacion	42
1.5.OBETIVOS	42
1.5.1.Objetivo General	42
1.5.2. Objetivos Específicos	43
1.6.HIPOTESIS	43
1.7.METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION	44

1.7.1.De los métodos	44
1.7.2. De las técnicas de investigación	45

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES DE LA PRESCRIPCION Y LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN SU APLICACIÓN 46

2.1.ASPECTOS GENERALES DE LA PRESCRIPCION	47
2.1.1.Aspectos Generales	47
2.1.2.La prescripción civil	47
2.1.3.La prescripción penal	48
2.1.4.La prescripción en los distintos sistemas penales	49
2.1.5.Los delitos imprescriptibles	49
2.2.PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA PRESCRIPCION COMO INSTITUTO DE DERECHO PENAL MATERIAL	57
2.2.1.Principio de legalidad	57
2.2.2.Principio de retroactividad	58
2.2.3.Principio de seguridad jurídica	58
2.2.4. Principio de orden público	60

CAPITULO III

LA PRESCRIPCION EN LA LEGISLACION PENAL 62

3.1.LA PRESCRIPCION EN LA LEGISLACION PENAL	63
3.1.1.Concepto de prescripción	63
3.1.2. Naturaleza jurídica	63
3.1.3. Constitución y prescripción de la acción penal	66
3.1.4. Plazos de la prescripción de la acción penal	68
3.1.5. Reducción de los plazos de prescripción	74
3.1.6. Iniciación de los plazos de prescripción	76
3.1.7. Interrupción de la prescripción	87

3.1.8. Suspensión de la prescripción	87
3.1.9. Prescripción de la ejecución de la pena	91

CAPITULO IV

ASPECTOS GENERALES DE LA CONTUMACIA	92
4.1.ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA CONTUMACIA	93
4.2.CONCEPTO DE CONTUMACIA	96
4.3. CONDICIONES PARA LA DECLARACION DE CONTUMACIA.	97
4.4.EFECTOS DE LA DECLARACION DE CONTUMACIA	101
4.5.¿SE VULNERAN PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DE LA CONTUMACIA?	103
4.6.DERECHO AL PLAZO RAZONABLE	107
4.7.DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y CONDUCTA PROCESAL DEL ACUSADO	121
4.8.LA CONTUMACIA, LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL Y LOS DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD	125

CAPITULO V

LA CONTUMACIA COMO SUPUESTO DE SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION EN LA LEGISLACION PERUANA	136
5.1.CONTRADICCION TERMINOLOGIA: INTERRUPCION O SUSPENSION	137
5.2.LA LEY DE CONTUMACIA Y SUS FUNDAMENTACIÓN BASADA EN RAZONES DE POLITICA CRIMINAL	137
5.3.LA PRESCRIPCION FRENTE A LA DECLARACION DE CONTUMACIA.	139
5.4.LA CONTUMACIA BAJO LOS ALCANCES DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 125	142
5.5.LA CONTUMACIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESALPENAL	145
5.6.ANALISIS DE LA LEY DE CONTUMACIA – LEY N° 26641	147
5.7.LA CONTUMACIA Y SU RELACION CON EL CÓDIGO PENAL	150

CAPITULO VI

CASUÍSTICA	152
6.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP. N° 7451-2005-PHC/TC, CASO: FRANKLIN MACEDONIO ALCANTARA MUÑOZ	153
6.2. SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EXP. N° A.V. 45-2003, DE 26-07-2006, CASO: ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI	158
6.3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP. N° 04959-2008-PHC/TC, ASUNTO: BENEDICTO NEMESIO JIMENEZ BACCA.	165
6.4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N° 03681-2010-PHC/TC, ASUNTO: ERNESTO CESAR SCHUTZ LANDAZURI	172

CAPITULO VII

LEGISLACION COMPARADA	179
7.1. LEGISLACION DE COLOMBIA	180
7.2. LEGISLACION DE ARGENTINA	194
7.3. LEGISLACION DE ESPAÑA	202
7.4. LEGISLACION DE ALEMANIA	214

CAPITULO VIII

ANALISIS Y RESULTADOS DE LA INFORMACION OBTENIDA	227
8.1. RESULTADOS DEL ANALISIS DESCRIPTIVO	228
8.2. ANALISIS REFERENCIAL	237
 CONCLUSIONES	240
RECOMENDACIONES	244
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	246
ANEXOS:	255
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA	256
ANEXO 2: INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE DATOS	257

RESUMEN

Las investigaciones que desarrollamos a continuación analizan los términos “contumacia” y “suspensión de la prescripción”, tal como se encuentran regulados en el artículo 1° de la Ley N° 26641 – Ley de Contumacia-, para determinar si es factible unir ambas figuras jurídicas, que como veremos, no guardan ninguna relación entre ellas, menos aún se puede establecer que una sea condición de la otra. En ese sentido, la citada Ley 26641 no resulta acorde con lo establecido en el artículo 84° del Código Penal, pues, este dispositivo legal no ha considerado a los actos procesales de contumacia o ausencia del imputado como causas de suspensión – o interrupción – del plazo de prescripción. El artículo 84° del Código Penal, ha regulado las causales de suspensión de la prescripción completamente al margen del comportamiento positivo o negativo de sujeción que tenga el imputado en el proceso penal, es decir, sin tomar en cuenta su conducta rebelde a determinados mandatos procesales ordenados por el juez, como ocurre en el declaración de contumacia o de ausencia (regulado en el Decreto Legislativo N° 125 o el artículo 79° del NCPP del 2004).

Señalar además, que en la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal (artículo 84° del Código Penal), la alusión a “otro procedimiento”, está referida a una vía administrativa o judicial completamente distinta al propio proceso penal en el cual se está invocando la prescripción, es decir, corresponde a un ámbito *extra* proceso, el pronunciamiento sobre la satisfacción o no del requisito legal habilitante para la iniciación o prosecución del proceso penal. Son estas las razones por las cuales afirmamos que es incompatible la suspensión de la prescripción de la acción penal, regulada en el artículo 84° del Código Penal, con la figura de la contumacia. Siendo así, resulta insostenible la posición del Tribunal Constitucional cuando señala que la Ley N° 26641, que dispone la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, es de aplicación en la medida que no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso.

ABSTRACT

This research aims to highlight the fact that when Article 1° of Law 26641 – Law of Contumacia – establishes that “(...) The Judge in charge of the process declares the condition of contumaz and the suspension of the prescription”, which is doing is to unite two opposed legal figures, that do not have any relation, less still, than one is condition of the other. In that sense, mentioned Law 26641 is not in agreement with established in the article 84° of the Penal Code, then, this legal device has not considered to the procedural acts of contumacia or absence of imputed like causes of suspension – or the interruption of the term of prescription.

The article 84° of the Penal code, has regulated the causal ones of suspension of the prescription completely to the margin of the positive or negative behavior of subjection that has the imputed one in the penal process, that is to say, without taking into account its rebellious conduct to certain procedural mandates ordered by thw judge, as it happens in the declaration of contumacia or absence (regulated in the Legislative Decree N° 125 or the article 79° of the NCPP of the 2004).

Also, in the suspension of the term of prescription of the criminal action (article 84° of the Penal Code), the reference to “another procedure”, is referred an administrative or judicial route completely different from the own penal process in which the prescription is being invoked; that is to say, process corresponds to an extra scope, the uprising on the satisfaction or not of the qualifying legal requirement for the initiation or continuation of the penal process. The reasons are these for which we affirmed that the suspension of the prescription of the criminal action is incompatible, regulated in the article 84° of the Penal Code, with the figure of contumacia. Being thus, the position is un tenable from the Constitutional Court when it indicates that the Law N° 26641, that has the suspension the term of prescription of the criminal action to the criminals contumaces, is of application in

the measurement that is not vulneratoria from the right to the reasonable term of the process.

Palabras claves

Contumacia; Suspensión de la prescripción de la acción penal.

Derecho a la prescripción; derecho al plazo razonable.

INTRODUCCION

El principio que “nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído”, acogido en ordenamiento procesal penal, exige que el acusado comparezca físicamente en el proceso a fin de que pueda ejercitar su defensa privada. Así, el artículo 210° del Código de Procedimientos Penales señala que “la audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor”, no admitiéndose excepción alguna. Aunque otras legislaciones, como la colombiana (Ley 906 de 2004), por ejemplo, siguiendo el sistema acusatorio americano, admite de manera excepcional, adelantar investigaciones y juicios en ausencia del reo declarado contumaz.

El principio antes señalado forma parte del sistema acusatorio y se encuentra estrechamente vinculado a la figura de la contumacia, pues, si bien el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso penal, y si no lo hace es declarado contumaz, también lo es que no puede desarrollarse el juicio oral sin su presencia. El citado principio garantiza el derecho de defensa del acusado, lo que a su vez garantiza su derecho a la prueba, que se lleva a cabo bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción. De esta forma, se asegura la realización del debido proceso.

Pero existe otra institución de suma trascendencia que también forma parte del sistema acusatorio y que está vinculado a la contumacia, desde la perspectiva del contenido de la Ley N° 26641, ésta es la prescripción. En efecto, por la prescripción el estado renuncia al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, dado que de por medio se encuentra el derecho del inculpado a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal. Asimismo, debo destacar que la prescripción encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica. De esta forma, la prescripción se convierte en una garantía del imputado de que no será eternamente perseguido

si no existen evidencias concretas en su contra y de respeto a la presunción de inocencia, y a la vez exigencia al Estado para actuar con mayor eficacia en la persecución penal; se sacrifica la justicia por la seguridad jurídica, dando una solución final a un conflicto que altera la paz social. A todo ello, preciso que la prescripción de la acción penal no es aplicable a los delitos de lesa humanidad por atentar gravemente contra los derechos fundamentales.

Ante lo mencionado anteriormente, vemos que lo estipulado en el artículo 1° de la Ley N° 26641, que establece que “...el Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción”, resulta más que cuestionable, pues, si con la declaración de contumaz se suspende la prescripción, entonces llegamos al supuesto paradójico de que cualquier delito puede ser imprescriptible – si es que el acusado no se pone a derecho o no se le captura -, lo que resultaría contradictorio, porque estaríamos equiparando a los delitos comunes con los delitos de lesa humanidad, algo que es contradictorio.

El Capítulo I, se trata sobre el Esquema de la tesis, donde desarrollo, la postulación de los problemas, los objetivos, las hipótesis, los métodos y las técnicas utilizadas. En el Capítulo II, estudio los aspectos generales de la prescripción y los principios que regulan su aplicación. En el Capítulo III, trataré sobre la prescripción en la legislación penal. En el Capítulo IV, presento los aspectos generales de la contumacia, mientras que en el Capítulo V, trato sobre la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción en la legislación peruana. En el Capítulo VI, menciono algunos casos relevantes (casuística). En el Capítulo VII, reviso la legislación de algunos países y en el Capítulo VIII, realizo un análisis crítico de los resultados de la encuesta, para finalizar con las conclusiones y las recomendaciones.

CAPITULO I

ESQUEMA DE TESIS

1.1. ANTECEDENTES – MARCO TEORICO

1.1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

La denominación “contumaz” proviene del derecho romano. Aquí se reconoció que el acusado de un crimen debía ser sometido a proceso, y si mediante algún subterfugio, no quería ponerse bajo la autoridad de los Pretores durante el plazo de tres días, e incluso se escapaba, ellos constituían una conducta que equivalía a una admisión del delito y por tanto, se le adjudicaba la pena. Es que en sociedades como la romana, donde el valor de la palabra era muy alto, tal situación parecía una consecuencia normal, porque la persona podía usar de los mecanismos y garantías que otorgaba el derecho romano, y no hacer uso de las mismas, no podía significar otra cosa que la admisión de la culpabilidad.¹

En fecha posterior, en la legislación española de la edad media, encontramos la misma conceptualización de contumacia en las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio (1121-1284). En este Corpus iuris se señala que quien no se someta al procedimiento, está admitiendo bien a las claras que no quiere ser puesto en evidencia en el contexto del proceso por los actos que ha cometido.

Quien ha tenido una vida ejemplar e irreprochable, no tiene nada que temer del proceso, y por tanto, debe presentarse al mismo.²

En la adquisición, existía el convencimiento general de que una vez que la autoridad fijaba su sospecha en una persona, a ésta le iba a resultar imposible salir indemne. En el más favorable le serían notificadas la *purgatio* y la *abiuratio de levi* y de este modo adquiriría para siempre el estatus de sospechoso, como si se tratara de una marca visible, una quemadura que no puede disimularse y que no

¹ http://www.teleley.com/articulos/art_contumancia.pdf

² Ibidem

pone a la persona marcada en una situación anómala. Ahora, la fuga como solución era un absurdo: descalificadora desde el punto de vista social y ruinoso desde el punto de vista económico. Para la adquisición la lógica de la sospecha era muy diferente a las leyes comunes. Si el sospechoso, llamado para responder de *fide*, no se presentaba, daba prueba de su culpabilidad y por tanto sería excomulgado. Si durante un año mantenía la excomunión con ánimo pertinaz, la sospecha se agravaba y era condenado a muerte como si fuera hereje. De ahí la regla jurídica según la cual el ausente contumaz en el crimen de herejía podía ser condenado.³

A partir del siglo XV, los procedimientos utilizados por la adquisición española para extirpar la herejía fueron más duros que los establecidos con anterioridad por la Inquisición medieval. En esta se mandaba a la hoguera solo al hereje contumaz e impenitente. Además el reo podía ser reconciliado en cualquier momento, aunque su retracción hubiese sido realizada en los últimos instantes; no obstante la reincidencia del hereje era considerada prueba de impenitencia y contumacia, quedando irremisiblemente condenado a la pena ordinaria.⁴

Pero tenemos que diferenciar claramente la *cum contumacia* de la adquisición, con la contumacia del derecho romano. En efecto, hay que aclarar en primer lugar el equívoco semántico que se encuentra en su base, y que la sinonimia tiende a enmascarar al poner sólo en evidencia los puntos de contacto con el derecho romano: análoga la definición del contumaz, idéntico el procedimiento de comprobación, etc.; ocultando, sin embargo, los puntos antagónicos, que son los esenciales: la *presunción de inocencia* para el Digesto y la *presunción de culpabilidad* para la Cum contumacia.

3 MEREU, Ítalo, Historia de la intolerancia en Europa, Ediciones Paidós, Barcelona, 2003, p. 248-249.

4 FERNANDEZ GIMENEZ, María del Camino, *La Sentencia Inquisitorial*, Editorial Complutense, Madrid, 2000, p. 118

Para el derecho romano prevalecía el aforismo *ne absens damnetur* (no se condene al ausente). Este principio, junto con el de presunción de inocencia y de confrontación entre las partes, eran los principios rectores del derecho romano. Ulpiano comentaba que en los procesos criminales el ausente no podía dejar ser condenado y motivo la prohibición de la condena afirmando que es preferible dejar a un culpable libre que condenar a un inocente. En relación con estos presupuestos, se construyó la figura de la contumacia.⁵

Hemogeniano había definido como contumaz a quien, convocado mediante tres edictos (o con uno que valía por tres llamados perentorios), desechaba presentarse. El no presentarse se consideraba un *contemnere* al juez, un acto de desprecio hacia la administración de la justicia, similar a la figura del “desprecio a la corte” en el derecho inglés. Claro que tal desaire podía subsanarse si el imputado demostraba haber estado enfermo y no haberse presentado por causa de fuerza mayor. Además de no presentarse, también era considerado *contemnere* el no responder a las preguntas del juez.

En cuanto al desarrollo del proceso de contumacia, era deber del juez revelar jurídicamente la ausencia del demandado, citándolo a comparecer. De otro lado, la *cum contumacia*, parte del principio de culpabilidad; así una decretal señala⁶:

“Cuando la contumacia (sobre todo en los procesos de fe) añade a la sospechosa la presunción vehemente (de culpa), si a persona sospechosa de herejía, convocada por nosotros para testimoniar su fe, elude la orden o se muestra contumaz, deberá ser castigado con la excomunión. Si durante un año mantuviera su obstinación, se le condenara como hereje”

⁵ MEREU, Ítalo, ob. Cit. p.250

⁶ Citado por MEREU, Ítalo, ob. Cit. p.252

Con esta decretal la ausencia y la fuga no son estado de hecho de los que se tenga que levantar acta, sino pruebas de culpabilidad puestas a cargo del imputado. Son las únicas pruebas que la autoridad juzgadora podrá aportar contra el sospechoso, presentándolas como testimonio cierto de pertinencia en el error.

De ahí la atención a su verificación procesal y la distinta posición del juez romanos. En el derecho romano el Juez está por encima de las partes *secundum alligata et probata*. En el proceso inquisitorial el juez esta prevenido contra el imputado y sospecha del mismo. Si el sospechoso no se presenta o huye, eso no hace sino agravar su situación⁷

1.1.2. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS

En cuanto a la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción, existe una posición dominante que señala que dicha posición plasmada en la Ley N° 26641, constituye un nefasto acto político antes que jurídico.

En efecto el Rey Freyre⁸, cataloga de infeliz la decisión del legislador peruano de construir la contumacia como un delito, además de sancionarlo con una penalidad movable, incierta, únicamente aludida, pero no determinada. Al no haber un precedente similar en la legislación y doctrina antigua o moderna, nacional o extranjera, es válida la sospecha de que su criminalización es absolutamente arbitraria.

En esta misma perspectiva PEÑA CABRERA FREYRE⁹, señala que en el caso de contumacia como causal de suspensión de los

⁷ MEREU, Ítalo, ob. Cit. p.253

⁸ ROY FREYRE, Luis Eduardo, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Grijkey, Lima, 2007, p. 104-105

⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal. Parte General Teoría del delito y de la pena y las consecuencias jurídicas*, Editorial Rhodas, Lima, 2007, p.238

plazos prescriptivos, el legislador creyó conveniente político-criminalmente determinar una calidad jurídica a quien se sustrae de la justicia con evidente afán de no ser sometido al proceso penal y en su caso a la imposición de la pena.

El autor considera que la Ley n° 26641, fue promulgada dentro de un contexto político que se hacía necesario evitar que determinados agentes que se encontraban en un determinado estatus socio económico, regían de la justicia penal utilizando una serie de artificios y mecanismos que les hacía situarse fuera del alcance de la pretensión punitiva del Estado; sin embargo, señala Alonso PEÑA CABRERA FREYRE, esta Ley desborda el ámbito procesal, defendiendo una conducta típica en razón de una situación elusiva de la justicia, propiciando un margen de irrazonabilidad y de ilegitimidad, ante una serie de garantías consagradas en el Derecho penal, vinculadas a la esfera de la libertad personal.

En este sentido, para Alonso PEÑA CABRERA FREYRE, esta ley es producto de la politización del derecho penal, que trata de transmitir un mensaje de un combate frontal y sin tregua a la corrupción; pero lo que en realidad se transmite con este modelo criminalizador, es la perturbación de las garantías materiales, pues se trata de una ley con nombre propio, de una ley político-criminalmente dirigida a reprimir a los opositores políticos para sacarlos de la contienda pública.

Asimismo, el autor señala que es una garantía de los justiciables la prohibición de condena en ausencia, consagrada como precepto constitucional (Art. 139, inciso 10); garantía que se deriva de la humanización del proceso penal; de tal forma que la presencia física del imputado es una exigencia ineludible e inescapable en un proceso penal sometido al marco del Estado de Derecho. El artículo 1° de la citada Ley posee una inadecuada técnica legislativa. Se presentan una serie de contradicciones: en primer lugar habla del acusado que

rehúye del proceso, pero acusado es la persona que ha sido objeto de una acusación fiscal, y bajo esta perspectiva solo podría ser declarado contumaz a quien se le sigue una instrucción judicial y ha sido objeto de una acusación fiscal, pero el sentido de la norma no parece ser ese. Una segunda contradicción se presenta cuando al principio de la norma alude a la *interrupción* y al final señala que el Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la *suspensión* de la prescripción; sin embargo, interrupción y suspensión son dos instituciones que poseen efectos jurídicos diferentes; aunque del texto de la norma se puede inferir que se trata de la suspensión del proceso, al derivarse de causas extra proceso, a diferencia de la interrupción que presupone reales actos dirigidos a la persecución y castigo del delincuente.

1.1.3. ANTECEDENTES NORMATIVOS

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no reguló la figura del reo contumaz, siendo subsanada esta omisión con la dación del Derecho Legislativo N° 125 (Normas sobre Ausencia y Contumacia), donde se calificó como contumaz a cualquier persona comprendida en los siguientes supuestos (Artículo 3° de la citada ley):

- a. Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehúye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamiento que le fueran hechos por el Juez o el tribunal;
- b. Al que se encuentra con libertad provisional o vigilada o incurre en las actitudes descritas anteriormente;
- c. Al que estando detenido en las dependencias policiales o en un centro de reclusión se fugue para evitar la acción judicial.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Legislativo 125, cuando la contumacia se produzca en el periodo de instrucción de un procedimiento ordinario, se procederá de acuerdo a los artículos 205° y 206° del Código de Procedimientos Penales. Y en los casos de trámite sumario, el Juez puede expedir sentencia con las limitaciones que se señalan para juzgamiento de los ausentes, no pudiendo expedir, en ningún caso, fallo condenatorio contra tales encausados.

Con la dación de la Ley N° 26641, del 26 de junio de 1996, durante el segundo gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, la figura de la contumacia se fusiona con la figura de la prescripción, para de esta forma hacer que al rebelde o al que rehúye a la justicia, se le suspenda el plazo de la prescripción; estableciendo la norma lo siguiente:

“Interprétase por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción”.

La contumacia se encuentra regulada en el artículo 79° del NCPP del 2004. Así el artículo 79°.1 establece que el juez declarará *contumaz* al imputado cuando:

- a. De los actuado aparezca evidente que, no obstante tener conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales;
- b. Fugue del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso;

- c. No obedezca, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión; y,
- d. Se ausente, sin autorización del Fiscal o del Juez, del lugar de su residencia o del asignado para residir.

De otro lado, se declarará *ausente* al imputado cuando se ignora su paradero y no parezca de autos evidencia que estuviera conociendo del proceso (Art. 79°2). El auto que declara la contumacia o ausencia ordenara la conducción compulsiva del imputado y dispondrá se le nombre Defensor de oficio o al propuesto por un familiar suyo (Art. 79°3). Además, se precisa que la declaración de contumacia o ausencia *no suspende* la Investigación Preparatoria ni la Etapa Intermedia respecto del contumaz o ausente. Esta declaración no altera el curso del proceso con respecto a los demás imputados (Art. 79°4°). Si la declaración de ausencia o contumacia se produce el juicio oral, el proceso debe archivarse provisionalmente respecto de aquél. En todo caso, el contumaz o ausente puede ser absuelto pero no condenado (Art. 79°.5)

Ahora, de los mencionados se advierte que la norma procesal no le ha otorgado a la declaración judicial de contumacia o ausencia del imputado, la fuerza de interrumpir o suspender el plazo de prescripción de la acción penal. En el mismo sentido, los artículos 83° y 84° del Código Penal tampoco han considerado a los actos procesales de contumacia o ausencia del imputado como causas de interrupción o suspensión del plazo de prescripción. Entonces, queda suficientemente claro que el legislador en el diseño actual de la política criminal estatal ha regulado las causales de suspensión e interrupción de la prescripción completamente al margen del

comportamiento (positivo o negativo de sujeción) que tenga imputado en el proceso penal o ya iniciado en su contra¹⁰.

1.1.4. MARCO TEORICO

1.1.4.1. DEFINICION DE CONTUMACIA

Para García Rada¹¹ tiene la calidad de contumaz “el inculpado que no ha comparecido ante el juez debiendo hacerlo por haber sido válidamente notificado”, lo que supone conocimiento del proceso penal al que se enfrenta y de las diligencias a las que tiene obligación de asistir.

Por su parte, De la Cruz Espejo señala que con su conducta el reo contumaz expresa “la negativa de comparecer en el proceso (...), es decir, la rebeldía de qué adopta el imputado frente al proceso con posterioridad a la declaración que prestó”¹².

La contumacia no es automática requiere un actuación específica del imputado. Para que un imputado deba ser considerado contumaz, se requiere declaración judicial. En efecto, la contumacia – y también la ausencia - , de acuerdo al Código de procedimientos penales de 1940, exige declaración judicial que pueda efectuarse a solicitud o parte o de oficio¹³, pero, según las normas del nuevo modelo procesal instaurado en el 2004, la declaración judicial de contumacia solo es

¹⁰ Sentencia del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, Exp. N° 4430-2008-19, de fecha 01-08-2009

¹¹ GARCIA RADA, Domingo, *La nueva Constitución y el derecho penal*, SESATOR, Lima, 1980, p.4.

¹² Citado por ACUÑA SOTELO, Carlos Jhonantan y URQUIZO VIDELA, Gustavo: “El principio de no ser condenado en ausencia. ¿Es necesario que el defensor del reo ausente solicite la nulidad de la sentencia condenatoria?. En dialogo con la Jurisprudencia, Nro. 120, Año 14, Lima, septiembre de 2008 p. 250”

¹³ SAN MARTIN CASTRO, César: Derecho procesal penal, Vol. I edición Grijley, Lima 1999, p.196

posible a requerimiento de parte: sea del órgano de persecución penal o de cualquier otra parte válidamente incorporada en el proceso. Es la llamada “característica rogatoria de la contumacia”.

Siendo así, la declaración judicial tiene carácter constitutivo, puesto que desde el momento en que el juez se pronuncia por la procedencia de la solicitud de declaratoria de contumacia, el imputado adquiere la condición de “reo contumaz”.

El declarar contumaz a un reo, agrava la situación del imputado, puesto que, si la condición de sospechoso pone en riesgo el estado de inocencia inicial; el hecho de no presentarse a juicio o de huir los requerimientos judiciales de apersonamiento acentúa la situación de sospechoso, aunque no enerva la condición de persona inocente garantizada por la Constitución. La declaración judicial exige a su vez, tres requisitos:

a. La existencia de un proceso judicial.

Solo si existe citación para presentarse al proceso judicial, surge la obligación de comparecencia de parte del imputado. Pero, dependiendo de la etapa procesal, también varían las razones que justifican la obligación de la comparecencia del imputado: mientras que, en la etapa de investigación preparatoria se exige la presencia del imputado para asegurar la realización de las diligencias que requieren “su intervención”; durante la etapa de juicio oral se pretende resguardar la garantía constitucional de no ser condenado en ausencia (Artículo 139° inc. 12 de la Constitución). De aquí se derivan diferencias que pueden motivar acciones desproporcionadas en mérito al derecho de no

autoinculpación de que goza el procesado. Así, por ejemplo, requerir la presencia “obligatoria” del imputado en sede fiscal para oír su declaración sobre los hechos que se investigan genera la posibilidad de que este haga ejercicio de su derecho a permanecer en silencio, con lo que la declaración de contumacia y, los efectos que supone, carecen de mayor mérito, toda vez que existe un derecho constitucional que ampara la posibilidad de no-colaboración del imputado respecto de la pretensión del órgano de persecución penal¹⁴.

b. El conocimiento por parte del imputado de la existencia de un proceso en su contra.

La materialización de este requisito se recoge bajo distintos supuestos en el art. 79 inc 1 del Código Procesal Penal cuando expone que, la contumacia requiere, cuando menos la realización de alguna de las cuatro conductas previstas en la norma: i) el imputado conoce que es requerido pero no se presenta a las actuaciones procesales; ii) fuga del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso; iii) no obedece una orden de detención o prisión; y, iv) se ausenta sin autorización fiscal o judicial del lugar de residencia o del asignado para residir”. Cualquiera de las expresiones hace referencia – como elemento común – a la exigencia del conocimiento previo de la existencia de un proceso judicial que le impone obligaciones al imputado. En el derecho, el conocimiento de un acto jurisdiccional se

¹⁴ CHUNGA HIDALGO, Laurence, La contumacia en el nuevo Código Procesal Penal. En: Revista Ita lus Esto, p. 80

presume de la notificación válidamente efectuada¹⁵ y se adquiere certeza plena del mismo cuando el inculpado se apersona al proceso, señala domicilio, firma constancia de haber recibido la notificación o declara sobre los hechos con conocimiento del juez¹⁶

c. La voluntad – cierta o presunta – de no apersonarse a dicho proceso

Para la ley no basta que el imputado conozca de su obligación de concurrir al proceso, sino que se requiere, conforme ha establecido la reiterada jurisprudencia, “persista en la incomparecencia” o “se muestre renuente a concurrir”¹⁷. No basta, por tanto, la verificación del modo como se ha modificado los actos jurisdiccionales en los que se le requiere al imputado su presencia en el juicio oral sino que se evalúa la conducta procesal para establecer su “deliberada persistencia” a no comparecer. La ley de Contumacia, Ley N° 26641, establece claramente que para declarar contumaz a un reo, debe haber “evidencias irrefutables (de) que el acusado rehúye del proceso”. El nuevo código procesal penal no indica como acreditar la conducta contumaz o renuncia voluntaria; el Art. 355.4 tan solo indica que al expedirse el auto de citación a juicio

“El emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de declararlo reo contumaz en caso de incomparecencia injustificada”

¹⁵ Véase el Acuerdo Plenario 5-2006/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁶ CHUNGA HIDALGO, Laurence, ob. Cit. p. 80

¹⁷ Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Incidente: Cecilia Isabel Chacón de Vettori

Bajo esta perspectiva, hay que presumir que, si efectuada la notificación válidamente, el impulso no se presenta al juicio, entonces no tiene voluntad de enfrentar el proceso. Pero ¿Cuántas veces hay que notificarlo para determinar “la persistencia en la incomparecencia”? Al respecto, el Acuerdo Plenario 5-2006/CJ-116, analizando las normas del Código de Procedimientos Penales de 1940 expone la necesidad de una segunda notificación a efectos de verificar la conducta evasiva del procesado y con ella establecer la “persistencia en la incomparecencia”.

Así, el Acuerdo señala:

“Es imprescindible el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego una segunda citación y de persistir en la incomparecencia voluntaria recién se dictara el auto de contumacia y se procederá conforme al artículo 319° del Código de Procedimientos Penales”

Pero la nueva norma procesal no indica cuantas veces debe ser notificado, y más bien se infiere que bastaría la primera inasistencia y sin que medie justificación ofrecida para declarar al reo contumaz, tal como se enuncia en el citado artículo 355.4 y del artículo 367.2, cuando señala:

“La citación al imputado con domicilio conocido y procesal, será requerido para su comparecencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz”

1.2. CONCEPTUALIZACION DE LA CONTUMACIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En la STC 7451-2005-PHV/TC¹⁸, el demandante, con fecha 22 de julio de 2005, interpone demanda de habeas corpus contra la jueza del Quinto juzgado Penal del Cono Norte de Lima, por haber dictado orden de captura en su contra, solicitando que se dejen sin efecto tanto la resolución que los declara reo contumaz como el oficio remitido por la Policía Judicial, por el que se ordena su ubicación y captura.

El accionante argumenta que el recurrente viene siendo instruido ante el juzgado antes mencionado (Exp. N° 13880-98), por la presunta comisión del delito de falsedad ideológica, y que el plazo previsto en el segundo párrafo del artículo 83° del Código Penal debe ser entendido como un plazo ordinario de prescripción con lo cual, habiendo transcurrido seis años y siete meses a partir de la última diligencia practicada por el recurrente, ha operado la prescripción de la acción penal. Es deber del juez resolver esta prescripción de oficio; sin embargo, se ha dictado una ilegal orden de captura contra el recurrente, a pesar de que éste ha solicitado por escrito que se declare prescrita la acción penal.

El Tribunal Constitucional señala que el fundamento constitucional de la prescripción se encuentra tanto en el último párrafo del artículo 41°, como el artículo 139°, inciso 13, de la Constitución. El primero prevé que “el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”; el segundo que “la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”. Bajo el canon interpretativo de estas dos disposiciones constitucionales alusivas a la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los

¹⁸ Tribunal Constitucional, Exp. 7451-2005-PHV/TC, Asunto: Franklin Macedonio Alcántara.

efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de esta. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado (F.J.4)

En principio, debo señalar que en el presente caso, el TC hace la salvedad que si bien no le corresponde resolver cuestiones de mera legalidad, cabe un pronunciamiento sobre las normas relativas a la prescripción de la acción penal, en la medida que puede incidir en la tutela del derecho fundamental a la libertad personal del demandante.

Esta sentencia expresa aun la inicial posición del TC en cuanto a la contumacia, según el texto de la Ley N° 26641; es decir, mantiene su parecer que la Ley N° 26641 es legítima y de ningún modo vulnera principios y garantías constitucionales. Pero su razonamiento es contradictorio porque de un lado señala que la Constitución y el Código Penal, reconocen la prescripción como uno de los supuesto de extinción de la acción penal (párrafo 5), que es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ésta (párrafo 4); e incluso, tratando de dar un fundamento razonables y garantista, agrega que una norma fundamental inspirada en el principio de *homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, a la vez que el estado auto limita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica (párrafo 5). Pero de otro lado, mantiene acríticamente la misma posición que aquellos que defienden la legitimidad de la aplicación de la Ley N° 26641; porque lo que hace el TC es definir lo que es la prescripción, acercarse a su naturaleza jurídica, pero jamás entra a discutir

realmente si suspender el plazo de prescripción se contradice con la definición de prescripción que esboza en un principio.

De otro lado, aun sin tener claros los contornos que inspira la naturaleza jurídica de la prescripción (procesal o material), se adhiere a un fundamentación material de la misma, al señalar que la prescripción penal supone "...una renuncia del Estado al *ius puniendi* en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción.." (Párrafo 4). Así mismo, redundando en la naturaleza material de la prescripción, agrega que "...la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora...", y que "...pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente...", consagrando de esta forma, el principio de seguridad jurídica (párrafo 5).

Pero si reparamos en lo que el TC intenta decir, vemos que en primer lugar no hay una posición definida de cuál es la naturaleza jurídica de la prescripción, y como no se define, obviamente, el resultado no es menos desastroso, porque tampoco puede ofrecer una análisis crítico coherente de la Ley N° 26641; en segundo lugar, el TC no logra encontrar la relación entre la naturaleza jurídica de la prescripción y lo inconstitucional que puede significar suspender el plazo de prescripción conforme dispone la Ley N° 26641. En suma, el TC no logra superar su posición acrítica, y por ende, su discurso es insuficiente e incoherente.

En la STC 0495-2008-PHC/TC¹⁹, el Tribunal asume una posición más consolidada, aunque no por eso menos cuestionable. Así, con fecha 29 de enero de 2008, el accionante interpone demanda de hábeas corpus contra el titular del 17° Juzgado Penal de Lima, así como contra los vocales superiores integrantes de la Tercera Sala Penal Reos Libres de la Corte Superior de Lima, por haber vulnerado su derecho al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y el principio de legalidad. Refiere que en el proceso que se le sigue

¹⁹ Tribunal Constitucional, Exp. N° 4959-2008-PHC/TC, Asunto: Benedicto Jiménez Bacca.

por presunto delito contra el honor – difamación por medio de la prensa - ha vencido el plazo ordinario de prescripción.

En primer lugar, el TC ofrece una fundamentación material de la prescripción, señalado que es una institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones; siendo una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius puniendi*.

Seguidamente, y aquí la novedad del TC, introduce un criterio con el cual permite evaluar la prescripción y sobretodo, la suspensión del plazo de prescripción al amparo de la Ley N° 26641. En efecto, el TC sostiene que la prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso.

El TC argumenta que para determinar el plazo de prescripción de la acción penal, resulta necesario que la justicia ordinaria establezca la fecha de consumación del ilícito (delito instantáneo), o de la cesación de la actividad delictiva (otros casos). En el presente caso las instancias judiciales han determinado de manera clara la fecha de comisión del ilícito (martes 22 de junio del 2004). Asimismo, se señala el tipo penal que se le imputa: *“...que la conducta atribuida al procesado se encuentra descrita en el Art. 132 de nuestra norma penal vigente, la misma que presenta como marco punitivo no mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa...”*

En el presente caso, se imputa al recurrente el delito de difamación previsto en el tercer párrafo del artículo 132° de Código Penal, el cual tiene prevista una pena preventiva de libertad de tres años, por lo que conforme con el artículo 80° del Código Penal, el plazo ordinario de prescripción sería de tres años, y el plazo extraordinario de prescripción, de cuatro años y medio, conforme al artículo 83° *in fine* del Código Penal.

Así mismo hecho ilícito imputado habría sido cometido el 22 de junio del 2004, y conforme se aprecia de fojas 34 de autos, con fecha 13 de setiembre de 2004 se abrió proceso contra el recurrente, por lo que resulta de aplicación el plazo extraordinario de prescripción de cuatro años y medio (conforma al artículo 83° *in fine* del Código Penal).

Por otro lado, cabe señalar que si bien la contabilización del plazo de prescripción desde el momento en que – conforme se ha determinado en el proceso penal – se cometió el hecho materia de querella, el plazo extraordinario de prescripción habría vencido el 22 de diciembre de 2008, es preciso señalar que el artículo 1° de la Ley N° 26641 dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces. Situación jurídica (reo contumaz) que fue declarada al recurrente con fecha 4 de octubre de 2007, disponiéndose, entre otras medidas, la suspensión de los plazos de prescripción hasta que el querellado sea puesto a disposición del juzgado o se presente de forma voluntaria.

Pero, a criterio del TC, variando su posición anterior, y realizando una construcción argumentativa crítica, considera que la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la referida Ley N° 26641, en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum*, resultaría vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y en tal sentido es inconstitucional su aplicación. Agrega el TC, que la prosecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría a todas luces inconstitucional; ya que el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito.

En ese sentido, sustentando una nueva posición, el TC considera que la Ley N° 26641, que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, solo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso. Y los criterios para determinar la razonabilidad del plazo del proceso (Exp. N°4124-2004-HC/TC), son: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado (defensa obstruccionista), c) la actuación de los órganos judiciales (celeridad en la tramitación del proceso).

Para el presente caso, el TC consideró que la suspensión del plazo de prescripción en virtud de la Ley N° 26641 no resulta vulneratoria del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, porque la dilación que sufrió el proceso es imputable al propio procesado – quien recusó en tres oportunidades al juez de la causa y todas las resoluciones mediante las que se rechazaba la recusación fueron apeladas -, por lo que no se configura una vulneración del plazo razonable del proceso. Y es en aplicación de dicha suspensión del plazo de prescripción de la acción penal que el referido plazo aún no había vencido, por lo que la pretensión se desestimó.

1.2.1. LA PRESCRIPCION

CONCEPTO:

La prescripción es una de las forma de extinción de la acción penal, que consiste en la extinción de toda posibilidad de valor jurídico-penalmente los hechos y de atribuir responsabilidad criminal por los mismos, debido al transcurso que viene computado desde el momento de la comisión de la infracción punible²⁰

PRADO SALDARRIAGA²¹ define la prescripción, como “el transcurso del tiempo que extingue las persecución de un delito o la ejecución de una pena”. En otras palabras, es la pérdida por parte del Estado, de la facultad de ejecutar en un caso concreto el *ius puniendi*.

Por su parte, RODRIGUEZ DEVESA²², señala que la prescripción es “la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a imponer o hacer ejecutar la pena ya impuesta”.

De esta forma, por el instituto de la prescripción “se pone fin a la potestad represiva, ya sea porque el poder penal del Estado nunca

²⁰ ROJAS VARGAS, Fidel, INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, IDEMSA, Lima, 2001, p. 157.

²¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p.255.

²² RODRIGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte general*, 10 ed., Dykinson, Madrid, 1986, p. 681

dio lugar a la formación de causa, o porque iniciada la persecución se omitió proseguirla con la continuidad debida y dentro de un plazo legal, que vence indefectiblemente por el transcurso del tiempo sin que se haya expedido sentencia”²³

NATURALEZA JURIDICA:

La doctrina antigua y la jurisprudencia vieron en la prescripción una causa genuina de anulación de pena, ya que la necesidad de pena se extinguía con el paso del tiempo (teoría *jurídico material* de la prescripción). Sin embargo, posteriormente, el cambio jurisdiccional ocurrido en la doctrina, ha llegado a ser dominante la teoría *procesal* de la prescripción, que contempla a esta como puro impedimento de ese orden. Debe seguirse, no obstante, la teoría mixta de la prescripción, que considera a la misma como institución jurídica material y procesal a la vez.

a. Teoría jurídico-material (sustantiva) de la prescripción

Esta teoría considera que la prescripción estaría vinculada con el injusto penal, de modo que con el correr del tiempo dejaría de existir la “necesidad de pena” y, con ello, desaparecería el injusto penal mismo. Así, según esta tendencia, la prescripción constituiría una causa de exclusión del injusto o, por lo menos, una causa de levantamiento de pena²⁴

En otras palabras, la prescripción formaría parte del derecho sustantivo o material, lo que supone la extinción de la punibilidad, aunque a la vez proyecte sus efectos en el proceso penal.

La naturaleza sustantiva o material de la prescripción está fundada en principio de orden público, interés general o de política

²³ ROJAS VARGAS, Fidel, INFANTES VARGAS, Alberto, ob. Cit. p.157

²⁴ ABANTO VASQUEZ, Manuel, “Acerca de la naturaleza de la Prescripción”. En: *El Derecho Penal Contemporáneo. Homenaje al profesor Raúl Pena Cabrera*. Tomo I, ARA Editores, Lima, 2006, pp.543 a 571.

criminal que se reconducen al principio de necesidad e pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*²⁵

b. Teoría procesal de la prescripción

Esta teoría estima que la prescripción tendría una naturaleza procesal en el sentido de constituir una renuncia del Estado a perseguir el delito y, por lo tanto, sería un mero impedimento procesal. En ese sentido, la prescripción se caracteriza por su desvinculación con los hechos punibles cometidos²⁶

Desde la perspectiva, la imposibilidad de castigar un injusto penal se produce a consecuencia de un obstáculo de procedibilidad. Lo que implica que no es el delito lo que prescribe, sino la acción para perseguirlo.

La naturaleza procesal de la prescripción está fundada en razones de seguridad jurídica y no es de justicia intrínseca²⁷

c. Teoría Mixta o Ecléctica

Por la teoría ecléctica, se considera que existen razones tanto de carácter material como procesal (por ejemplo, las dificultades de prueba que surgen con el transcurso del tiempo) para admitir la prescripción. En consecuencia, la prescripción equivaldría a un impedimento procesal, pues por su propia concepción las consecuencias de su producción solamente pueden ser procesales²⁸

La teoría mixta de la prescripción, considera entonces a la misma como institución jurídica material y procesal a la vez. Apoya

²⁵ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 63/2005, de 14 de marzo del 2005, F.J.2.

²⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel, ob. Cit. p. 545

²⁷ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 63/2005, de 14 de marzo del 2005, F.J.2.

²⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel, ob. Cit. p. 546

esta doctrina, en primer término, la idea de que la necesidad de pena disminuye paulatinamente con el paso del tiempo, hasta desaparecer por completo, y ello tanto desde la perspectiva de la retribución y de la prevención general como desde la óptica de la finalidad resocializadora de la pena. Esa experiencia explica igualmente por qué algunos Derechos extranjeros prevén, ya antes de alcanzarse la prescripción total, una atenuación de la conminación penal según el tiempo transcurrido. El pensamiento de la gracia y la equidad, así como la necesidad de la *autolimitación del Estado* frente al factor tiempo y el cambio que este opera en la personalidad del delincuente juegan también un papel. Con todo, la prescripción de la persecución penal no descansa solo en la desaparición de la necesidad de pena, sino asimismo en la experiencia procesal de que con el creciente distanciamiento temporal entre el proceso penal y la comisión del hecho aumentan progresivamente las dificultades probatorias, de modo que el peligro de sentencias erróneas resulta cada vez mayor. Pese a ello, tal consideración no es decisiva por sí sola, según se infiere de la imprescriptibilidad del genocidio y del asesinato, y de la graduación de los plazos según la gravedad de la clase de delito. Estas disposiciones únicamente pueden entenderse desde un punto de vista jurídico material y no jurídico procesal. Conforme a la teoría mixta de la prescripción, la referida a la persecución constituye una causa de anulación de la pena, que, sin embargo, se halla configurada jurídicamente procesalmente como un obstáculo procesal.

1.3. LA PRESCRIPCIÓN FRENTE A LA DECLARACIÓN DE CONTUMACIA.

La prescripción penal se configura legalmente como una causa de extinción de la responsabilidad criminal: por expresa renuncia del legislador;

en aras de proteger una serie de garantías e intereses político-criminales, que impide al estado el ejercicio del *ius puniendi*. Una vez alcanzada la prescripción, no es posible ya reacción penal alguna frente al injusto cometido, en la medida que se veta a partir de dicho momento toda posibilidad de valorar jurídico-penalmente los hechos, de atribuir responsabilidad criminal por los mismos, y en definitiva de imponer y/o ejecutar la pena o la medida de seguridad correspondiente²⁹

El tribunal constitucional peruano³⁰ ha establecido que la prescripción desde el punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y desde la óptica penal es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius punendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella.

Asimismo ha señalado que la prescripción de la acción penal goza de relevancia constitucional, en tanto se encuentra vinculada al contenido del plazo razonable del proceso.

Por esta última razón, el Tribunal Constitucional³¹ ha señalado que la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la Ley N° 26641, en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum* resulta vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y, en tal sentido, inconstitucional su aplicación, dado que la prosecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría, a todas luces, inconstitucional, pues, el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito. Sin embargo, el TC³² también ha precisado que cuando la dilación es atribuible a la propia actividad del procesado o acusado, dilatando injustificadamente la duración

²⁹ GONZALES TAPIA. María Isabel, OB. CIT. 27 - 28

³⁰ STC 03711-2011-PHC/TC, IDEM

³¹ STC 04959-2008-PHC/TC

³² STC 03711-2011-PHC/TC

del proceso penal llevado en su contra, entonces no se configura la vulneración del plazo razonable del proceso.

A todo ello, consideremos que el TC peruano, por salvar la figura de la contumacia tal como se encuentra regulada en la Ley N° 26641, ha incurrido en una flagrante contradicción, vulnerando el Artículo 84° del código penal.

La figura de la Contumacia no puede ser contenida ni incluida en la Institución de la Suspensión de la Prescripción, regulada en el artículo 84° del Código Penal. Este artículo señala expresamente que “si el comienzo o la continuación del proceso penal de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera un suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”, quiere decir que la suspensión del proceso penal no se encuentra relacionado con la conducta – rebelde – del procesado, sino con la tramitación de otro procedimiento – se judicial o administrativo, que va a incidir en el comienzo o la continuación del proceso penal. Como vemos, dos figuras totalmente diferente que no pueden ser asimiladas.

Para el TC peruano, esta contradicción resulta irrelevante y más bien ha intentado recatar esta figura de la contumacia regulada en la Ley N°26641, interpretando que resultaría legítima y legítima que el juez una vez declarada la contumacia, también suspenda el plazo de prescripción de la acción penal. Y en todo caso, resultaría vulneratoria del derecho del plazo razonable del proceso, en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum*, a menos que la dilación se atribuya a la propia actividad del procesado o acusado.

Siguiendo la interpretación del TC, tenemos que si el re fue declarado contumaz, y aun cuando haya vencido el plazo ordinario y extraordinario de prescripción (Art. 80° y 83° párrafo *in fine* del C.P.), si la dilación del proceso es atribuible a su propia conducta rebelde, antes que a la inacción de la Administración de Justicia, entonces, no podría afirmar que la suspensión del plazo de prescripción realizada en virtud de la Ley N°26641, no resulta vulneratoria del derecho a ser juzgado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas.

Sin embargo, este último supuesto tampoco podría mantenerse *ad infinitum* (suspensión del plazo de prescripción en merito a la Ley N° 26641, por causas atribuibles al procesado), dado que de acuerdo con lo previsto en el artículo 80° del Código Penal, “la prescripción no será mayor a veinte años y tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años”. Lo que quiere que el proceso al reo declarado contumaz y a quien se le ha suspendido el plazo de prescripción en virtud de la Ley N 26641, necesariamente tendría que prescribir a los 20 años; y a los 30 años, tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua. En caso contrario, es decir, si no se aplica el citado artículo 80 ° del Código Penal, y el proceso no prescribe, se estaría equivocando a los delitos comunes con los delitos de lesa humanidad; algo que sería inaceptable y vulneraría flagrantemente la garantía de la prescripción.

1.4. PLANTAMIENTO DEL PORBLEMA

1.4.1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

La investigación que realizo pretende establecer si la aplicación de la contumacia tal como se encuentra plasmada en la ley de Contumacia – Ley N° 26641-, como un supuesto de suspensión de la prescripción, es constitucional o no.

Es decir, si esta figura vulnera o no derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución, tomando en cuenta que la prescripción de la acción penal es una institución como rango constitucional (inciso 13 del Art. 139) y, por tanto sujeta a control constitucional.

La prescripción “consiste en la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a imponer la pena o hacer ejecutar la

pena e impuesta”³³Es así que, “la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria sial de esta. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado”³⁴.

Ahora, sobre el fundamento de la prescripción, JESCHECK refiere que existen dos grandes teorías que explican el sustento de esta figura, y una tercera que surge de manera ecléctica de las dos anteriores. Así, por una parte, “la teoría jurídico material de la prescripción; para la cual, esta institución es una causa genuina de anulación de pena, ya que la necesidad de pena se extingue con el paso del tiempo. De otra parte, se encuentra la teoría procesal de la prescripción que contempla a esta como puro impedimento de ese orden. Se aúna a ambas, la teoría mixta del prescripción, que considera a la mismo como institución jurídica material y procesal a la vez³⁵”. Esta última teoría se apoya en la idea de que la necesidad de pena disminuye paulatinamente con el paso del tiempo hasta hacer desaparecer por completo, y ello en tanto desde la perspectiva de la retribución y de la prevención general como desde la óptica de la finalidad resocializadora de la pena. De esta forma, para JESCHECK, “la prescripción de la persecución penal no descansa solo en la desaparición de la necesidad de pena, sino asimismo, en la experiencia procesal que con el creciente distanciamiento temporal

³³RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMES, Alfonso, *Derecho penal español. Parte General. 18 edición, Dykinson*, Madrid 1995. P. 681.

³⁴STC 7451-2015-PHC/TC, Caso: Franklin Macedonio Alcántara Muñoz

³⁵JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general. 4ª edición*, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 822

entre el proceso penal y la comisión del hecho aumentan progresivamente las dificultades probatorias de modo que el peligro de sentencias erróneas resulta cada vez mayor”³⁶.

Mas actual, y siguiendo las corrientes constitucionales, surge una teoría fundada en razones de seguridad jurídica y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; la misma que utiliza como fundamento de la prescripción, los principios derivados de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución³⁷

Dentro de este contexto, es que se analiza la legitimidad de la suspensión del plazo de prescripción que contiene la ley N° 26641, aplicable a los reos declarados como contumaces. En efecto, el artículo 1° de la citada ley señala:

“Artículo 1°.- Interpretase por la vía autentica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptivos, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción” (subrayado nuestro).

En ese sentido, la investigación trata de establecer que la suspensión del plazo de prescripción que contiene la declaración de contumacia, al amparo de la Ley N° 26641, es inconstitucional, por lo que si se declara a un reo como contumaz, dicha declaración no debe ir acompañada de la suspensión del plazo prescriptorio; pues de suceder ello, estaríamos en la práctica considerando a los delitos

³⁶JESCHECK, Hans-Heinrich, ov. Cit. p. 822

³⁷REY GINZALES, Carlos, *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*, 2ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999, p. 49-50.

leves como graves, dado que no prescribirían sino hasta que pasen los 20 años (Art. 80° del Código Penal), lo cual sería evidentemente contradictorio.

1.4.2. FORMULACION DEL PROBLEMA

Se plantean las siguientes interrogantes:

- ¿Resulta constitucional aplicar la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción por parte de los Magistrados del Distrito Judicial de Lambayeque?
- ¿Vulnera el derecho constitucional a la prescripción si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción?
- ¿Vulnera el derecho al plazo razonable si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción?

1.4.3. JUSTIFICACION

La presente investigación pretende poner de relieve si resulta constitucional aplicar la ley de contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción, conforme se encuentra regulado en la Ley N° 26641, y en qué medida se contrapone a la Constitución.

Mediante esta investigación busco aportar criterios razonables que permitan establecer que la aplicación de la ley de contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción resulta injustificada, al asimilar dos figuras dogmáticas que no guardan ninguna relación entre ellas, como son la suspensión de la prescripción y la contumacia.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si resulta constitucional aplicar la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción en el Distrito Judicial de Lambayeque.

1.5.2. OBJETIVO ESPECÍFICOS

- Establecer las implicancias de la aplicación de la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción en el Distrito Judicial de Lambayeque.
- Describir los presupuestos para la aplicación de la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción en el Distrito Judicial de Lambayeque.

1.6. HIPOTESIS

1.6.1. HIPOTESIS PRINCIPAL

Resulta inconstitucional la figura de la contumacia si se aplica como supuesto de suspensión de la prescripción.

1.6.2. HIPOTESIS SECUNDARIAS

Se vulnera el derecho constitucional a la prescripción si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción

Se vulnera el derecho al plazo razonable si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción.

DETERMINACIÓN DE VARIABLES E INDICADORES

VARIABLES

- **Variable Independiente (X):** Inconstitucionalidad de la aplicación de la contumacia

- **Variable Dependiente (Y):** Suspensión de la prescripción

INDICADORES

- **Indicadores de la Variable Independiente**
 - Inconstitucionalidad de la Contumacia (Procesos Penales) X1
 - Inaplicación de la Contumacia (Procesos Penales) X2
- **Indicadores de la Variable Dependiente**
 - Vulneración del derecho de prescripción (Procesos Penales) Y1
 - Vulneración del derecho al plazo razonable(Procesos Penales) Y2

1.7. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

1.7.1. De los métodos

El método de investigación jurídica a aplicarse es el método dogmático, el cual no sólo determina el ámbito a investigar, sino que suministra un criterio, que tiene por objeto integrar el material positivo que opera en los conceptos jurídicos, para fijar después los principios generales mediante el análisis y la síntesis.

Se emplea también el análisis sustantivo de la normatividad vigente en nuestro país, así como en otros países, aplicables al estudio en ciernes.

Método analógico: Este método servirá para determinar las similitudes entre las unidades de análisis originadas por los mismos factores que son materia de investigación en el presente trabajo.

1.7.2. De las técnicas de Investigación

Análisis Documental.- bibliográfico: Para fundamentar científicamente nuestra investigación se hará uso de libros, informes, estadísticas, periódicos, revistas y publicaciones.

Estadística: Se realizara con toda la información necesaria del universo de acusaciones y sentencias judiciales condenatorias para la determinación de la aplicación de la contumacia y la suspensión de la prescripción en el Distrito Judicial de Lambayeque.

Entrevista: A través de un cuestionario para obtener la información necesaria y directa del problema de estudio. Se entrevistara a personas expertas en el tema (Fiscales, Jueces Penales y Abogados).

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES DE LA PRESCRIPCIÓN Y LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN SU APLICACIÓN

2.1. ASPECTOS GENERALES DE LA PRESCIPCION

2.1.1. ASPECTOS GENERALES

Es potestad soberana del Estado, el reprimir los delitos, castigando al responsable con pena corporal o alternativa, valiéndose de la facultad concedida por mandato constitucional, al Ministerio Público, a quien compete la práctica de diligencias necesarias para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de su autor, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal, que luego se traducirá en la sentencia, que podrá ser condenatoria o absolutoria.

Pero así como el Estado posee potestad para reprimir los delitos, también se le ha limitado su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica.

De esta forma, el Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal, considerando varias razones que permiten extinguir la acción penal en virtud de las cuales el Estado auto limita su potestad punitiva; pueden ser causas naturales (muerte de infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tiene como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía).

2.1.2. LA PRESCIPCION CIVIL

La prescripción civil es definida como un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales.

La prescripción civil es de dos especies: 1) adquisitiva o usucapión, y 2) extintiva o liberatoria. La primera cumple su papel en el campo de la adquisición de los derechos reales y, de manera especial, en el de la propiedad. Por la segunda tiene lugar la extinción de las obligaciones y acciones en general.

Entre ambas figuras existe una importante diferencia, no obstante la prescripción adquisitiva conlleva un efecto extintivo correlativo: la extinción del correspondiente derecho. En la usucapión son presupuestos *sine qua non* la posesión, esto es, la actividad del prescribiente durante el tiempo señalado por la ley, así como el no ejercicio del derecho por parte del propietario; en la prescripción liberatoria, el presupuesto es la inactividad del acreedor, es decir, la no exigencia del crédito por el titular del derecho personal y el no reconocimiento o pago de la obligación por parte del deudor.

Ambos tipos de prescripción tienen un mismo y esencial presupuesto en común: la inacción prolongada por el titular del derecho, bien sea del propietario, en tratándose de la usucapión, del acreedor, en el caso de la prescripción extintiva o liberatoria, y en general del accionante.

2.1.3. LA PRESCRIPCIÓN PENAL

En la prescripción penal existen también dos clases de prescripción: a) la prescripción como un supuesto de extinción de la acción penal, la regulada en el artículo 78°, inciso 1 del Código Penal; y b) la prescripción de la pena, tipificada en el artículo 85°, inciso 1 del Código Penal.

La primera prescripción, llamada de la *persecución penal*, está referida a la prohibición de iniciar o continuar con la tramitación de un proceso penal en tanto que por la segunda, llamada de la *ejecución penal*, se excluye de una sanción penal si ha transcurrido un plazo determinado,

de lo cual se infiere que la prescripción del delito extingue la responsabilidad penal, en tanto que la prescripción de la pena lo que extingue es la ejecución de la sanción que en su día fue decretada.³⁸

2.1.4. LA PRESCRIPCIÓN EN LOS DISTINTOS SISTEMAS PENALES.

La prescripción opera en general para crímenes y delitos comunes – razón por la cual se descarta para delitos graves, como los delitos de lesa humanidad - , no obstante, hay algunos ordenamientos jurídicos que no tropiezan con este obstáculo en el ejercicio de la acción penal pública respecto de los crímenes graves, como ocurre con el sistema del *Common Law*, donde no la consideran.

Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamericana, la legislación penal es estadual, aun cuando existen muchos delitos federales, sin embargo el homicidio en primer grado, por su gravedad no se admite la prescripción de la acción penal en ninguno de los Estados. También en algunos Estados existe la imprescriptibilidad de ciertos delitos sexuales contra menores, residiendo el fundamento de la imprescriptibilidad, en la gravedad del crimen.

2.1.5. LOS DELITOS IMPRESCRIPTIBLES

Desde la prescriptiva del derecho interno se debe interpretar la imprescriptibilidad de ciertos delitos como aquella garantía de todo Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho, en función de la cual, dando cumplimiento a lo establecido en los tratados internacionales sobre derecho humanitario, y al respecto de la esencia misma de la *dignidad de la persona*, los Estados no pueden imponer plazo perentorio alguno cuando se deba investigar, procesar o acusar a individuos que han cometido delitos graves estatuidos en el derecho internacional como violatorios de los derechos humanos. Lo anterior supone la existencia de ciertos delitos de naturaleza distinta a los

³⁸STC 7451-2005-PHC/TC, Caso: Franklin Macedonio Alcántara Muñoz.

comunes, lo cual es una realidad constatable, pues así como existen los delitos comunes, también existen los llamados delitos contra la humanidad.

Según el Artículo 7° del Estatuto de Roma, “la expresión de crímenes de lesa humanidad se emplea para describir los actos inhumanos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, ya sea en tiempo de guerra externo, conflicto armado interno o paz. Bajo esta categoría, el derecho internacional ha incluido el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra poblaciones civiles, antes o durante la guerra por motivos políticos, raciales o religiosos.”³⁹

La definición de crímenes de lesa humanidad del Estatuto de Roma, está compuesta por seis elementos.⁴⁰

a. Ataque generalizado o sistemático.- El Estatuto utiliza las expresiones “ataque generalizado” para designar “una línea de conducta que implique un alto número de víctimas” y el término “sistemático” para referirse al alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política. Como se emplea el término disyuntivo “o”, tales condiciones no son acumulativas, por lo cual el homicidio de un solo civil puede constituir un crimen de lesa humanidad si se cometió dentro de un ataque sistemático. El “carácter sistemático o generalizado del ataque a la población civil”, ha sido interpretado por los Tribunales Internacionales Ad Hoc. Por ejemplo, el Tribunal Internacional para Ruanda estableció en el caso Akayesu (sept. 2 de 1998) que: “El concepto de generalizado” puede ser definido como masivo, frecuente, acción

³⁹Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578/02, de fecha 30 de julio del 2002, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁰Ibidem.

en gran escala, llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de “sistemático” puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de una política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados”.

- b. Dirigido contra la población civil. Esta expresión tiene su origen en la expresión “civiles”, empleada en la definición de crímenes contra la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial. Además, ha sido recogida en los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra, para designar a no combatientes y fue incluida por los Estatutos de los Tribunales para Yugoslavia y Ruanda. Sin embargo, como quiera que tanto en el Estatuto de Roma como en el Estatuto para Ruanda no se requieren la existencia de un conflicto armado, es útil recordar la definición empleada en el caso Kayishema N° ICTR-95-1-T de la Cámara de Juzgamiento II (Trial Chamber II) del Tribunal de Ruanda que definió de manera amplia el concepto de población civil: “en el contexto de la situación de la Prefectura de Kibuye, donde no había conflicto armado, la definición de civiles, incluye a todas las personas excepto a aquellas que tienen el deber de preservar el orden público y el uso legítimo de la fuerza. Por lo tanto, el concepto “no civiles” incluiría, por ejemplo, a los miembros de las FAR, del RPF, la Policía y la Gendarmería Nacional”.
- c. Que implique la comisión de actos inhumanos. El Estatuto enumera los actos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad dentro del contexto de un ataque:
 - 1. Asesinato
 - 2. Exterminio

3. Esclavitud
4. Deportación o traslado forzoso de población.
5. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.
6. Tortura.
7. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
8. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
9. Desaparición forzada de personas;
10. El crimen de apartheid;
11. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Cabe señalar que para efectos de no haber dudas sobre cada uno de estos actos criminales, la CPI define cada uno.

- d. Conocimiento de que se trata de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil. Esta expresión resalta que es el contexto dentro el cual se realizan los actos criminales, lo que

los transforma en crímenes de lesa humanidad. De conformidad con lo decidido por la Cámara de Apelaciones en el Caso Tadic, resulta irrelevante que los actos hayan sido cometidos por “motivos puramente personales”, pues lo que se examina es si el procesado era consciente o deliberadamente “ciego” de que sus actos se encontraban dentro del ámbito de un crimen contra la humanidad. Este mismo estándar fue definido por la Corte Suprema Canadiense en el Caso R v. Finta (1994, I. S. C. R. 701).

- e. Para los actos de persecución solamente, se ha de tomar en cuenta los fundamentos político, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género;
- f. El contexto dentro del cual puede ocurrir un crimen de lesa humanidad puede ser en tiempos de paz, de guerra internacional o de conflicto interno. No necesariamente se comete en conexión con otro crimen. Una excepción es el enjuiciamiento de cualquier grupo o colectividad; el cual debe estar relacionado con otro acto enumerado en el artículo 7.1, o cualquier otro delito de la competencia de la CPI.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, precisa BLANC ALTEMIR⁴¹, introduce en su Art. 53º la noción de norma imperativa de Derecho Internacional general o norma de *ius cogens*, al establecer que:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y

⁴¹ BLANC ALTEMIR, Antonio, *La violación de los Derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Casa Editorial BOSCH, Barcelona, 2000, p. 82.

que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

En efecto, el término *ius cogens* o derecho imperativo es descrito por primera vez en la Convención de Viena; este instrumento lo define desde la perspectiva de la relación entre el Estado y la norma misma, destacándose una característica específica de este Derecho, su carácter inderogable. Al igual que las obligaciones *erga omnes*, el *ius cogens* incorpora valores fundamentales para la comunidad internacional, valores tan importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el Derecho Internacional condiciona la validez de las normas.

Sin duda, como refiere PEDRAZA⁴², “una importante expresión del desarrollo del derecho internacional está contenido en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; convención que fue promovido bajo el convencimiento de que la represión efectiva de tales crímenes es un elemento importante para prevenir su comisión, así como consolidar la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Esta Convención, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968, establece en el artículo I una relación taxativa de crímenes considerados como imprescriptibles. Señalando en primer lugar: a) los crímenes de guerra según de definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y b) los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, así como la expulsión por ataque armado u ocupación

⁴²PEDRAZA, Wilfredo, “La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos”, En: MACEDO, Francisco (Coordinador), *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 146.

y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Precisar que el fundamento del interés por la imprescriptibilidad en el ordenamiento internacional, refiere PEDRAZA⁴³, “encuentra su origen en la preocupación que suscitaba en la opinión pública mundial la aplicación de las normas del derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad. Este tema comenzó a ser tratado después de la segunda guerra mundial, pues tal principio no fue contemplado en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, y que años más tarde fue objeto de estudio en el seno de las Naciones Unidas y en el Consejo de Europa, lo que dio como resultado la Convención, y en un plano regional, la Convención del Consejo de Europa”.

De esta forma, de acuerdo con la Convención, son imprescriptibles, cualquiera que sea su fecha en que se hayan cometido, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad cometido en tiempos de guerra y de paz, según la definición dada por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en 1948 por la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de genocidio, así si estos actos no constituyeran una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

En concordancia con la Convención, resulta pertinente citar la Resolución 3074 (XXVIII) de 1973⁴⁴, del 03 de diciembre de 1973,

⁴³ PEDRAZA, Wilfredo, ob. Cit. 146.

⁴⁴ Resolución 3074 (XXVIII) del 03 de diciembre de 1973, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 28° periodo de sesiones

aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 28º período de sesiones, donde establece “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”, señala que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas. Asimismo, se establece como principio que todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad; para tal fin los Estados cooperan bilateral o multilateralmente para reprimir y prevenir los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin. En tal sentido, la aludida Resolución 3074, también establece como principio que deben cumplir los Estados partes, que ellos deben prestarse mutua ayuda a los efectos de identificación, detención y enjuiciamiento de los presuntos autores de tales crímenes, así como de castigarlos. Como una forma de coadyuvar a lograr estos objetivos, la citada Resolución prohíbe que los Estados partes concedan asilo a personas sobre quienes existen motivos fundados para considerar que han cometido un crimen contra la paz, un crimen contra la guerra o un crimen de lesa humanidad. De igual modo, los Estados partes no pueden adoptar disposiciones legislativas o de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

2.2. PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA PRESCRIPCION COMO INSTITUTO DE DERECHO PENAL MATERIAL

2.2.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad penal está previsto en el artículo 2°, inciso 24, ordinal “d” de la Constitución, según el cual “(...) nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”. El principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas deben estar claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantizada la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).

El Tribunal Constitucional, considera que “el principio de legalidad penal se configura como un principio constitucional, pero también como un derecho fundamental de las personas. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho fundamental, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica”⁴⁵.

De acuerdo con este principio, no puede castigarse ningún delito con una pena que no esté previamente establecida para el mismo, por eso

⁴⁵ STC Exp. 5815-2005-PHC/TC, Asunto: Sandro Guzmán del Águila.

resulta ilegal y arbitrario castigar con penas inexistentes por el transcurso del tiempo. Puede afirmarse, por tanto, que imponer una pena a quien tiene extinguida su responsabilidad penal por prescripción es algo injusto, arbitrario y que infringe el principio de legalidad en cuanto a la garantía penal, pues comete grave infracción de este principio cuando se impone una pena distinta a la que corresponde por ley al delito; más grave es aún imponer una pena por un hecho al que, por mandato expreso de la ley, ya no le corresponde ninguna.

2.2.2. PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

Una consecuencia de la naturaleza material de la prescripción es la obligatoriedad de aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, de tal modo que, al igual de las demás normas de Derecho penal sustantivo, la modificación en favor del reo de las normas que regulan el instituto de la prescripción, tendrá efecto retroactivo, favoreciendo, por tanto, a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor; y a la inversa, no podrá aplicarse retroactivamente la norma que regule la prescripción sin ello supone una agravación de la situación del reo respecto a la que tenía según las normas vigentes en el momento de la comisión del delito.

2.2.3. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA

El principio de seguridad jurídica implica que las normas relativas a la prescripción estén claramente formuladas, y que su alcance no dependa de la cambiante interpretación que de ellas pueda hacer el juzgador. Su incidencia en el Derecho Penal radica en que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.

De la misma manera que el ciudadano tiene derecho a saber previamente, con toda seguridad, que hechos son delitos, y cuál es la pena correspondiente en cada caso, también tiene derecho a saber, con la misma seguridad, cuando la responsabilidad penal en que pudiera haber incurrido ha quedado extinguida por prescripción, sin que la falta de claridad de las normas que la regulan o la forzada interpretación que de ellas hagan los Tribunales, puedan depararle sorpresas.

De esta forma, resulta especialmente necesario interpretar bien las normas en este punto, las cuales, a su vez, deben ser suficientemente claras, para no poner en peligro la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica que informa todo el sistema jurídico, reclama tanto que los ciudadanos puedan conocer las condiciones que hacen surgir el derecho de castigar del Estado, como también, al igual que el resto de derechos y obligaciones, cuáles son las causas que determinan su extinción, y en general, los límites dentro de los que va a desarrollar su actuación. Uno de ellos estaría representado por la prescripción, que vendría a reconocer el marco temporal dentro del que es posible la intervención punitiva del Estado⁴⁶.

Ahora, un sector doctrinal, así como buena parte de la jurisprudencia, considera a la seguridad jurídica como el fundamento de la prescripción, aun cuando pueda verse complementado con otros argumentos político-criminales.

Sin embargo, como refiere GONZALES TAPIA⁴⁷, la justificación de la prescripción a partir de la seguridad jurídica es un planteamiento correcto pero insuficiente. Requiere una explicación adicional que aclare las razones por las que el legislador opta en última instancia por

⁴⁶GONZALES TAPIA, María Isabel, *La prescripción en el derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 61

⁴⁷GONZALES TAPIA, María Isabel, OB. Cit. p. 62

el sacrificio de los intereses de la víctima y por la admisión de la lesión del bien jurídico sin reaccionar.

2.2.4. PRINCIPIO DE ORDEN PUBLICO

El orden público es un concepto gestado entre lo político y lo jurídico. Ahora, el orden público sólo puede ser un orden positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho, y no por una difusa conciencia social que no se ampare en las normas jurídicas. Así, sólo será constatable una perturbación del orden publico si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de las competencias públicas reguladas en el Ordenamiento Jurídico.⁴⁸ Hay que tener presente que “la noción de seguridad y orden públicos entendida unitariamente, acabó siendo, a través de un proceso de reducción conceptual de concepto de policía en Estado preconstitucional, el contenido mismo de la actividad policial, y una técnica de intervención en la esfera de libertad de los particulares⁴⁹”. En sentido amplio, el concepto de orden público se asemeja a la categoría de orden jurídico, mientras que en sentido estricto se presenta como la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales, de tal manera que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es una componente esencial del orden público.⁵⁰”

La prescripción puede ser alegada por las partes en cualquier momento del procedimiento, o incluso antes de que se inicie éste.

⁴⁸Elvira, Ascensión. “Libertad de circulación y orden público en España”. En: En: In Dret Revista para el análisis de derecho, N° 2, Facultad de Derecho de la Universidad Carlo III de Madrid, Barcelona, abril de 2008. P. 4.

⁴⁹DO SOCORRO BARBOSA, María, *Aspectos político, criminales de la seguridad ciudadana en España y Brasil. Reflexiones comparadas* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008, p.6

⁵⁰ Tribunal Constitucional Español, STC 19/1985, de 3 de febrero.

Debe ser apreciada en cualquier momento del procedimiento, o antes de que se inicie, en su caso. Los Tribunales la apreciarán de oficio aunque no sea alegada por las partes.

CAPITULO III

LA PRESCRIPCION EN

LA LEGISLACION

PENAL

3.1. LA PRESCRIPCION EN LA LEGISLACION PENAL

3.1.1. CONCEPTO DE PRESCRIPCION

La prescripción es una de las formas de extinción de la acción penal, que consiste en la extinción de toda posibilidad de valorar jurídicamente los hechos y de atribuir responsabilidad criminal por los mismos, debido al transcurso que viene computado desde el momento de la comisión de la infracción punible.⁵¹

PRADO SADARRIAGA⁵² define la prescripción, como “el transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito o la ejecución de una pena”. En otras palabras, es la pérdida por parte del Estado, de la facultad de ejercitar en un caso concreto el *ius puniendi*.

Por su parte, RODRIGUEZ DEVESA⁵³, señala que la prescripción es “la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado o imponer o hacer ejecutar la pena ya impuesta”.

De esta forma, por el instituto de la prescripción “se pone fin a la potestad represiva, ya sea porque el Estado nunca dio lugar a la formación de causa, o porque iniciada la persecución se omitió proseguirla con la continuidad debida y dentro de un plazo legal, que vence indefectiblemente por el transcurso del tiempo sin que se haya expedido sentencia”⁵⁴

3.1.2. NATURALEZA JURIDICA

La doctrina antigua y la jurisprudencia vieron en la prescripción una causa genuina de anulación de pena, ya que la necesidad de pena se

⁵¹ROJAS VARGAS, Fidel, INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, IDEMSA, Lima, 2001, p. 157.

⁵²PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima 2000, p.255.

⁵³RODRIGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte general*, 10 ed., Dykinson, Madrid, 1986, p. 681.

⁵⁴ROJAS VARGAS, Fidel, INFANTES VARGAS, Alberto, ob. Cit. p. 157.

extinguía con el paso del tiempo (teoría *jurídica material* de la prescripción). Sin embargo, posteriormente, el cambio jurisprudencial ocurrido en la doctrina, ha llegado a ser dominante la teoría *procesal* de la prescripción, que contempla a ésta como puro impedimento de ese orden. Debe seguirse, no obstante, la teoría *mixta* de la prescripción, que considera a la misma como institución jurídica material y procesal a la vez.

a. TEORIA JURIDICO-MATERIAL (SUSTANTIVA) DE LA PRESCRIPCION.

Esta teoría considera que la prescripción estaría vinculada con el injusto penal, de modo que con el correr del tiempo dejaría de existir la “necesidad de pena” y, con ello, desaparecería el injusto penal mismo. Así, según esta tendencia la prescripción constituiría una causa de exclusión del injusto o, por lo menos, una causa de levantamiento de pena.⁵⁵

En otras palabras, la prescripción formaría parte del derecho sustantivo o material, lo que supone la extinción de la punibilidad, aunque a la vez proyecte sus efectos en el proceso penal.

La naturaleza sustantiva o material de la prescripción está fundada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*⁵⁶

b. TEORIA PROCESAL DE LA PRESCRIPCION

⁵⁵ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la Naturaleza de la Prescripción”. En: *El Derecho Penal Contemporáneo. Homenaje al profesor Raúl Pena Cabrera*. Tomo I, ARA Editores, Lima, 2006, pp. 543 a 571.

⁵⁶Tribunal Constitucional español, Sentencia 63/2005, de 14 de marzo el 2005, F.J. 2.

Esta teoría estima que la prescripción tendría una naturaleza procesal en el sentido de constituir una renuncia del Estado a perseguir el delito y, por lo tanto, sería un mero impedimento procesal. En ese sentido, la prescripción se caracteriza por su desvinculación con los hechos punibles cometidos.⁵⁷

Desde esta perspectiva, la imposibilidad de castigar un injusto penal se produce a consecuencia de un obstáculo de procedibilidad. Lo que implica que no es el delito lo que prescribe, sino la acción para perseguirlo.

La naturaleza procesal de la prescripción está fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca.⁵⁸

c. TEORIA MIXTA O ECLECTICA

Por la teoría ecléctica, se considera que existen razones tanto de carácter material como procesal (por ejemplo, las dificultades de prueba que surgen con el transcurso del tiempo) para admitir la prescripción. En consecuencia, la prescripción equivaldría a un impedimento procesal, pues por su propia concepción las consecuencias de su producción solamente pueden ser procesales.⁵⁹

La teoría mixta de la prescripción, considera entonces a la misma como institución jurídica material y procesal a la vez. Apoya esta doctrina, en primer término, la idea de que *la necesidad de pena* disminuye paulatinamente con el paso del tiempo, hasta desaparecer por completo, y ello tanto desde la perspectiva de la retribución y de la prevención general como desde la óptica de la finalidad resocializadora de la pena. Esa experiencia explica

⁵⁷ ABANTO VASQUEZ, Manuel, ob. Cit. p. 545.

⁵⁸ Tribunal Constitucional español, Sentencia 63/2005, de 14 de marzo el 2005, F.J. 2.

⁵⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, ob. Cit. p. 546.

igualmente por qué algunos Derechos extranjeros prevén, ya antes de alcanzarse la prescripción total, una atenuación de la conminación penal según el tiempo transcurrido. El pensamiento de la *gracia* y la *equidad*, así como la necesidad de la *autolimitación del Estado* frente al factor tiempo y el cambio que éste opera en la personalidad del delincuente juegan también un papel. Con todo, la prescripción de la persecución penal no descansa sólo en la desaparición de la necesidad de pena, sino asimismo en la experiencia procesal de que con el creciente distanciamiento temporal entre el proceso penal y la comisión del hecho aumentan progresivamente las dificultades probatorias, de modo que el peligro de sentencias erróneas resulta cada vez mayor. Pese a ello, tal consideración no es decisiva por sí sola, según se infiere de la imprescriptibilidad del genocidio y del asesinato, y de la graduación de los plazos según la gravedad de la clase de delito. Estas disposiciones únicamente pueden entenderse desde un punto de vista jurídico material y no jurídico procesal. Conforme a la teoría mixta de la prescripción, la referida a la persecución constituye una causa de anulación de la pena, que, sin embargo, se halla configurada jurídico procesalmente como un obstáculo procesal.

3.1.3. CONSTITUCION Y PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

El instituto de la prescripción se encuentra consagrado tanto en el último párrafo del artículo 41°, como en el artículo 139°, inciso 13, de la Constitución. El primer prevé que “el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”; el segundo, que “la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

Bajo estas dos disposiciones constitucionales referidas a la prescripción, “se puede señalar que, en general, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de esta. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado”⁶⁰.

La Norma Fundamental inspirada en el principio *pro omine*, hace que el derecho penal otorgue a la acción penal una función preventiva y resocializadora. No solo eso, a la vez, “hace que el Estado auto limite su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica”.

Es por ello que resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesales, vinculados al derecho fundamental al debido proceso, que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando ésta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos.

El criterio seguido por el Tribunal Constitucional, es reconocer a la prescripción relevancia constitucional, dado que se encuentra vinculada con el contenido del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso.

⁶⁰STC Exp: N° 7451-2005-PHC/TC, Asunto: Cono Norte de Lima y Franklin Macedonio Alcántara Muñoz, F.J. 4.

Aunque, “el cálculo de dicho lapso requiere, en algunas ocasiones, la dilucidación de aspectos que no corresponde determinar a la justicia constitucional; pues de acuerdo al artículo 82° del Código Penal el cómputo del plazo de prescripción se cuenta desde la fecha en que se consumó el delito (para el delito instantáneo) o desde el momento en que cesó la actividad delictuosa (en los demás casos). Como es de verse, la determinación de la prescripción de la acción penal requerirá previamente dilucidar la fecha en la que cesó la actividad delictiva o el momento de la consumación, lo que es competencia de la justicia ordinaria”⁶¹

3.1.4. PLAZOS DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

a. PLAZO ORDINARIO Y EXTRAORDINARIO

La prescripción de la acción según la regulación establecida en nuestro Código Penal, puede ser contabilizada a través del plazo ordinario y el plazo extraordinario. Así, el plazo ordinario de prescripción regulado en el artículo 80° del Código Penal, es el equivalente al máximo de la pena fijada en la ley, en caso de ser privativa de libertad. En caso de que la pena no sea privativa de libertad, la acción prescribe a los dos años. Asimismo, en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica.

En cuanto al plazo extraordinario de prescripción, es utilizado en caso de que haya operado la interrupción del plazo de la prescripción que, según lo establece el artículo 83° del Código Penal, es el equivalente al plazo ordinario de prescripción más la mitad.

⁶¹ Tribunal Constitucional, Exp. N° 02203-2008-PHC/TC, Asunto: Víctor Javier Solís Mejías y otro.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81° del Código Penal, los plazos de prescripción se reducirán a la mitad si el agente tenía menos de 21 años o más de 65 al tiempo de la comisión del hecho punible.

Como precisa PRADO SALDARRIAGA, “en el caso de delitos cuyas penas conminadas sean multa, inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, expatriación o expulsión de extranjeros, la prescripción extraordinaria operaria transcurridos 4 años y 6 meses; dado que el plazo de prescripción ordinaria en tales casos es de 3 años”⁶²

b. EN EL CASO DE CONCURSO REAL DE DELITOS

En el caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben independientemente.

Para el cálculo de los plazos de prescripción de la acción en el caso de concurso real debe acudir a la tesis denominada del paralelismo, partiendo de la base de que la prescripción de la acción penal corre y se opera en relación a cada delito aun cuando exista concurso de ellos. De ahí se deriva que no deben acumularse las penas a los fines del cómputo del plazo prescriptivo y que el mismo resulta independiente para cada hecho criminal.

c. EN EL CASO DE CONCURSO IDEAL DE DELITOS

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave. En ningún caso, la prescripción será superior a veinte años.

d. EN EL CASO QUE SE SANCIONE CON PENA DE CADENA PERPETUA

⁶² PRADO SALDARRIAGA, Víctor, ob. Cit. p. 257.

Tratándose de delitos con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los treinta años.

Uno de los efectos que produjo la regulación de la legislación antiterrorista (Ley 25475), fue que las penas para los delitos de terrorismo se incrementó considerablemente, introduciendo como pena máxima la de cadena perpetua (artículo 3 inc. a).

Es de resaltar que la pena de cadena perpetua no persigue ningún fin resocializador. No cumple con los fines del régimen penitenciario, como son: la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación del sentenciado a la sociedad, en armonía con el artículo 10.3 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala que “la denominada cadena perpetua, en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si bien tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad” (...) lo cual afecta no solo el principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución (resocialización del penado a la sociedad), sino que también es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad”. En efecto, es contraria al principio de la libertad porque que en ningún caso la restricción de este derecho puede culminar con su anulación completa que es de índole humano, que dicho sea de paso constituye un principio sobre el cual se levanta el Estado de Derecho. Constituye una afectación al principio de la dignidad humana, porque nadie puede ser tratado como cosa o instrumento, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de

determinadas medidas, dado que cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual o moral dotada de autonomía.⁶³

Producto de la precitada sentencia del Tribunal Constitucional, el Poder Ejecutivo, mediante legislación delegada, promulga el Decreto Legislativo N° 921, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 18 de enero del 2003, donde establece el Régimen Jurídico de la Cadena Perpetua, señalando en su Art. 1° lo siguiente:

“La pena de Cadena Perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad y se realizará conforme a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal”.

Para estos efectos, el Decreto Legislativo N° 921 ha incorporado el capítulo V, bajo la denominación “Revisión de la Pena de Cadena Perpetua” en el Título II “Régimen Penitenciario” del Código de Ejecución Penal. En este capítulo se prevé la revisión de la pena de cadena perpetua de oficio o a petición de parte, una vez que el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad. El órgano jurisdiccional resolverá mantener la condena o declararla cumplida ordenando la excarcelación. Si ocurre lo primero, después de transcurrido un año, se realizará una nueva revisión, de oficio o a petición de parte.

Asimismo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la ausencia de límites máximos, dado que afecta el principio de proporcionalidad de las penas, exhortando “al legislador para que, dentro de un plazo razonable, cumpla con prever plazos máximos

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 010-2002-AI/TC, F.J. 185, 186.

de pena en cada una de las figuras típicas reguladas por los Arts. 2°, 3° literales b y c, 4° y 5° del Decreto Ley N° 25475.

A raíz de la precitada sentencia del Tribunal Constitucional, el Poder Ejecutivo, mediante legislación delegada, promulga el Decreto Legislativo N° 921, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 18 de enero del 2003, donde dispone en el Art. 2° las penas temporales máximas para delitos de terrorismo, señalando lo siguiente:

“La pena temporal máxima para los delitos previstos en los Arts. 2° y 3° incisos b y c, 4° y 5° del Decreto Ley 25475 será cinco años mayor a la pena mínima establecida en los mismos”.

Es decir, si la pena mínima es de 30 años, conforme a lo dispuesto en el inciso b.1 del Art. 2° del Decreto Ley 25475, entonces la pena máxima es de 35 años.

e. EN EL CASO DE FALTAS

El Artículo 8 inciso 5 de la Ley N° 27939, que modifica el artículo 440 del Código Penal, establece que las faltas prescriben al año.

Sin embargo, a dicho plazo, debe aplicarse producto de la interpretación de la prescripción prevista en el artículo 83 del Código Penal, el plazo extraordinario de prescripción, es decir, corresponde sumarse seis meses más.

En estos casos, el Tribunal Constitucional ha renunciado pronunciarse sobre la prescripción de faltas, al considerar que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido de la prescripción. Así, señala: “De ello se infiere que si bien la prescripción de la acción tiene relevancia constitucional, lo controvertido en la presente demanda de hábeas corpus consiste

en dilucidar si las reglas de prescripción previstas en la parte general del Código Penal resultan aplicables a las faltas (mediante una interpretación sistemática), o si, por el contrario, para el caso de las faltas únicamente opera el artículo 440 del Código Penal, sin referencia alguna a las normas generales de prescripción de la acción penal, aspecto que no corresponde ser meritado por la justicia constitucional, por lo que la presente demanda debe ser declarada improcedente, en aplicación del artículo 5 inciso 1 del Código Procesal Constitucional, que establece que *“No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos de manera directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”*⁶⁴

f. EN EL CASO DE DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO

Hay hechos criminales que perjudican a la sociedad en su conjunto, afectando el mundo social, político, económico y cultural de un país, y con ellos nuestra democracia y al Estado de Derecho. Esta realidad, señala el Tribunal Constitucional, “ha acompañado nuestra historia como país, pues estamos de manera permanente viviendo y sufriendo un conjunto de hechos de criminalidad organizada en los que se afecta al patrimonio del Estado, que no es otro que el patrimonio de todos los peruanos. En un país que vive en extrema pobreza, con millones de niños y adolescentes en situación de miseria, no es posible aceptar la impunidad de la corrupción, porque el accionar del Estado no los alcanzó, o porque se recurre a argucias legales para impedirlo”⁶⁵

⁶⁴ STC Exp. N° 02203-2008-PHC/TC, Asunto: Víctor Javier Solís Mejía.

⁶⁵ STC Exp. N° 1805-2005-PHC/TC, Asunto: Máximo Humberto Cáceda Pedemonte.

Es por ello que la Norma Suprema establece que “*el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado*”.⁶⁶

La redacción del texto constitucional no es clara; pareciera que se refiere a todos los delitos cometidos en agravio del Estado, pero consideramos que no es así, ya que, por el principio de legalidad y seguridad jurídica, debe entenderse tal plazo de prescripción en el contexto de todo artículo y, mejor aún, en el contexto de todo el capítulo que trata exclusivamente de los funcionarios y servidores públicos.

El Tribunal Constitucional⁶⁷ considera que duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado, sería atentar contra el principio de legalidad, de cuya interpretación *pro homine* se infiere que aplicarlo a todos los imputados a los que se procese es extender *in malam parte* lo que pudiera afectar a este, cuando por el contrario su aplicación debe ser *in bonam parte*.

En consecuencia, dicha duplicidad solo es aplicable en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado o de organismos sometidos por este, de conformidad con el artículo 41°, *in fine*, de la Constitución.

3.1.5. REDUCCION DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCION

El Artículo 81° del Código Penal señala que los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún o más de sesenta y cinco años al tiempo de la comisión del hecho punible.

⁶⁶ Artículo 41° de la Constitución Política del Perú.

⁶⁷ STC 1805-2005-PHC/TC.

Al respecto, ROY FREYRE señala que el fundamento de esta reducción “es la imputabilidad restringida de agente en atención expresa a su edad”⁶⁸

Hay que señalar que la disminución de minoría penal no puede ser fundamentada en el hecho en que sea inferior al límite cronológico fijado por la legislación respecto a la capacidad civil o política. Por eso la emancipación, el matrimonio o la obtención de un título profesional, circunstancias que ponen fin a la minoría civil, no hacen variar el tratamiento que corresponde a la edad cronológica.

El individuo no alcanza la madurez de repente. Se trata de un proceso paulatino, que varía de un individuo a otro. Debido a esta situación las legislaciones contienen normas que regulan un periodo intermedio comprendido entre el límite que separa el derecho penal de menores del derecho penal común y el límite cronológico a partir del cual se considera plenamente adulta (madura) a una persona.

De acuerdo con el Art. 148° del CP derogado, este periodo comprendía a los individuos mayores de 18 años y menores de 21. Los mismos límites figuran en el Art. 22 del nuevo CP. A estos individuos ya se les aplican las normas y sanciones del derecho penal común. Pero, por su situación personal, son considerados como incapaces relativos o imputables restringidos. Es decir, no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente. Por ésta razón el Código derogado preveía la atenuación de la represión, que debía ser proporcional al grado de culpabilidad. Sin embargo, las sanciones previstas eran las mismas que las destinadas a los adultos.

⁶⁸ROY FREYRE, Luis Eduardo, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Grijley, Lima, 2007, p. 63.

En la mayoría de casos, resulta entonces necesario recurrir a una medida de prevención, con el fin de no estigmatizarlos y traumatizarlos con una severa represión.⁶⁹

En ese sentido, Hurtado Pozo, señala que el legislador nacional, basándose en el Art. 65° del CP brasileño, ha considerado la edad avanzada del agente como una causa de disminución de la capacidad penal. El fundamento de esta causa de imputabilidad restringida es el hecho de que, después de la edad adulta en la cual la persona alcanza su madurez y durante la cual se estabilizan las relaciones familiares, sociales y profesionales, sobreviene un periodo de decadencia, de disminución de las actividades vitales, que desemboca en una etapa de degeneración que afecta las facultades vitales. En la medida en la que estas deficiencias provocan una disminución de la capacidad de comprender o de determinarse, la capacidad de culpabilidad de la persona afectada debe ser considerada como limitada.⁷⁰

3.1.6. INICIACION DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCION

a. EN LA TENTATIVA

En el caso de la tentativa, el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, pero sin llegar a consumarlo (Art. 16° C.P.). Dada la forma imperfecta de su realización, “no se admite en los delitos de peligro o de mera actividad, tampoco en los delitos culposos, en los preterintencionales y los delitos de omisión propia”⁷¹

⁶⁹HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal – parte general*; Grijley, 3era Edición, 2005, Lima, p. 647-648.

⁷⁰ HURTADO POZO, José, ob. Cit, p. 649

⁷¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, ob. Cit, p. 1104

Tal como lo establece el artículo 16° del C.P., “Con la tentativa, el agente da inicio a la ejecución del delito que decidió cometer, sin consumarlo”. En efecto, como señala PEÑA CABRERA FREYRE⁷², con la tentativa el autor ya detenta una esfera cognoscible representativa del riesgo no permitido que está generando, en el cual se aprecia un dolo con la misma intensidad que se observa en la fase consumatoria. A la tentativa se ha querido explicitar con una serie de conformaciones teóricas, de la cual consideramos político criminalmente satisfactorio, la llamada teoría Objetivo-Individual. Esta teoría toma en consideración que cada verbo descrito en los tipos legales previstos en la Parte Especial, conciben una forma particular para su configuración, es decir, cada verbo típico describe una singular forma de realizar el tipo. Lo importante es determinar oportunamente para su relevancia jurídica: cuándo con el inicio de determinada conducta se ingresa al ámbito de protección de la norma al bien jurídico protegido. La tentativa es en concreto, el inicio de un curso causal que se realiza en la consumación del hecho, debe existir entonces, una voluntad de realización del hecho que se condice con la representación fáctica del autor, situación importante a efectos de delimitar los actos preparatorios de los actos ejecutivos. Pues, en los actos preparatorios, el autor no conoce aún – según su representación fáctica – las condiciones necesarias para la realización típica, aún no genera un riesgo no permitido que pueda desencadenar en un curso lesivo, a pesar, de contar con un plan criminal antelado que prevé una consumación, pues estos datos subjetivos para poder ser valorados de relevancia penal, deben asumir una realidad objetiva”

Por ejemplo, el autor que planea matar a su víctima, realiza una serie de actos pre ordenados que son concebidos a partir de su

⁷² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, ob. Cit, p. 1104

plan criminal previamente programado, para ello necesita adquirir el arma de fuego, acechar a la víctima en el lugar donde pretende realizar el hecho, desenfundar su arma, apuntar con el arma y finalmente presionar el gatillo a fin de alcanzar mortalmente a la víctima. En todo este desarrollo conductual observamos una serie de actos, unos son preparatorios: adquirir el arma, acechar a la víctima y desenfundar el arma *son per se* actos preparatorios, en cambio, apuntar con el arma y presionar el gatillo ya se constituyen en los actos ejecutivos, que se dirigen a obtener el resultado esperado bajo una esfera de plena representación fáctica, es el inicio del curso causal que puede o no ser congruente con el plan criminal previamente concebido. Si en cambio, el autor pretende matar a la víctima a golpes certeros, éste sabe que necesita un cúmulo de ellos y en determinadas zonas estructurales, a fin de lograr el resultado muerte; pero, si por circunstancias ajenas a su voluntad, cesa dichos golpes y se aparta del lugar, no se habrá producido el resultado muerte, sin embargo, esos golpes ya constituyen un evento perjudicial en la esfera somática de la víctima, que serán penalizados como una tentativa de homicidio. Pero, siguiendo el mismo ejemplo, si lo que pretendía el agente era únicamente causarle heridas y a pesar de ello, sobreviene el resultado muerte, se tipificará por lesiones graves dolosas seguidas de muerte, pues, el efecto resultativo se produce como consecuencia de un acto imprudente.

La tentativa no se admite en los delitos de peligro o de mera actividad, tampoco en los delitos culposos, en los preterintencionales y los delitos de omisión propia, por determinadas razones que son explicadas en la teoría del delito. Por consiguiente, en la tentativa, los plazos comienzan a contarse desde el día en que cesó la actividad delictuosa.

b. EN EL DELITO INSTANTÁNEO

En los delitos instantáneos, “el estadio consumativo se alcanza cuando se realizan fácticamente todos los elementos constitutivos descritos en el tipo penal, es decir, se consuma inmediatamente, sin necesidad de que medie una separación espacio temporal entre la acción y el resultado típico, entonces acción y resultado se engloban en una unidad normativa”⁷³

De esta forma, el delito es instantáneo, la determinación del día no ofrecerá dificultad. Si no se ha consumado, habrá que partir del momento en que se realiza la acción, lo mismo que en los delitos de simple actividad.

Este resultado dañoso o peligroso, puede desaparecer inmediatamente y con independencia del objeto sobre el que recayó la acción u omisión, o también subsistir más allá de la cesación de la actividad criminal (tal como sucede, en este último caso, con el delito de efecto permanente, que no debe confundirse con el delito permanente). Así como se atenta contra normas prohibitivas, también se vulneran normas de mandato, es decir, contra un deber de actuar o de realizar una determinada prestación positiva a efectos de salvaguardar un bien jurídico protegido. Estos son los delitos de omisión que se dividen en omisión propia y en omisión impropia, los primeros deben estar normativamente previstos en los tipos penales, mientras que los segundos se derivan de una determinada relación de garantía, de la generación de fuentes de peligro o se equivalen en un no hacer en el respectivo tipo penal que se configura mediante una acción. En este sentido, la omisión propia, se consuma instantáneamente con la omisión de una acción

⁷³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, ob. Cit. p. 1104.

que profesamente exige el tipo legal, como es el caso de los artículos 127, 368, 371, 377, 378, 407 del Código Penal vigente.

c. EN EL DELITO CONTINUADO

En el delito continuado, que constituye una ficción legal que encubre un concurso real de delitos, es definido “como multiplicidad de acciones u omisiones que un único autor comete en un determinado tiempo, que se encuentran separados en el tiempo y en el espacio, pero que a efectos de punición el legislador ha considerado conveniente político-criminalmente, vincular estas acciones u omisiones típicas bajo una unidad subjetiva, en específico, una unidad de resolución criminal”⁷⁴.

En el caso del delito continuado se desprenden los siguientes elementos: varias infracciones (acción u omisión) a una misma ley penal o de semejante naturaleza (homogeneidad del bien jurídico tutelado), que se hayan cometido en varios espacios temporales y que estos actos se encuentren comprendidos en una unidad de resolución criminal. Tal como lo prescribe el último párrafo del artículo 49 del C.P., se excluirá esta figura concursal, cuando se vulneran bienes jurídicos personalísimos pertenecientes a sujetos pasivos distintos.

Ejemplo, el agente que se encuentra incurso en el delito de falsedad Material (art. 427 del C.P.), que habiendo o no participado en la elaboración falsaria (total o parcial, falsedad impropia) de documento apócrifo, ingresa este documento (ya sea público o privado) al tráfico jurídico mediante su uso en varias oportunidades – separables en el tiempo y en el espacio - a fin de hacerse ilícitamente de un derecho que corresponde a un tercero como

⁷⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, ob. Cit, p. 1104

titular, que configura un peligro potencialmente perjudicial a intereses de un tercero o al Estado. En este caso, observamos que cada intereses de un tercero o al Estado. En este caso, observamos que cada ingreso consecucional al trafico jurídico constituye ya *per se* una específica realización típica, sin embargo, el uso impropio del documento falsario emana de una misma resolución criminal. Por lo tanto, el inicio de los plazos prescriptorios se iniciara a partir del momento en que termina la actividad delictuosa, en concreto, con el ultimo ingreso al tráfico jurídico, siempre y cuando se cumplan con la condición objetiva de punibilidad exigida por el tipo penal, es decir, que de su uso se pueda causar un perjuicio a un tercero, un perjuicio que puede ser de cualquier índole, no únicamente de naturaleza económica⁷⁵

d. EN EL DELITO PERMANENTE

En el delito permanente, a diferencia de los delitos instantáneos que se consuman ni bien se produce el resultado lesivo pretendido por el agente, “el estadio antijurídico se prolonga en el tiempo, manteniéndose los efectos nocivos del delito por un tiempo determinados, donde la actitud vulneratoria de la norma se conforma como una unidad de acción”⁷⁶.

En consecuencia, en el delito permanente, la prescripción comienza a correr cuando cese la lesión del interés jurídico protegido.

Ahora existen determinados tipos penales, en los cuales el estadio antijurídico se prolonga en el tiempo, manteniéndose los efectos nocivos del delito por un tiempo determinado, donde la actitud vulneratoria de la norma se conforma como una unidad de acción. Entonces, existe una situación ilícita que se mantiene en el tiempo y

⁷⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, ob. Cit, p. 1104

⁷⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, ob. Cit, p. 1104

que afecta al titular del bien jurídico mientras se mantenga dicho estadio antijurídico. Es así como la prolongación de la actividad antijurídica y su efecto consiguiente, cuyas posibilidades dilatorias dependen de la acción indicada por el verbo principal empleado por el tipo penal, viene a determinar en realidad, el tiempo que dura la consumación. A decir de Roxin, delitos permanentes son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor, tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo⁷⁷. Luego, el carácter tiene un gran trascendencia para la teoría del Injusto, ya que no se ha dado termino al comportamiento injusto (por lo tanto es posible, por ejemplo, la participación, no corre la prescripción y pueden todavía concurrir otros delitos)⁷⁸. A efectos de perseguir eficazmente esta clase de delitos, es preciso delimitar claramente qué delitos pueden ser calificados como “permanentes”, como volvemos a subrayar, no sólo bastará una proposición dogmática coherente, sino que deberá ser político criminalmente satisfactoria.

Entre los tipos penales comprendidos en la Parte especial del código Penal, que podemos calificar como “permanentes”, tenemos: los delitos de secuestro (art. 152), tráfico de menores (art. 153), tráfico de menores por la calidad especial del agente (art. 153-A, incorporado por la Ley N° 26309 del 220/05/1994), violación de domicilio (art. 159), usurpación (en sus diversas modalidades típicas previstas en los artículos 202 y 203), intermediación financiera ilegal (art. 246), tenencia ilegal de armas (art. 279, modificado por el Decreto Legislativo N° 898 del 27/05/1998), desaparición forzada de personas por funcionario público (art. 320

⁷⁷ ROXIN, Claus., *Derecho Penal Parte General*. En: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, ob. Cit. P. 1104

⁷⁸ BUSTOS RAMIREZ, J.; *Manual de Derecho Penal Parte general*, Civitas, Madrid, 1998, p. 164

del capítulo II del Título XIV-A, título incorporado según el artículo 1 de la Ley N° 26926 del 21/02/1998), usurpación de autoridad (art. 361, modificado por el Decreto Ley N° 25444 del 23/04/1992), ejercicio ilegal de la profesión (art. 363, modificado por la Ley N° 27754 del 14/06/2002), etc.

Existen dos tipos penales que son objeto de discusión por parte de la doctrina, acerca de su calificación como permanente, los delitos de usurpación (arts. 202 y 203), y el delito de bigamia. El delito de bigamia se encuentra previsto en el artículo 139 del Código Penal, por el cual se reprime aquella conducta destinada a realizar un segundo matrimonio, a sabiendas de ser ya casado, es decir, se tutela la familia en una concepción monogámica del matrimonio. La institución del matrimonio para su constitución requiere de una serie de requisitos previstos en las normas de registro civil, contraer matrimonio presupone su realización bajo la observancia de todas las formalidades que convaliden sus efectos jurídicos. Entonces, este delito se consuma, cuando quien está ya casado, contrae segundas nupcias, observando para ellos todas las provisiones legales. En consecuencia, ni bien se da por consumado el segundo matrimonio se perfecciona el tipo delictivo, es por lo expuesto, considerado como un delito instantáneo y no permanente, es decir, los plazos prescriptorios empiezan a computarse a partir de la realización del segundo matrimonio, que es nulo *ipso iure*, pero que requiere ser anulado por la vía procedimental competente.

e. DESAFUERO PARLAMENTO

Resulta interesante observar cómo se aplica la prescripción en el desafuero parlamentario. En principio, debemos aclarar que cuando el delito no se comete a instancias del ejercicio funcional, es decir,

el hecho punible es configurado como producto de su *status* como ciudadano, no será de aplicación el antejuicio constitucional, sino que procederá el “desafuero parlamentario”. Desafuero que deberá interponerse ante el Congreso de la Republica por la Corte Suprema de la República, en concreto, a la Comisión Permanente, quien conformara una Comisión Investigadora, la cual dirimirá si procede o no en el pedido de desafuero.

Como refiere PEÑA CABRERA FREYRE⁷⁹, de acuerdo al artículo 93° de la Constitución Política, “los congresistas no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, en caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento. Delito flagrante es cuando el agente es descubierto *in situ* en plena comisión del delito por los agentes policiales o por particulares, cuando es aprehendido en las inmediaciones circundantes donde se cometió el delito o es encontrado con el objeto, material del delito, identificado por la víctima, es de recalcar que debe subyacer un nexo de temporalidad muy corto entre la comisión del delito y la aprehensión del agente, a efectos de determinar los alcances de la flagrancia”.

En ese sentido, la suspensión de la prescripción de la acción penal (artículo 84° del Código Penal), a diferencia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, no cuenta con causales establecidas en el Código, sino que se dispone que “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en

⁷⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, ob. Cit, p. 1106

suspense la prescripción hasta que aquel quede concluido”. Lo que implica que puede considerarse como causal de prescripción, la prerrogativa del antejuicio, por la misma razón, la cuestión perjudicial (artículo 4° del Código de Procedimientos Penales)⁸⁰.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 4118-2004-HC/TC, ha establecido que el procedimiento de acusación constitucional suspende el plazo de prescripción de la acción penal. Y ello es útil de observar porque establece una pauta a tomar en cuenta para el tratamiento de estos casos, una vez que haya vencido el término de los cinco años después del ejercicio del cargo que prevé la Carta de 1993⁸¹.

f. INDIVIDUALIZACION DE LA PRESCRIPCION

El Código Penal estipula en el artículo 88°, un criterio individualizador de los términos prescriptorios. En principio, el hecho punible es una conexión objetiva que liga indisolublemente a los participantes en el evento delictivo; así, el autor, quien tiene el dominio funcional del hecho con quienes no lo tienen, es decir los partícipes (instigador y cómplice), tiene la posibilidad de sustraerse de la persecución penal, tomando como inicio del plazo prescriptorio, la comisión del hecho punible, bajo las especificidades del artículo 82°. Sin embargo, puede que las causales de interrupción afecten sólo a uno de ellos y no a los otros, sería injusto que estas recayeran a los otros sujetos actuantes, cuando

⁸⁰ Tribunal Constitucional, Exp. N° 4118-2004-HC/TC, Asunto: Luis Alberto Velásquez Angulo

⁸¹ GARCIA CHAVARRY, Abraham, Acusación constitucional, juicio político y antejuicio. Desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial. Cuaderno de Trabajo N° 9, Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 2008, p.46-

tanto la interrupción como la suspensión producen efectos infavorables a las pretensiones prescriptorias de los imputados⁸².

El artículo en comentario adopta el sistema personal o subjetivo de la prescripción al no ser comunicables las causales suspensivas o interrumpidas que afectan a un “participe” (entiéndase: autor y participe), las que no alcanzan a los otros intervinientes. El legislador, de igual forma que el artículo 26 del C.P., sanciona efectos individualizantes que las circunstancias impeditivas del discurrir del plazo prescriptorio, a fin de no extender a los partícipes, causas estrictamente personales.

En segundo lugar, la referida norma hace referencia a los “partícipes” del hecho punible, quiere decir, todos aquellos que coadyuvan, cooperan, influyen o utilizan a otro, a fin de que se ejecute la realización típica del delito. Entonces, no podemos interpretar al respecto, una participación *strictu sensu*, que únicamente comprendería al instigador y al cómplice. Ciertamente, nos inclinamos por una participación *latu sensu*, de conformidad con el principio de accesoriedad en la participación que sanciona nuestro derecho positivo. Tal como lo prescriben los artículos 23 y ss. del C.P., se reconocen variadas formas de participación: aquel que tiene el dominio de configuración típica (auditoria inmediata y la auditoria mediata que se sirve de otro en razón de un mayor conocimiento de las circunstancias tácticas), cuando son dos o más quienes comparten el codominio funcional del hecho (coautoría), quien ejerce una influencia psíquica intensa en la persona, quien tiene el dominio del hecho (instigador), de quien realiza una aportación necesaria y relevante para la realización típica (cómplice primario) y quien coadyuva en menor medida, pudiendo ser sustituido por cualquiera (cómplice secundario). Por lo tanto, la

⁸² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, ob. Cit, p. 1106

participación debe ser entendida, como toda actuación en el evento típico (sea material o normativa), que tiene como protagonistas a los autores y como sujetos accesorios a los partícipes.

3.1.7. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

En el caso de la interrupción, una vez que se ha paralizado, el plazo vuelve a contabilizarse; es decir, esta figura hace que empiece a correr un nuevo plazo el día en que se interrumpe. Cabe la interrupción repetida de la prescripción. Las causales de interrupción del plazo de la prescripción se encuentran reguladas en el artículo 83° del Código Penal y son las siguientes: a) las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales; b) la comisión de un nuevo delito doloso. “Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción” (párrafo *in fine* del Art. 83° del C.P.).

3.1.8. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION

Por su parte, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando. El art. 84° del Código Penal señala en forma expresa la causa por la cual se suspende la prescripción: “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”.

Esta figura se aplica a los procedimientos de acusación constitucional y levantamiento de la inmunidad parlamentaria, de acuerdo con el párrafo 7 de la STC 4118-2004-HC/TC, y el Resolutivo 2 del Fallo de la STC 0026-2006-PI-TC (18-03-2007), se declara que el artículo 84°

del Código Penal es la norma aplicable para el caso de los Congresistas protegidos por la inmunidad de proceso.

Pero este no es el único caso, o “cuestiones que deben resolverse en otro procedimiento” para la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, también se admite las siguientes: a) la cuestión previa (artículo 4° del CPP del 2004); b) la cuestión prejudicial (artículo 5° del CPP del 2004); c) el antejuicio constitucional (artículo 99° de la Constitución), y el desafuero (artículo 93° de la Constitución). La alusión a “otro procedimiento”, inequívocamente está referido a una vía administrativa o judicial completamente distinta al propio proceso penal en el cual se está invocando la prescripción.

Recurso de queja excepcional

Mediante el acuerdo plenario N° 6-2007/CJ-116, del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, se dejó establecido que para el computo de los plazos de prescripción en los procesos sumarios no era de considerar el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional – contra la resolución que pone fin a la instancia – y la remisión de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso de queja y concede el recurso de nulidad respectivo al Superior Tribunal.

El objeto de este recurso extraordinario es que la Sala Penal Suprema resuelva la admisibilidad de un recurso de nulidad rechazado por la Sala Penal Superior que actuó como Tribunal *Ad Quem*. Como consecuencia de la interposición del recurso de queja, el Superior Tribunal dicta el auto concesorio respectivo y ordena la formación del cuaderno de queja. Este se eleva al Supremo Tribunal, que absuelve el grado previo dictamen fiscal, y remite copia certificada de la

respectiva ejecutoria suprema al colegiado superior, el que de estimarse el recurso interpuesto concede el recurso de nulidad antes denegado. Dentro de este contexto, la interposición del recurso de queja excepcional *suspende* los plazos de prescripción de la acción penal.

Se establecen dos presupuestos: a) el primer presupuesto material que determina la suspensión del plazo de prescripción se manifiesta en el presente caso debido a que la interposición del recurso de queja da origen a una cuestión jurídica inédita, centrada en definir si el órgano jurisdiccional de mérito en concreto, el Tribunal *Ad Quem* vulneró la Constitución o, en sentido más amplio, el bloque de constitucionalidad, de suerte que su dilucidación, más allá o independientemente del propio efecto del recurso en análisis, obliga a establecer si la causa debe o no continuar, si es o no una instancia jurisdiccional excepcional. Es decir, impide hasta su dilucidación el archivo definitivo del proceso penal incoado, el mismo que habría operado de no haberse interpuesto el citado recurso; b) en el segundo presupuesto material que ocasiona la suspensión del plazo de prescripción ocurre como consecuencia de su interposición, lo que forma un cuaderno de queja, que opera de forma independiente al expediente principal a través de un procedimiento, sin duda excepcional y autónomo, a mérito del cual el archivo de la causa se suspende hasta que no se resuelva el recurso de queja.

En consecuencia, para el cómputo de los plazos de prescripción en el referido supuesto no puede considerarse el lapso comprendido, entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y la remisión al tribunal Superior de la copia certificada de la ejecutoria suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo.

a. Diferencia cualitativa y cuantitativa entre la interrupción y la suspensión de la prescripción

Existe una clara diferencia cualitativa y cuantitativa entre la interrupción con la suspensión de la prescripción. “La diferencia **cualitativa** está relacionada con la condición interna o externa de paralización del plazo de prescripción de la acción penal; mientras que para la interrupción aquello se produce con las actuaciones de las autoridades fiscales y judiciales competentes en el mismo proceso penal (condición *intra* proceso)”;

en la suspensión, son las autoridades distintas al fiscal o juez competentes en el caso, quienes en un procedimiento administrativo o judicial distinto, deberán pronunciarse sobre la satisfacción o no del requisito legal habilitante para la iniciación o prosecución del proceso penal (condición *extra* proceso). La diferencia **cuantitativa** está relacionada con el cómputo y la finalización del plazo de prescripción; en la interrupción producida la actuación fiscal o judicial en el proceso penal, queda sin efecto el tiempo transcurrido y comienza un nuevo plazo a partir de la última diligencia, la cual en todo caso finalizará cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción (prescripción extraordinaria); por el contrario en la suspensión, desaparecida la causa que la motivo, la prescripción reanudará su curso adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente, esto significa que la paralización durará lo que sea necesario para obtener el pronunciamiento en el procedimiento extrapenal que permita la reanudación del proceso penal, lo cual hipotéticamente podría incluso tener una duración mayor al plazo extraordinario de la prescripción”⁸³.

⁸³ Sentencia del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, Exp. N° 4430-2008-19, de fecha 01-08-2009

Pero conforme veremos después, la suspensión de la prescripción contenida en la declaración de contumacia, conforme al artículo 1° de la Ley N° 26641, es inconstitucional porque afecta la estructura misma del debido proceso el principio de seguridad jurídica, el de igualdad ante la ley, el de presunción de inocencia y el derecho al plazo razonable.

3.1.9. PRESCRIPCION DE LA EJECUCION DE LA PENA

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 86° del Código Penal, la prescripción de la ejecución de la pena se inicia en función al hecho de la sentencia firme. Esto es, corre solo desde que se configura cosa juzgada.

El Artículo 87° señala las causales de interrupción en la prescripción de la pena. En primer lugar señala el hecho de que comience la ejecución de la pena impuesta y en segundo lugar que se detenga al condenado por la comisión de un nuevo delito doloso. En este último supuesto es suficiente que la imputación del nuevo delito se encuentre en trámite procesal de investigación o juzgamiento. No es pues necesaria una nueva condena. Se trata entonces de una detención preventiva y no del cumplimiento de una nueva pena privativa de libertad⁸⁴

⁸⁴ PRADO SALDARRIAGA, Victor, ob. Cit. P. 263

CAPITULO IV

ASPECTOS GENERALES DE LA CONTUMACIA

4.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA CONTUMACIA

La denominación contumaz proviene del derecho romano. Aquí se reconoció que el acusado de un crimen debía ser sometido a proceso, y si mediante algún subterfugio, no quería ponerse bajo la autoridad de los Pretores durante el plazo de tres días, e incluso se escapaba, ello constituía una conducta que equivalía a una admisión del delito y por tanto, se le adjudicaba la pena. Es que en sociedades como la romana, donde el valor de la palabra era muy alto, eso parecía una consecuencia normal, porque la persona podía usar de los mecanismos y garantías que otorgaba el derecho romano, y no hacer uso de los mismos, no podía significar otra cosa que la admisión de la culpabilidad⁸⁵

En la fecha posterior, en la legislación española de la edad media, encontramos la misma conceptualización de contumacia en las Siete Partidas de Alfonso X El sabio (1121-1284). En este *Corpus iuris* se señala que quien no se someta al procedimiento, está admitiendo bien a las claras que no quiere ser puesto en evidencia en el contexto del proceso por los actos que ha cometido. Quien ha tenido una vida ejemplar e irreproachable, no tiene nada que temer del proceso, y por tanto, debe presentarse al mismo.⁸⁶

En la inquisición, existía el convencimiento general de que una vez que la autoridad fijaba su sospecha en una persona, a esta le iba a resultar imposible salir indemne. En el supuesto más favorable le serían notificadas la *purgatio* y la *abiuratio de levi*, y de este modo adquiriría para siempre el estatus de sospechoso como si se tratara de una marca visible, una quemadura que no puede disimularse y que pone a la persona marcada en una situación anómala. Ahora, la fuga como solución era un absurdo: descalificadora desde el punto de vista social y ruinosa desde el punto de vista económico. Para la inquisición la lógica de la sospecha era muy

⁸⁵ http://www.teleley.com/articulos/art_contumacia.pdf

⁸⁶ Ibidem.

diferente a las leyes comunes. Si el sospechoso, llamado para responder de *fide*, no se presentaba, daba prueba de su culpabilidad y por tanto sería excomulgado. Si durante un año mantenía la excomunión con ánimo pertinaz, la sospecha se agravará y será condenado a muerte como si fuera hereje. De ahí la regla jurídica según la cual el ausente contumaz en el crimen de herejía puede ser condenado⁸⁷

A partir del **siglo XV**, los procedimientos utilizados por la Inquisición española para extirpar la herejía fueron más duros que los establecidos con anterioridad por la Inquisición medieval. En ésta se mandaba a la hoguera sólo al hereje contumaz e impenitente. Además el reo podía ser reconciliado en cualquier momento, aunque su retractación hubiese sido realizada en los últimos instantes; no obstante la reincidencia del hereje era considerada prueba de impenitencia y contumacia, quedando irremisiblemente condenado a la pena ordinaria⁸⁸.

Pero tenemos que diferenciar claramente la *cum contumacia* de la inquisición, con la contumacia del derecho romano. En efecto, hay que aclarar en primer lugar el equívoco semántico que se encuentra en su base, y que la sinonimia tiende a enmascarar al poner sólo en evidencia los puntos de contacto con el derecho romano: análoga la definición del contumaz, idéntico el procedimiento de comprobación, etc.; ocultando, sin embargo los puntos antagónicos, que son los esenciales: la *presunción de inocencia* para el Digesto, y la *presunción de culpabilidad* para la *Cum contumacia*.

Para el derecho romano, prevalecía el aforismo *ne absens damnetur* (no se condene al ausente). Este principio, junto con el de presunción de inocencia y de la confrontación entre las partes, eran los principios rectores del derecho romano. Ulpiano comentaba que en los procesos criminales el ausente no podía ser condenado, y motivó la prohibición de la condena afirmando que es

⁸⁷ MEREU, Ítalo, Historia de la intolerancia en Europa. Ediciones Paidós, Barcelona, 2003, p. 248-249.

⁸⁸ FERNANDEZ GIMENEZ, María del Camino, La sentencia inquisitorial, Editorial Complutense, Madrid, 2000, p. 118

preferible dejar a un culpable libre que condenar a un inocente. En relación con estos presupuestos, se construyó la figura de la contumacia⁸⁹.

Hermogeniano había definido como contumaz a quien, convocado mediante tres edictos (o con uno que valía por tres, llamado perentorio), desechaba presentarse. El no presentarse se consideraba un *contemnerse* al juez, una acto de desprecio hacia la administración de la justicia, similar a la figura del “desprecio a la corte” en el derecho inglés. Claro que tal desaire podía subsanarse si el imputado demostraba haber estado enfermo y no haberse presentado por causa de fuerza mayor. Además de no presentarse, también era considerado *contemnere* el no responder a las preguntas del juez.

En cuanto al desarrollo del proceso de contumacia, era deber del juez revelar jurídicamente la ausencia del demandado, citándolo a comparecer.

De otro lado, la *cum contumacia*, parte del principio de culpabilidad; así una decretal señala⁹⁰

“Cuando la contumacia (sobre todo en los procesos de fe) añade a la sospechosa la presunción vehemente (de culpa), si la persona sospechosa de herejía, convocada por nosotros para testimoniar su fe, elude la orden o se muestra contumaz, deberá ser castigado con la excomunión. Si durante un año mantuviera su obstinación, se le condenará como hereje”.

Con esta decretal la ausencia y la fuga no son estado de hecho de los que se tenga que levantar acta, sino pruebas de culpabilidad puestas a cargo del imputado. Son las únicas pruebas que la autoridad juzgadora podrá aportar contra el sospechoso, presentándolas como testimonio cierto de pertinencia en el error.

De ahí la atención a su verificación procesal y la distinta posición del juez romano. En el derecho romano el juez está por encima de las partes

⁸⁹ MEREU, Italo, ob. Cit. P. 250

⁹⁰ Citado por MEREU, Italo, ob. Cit. P. 252

secundum alligata et probata. En el proceso inquisitorial el juez está prevenido contra el imputado y sospecha del mismo. Si el sospechoso no se presenta o huye, eso no hace sino agravar su situación⁹¹

4.2. CONCEPTO DE CONTUMACIA

Para García Rada⁹², tiene la calidad de contumaz “el inculpado que no ha comparecido ante el juez debiendo hacerlo por haber sido válidamente notificado”, lo que supone conocimiento del proceso penal al que se enfrenta y de las diligencias a las que tiene obligación de asistir.

Por su parte, De la Cruz espejo, señala que con su conducta el reo contumaz expresa “la negativa de comparecer en el proceso (...), es decir, la rebeldía que adopta el imputado frente al proceso con posterioridad a la declaración que prestó”⁹³.

Ahora, la jurisprudencia de nuestro país ha establecido que la contumacia “es la conducta procesal del imputado de alejarse o evadirse de la acción de la justicia (que) configura un supuesto claro y específico de una actuación de relevancia procesal que impide la persecución normal de la causa, cuya sustanciación implica, a su vez, la exigencia de dotar a la justicia de instrumentos necesarios para la sanción de conductas penalmente antijurídicas que reflejan la actualidad y necesidad del esclarecimiento y eventual sanción”⁹⁴.

Desde esta perspectiva, el Acuerdo Plenario 5-2006/CJ-116, define la institución de la contumacia a partir de la condición subjetiva del imputado:

⁹¹ MEREU, Ítalo, ob. Cit. P. 253

⁹² GARCIA RADA, Domingo, *La nueva Constitución y el derecho penal*, SESATOR, Lima, 1980, p.4.

⁹³ Citado por ACUÑA SOTELO, Carlos Jhonantan y URQUIZO VIDELA, Gustavo: “El principio de no ser condenado en ausencia. ¿Es necesario que el defensor del reo ausente solicite la nulidad de la sentencia condenatoria? En dialogo con la Jurisprudencia, Nro. 120, Año 14, Lima, septiembre de 2008 p. 250

⁹⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (presentador), *Diccionario penal jurisprudencial*, 1º edición, Lima, 2009, p.141

“contumaz es el imputado que conoce su condición de tal y que está o estará emplazado al proceso para que responda por concretos cargos penales, y pese a ello deja de concurrir, se aparta voluntariamente del proceso”.

En lo que respeta a nuestra legislación, el artículo 79° del Código Procesal Penal, entiende por contumacia la respuesta del derecho procesal a la actividad omisiva del procesado, siempre que se cumplan determinadas condiciones; pero en líneas generales, se define por contumacia “la situación jurídica a la que se somete el imputado cuando de modo voluntario decide alejarse injustamente del proceso”

4.3. CONDICIONES PARA LA DECLARACION DE CONTUMACIA

La contumacia no es automática, requiere una actuación específica del imputado. Para que un imputado deba ser considerado contumaz, se requiere declaración judicial. En efecto, la contumacia – y también la ausencia -, de acuerdo al Código de Procedimientos Penales de 1940, exige declaración judicial que puede efectuarse a solicitud de parte o de oficio⁹⁵, pero según las normas del nuevo modelo procesal instaurado en el 2004, la declaración judicial de contumacia sólo es posible a requerimiento de parte. Sea del órgano de persecución penal o de cualquier otra parte válidamente incorporada en el proceso. Es la llamada característica rogatoria de la contumacia.

Siendo así, la declaración judicial tiene carácter constitutivo, puesto que desde el momento en que el juez se pronuncia por la procedencia de la solicitud de declaratoria de contumacia, el imputado adquiere la condición de “reo contumaz”.

El declarar contumaz a un reo, agrava la situación del imputado, puesto que, si la condición de sospechoso pone en riesgo el estado de inocencia inicial; el hecho de no presentarse a juicio o de rehuir los requerimientos judiciales

⁹⁵ SAN MARTIN CASTRO, César: Derecho procesal penal, Vol. I edición Grijley, Lima 1999, p.196

de apersonamiento acentúa la situación de sospechoso, aunque no enerva la condición de persona inocente garantizada por la Constitución. La declaración judicial exige su vez, tres requisitos:

a. La existencia de un proceso judicial

Solo si existe citación para presentarse al proceso judicial, surge la obligación de comparecencia de parte del imputado. Pero, dependiendo de la etapa procesal, también varían las razones que justifican la obligación de la comparecencia del imputado: mientras que, en la etapa de investigación preparatoria se exige la presencia del imputado para asegurar la realización de las diligencias que requieren “su intervención”; durante la etapa de juicio oral se pretende resguardar la garantía constitucional de no ser condenado en ausencia (artículo 139° inc. 12 de la Constitución). De aquí se derivan diferencias que pueden motivar acciones desproporcionadas en mérito al derecho de no autoinculpación de que goza el procesado. Así, por ejemplo, requerir la presencia “obligatoria” del imputado en sede fiscal para oír su declaración sobre los hechos que se investigan genera la posibilidad de que éste haga ejercicio de su derecho a permanecer en silencio, con lo que la declaración de contumacia y, los efectos que supone, carecen de mayor mérito, toda vez que existe un derecho constitucional que ampara la posibilidad de no-colaboración del imputado respecto de la pretensión del órgano de persecución penal⁹⁶.

b. El conocimiento por parte del imputado de la existencia de un proceso en su contra.

La materialización de este requisito se recoge bajo distintos supuestos en el art. 79 inc.1 del Código Procesal Penal cuando expone que, la

⁹⁶ CHUNGA HIDALGO, Laurence, La contumacia en el nuevo Código Procesal Penal. En: Revista Ita lus Esto, p. 80

contumacia requiere, cuando menos la realización de alguna de las cuatro conductas prevista en la norma: i) el imputado conoce que es requerido pero no se presenta a las actuaciones procesales; ii) fuga del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso; iii) no obedece de una orden de detención o prisión; y, iv) se ausenta sin autorización fiscal o judicial del lugar de su residencia o del asignado para residir”. Cualquiera de las expresiones hace referencia – como elemento común – a la exigencia del conocimiento previo de la existencia de un proceso judicial que le impone obligaciones al imputado. En el derecho, el conocimiento de acto jurisdiccional se presume de la notificación válidamente efectuada⁹⁷ y se adquiere certeza plena del mismo cuando el inculcado se apersona al proceso, señala domicilio, firma constancia de haber recibido la notificación o declara sobre los hechos con conocimiento del juez⁹⁸.

c. La voluntad – cierta o presunta – de no apersonarse a dicho proceso

Para la ley no basta que el imputado conozca de su obligación de concurrir al proceso, sino que se requiere, conforme ha establecido la reiterada jurisprudencia, “persista en la incomparecencia” o “se muestre renuente a concurrir”⁹⁹. No basta, por tanto, la verificación del modo como se han notificado los actos jurisdiccionales en los que se le requiere al imputado su presencia en el juicio oral sino que se evalúa la conducta procesal para establecer su “deliberada persistencia” a no comparecer.

⁹⁷ Véase el Acuerdo Plenario 5-2006/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia.

⁹⁸ CHUNGA HIGALGO, Laurence, ob. Cit. P. 80

⁹⁹ Primer sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Incidente: Cecilia Isabel Chacón de Vettori.

La Ley de Contumacia, Ley N° 26641, establece claramente que para declarar contumaz a un reo, debe haber “evidencias irrefutables (de) que el acusado rehúye del proceso”. El Nuevo Código Procesal Penal no indica como acreditar la conducta contumaz o renuencia voluntaria; el Art. 355. 4 tan sólo indica que al expedirse el auto de citación a juicio.

“el emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de declararlo reo contumaz en caso de incomparecencia injustificada”.

Bajo esta perspectiva, hay que presumir que si efectuada la notificación válidamente, el imputado no se presenta al juicio, entonces no tiene voluntad de enfrentar el proceso. Pero ¿Cuántas veces hay que notificarlo para determinar “la persistencia en la incomparecencia”? Al respecto, el Acuerdo Plenario 5-2006/CJ-116, analizando las normas del Código de Procedimientos Penales de 1940 expone la necesidad de una segunda notificación a efectos de verificar la conducta evasiva del procesado y con ella establecer la “persistencia en la incomparecencia”. Así, el Acuerdo señala:

“Es imprescindible el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego una segunda citación y de persistir en la incomparecencia voluntaria recién se dictará el auto de contumacia y se procederá conforme al artículo 319° del Código de Procedimientos Penales”.

Para la nueva norma procesal no indica cuantas veces debe ser notificado, y más bien se infiere que bastaría la primera inasistencia y sin que medie justificación ofrecida para declarar al reo contumaz, tal como se enuncia en el citado artículo 355.4 y del artículo 367.2, cuando señala:

“La citación al imputado con domicilio conocido y procesal, será requerido para su comparecencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz”.

4.4. EFECTOS DE LA DECLARACION DE CONTUMACIA

Una vez que es declarado contumaz el reo, ésta genera, fundamentalmente, tres consecuencias: respecto del imputado, la orden de conducción compulsiva en agravio de éste; respecto del proceso, el señalamiento de nueva fecha para la audiencia o su archivamiento provisional y, sobre el delito mismo, la suspensión de los plazos de prescripción. Veamos en detalle.

a. La conducción compulsiva

Según el artículo 79.3 del Nuevo Código Procesal Penal, declarada la contumacia, deberá ordenarse la conducción compulsiva. No obstante que la norma no precisa su definición, puede elaborarse una a partir de lo que de esta institución se dice en el texto procesal: es una medida de coerción personal de carácter temporal dictada por la autoridad competente por la que se dispone el forzoso apersonamiento de una persona (el imputado, testigo o peritos) a través del auxilio de la Policía Nacional. La temporalidad de la misma se sujeta a la realización de la actividad procesal que motivó su expedición, subsistiendo responsabilidad si es que dentro de las 24 horas de efectuada la orden de fuerza, no se dispone el levantamiento de la misma; por ejemplo, en el caso del artículo 66° del NCPP.

“Realizada la diligencia cuya frustración motivó la medida, o en todo caso, antes de que transcurran 24 horas de ejecutada la orden de fuerza, el Fiscal dispondrá su levantamiento, bajo responsabilidad”.

Similar condición se impone al Juez, conforme se aprecia del Artículo 79.6 del NCPP, que establece:

“Con la presentación del contumaz o ausente, y realizadas las diligencias que requieran su intervención, cesa dicha condición, debiendo dejarse sin efecto el mandato de conducción compulsiva,

así como todas las comunicaciones que se hubieran cursado con tal objeto...”

b. Señalamiento de nueva fecha o archivamiento provisional de la causa.

Como bien señala Chunga Hidalgo¹⁰⁰, “la garantía constitucional de no ser juzgado en ausencia, impone que el artículo 367° del Nuevo Código Procesal Penal exija la presencia del imputado para la instalación de la audiencia al tiempo del juicio oral, exponiendo que, en caso de incomparecencia del obligado principal deberá fijarse nueva fecha y hora para su realización, sin perjuicio de declararlo contumaz. Paralelamente, el Artículo 79.5 al tiempo que regula la institución que se estudia, dispone que, si la contumacia se declara al tiempo del juicio oral deberá ordenarse el archivamiento provisional de la causa. Así, el juez tiene dos posibilidades, que pueden aplicarse de modo alternativo o consecutivo; lo que a su vez genera dos tipologías de la conducción compulsiva”.

En la modalidad alternativa el juez elige entre aplicar uno u otro artículo. De acuerdo con el artículo 79.5, advertida la primera incomparecencia del imputado, se impone la contumacia, por lo que ordena la conducción compulsiva y declara el archivamiento provisional de la causa, o aplica el artículo 367.3, y dada la no presentación del imputado a la audiencia del juicio oral, lo declara contumaz, ordena su conducción compulsiva estableciendo nueva fecha y hora para la realización del juicio. En el primer caso, la conducción compulsiva es abierta y, se asemeja a las antiguas órdenes de ubicación y captura de reos, para cuyo efecto se oficia a la Policía Nacional del Perú a fin de que ponga – al imputado – a disposición del juzgado una vez que haya sido ubicado y capturado y, en la segunda opción, la compulsiva es cerrada y se aplica en su

¹⁰⁰ CHUNGA HIDALGO, Laurence, ob. Cit. p. 82

concepción clásica: la Policía tiene obligación de trasladar forzosamente al imputado para el día y fecha establecidos¹⁰¹.

c. La suspensión de los plazos de prescripción.

Si bien el Nuevo Código Procesal Penal no regula el modo de aplicar la prescripción, también es cierto que existe una ley específica de la materia que establece que, declara la contumacia esta suspende la prescripción penal tal como lo ordena la Ley 26641. Sin embargo, y conforme veremos *infra*, después de reiterada jurisprudencia en la que el Tribunal Constitucional amparaba acríticamente esta figura, sin mayor fundamento que lo prescribía la propia ley, ha variado su jurisprudencia para afirmar que si la suspensión del plazo de prescripción vulnera el plazo razonable, entonces es inconstitucional¹⁰².

4.5. ¿SE VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON LA APLICACION DE LA FIGURA DE LA CONTUMACIA?

En los últimos años, la jurisprudencia de los altos tribunales de justicia (sea de la Corte Suprema de Justicia como el Tribunal Constitucional), han emitido sentencias contradictorias sobre la aplicación de la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción, al estimar en algunos casos que dicha figura tal como se encuentra regulada en la Ley 26641, vulnera principios constitucionales.

Veamos primero algunas sentencias que aplican la Ley de Contumacia.

Con motivo de los procesos seguidos en contra del ex mandatario Alberto Fujimori por delitos contra los derechos humanos, la Corte Suprema en el Acuerdo Vinculante N° 45-2003, del 26 de julio del 2006, ha variado de

¹⁰¹ CHUNGA HIDALGO, Laurence, ob. Cit. p. 82

¹⁰² Tribunal Constitucional, Exp. N° 04959-2008-PHC/TC, Asunto: Benedicto Nemesio Jiménez Bacca.

posición y procedido a suspender los plazos de prescripción de acuerdo a la Ley de Contumacia, bajo el amparo de que en el derecho Internacional Penal se reconoce la imprescriptibilidad de determinados delitos como el genocidio y otros gravísimos atentados contra los derechos humanos.

En este caso, la Corte Suprema argumenta: *“La norma cuestionada tampoco vulnera los principios constitucionales de proporcionalidad e igualdad: que, en efecto, la incorporación de un supuesto de prolongación del plazo de prescripción no solo no conspira contra la naturaleza de la prescripción (...) sino que, al estar referida a una conducta procesal del imputado, de alejarse o evadirse de la acción de la justicia, configura un supuesto claro y específico de una actuación de relevancia procesal que impide la prosecución normal de la causa, cuya sustanciación implica a su vez la exigencia de dotar a la justicia de los instrumentos necesarios para la sanción de conductas penales antijurídicas que reflejan la actualidad y necesidad del esclarecimiento y eventual sanción”*.

La referencia a la imprescriptibilidad de esta clase de delitos que hace la Corte Suprema, encuentra su fuente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por el Perú el 13 de setiembre del 2001, que califica de imprescindibles al genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión sobre los cuales ejerce plena competencia la Corte Penal Internacional.

Por su parte el tribunal Constitucional peruano también ha emitido diversas sentencias aplicando la Ley de Contumacia. Así tenemos, el Exp. N° 7451-2005-PHC/TC, del 17 de octubre del 2005, donde en vía doctrina jurisprudencial y sin mayores argumentos, convalida tácticamente la constitucionalidad de la Ley de Contumacia, refiriendo en el Fundamento 12 de dicha resolución que: *“Finalmente tratándose de reos contumaces, los plazos de prescripción se interrumpen si es que existen evidencias irrefutables de que el acusado rehúye del proceso y hasta que se ponga a derecho, debiendo el juez declarar dicha suspensión de conformidad con el*

artículo 1° de la Ley 26641”, con lo cual se declara infundada la acción de Habeas Corpus entablada contra la declaratoria de contumacia en un proceso por delito de **Falsedad Ideológica**. Esta postura fue ratificada en el Exp. N° 4118-2004-HC/TC, del 6 de junio del 2005, en el que inclusive se confiere efectos vinculantes a dicho criterio. Bajo esta perspectiva, el Tribunal Constitucional sin mayor argumentación que justifique una decisión tan trascendental para el Derecho, avala la aplicación indiscriminada de la Ley N° 26641 para todos los delitos comunes, a excepción por supuesto de los delitos imprescriptibles regulados en el estatuto de Roma antes tratado.

Lo irrazonable de estas sentencias dio lugar a que las Salas Superiores tomaran posición ante lo arbitrario de la Ley de Contumacia – Ley 26441. En efecto, en el Pleno Jurisdiccional regional Penal del 2006, se establece lo siguiente: “la prohibición de prescripción de la acción penal, que contiene la declaración de contumacia, conforme al artículo 1° de la Ley 26641, afecta la estructura misma del debido proceso, el principio de seguridad jurídica, el de igualdad ante la ley, el de presunción de inocencia, el de definición de un proceso dentro de un plazo razonable por la temporalidad de la pena, que forman parte del debido proceso consagrado en el artículo 139° de la Constitución , así como el principio de respecto a la dignidad humana, consagrado en el artículo 2° inciso 24) literales “a” y “e” de la norma fundamental, resultando inadmisibles eternizar la persecución punitiva, por lo que en ese sentido, la suspensión de la prescripción de la acción penal por la declaración de contumacia es inconstitucional”. En ese sentido, el citado Pleno Jurisdiccional Regional Penal culmina señalando que el Juez está obligado a aplicar la ley conforme a la Constitución, por lo que corresponde realizar un juicio de validez de la norma en comento, en tanto poder deber que tiene la magistratura.

Debemos citar también la sentencia dictada por la Sala Constitucional y Social de La Corte Suprema de Justicia, recaída en el Exp. N° 738-2007-

LIMA, del 3 de agosto del 2007, seguido por el delito de Apropiación Ilícita¹⁰³, la misma que desaprueba la consulta sobre inaplicación de la Ley de Contumacia elevada por la Sala de la Republica, que señala: “*Esta suspensión del plazo de prescripción, en modo alguno puede constituir un atentado al debido proceso, ni una afectación a los principios de igualdad ante la ley, proporcionalidad, de presunción de inocencia, o de dignidad humana, pues, tal resolución además de estar ajustada a derecho, no es otra cosa que la manifestación objetiva de las facultades de *vocatio* y *coertio* que tiene el Juez Penal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53° del Código de Procedimientos Penales*”. Luego continua afirmando; “la sentencia tiene como sustento los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional en los expedientes N° 7451-2005-PHC/TC y 4118-2004-HC/TC, en los que se declaró subsistente el mandato de suspensión del plazo de prescripción dispuesto por el juzgado de origen”.

Es preciso puntualizar, como bien señala Jaime Coaguila¹⁰⁴, que la consulta al Exp. N° 738-2007 antes citada, al igual que las sentencias del Tribunal Constitucional, solo se ha limitado a reproducir mecánicamente el texto de la Ley de Contumacia, sin efectuar ninguna interpretación hermenéutica, ni siquiera ponderando constitucionalmente los intereses en juego, como es la eficacia del *ius puniendi* y las garantías procesales que tiene todo ciudadano en un Estado Democrático de Derecho. Por esta razón, dichas resoluciones se ubican claramente dentro de la denominada *doctrina jurisprudencial*, y en consecuencia tiene observancia obligatoria para los tribunales de la República, a pesar de que la Corte Suprema haya interpretado que los criterios del Expediente N° 4118-04-HC/TC se encuentren aparentemente en el esquema del *precedente vinculante*.

¹⁰³ COAGUILA VALDIVIA, Jaime, ob. Cit. P. 390

¹⁰⁴ COAGUILA VALDIVIA, Jaime, ob. Cit. p. 391

Pero, recientemente el Tribunal Constitucional¹⁰⁵, tomando una posición más seria y realizando una interpretación acorde con las garantías que se protegen en un Estado social democrático y de derecho, en una sentencia sobre suspensión de la prescripción cuando el imputado contumaz no se presenta a la lectura de sentencia ha señalado que “el artículo 1° de la Ley N° 26641 dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces. (...) la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la referida Ley N° 26641, en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitud*, resulta vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y, en tal sentido, inconstitucional su aplicación”.

En esta sentencia por primera vez el Tribunal Constitucional expone un argumento razonable sobre este asunto. El TC afirma que “la prosecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría, a todas luces, inconstitucional” (situación de la que solo gozan los casos de delitos de lesa humanidad). El TC agrega: “El poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito [Cfr. Exp. N° 4959-2008-PHC/TC, Caso Benedicto Jiménez Bacca] [FJ. 5]”.

Para determinar la razonabilidad del plazo del proceso, deben tenerse en cuenta criterios como: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) actuación de los órganos judiciales [los cuales originalmente estuvieron determinados a la evaluación de la razonabilidad del plazo de la detención] [FJ.6]¹⁰⁶.

4.6. DERECHO AL PLAZO RAZONABLE

El plazo razonable alude al tiempo que dura el proceso o cualquier otro incidente que pueda afectar gravemente algún derecho fundamental. Es un aspecto central en un proceso penal porque está en juego la libertad

¹⁰⁵ STC N° 4352-2009-PHC/TC, del 18-03-2010, Asunto: menor W.L.D.C

¹⁰⁶ Ibidem

individual y además porque resulta cuestionable que el Estado – con toda su capacidad organizativa y ejecutiva – no pueda lograr en un tiempo adecuado la verdad de una imputación. El derecho a ser juzgado dentro un *Plazo razonable*, se encuentra consagrado en el artículo 8°, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que estipula:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Los plazos que rigen el procedimiento penal se ha establecido como un mecanismo procesal encaminado a satisfacer los presupuestos del derecho sustancial. Dichos plazos tienen un sentido específico que en todo caso han de satisfacer los criterios derivados de los principios de igualdad, debido proceso, razonabilidad y proporcionalidad protegido no solamente en la Constitución, sino también en los tratados de Derechos Humanos¹⁰⁷ de los cuales es parte el Estado.

El derecho al plazo razonable como un derecho fundamental, forma parte del debido proceso, en su calidad de derecho continente, que comprende el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, bajo un esquema de inclusión implícita, esto es, el goce del derecho al plazo razonable solo puede entenderse y gozarse si se materializa el ejercicio sustantivo del derecho al debido proceso.

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (artículo 139°, inciso 3 de la Constitución), y goza de reconocimiento expreso en el artículo 14°, inciso 3.c

¹⁰⁷ Pacto de San José de Costa Rica; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

de Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos que establece¹⁰⁸, y en el artículo 8°, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Tales disposiciones cobran vigencia efectiva en nuestro ordenamiento a través del artículo 55 de la Constitución. Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de esta Carta Política, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

El Tribunal Constitucional¹⁰⁹, por ejemplo, determino en el caso Walter Chacón Málaga, que se había producido afectación al derecho fundamental al plazo razonable al haberse extendido el proceso judicial poco más de ocho años, entre audiencias y diversos actos procesales, situación que afectaba la libertad personal del favorecido Chacón.

- **Criterios de evaluación de la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva**

El tribunal Constitucional peruano ha establecido tres criterios a efecto de evaluar el plazo razonable de la detención provisional, tomando como premisa que dicha medida debe ser concebida como cautelar y excepcional, pues de lo contrario se convertiría en un instrumento de excesiva aflicción física y psicológica para quien no tiene la condición de condenado, resquebrajando su capacidad de respuesta en el proceso y mellando el propio principio de dignidad¹¹⁰.

En ese sentido, el Tribunal precisa que a efectos de determinar la razonabilidad del plazo de detención, es preciso evaluar: a) la conducta de

¹⁰⁸ “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”.

¹⁰⁹ STC 3509-2009-PHC/TC; Asunto: Walter Chacón Málaga.

¹¹⁰ Tribunal Constitucional, Exp. N° 2915-2004-HC/TC, Sentencia de 23 de noviembre del 2004, Asunto: Federico Tiberio Berrocal Prudencio, F.J.18.

la autoridades judiciales, en el sentido de si el juez penal ha procedido con la “**diligencia especial**” debida en la tramitación del proceso, b) la complejidad del asunto, y c) la actividad procesal del interesado (Caso Toth. Sentencia del TEDH del 12 de diciembre de 1991, párrafo 77/ caso Genie Lacayo. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de enero de 1995. Serie C, núm. 21. Párrafo 77)¹¹¹.

a) **Actuación de los órganos judiciales: “Prioridad y diligencia debida”**

En lo que respecta a la actuación de los órganos judiciales, el Tribunal Constitucional refiere que será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serian especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45)¹¹².

Asimismo, el Tribunal precisa que la falta de diligencia de los órganos judiciales tendría lugar, incluso, en aquellos supuestos en los que su actuación se viera “formalmente” respaldada por el ordenamiento legal, puesto que, tal como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que – aun calificados de legales – puedan reputarse como incompatibles con el respecto de los derechos fundamentales del individuo, por ser, entre otras cosas,

¹¹¹ Ibidem F.J.19.

¹¹² Ibidem F.J. 22

irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”. (Caso Gangaram Panda. Sentencia del 4 de diciembre de 1991. Serie C, núm. 12 párrafo 47). El análisis de la debida o indebida actuación por parte de las autoridades judiciales, debe abarcar el tiempo transcurrido desde que la persona se encuentra efectivamente detenida, hasta el dictado de la sentencia (Caso Wemhoff. Sentencia del TEDH del 27 de junio de 1968, párrafo 16)¹¹³.

b) Complejidad del asunto

Un segundo criterio, constituye la complejidad del asunto. Para valorar dicha complejidad es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (caso Tomasi. Sentencia del TEDH del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpadlos, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil¹¹⁴

c) Actividad procesal del detenido

Por último, como tercer criterio, el Tribunal recurre a la valoración de la actividad procesal del detenido a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, quiere decir, distingue el uso regular de los medios procesales que la Ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el estado constitucional permite), de la denominada “defensa obstruccionista” (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). En ese sentido, “(...) la demora sólo puede ser

¹¹³ Ibidem F.J. 23.

¹¹⁴ Ibidem F.J. 25.

imputable al acusado si éste ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento” (Informe N° 64/99, Caso 11.778, Ruth del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999. Asimismo, caso Wemhoff, TEDH, párrafo 2; y caso Neumeister, TEDH, párrafo 2)¹¹⁵.

El Tribunal Constitucional señala que entre las conductas que podrían ser meritadas como intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celebridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta se encontraban condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es pertinente tener presente que “[si] bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y las más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso” (Caso Bozzo Rotondo, Exp. N.º 0376-2003-HC/TC, FJ. 9)¹¹⁶

Asimismo, “las recusaciones constituyen una hipótesis corriente y que suele demorar el curso d un proceso. Aun cuando tales situaciones no justifiquen retardos irrazonables, si cabe descartar la defensa [del encausado] basada en que, durante su resolución, es posible que intervenga otro juez: pues aunque esto fuese teóricamente posible, lo cierto es que difícilmente puede pedírsele a otro magistrado que prosiga inmediatamente con la instrucción, sobre todo si ésta es prolongada y compleja, pues la sola puesta en autos de aquel puede necesitar mucho tiempo” (Gialdino, Rolando. *La prisión preventiva en el Derecho*

¹¹⁵ Ibidem F.J. 26.

¹¹⁶ Ibidem F.J. 28.

Internacional de los Derechos Humanos. Artículo publicado en la página web de la Comisión Andina de Juristas: www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm)¹¹⁷. Por el contrario, no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, *prima facie*, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, aun en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de los motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, ésta debe ser revocada.

- **El plazo legal, el plazo razonable y la detención provisional.**

En cuanto al plazo de detención (Art. 137°), no debe durar más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial. Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o el Estado, el plazo límite de detención se duplicará, es decir, el plazo se extiende a los 36 meses. Si a su vencimiento no se ha dictado la sentencia de primer grado, debe decretarse la inmediata libertad del inculpado. En líneas generales, existe consenso en señalar que este es el plazo máximo que una persona puede estar detenida sin haberse dictado sentencia, plazo máximo razonable cuyo incumplimiento vulneraría el derecho a la libertad personal del detenido.

El tercer párrafo del artículo 137° señala que sólo cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial

¹¹⁷ Ibidem F.J. 29.

prolongación de la investigación y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual. Para este caso, se requiere auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpado.

Por Decreto Legislativo N° 983 (22-07-2007), se modificó el Art. 137° del Código Procesal Penal de 1991, estableciendo nuevos supuestos y términos en los que se refiere a la prolongación de la detención más allá de los 36 meses. “Cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, la detención podrá prolongarse hasta por un plazo igual”. El auto que prolonga la detención debe ser motivado y contra este procede recurso de apelación.

Asimismo, la norma establece que “el cómputo del plazo a que se refiere el primer párrafo (9 meses en el procedimiento ordinario y 18 meses en el procedimiento complejo), cuando se trate de procesos complejos o se hubiere declarado nulidad, no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha del nuevo auto apertorio de instrucción. En los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos en fueros distintos, el plazo se computa desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de detención”. Con este párrafo se llena un vacío que subsistía para todos aquellos casos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había declarado la nulidad del proceso en el fuero militar, por violar el debido proceso y el Juez predeterminado por la ley. Se trata fundamentalmente de aquellos delitos comunes que fueron identificados como delitos de terrorismo y por esta razón pasaron a ser juzgados en el fuero militar.

De la misma manera, la norma establece que: No se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculpado o su defensa”. Con este párrafo se incorpora al derecho positivo lo que el

Tribunal Constitucional había impuesto como criterio interpretativo vía la jurisprudencia de sus decisiones¹¹⁸.

De igual forma, se establece lo siguiente: “Una vez condenado en primera instancia el inculpado, la detención se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida”. Es una medida que permite asegurar al condenado al proceso se recurre de la sentencia dictada en primera instancia.

Como vemos, el propio dispositivo legal (Art. 137°), contempla la posibilidad de apartarse del plazo máximo fijado en su primer párrafo (36 meses), para exponer en su segundo párrafo que en caso “concurran circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia”, es posible “prolongar la detención por un plazo igual”, al fijado de 36 meses.

Sin embargo prolongar el plazo de detención por otros 36 meses, atentaría contra el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos que estipula: “*Toda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso*”.

De esta forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en el Informe N° 12/96, Caso 11.245, Jorge A. Jiménez, que “el Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. El principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un periodo de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el

¹¹⁸ Tribunal Constitucional, Exp. N° 2915-2004-HC/TC, Sentencia del 23 de noviembre del 2004, Asunto: Federico Tiberios Berrocal Prudencio

tiempo que se utilice para probar la culpabilidad, dado que el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad”. La comisión agrega, que “para determinar si una detención es razonable siempre debe hacerse una análisis de cada caso, y que los Estados miembros de la convención no tienen la obligación de fijar un plazo fijo para la privación de libertad previa a la sentencia que sea independiente de las circunstancias de cada caso. En vista de que no es posible establecer criterios abstractos para un “plazo razonable”, se debe hacer un análisis de que es lo razonable a la luz de los hechos específicos correspondientes a cada caso.

Al respecto, el tribunal Constitucional Peruano¹¹⁹ ha sostenido que no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito. Este criterio es compartido, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH), al referir que “el plazo razonable (...) no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en varios periodos dependiendo de la gravedad del delito” (Caso Stegmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4). Por ello para determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada, es preciso atenerse a las específicas circunstancias de cada caso concreto. Sin embargo, la imposibilidad o irrazonabilidad de la duración de la prisión preventiva, no impide el establecimiento de criterios o pautas que, aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del

¹¹⁹ Pleno Jurisdiccional, exp. N° 003-2005-PI/TC, Sentencia de 9 de Agosto de 2006, asunto: 5186 ciudadanos (demandantes) c. Poder Ejecutivo y Poder Legislativo (demandados), F.J. 303, asimismo, STC N° 02915-2004-HC/TC.

derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario”.

Así como hemos visto que prolongar la detención más allá de los 36 meses, vulneraría el derecho a la libertad por encontrarse en dicha situación jurídica más allá del plazo razonable, el Tribunal Constitucional peruano también ha elaborado una doctrina por la cual es posible justificar la prolongación de los 36 meses, dejando plenamente establecido que para determinados casos, tomando en cuenta la gravedad de los bienes jurídicos dañados, y en caso de delitos de lesa humanidad, es posible prolongar el plazo máximo de detención de 36 meses, hasta el máximo legal permitido, que corresponde a 72 meses (Art. 137° del C.P.P).

Así, en el Caso Cubas Portal¹²⁰, el Tribunal ha señalado que “adicionalmente, en la sentencia 7624-2005-HC/TC, este Colegiado consideró pertinente desarrollar una regla interpretativa complementaria, según la cual:

“cuando en casos excepcionalísimos, el delito de tráfico ilícito de drogas represente un grave peligro para la seguridad ciudadana, la soberanía nacional, el estado de derecho y la sociedad en conjunto, el juez podrá disponer la prolongación del plazo de detención más allá de 36 meses hasta el máximo permitido por ley, mediante resolución debidamente motivada”.

Siguiendo este criterio, prosigue afirmando el Tribunal:

“...el plazo de 36 meses previsto para los procesos ordinarios por el delito de tráfico ilícito de drogas puede ser prolongado, mediante auto debidamente motivado, de manera excepcional y en caso sea objetivamente necesario, hasta el máximo previsto en la ley, siempre que la dilación sea imputable al procesado o cuando la complejidad

¹²⁰ Tribunal constitucional peruano, Exp. N° 5175-2006-PHC/TC, sentencia de 5 de abril del 2007, Asunto: Luis Alberto Cubas Portal.

del caso – ajena a la actividad del órgano jurisdiccional – exija una especial prolongación de la investigación”¹²¹.

De igual forma, este criterio se aplica en los casos de delitos de lesa humanidad. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en el caso VERA NAVARRETE¹²², donde señala que:

“...el delito de desaparición forzada (...) se trata de un delito de lesa humanidad cuya necesidad social de esclarecimiento e investigación no pueden ser equiparadas a las de un mero delito común, dada su extrema gravedad” (F.J. 27). Para lo cual es necesario señalar que la “determinación del plazo razonable de la detención no puede dejar de tomar en cuenta la especial obligación estatal de investigar y sancionar los hechos denunciado, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, a fin de no convalidar estrategias de impunidad respecto a graves crímenes y violaciones a los derechos humanos (F.J.30) (...) sobre todo si reconocemos que “la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad (F.J.27) (...), y forma parte del derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos a alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos” (F.J.13).

- **El plazo razonable en la investigación preliminar**

Si no se dispone un plazo máximo de investigación, se afecta el principio derecho de la seguridad jurídica¹²³. Por ello, el Tribunal constitucional ha

¹²¹ Ibidem

¹²² Tribunal constitucional peruano, Exp. N° 2798-2004-HC/TC, sentencia de 9 de diciembre del 2004, Asunto: Gabriel Orlando Vera Navarrete.

¹²³ Ni la ley orgánica del Ministerio Público ni el Código de Procedimientos Penales, establecen un plazo máximo para la investigación preliminar. Situación que ha cambiado con el Nuevo Código Procesal Penal que establece el plazo de la investigación preparatoria en cuatro meses: “Artículo 342 Plazo.-

señalado que “el contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De ahí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial. Ello es así en la medida que si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para tal efecto se exija la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) que exista una *causa probable* y 2) una *búsqueda razonable* de la comisión de ilícito penal”.

El tribunal Constitucional ha señalado que el plazo legal para la investigación preparatoria previsto en el Nuevo Código Procesal Penal muchas veces puede ser insuficiente. Así, señala que “[...] se advierte que el plazo de investigación preparatoria previsto en el artículo 342.2 del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, no se condice con la realidad social, ni con la capacidad de actuación del Ministerio Público, pues es de conocimiento público que existen investigaciones preliminares o preparatorias sobre tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos que por la complejidad del asunto exceden los ocho meses, que pueden ser prorrogados por igual plazo. Por esta razón, este Tribunal estima que el plazo previsto en el artículo referido debe ser modificado con la finalidad de que no queden impunes los delitos de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, pues vencido el plazo (8 o 16 meses) se puede ordenar la conclusión de la investigación preparatoria. De ahí que, se le exhorte al congreso de la República a que modifique el plazo del artículo mencionado (investigación preparatoria en casos complejos) de acuerdo a la capacidad de actuación del Ministerio Público, sin que ello suponga la

-
1. El plazo de la investigación preparatoria es de ciento veinte días naturales. Solo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales.
 2. Tratándose de Investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria.

(...)”

afectación del derecho al plazo razonable” (Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, fundamento 10).

En tal sentido, siguiendo los criterios expuestos por el Tribunal Europeo de derechos Humanos, el TC ha señalado que “los criterios a considerar para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación fiscal son de dos tipos: *subjetivo y objetivo*. En el primero quedan comprendidos 1) la actuación del fiscal y 2) la actuación del investigado (actitud obstruccionista del investigado); en el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación”¹²⁴ (que se refiere a la complejidad del objeto a investigar, determinando por el número de investigados, la particular dificultad de realizar determinadas pericias o exámenes especiales que se requieran, así como los tipos de delitos que se imputan al investigado, como por ejemplo, delitos contra la administración pública)¹²⁵.

Dentro del criterio subjetivo, en lo que respecta a la *actuación del investigado*, es de señalar que la actitud obstruccionista de éste puede manifestarse del modo siguiente: 1) en la no concurrencia, injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación; 2) en el ocultamiento o negativa, injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación; 3) en la recurrencia, e mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional, y 4) en general, en todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.

En cuanto a la *actividad del fiscal*, los criterios a considerar son la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. Si bien se parte

¹²⁴ Tribunal Constitucional, Exp. N° 5228-2006-PHC/TC, Asunto: Samuel Gleiser Katz

¹²⁵ Tribunal Constitucional, Exp. N° 03987-2010-PHC/TC, Asunto: Alfredo Alexander Sánchez Miranda y otros.

de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público, ésta es una presunción *iuris tantum*, en la medida en que ella puede ser desvirtuada. Ahora bien, para la determinación de si en una investigación prejurisdiccional hubo o no *diligencia* por parte del fiscal a cargo de la investigación deberá considerarse la realización o no de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para el esclarecimiento de los hechos y la formalización de la denuncia respectiva u otra decisión que corresponda.

Dentro del criterio objetivo cabe comprender la naturaleza de los hechos objeto de investigación, es decir, la complejidad del objeto a investigar.

4.7. DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y CONDUCTA PROCESAL DEL ACUSADO

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, está integrado por dos conceptos que deben ser explicados. La dilación se encuentra relacionada con la duración excesiva del proceso. De ahí que a falta de un plazo legal, o habiendo un plazo establecido, si el proceso se extiende más allá de lo razonable, mediante retrasos o fases de inactividad jurisdiccional que lo alargan excesivamente, se habrá vulnerado este derecho fundamental¹²⁶.

Ahora, si el acento recae sobre el carácter indebido o injustificado del retraso, lo determinante ya no es el tiempo transcurrido, sino el incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia y/o el comportamiento de quien tiene la obligación jurídica de incoar o conducir el proceso¹²⁷.

De acuerdo con lo explicado, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas vendría a ser una exigencia del derecho, contenido en un principio

¹²⁶ GONZALES TAPIA. María Isabel, *La prescripción en el derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 56

¹²⁷ GONZALES TAPIA. María Isabel, OB. CIT. 56.

más general, como es la tutela judicial efectiva. Situación diferente del plazo razonable que se encuentra contenido en el principio del debido proceso.

Para el Tribunal Constitucional español¹²⁸, “el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si esta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aun siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales (STC 101/1996, de 11 de junio, FJ 2)”.

Quiere decir, que a criterio del TC, español, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas no se puede identificar con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad. La prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa un proceso. De esta forma, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 6.1 del convenio de Roma – derecho a que la causa sea oída en “un tiempo razonable”), el TC español refiere que “el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de las jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquel arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades”¹²⁹.

¹²⁸ STC 93/2008, de 21 de julio

¹²⁹ Ibidem

Ahora, de acuerdo con el tribunal Constitucional peruano¹³⁰, las dilaciones procesales atribuibles al propio órgano jurisdiccional pueden consistir en la omisión de resolver dentro de los plazos previstos en las leyes procesales, comportamiento que proviene de la pasividad o inactividad del órgano judicial lo que deviene en una demora o retardo del proceso (Cfr. Exp. 6390-2006-AA/TC. Caso: Margarita del campo Vegas. FJ. N° 7: Omisión de pronunciamiento del Tribunal de honor, Exp. 549-2004-HC/TC. Caso: Manuel Rubén Moura García. FJ. N° 1. Omisión de expedición de sentencia; Exp. N° 3771-2004-HC/TC. Caso: Miguel Cornelio Sánchez calderón, FJ. N° 1: Omisión de expedición de sentencia).

De otro lado, es posible también generar dilaciones indebidas a través de actividades procesales que por no ser adecuada para lograr la pronta solución del proceso genera una demora imputable al juez o al tribunal del caso. Es decir, se produce una determinada actuación que provoca una dilación persistente. Este Tribunal ha abordado este tema en la sentencia estimatoria recaída en el expediente N° 3485-2995-HC/TC (Caso: *Sandro Bustamante Romaní*), en que el demandante hallándose sujeto a un proceso sumario iniciado en el año 1999, en el cual se emitieron dos sentencias absolutorias, las mismas fueron declaradas nulas por el tribunal superior fundamentando su decisión en la no consecución del objeto del proceso, sin tener en consideración la naturaleza sumaria del proceso (cuyo plazo legal es de 60 días, prorrogable a 30 días), dilató el juzgamiento cinco años, vulnerando así el derecho al plazo razonable del proceso¹³¹.

- **Conducta procesal del acusado y contumacia**

El tribunal constitucional peruano ha entendido que en el caso que las dilaciones del proceso fueran causadas, no por el propio órgano jurisdiccional, sino por el procesado o acusado, entonces no es posible que éste pueda invocar vulneración del derecho a ser juzgado sin

¹³⁰ Exp. N° 01388-2010-PHC/TC, Asunto: Cirilo Cornelio Salvador, de fecha 04-04-2012.

¹³¹ Ibidem

dilaciones indebidas cuando en aplicación de la Ley N° 26641, el juez lo ha declarado contumaz y ha suspendido el plazo de prescripción.

En efecto, si bien el TC¹³² ha establecido que respecto a la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la Ley N° 26641, en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum* resulta vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y, en tal sentido, inconstitucional su aplicación; dado que la prosecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría, a todas luces, inconstitucional, pues, el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito. El TC¹³³ también ha precisado que cuando la dilación es atribuible a la propia actividad del procesado o acusado (como consecuencia de su renuencia a presentarse ante el órgano judicial competente), dilatando injustificadamente la duración del proceso penal llevado en su contra, entonces no se configura la vulneración del plazo razonable del proceso.

Así, en la STC 03711-2011-PHC/TC¹³⁴, señaló: "... que las diversas citaciones para la lectura de sentencia no se han podido llevar a cabo porque el recurrente solicitó en diversas oportunidades que éstas sean reprogramadas presentando para ello diversos certificados médicos, en algunos casos certificados no oficiales, mostrando con ello una conducta obstruccionista".

En igual sentido, en la STC 01279-2010-PHC/TC¹³⁵, establece: "... se advierte de manera objetiva que el inicio del juicio oral respecto del favorecido (programado para el 27 de mayo de 1999) no se ha podido llevar a cabo a la fecha, precisamente debido a la incomparecencia de éste a la audiencia, habiendo sido reprogramada en varias oportunidades, lo que por inexorables razones lógicas ha generado el transcurso de más de 11 años, sin que el proceso caso, la dilación que ha sufrido el proceso es

¹³² Tribunal Constitucional, Exp. N° 04959-2008-PHC/TC, Asunto: Benedicto Jiménez Baca

¹³³ Tribunal Constitucional, Exp. N° 03711-2011-PHC/TC, Asunto: Carlos Pacheco Ortiz

¹³⁴ Ibidem

¹³⁵ Tribunal Constitucional, Exp. N° 01279-2010-PHC/TC, Asunto: Antonio Yapuchura Cussi.

imputable al propio procesado; asimismo, la suspensión del plazo de prescripción en virtud de la Ley N° 26641 no resulta vulneratoria del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y, por tanto, resulta aplicable al caso. En tal virtud, es en aplicación de dicha suspensión del plazo de prescripción de la acción penal que el plazo extraordinario (10 años y 6 meses) aún no ha vencido, por lo que no se configura la vulneración del plazo razonable del proceso (debido proceso) y la amenaza a la libertad individual carece de justificación constitucional, por lo que la pretensión debe ser desestimada”.

4.8. LA CONTUMACIA, LA JURISDICCION SUPRANACIONAL Y LOS DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

Con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se inauguró el proceso de “humanización del derecho internacional”, produciéndose una espectacular revolución de las concepciones tradicionales de este derecho, lo que ha supuesto en muchos casos una redefinición del concepto de soberanía.

Pero a la par, también se entendió que no bastaba la adopción de instrumentos internacionales para cumplir con el propósito de proteger al ser humano de la despiadada estructura estatal; es por ello que juntamente a los derechos reconocidos por los citados instrumentos internacionales de carácter universal y regional, algunos de ellos han establecido órganos de supervisión de los derechos humanos, cuya principal función es la supervigilancia y promoción de los derechos humanos. A la vez se ha establecido mecanismos de petición individual que permiten a los individuos recurrir a estos órganos para plantear denuncias de violaciones a los derechos humanos de parte de los Estados miembros del Tratado.

Como señala ROSAS CASTAÑEDA¹³⁶, todas estas circunstancias hacen que los tratados sobre derechos humanos adquieran una naturaleza especial, que genera regímenes jurídicos también especiales en diversos ámbitos de aplicación tradicional de las normas internacionales, así la trasgresión de las normas contenidas en los tratados sobre derechos humanos no sólo genera responsabilidad internacional del trasgresor, sino que se establecen una serie de nuevas relaciones jurídicas, entre la víctima y el Estado, y entre el Estado y la sociedad, estas nuevas relaciones jurídicas obligacionales son fruto del especial régimen de las consecuencias jurídicas de la trasgresión a las normas de derechos humanos, sustancialmente diferente al régimen jurídico de la responsabilidad Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

La convención Americana no se limitó a reconocer derechos y garantías y obligaciones para los Estados sino que siguiendo el modelo adoptado por el convenio Europeo de Derechos Humanos, instituyó en el marco de la Organización de Estados Americanos, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano de naturaleza jurisdiccional con la función de garantizar el cabal cumplimiento de las disposiciones de la Convención. Para ello, la Corte IDH ha sido dotada de diversas facultades y atribuciones necesarias para desarrollar de forma efectiva sus funciones de protección y garantía de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de derechos Humanos.

La Corte se constituye como un órgano judicial de sistema interamericano, aunque con nexos con la Comisión Interamericana, compuesta por siete jueces, cuyo objetivo esencial representa la interpretación y aplicación de la Convención Americana referida y de sus dos protocolos adicionales: a) en

¹³⁶ ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio, “Obligación internacional del estado de judicializar los casos de violaciones a los derechos humanos: un análisis desde la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos”, En: <http://derechopenalonline.com/derecho.php?id=13.288.0.0.1.0>

materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o protocolo de San Salvador, y b) relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; y estos se completa con otros instrumentos que protegen los derechos humanos¹³⁷.

En un procedimiento contencioso, la Corte IDH debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. De otra parte, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hechos para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica.

Cabe precisar que los Estados no comparecen ante la Corte IDH como sujetos de un proceso penal, pues esta no impone penas a los culpables de violar los derechos humanos¹³⁸, ya que su función es proteger a las víctimas y determinar la reparación de los daños ocasionados por los estados sujetos a la responsabilidad internacional que se deriva de la violación¹³⁹.

En ese sentido, si después del trámite ante la Comisión IDH se resuelve promover una demanda ante la Corte IDH, la jurisprudencia que ésta emita deberá ser acatada por el Estado Parte, toda vez que la única limitante sería no haber aceptado la jurisdicción del Tribunal supraestatal al tiempo de incorporarse al sistema interamericano¹⁴⁰

¹³⁷ FERRER MAC GREGOR, Eduardo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos como interprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)

¹³⁸ Por ejemplo, se denunció al Estado peruano por el uso excesivo de la fuerza en la represión de un motín carcelario (El Frontón) que provocó la muerte de los reclusos. CIDH, Caso Durán y Ugarte vs. Perú, sentencia de 16 de agosto del 2000.

¹³⁹ ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, "Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno". En: NOGUEIRA ALCALA, Humberto, Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Noviembre del 2006, p. 337.

¹⁴⁰ ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, ob. Cit. p.338.

La Corte Penal Internacional

La creación de la Corte Penal Internacional de carácter permanente e independiente, es producto del consenso llevado a cabo en el seno de la comunidad internacional, como parte de la necesidad de garantizar la protección efectiva de la dignidad humana frente a actos de barbarie y de proscribir los más graves crímenes internacionales.

El artículo 29 del Estatuto de Roma consagra la imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional. De esta forma se le cierra la puerta en el Estatuto de Roma a todas aquellas personas que quieran esgrimir como defensa a su favor, el paso del tiempo; como el caso de Rudolph Eichmann, juzgado en Jerusalén, y otras personas vinculadas a procesos por estos crímenes, consistente en impedir la investigación, el juzgamiento y la condena por esos crímenes, como consecuencia de la extinción de la acción penal por prescripción.

Ahora, en nuestra legislación interna, esta medida plantea algunos problemas jurídicos que es necesario resolver: ¿qué sucede cuando una sentencia penal ha declarado la prescripción de la acción penal o de la pena por un crimen de competencia de la Corte y ésta pretende perseguir y sancionar a uno o varios nacionales por los mismos hechos? Al respecto, “el propio Estatuto de Roma delimita la competencia de la Corte Penal Internacional (principio de complementariedad, artículos 17 a 19) respecto de delitos de competencia de la justicia penal nacional no está dispuesta o no es capaz de perseguir el crimen que caiga en la esfera de su competencia (artículo 17). Por ello, cuando se ha declarado judicialmente la prescripción de la acción penal o de la sanción penal, salvo que se pruebe la intención de sustraer al acusado de su responsabilidad por crímenes de la competencia

de la Corte, no puede afirmarse que la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir el delito”¹⁴¹.

Se ha mencionado que se suspende el proceso penal cuando el procesado se encuentra sujeto a un procedimiento de extradición, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84° del Código Penal. En efecto, el procedimiento de extradición cumple con la condición de que “... el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento”¹⁴². El procedimiento de extradición es un hecho que incide de manera directa en la continuación del proceso penal.

La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

La Ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, a la vez que el estado auto limita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica.

Sin embargo, en el derecho internacional de los derechos humanos se ha establecido que los delitos denominados contra la humanidad, no prescriben. Existen diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que se expresan en ese sentido. El principal instrumento que regula esta figura es la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, conocida también como Convención de Viena, ratificada por el Perú el 11 de agosto del 2003.

¹⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578/02, de fecha 30 de julio del 2002, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴² Exp. N° 01271-2008-PHC/TC, Huaura, Asunto: José Enrique Crousillat López Torres.

Como refiere PEDRAZA¹⁴³, “una importante expresión del desarrollo del derecho internacional está contenido en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; convención que fue promovida bajo el convencimiento de que la represión efectiva de tales crímenes es un elemento importante para prevenir su comisión, así como consolidar la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Esta Convención, adoptada por la Asamblea General de las naciones Unidas en 1968 establece en el artículo I una relación taxativa de crímenes considerados como imprescriptibles. Señalando en primer lugar: a) los crímenes de guerra, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y b) los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de Genocidio, aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Precisar que el fundamento del interés por la imprescriptibilidad en el ordenamiento internacional, refiere PEDRAZA¹⁴⁴, “encuentre su origen en la preocupación que suscitaba en la opinión pública mundial la aplicación de las normas del derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad. Este tema comenzó a ser tratado después de la segunda guerra mundial, pues tal principio no fue contemplando en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, y que años más tarde fue objeto de estudio en el seno de las

¹⁴³ PEDRAZA, Wilfredo, “La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos”, En: MACEDO, Francisco (Coordinador), *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p.146.

¹⁴⁴ PEDRAZA, Wilfredo, ob. Cit. p.146.

Naciones Unidas y en el Consejo de Europa, lo que dio como resultado la Convención, y en un plano regional, la Convención del Consejo de Europa”

De esta forma, de acuerdo con la Convención, son imprescriptibles, cualquiera que sea su fecha en que se hayan cometido, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad cometido en tiempos de guerra y de paz, según la definición dada por el estatuto del tribunal Militar Internacional de Nuremberg, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en 1948 por la Convención para la Prevención y la sanción del delito de genocidio, aun si estos actos no constituyeran una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

En concordancia con la Convención, resulta pertinente citar la Resolución 3074 (XXVIII) de 1973¹⁴⁵, del 03 de diciembre de 1973, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 28° periodo de sesiones, donde establece “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”, señala que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que se la fecha en que se haya cometido serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas. Asimismo, se establece como principio que todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad; para tal fin los estados cooperarán bilateral o multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de Lesa Humanidad, y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin. En tal sentido, la aludida resolución 3074, también establece como principio que deben cumplir los

¹⁴⁵ Resolución 3074 (XXVIII) del 03 de diciembre de 1973, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 28° periodo de sesiones.

estados partes, que ellos deben prestarse mutua ayuda a los efectos de identificación, detención, y enjuiciamiento de los presuntos autores de tales crímenes, así como de castigarlos. Como una forma de coadyuvar a lograr estos objetivos, la citada resolución prohíbe que los estados partes concedan asilo a personas sobre quienes existen motivos fundados para considerar que han cometido un crimen contra la paz, un crimen contra la guerra o un crimen de lesa humanidad. De igual modo, los Estados partes no pueden adoptar disposiciones legislativas o de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

Otra importante norma expresión del desarrollo internacional, constituye el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que en su Artículo 29° dispuso que “los crímenes de la competencia de la Corte no prescriben”.

Como parte de esta idea, se ha desarrollado el denominado principio *aut dedere aut iudicare*, principio que se encuentra su fundamento en el deseo de romper la impunidad de los grandes criminales, que se plasma en la fórmula “juzgar o extraditar”; implica pues, el deber de los Estados de perseguir el delito i de extraditar al criminal. Este principio constituye una norma internacional de *ius cogens*¹⁴⁶

El tribunal constitucional y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad

Desde esta perspectiva, resulta relevante la sentencia del Tribunal Constitucional¹⁴⁷ dictada en el proceso de inconstitucionalidad contra el decreto Legislativo 1097. Los accionantes consideran que dicha norma es

¹⁴⁶ GARCIA ARAN Y LOPEZ GARRIDO (Coordinadores), *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Tirant lo Blanch, valencia, 2000, p.204.

¹⁴⁷ Exp. N° 0024-2010-PI/TC, Asunto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas, como el Decreto Legislativo N° 1097.

violatoria del principio-derecho a la igualdad, reconocido en el Artículo 2°, inciso 2, y en el primer párrafo del artículo 103° de la Constitución, y del mandato contenido en el artículo 2° de la Convención América sobre Derechos Humanos, al establecer un trato diferenciado en relación con la aplicación de la legislación procesal penal, en razón de las diferencias de las personas; pues, sólo son beneficiarios los policías y militares acusados de la violación de los derechos humanos, introduciéndose un trato discriminatorio bajo el criterio de la profesión u oficio, del tipo de delito por el que se es procesado y de la condición económica del imputado. Por su parte, la parte demandada – Poder Ejecutivo –, sostiene que con la dación del Decreto Legislativo N° 1097, no desconoce las obligaciones que devienen de la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, que la aplicación en el tiempo de la Convención de Viena sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, se rige por la declaración incluida en la Resolución Legislativa N° 27998, es decir, se aplica a los crímenes cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú. En suma, lo que se encuentra en discusión en esta sentencia, es si la reserva contenida en la Resolución Legislativa N° 27998, que ratifica la citada Convención de Viena, en los términos que ésta sólo se aplicaría a “los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú” – hechos posteriores al año 2003 -, afecta la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

En esta sentencia, el TC señala que dada la esencial ontología de los derechos humanos afectados por los crímenes de lesa humanidad, y las graves condiciones y circunstancias que caracterizan la realización de éstos, lleva a considerar que, en estos casos, la necesidad de la averiguación de la *verdad*, así como el procesamiento y posterior sanción de los responsables, constituye una norma de *ius cogens*, es decir, una norma imperativa de Derecho Internacional susceptible de aplicarse *erga omnes* y que no admite

pacto en contrario. Con relación con las normas *ius cogens*, el artículo 53° de la Convención de Viena establece que es nulo todo trato que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, entendiéndose como tal, una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Como parte de la argumentación sostenida por el TC, señala que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad como norma *ius cogens*, parte por admitir que el derecho a la verdad se convierte una obligación ineludible para los Estados cuando se incurre en un delito considerado lesa humanidad. De ahí que sea parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la verdad, el que los crímenes de lesa humanidad resulten imprescriptibles. En ese sentido, para el TC, la regla de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, y consecuentemente, el mandato de su persecución, con prescindencia de la fecha en que aquellos se hayan cometido, no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad (9 de noviembre de 2003), sino que surge la virtud de una norma imperativa de derecho internacional general que, como ha sostenido de Corte Interamericana, no nace de la referida Convención, sino que está reconocida en ella (Cfr. Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 225)¹⁴⁸.

En ese sentido, precisa el TC, los Estados no pueden sustraerse a esta obligación porque ello implicaría desconocer el contenido constitucional exigible del derecho fundamental a la verdad como manifestación implícita del principio –derecho a la dignidad humana (artículo 1), del derecho

¹⁴⁸ Exp. N. ° 0024-2010-PI/TC, FJ. 62

fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3) y del deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44), siendo además un valor encaminado a la garantía plena de los derechos fundamentales a la vida (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la integridad personal (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, de la Constitución) y la igualdad (artículo 2, inciso 2, de la Constitución), frente a sus muy graves violaciones¹⁴⁹.

Por último, el TC concluye que la declaración contenida en la Resolución Legislativa N° 27998, contraviene el objeto y fin de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, toda vez que este instrumento establece, en su artículo I, que los crímenes señalados “son imprescriptible, *cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*”. En consecuencia, la declaración del Estado peruano de limitar la regla de imprescriptibilidad para los casos posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Convención (9 de noviembre de 2003), supone además, interponer una reserva violatoria del derecho internacional que impide el esclarecimiento de crímenes de estas características que hayan tenido ocurrencia con fecha anterior al 9 de noviembre de 2003, deviniendo en un incumplimiento de sus obligaciones internacionales de investigar y sancionar a los responsables de estos crímenes¹⁵⁰

¹⁴⁹ Exp. N.º 0024-2010-PI/TC, FJ. 62

¹⁵⁰ Exp. N.º 0024-2010-PI/TC, FJ. 74.

CAPITULO V

LA CONTUMACIA COMO SUPUESTO DE SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

5.1. CONTRADICCIÓN TERMINOLÓGICA: INTERRUPCIÓN O SUSPENSIÓN.

El Código Penal establece causas que tiene por efecto interrumpir o suspender el plazo de prescripción de la acción penal. En el caso de la interrupción, una vez que se ha paralizado, el plazo vuelve a contabilizarse; es decir, esta figura hace que empiece a correr un nuevo plazo el día en que se interrumpe. Cabe la interrupción repetida de la prescripción se encuentran reguladas en el artículo 83° del Código Penal y son los siguientes: a) las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales; b) la comisión de un nuevo delito doloso. “Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción” (párrafo *in fine* del Art. 83° del C.P).

En cambio, la suspensión sólo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando. El art. 84| del Código Penal señala en forma expresa la causa por la cual se suspende la prescripción: “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”. Cabe señalar que de acuerdo con el Resolutivo 2 del Fallo del Expediente N° 0026-2006-PI-TC, publicado el 18 de marzo 2007, se declara que el presente artículo es la norma aplicable para el caso de los Congresistas protegidos por la inmunidad de proceso.

5.2. LA LEY DE CONTUMACIA Y SUS FUNDAMENTACIÓN BASADA EN RAZONES DE POLITICA CRIMINAL.

Una de las primeras definiciones de Política Criminal (siglo XIX), refiere Iñaki Rivera, la ofrece Kleinschord, cuando señala que es el “arte legislativo”, diferenciándolo del Derecho Penal. De esta forma, la política criminal es el reconocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el

Derecho Natural de sus súbditos. Es por eso que Jiménez de Asúa sitúe en aquel primigenio momento la posibilidad de integrar, en un sistema, al “Derecho criminal y a la política criminal”¹⁵¹.

Se considera a Franz Von Liszt, como el auténtico iniciador desde el punto de vista científico, de la disciplina político-criminal. Para este autor alema, esta disciplina es concebida “...como el contenido sistemático de principios - garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena – según las cuales el Estado ha de emprender la lucha contra el crimen, por medio de la pena y de sus institutos penales”¹⁵².

Para Zaffaroni¹⁵³, por “Política criminal se entiende una Escuela que aspiró a entender que la Política criminal era la acción del Estado contra el crimen, conforme a los resultados de la investigación criminológica entendida como ciencia empírica (...). Si sabemos cuáles son las acciones socialmente dañosas (antijuricidad material) y la criminología nos indica los medios de atacarlas y prevenirlas, el derecho penal tiene por función instrumentar jurídicamente esa prevención”.

Pero en líneas generales, por política criminal se entiende como el arte de legislar con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito, convirtiéndose así esta disciplina en un capítulo de la política general del Estado. Pero en el combate contra la delincuencia, dicha lucha está subordinada al principio de legalidad y de seguridad jurídica de que parte toda la política penal del Estado. Bajos estos principios no se puede absolutizar ninguna lucha contra el delito.

En efecto, diversos autores confluyen en que la Política Criminal es el conjunto de medidas d las que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad (delito-delincuente) y la criminalización (pena y función rre-

¹⁵¹ RIVERA BEIRAS, Iñaki, ALMEDA, Elizabeth, *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 24-25.

¹⁵² Citado por RIVERA BEIRAS, Iñaki, ALMEDA, Elizabeth, ob. Cit.p. 25

¹⁵³ Citado por RIVERA BEIRAS, Iñaki, ALMEDA, Elizabeth, ob. Cit.p. 33.

socializadora); especialmente en su prevención, represión y control; teniendo en cuenta que la política criminal puede ser vista como acto de control social y solución de conflictos, dirigida hacia las acciones humanas consideradas violentas o nocivas las cuales entorpecen el desarrollo armónico de una sociedad en un país determinado.

Por eso se afirma que dependiendo del tipo de Estado se determina la Política criminal y su impacto en la sociedad puesto que define los procesos criminales y por tanto dirige y organiza el sistema social en relación al fenómeno criminal.

Características generales de la Política Criminal

- Parte del mundo real, por consiguiente para su estudio se utilizan metodologías y técnicas del estudio de los fenómenos sociales.
- Entiende la complejidad de la sociedad en donde se va a actuar, utilizando los conocimientos de muchas ciencias (multidisciplina) y entrelazándolos (interdisciplina) para lograr acercamiento a la realidad del entorno.
- Permite el diseño de estrategias y acciones que se plasman en programas concretos para solucionar la demanda de seguridad.
- Tiene como objetivos la prevención y lucha contra la delincuencia.
- Su construcción es responsabilidad del Estado.

5.3. LA PRESCRIPCIÓN FRENTE A LA DECLARACIÓN DE CONTUMACIA.

La prescripción penal se configura legalmente como una causa de extinción de la responsabilidad criminal, por expresa renuncia del legislador, en aras de proteger una serie de garantías e intereses político-criminales, que impide al Estado el ejercicio del *ius puniendi*. Una vez alcanzada la prescripción, no es posible ya reacción penal alguna frente al injusto cometido, en la medida que se veta a partir de dicho momento toda posibilidad de valorar jurídicamente penalmente los hechos, de atribuir responsabilidad criminal por los mismos, y

en definitiva de imponer y/o ejecutar la pena o la medida de seguridad correspondiente¹⁵⁴.

El Tribunal Constitucional peruano¹⁵⁵ ha establecido que la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y desde la óptica penal es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius punendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Asimismo ha señalado que la prescripción de la acción penal goza de relevancia constitucional, en tanto se encuentra vinculada al contenido del plazo razonable del proceso.

Por esta última razón, el Tribunal Constitucional¹⁵⁶ ha señalado que la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la Ley N° 26641, en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum* resulta vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y, en tal sentido, inconstitucional su aplicación; dado que la prosecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría, a todas luces, inconstitucionalidad, pues el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito. Sin embargo, el TC¹⁵⁷ también ha precisado que cuando la dilación es atribuible a la propia actividad del procesado o acusado, dilatando injustificadamente la duración del proceso penal llevado en su contra, entonces no se configura la vulneración del plazo razonable del proceso.

A todo ello, consideramos que el Tribunal Constitucional peruano, por salvar la figura de la contumacia tal como se encuentra regulada en la Ley N° 26641, ha incurrido en una flagrante contradicción, vulnerado el artículo 84° del Código Penal.

¹⁵⁴ GONZALES TAPIA, María Isabel, OB. Cit. p. 27-28

¹⁵⁵ STC 03711-2011-PHC/TC, idem

¹⁵⁶ STC 14959-2008-PHC/TC

¹⁵⁷ STC 03711-2011-PHC/TC

La figura de la Contumacia no puede ser contenida en la institución de la Suspensión de la Prescripción, regulada en el artículo 84° del Código Penal. Este artículo señala expresamente que “si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”, quiere decir que la suspensión del proceso penal no se encuentra relacionado con la conducta – rebelde – del procesado, sino con la tramitación de otro procedimiento – sea judicial o administrativo -, que va a incidir en el comienzo o la continuación del proceso penal. Como vemos, dos figuras totalmente diferentes que no pueden ser asimiladas.

Para el Tribunal Constitucional peruano, esta contradicción resulta irrelevante y más bien ha intentado rescatar esta figura de la contumacia regulada en la Ley N° 26641, interpretando que resultaría legal y legítima que el juez una vez declarada la contumacia, también suspenda el plazo de prescripción de la acción penal. Y que en todo caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum*, a menos que la dilación sea atribuible a la propia actividad del proceso o acusado.

Siguiendo la interpretación del Tribunal Constitucional, tenemos que si el reo fue declarado contumaz, y aun cuando haya vencido el plazo ordinario y extraordinario de prescripción (Art. 80° y 83° párrafo *in fine* del C.P.), si la dilación del proceso es atribuible a su propia conducta rebelde, antes que a la inacción de la Administración de Justicia, entonces, no podría afirmar que la suspensión del plazo de prescripción realizada en virtud de la Ley N° 26641, no resulta vulneratoria del derecho a ser juzgado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas.

Sin embargo, este último supuesto tampoco podría mantenerse *ad infinitum* (suspensión del plazo de prescripción en merito a la Ley N° 26641, por causas atribuibles al procesado), dado que de acuerdo con lo previsto en el artículo 80° del Código Penal, “la prescripción no será mayor a veinte años, y tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue

la acción penal a los treinta años”. Lo que quiere decir que el proceso al reo declarado contumaz a quien se le ha suspendido el plazo de prescripción en virtud de la Ley N° 26641, necesariamente tendría que prescribir a los 20 años; y a los 30 años, tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua. En caso contrario, es decir, si no se aplica el citado artículo 80° del Código Penal, y el proceso no prescribe, se estaría equiparando a los delitos comunes con los delitos de lesa humanidad; algo que sería inaceptable y vulneraría flagrantemente la garantía fundamental de la prescripción.

5.4. LA CONTUMACIA BAJO LOS ALCANCES DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 125.

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no regulo la figura del reo contumaz, siendo subsanado esta omisión con la dación del Decreto Legislativo N° 125 (Normas sobre Ausencia y Contumacia), donde se calificó como *contumaz* a cualquier persona comprendida en los siguientes supuestos (Artículo 3° de la citada Ley):

- d) Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehúye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamiento que le fueran hechos por el Juez o el tribunal;
- e) Al que se encuentra con libertad provisional o vigilada e incurre en las actitudes descritas anteriormente;
- f) Al que estando detenido en las dependencias policiales o en un centro de reclusión se fugue para evitar la acción judicial.

Nuestra legislación penal, a diferencia de la legislación colombiana, por ejemplo, no realiza el juzgamiento, si el procesado no se encuentra presente.

Quiere decir que la audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor.

Claro que la inasistencia del contumaz no impedirá en ningún caso la iniciación del Juicio Oral, cuando haya reos en cárcel o libres presentes. Si fuera aprehendido o se hiciera presente después de la iniciación del juicio y antes de la sentencia, será examinado y se podrán actuar las diligencias compatibles con el estado de la causa, volviéndose a escuchar al Ministerio Público si es que se hubiera producido la requisitoria oral”.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Legislativo 125, cuando la contumacia se produzca en el periodo de instrucción de un procedimiento ordinario, se procederá de acuerdo a los artículos 205° y 206° del Código de Procedimientos Penales. Y en los casos de trámite sumario, el juez puede expedir sentencia con las limitaciones que se señalan para el juzgamiento de los ausentes, no pudiendo expedir, en ningún caso, fallo condenatorio contra tales encausados.

Cabe precisar que conforme al Acuerdo Plenario N° 5-2006, del 3 de octubre del 2006 de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte suprema de Justicia, en **Fundamento** 12 ha apuntado que los presupuestos materiales de la declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento son:

- a) Que el acusado presente, con domicilio conocido o legal, sea emplazado debida o correctamente con la citación a juicio (se entiende que si el propio emplazado proporciona un domicilio falso, ellos acredita su intención de eludir la acción de la justicia y justifica la declaración como reo contumaz, tal como ha sido ratificado por el TC en la sentencia número 4834-2005-HC/TC del 08-08-2005¹⁵⁸);

¹⁵⁸ En efecto, el TC señala “... al disponer el *a quo* que se recabe el dicho de la demandante, la jueza constitucional del Cuadragésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima se constituyó al domicilio real señalado en autos, dejando constancia mediante acta (fojas 41) que la actora, tanto en la demanda de hábeas corpus (fojas 1) como en su declaración instructiva (fojas 23) en

- b) Que la indicada resolución judicial, presupuesto de la declaración de contumacia, incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada; y,
- c) Que el acusado persista en la incomparecencia al acto oral, en cuyo caso se hará efectivo el apercibimiento previamente decretado, esto es, la emisión del auto de declaración de contumacia, y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes.

En consecuencia, la declaración de reo contumaz no constituye una facultad discrecional de la Sala Penal Superior, sino que está sometida a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente. En tal sentido, es imprescindible el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego una segunda citación y de persistir en la incomparecencia voluntaria recién se dictará el auto de contumacia y se procederá conforme al artículo 319° del Código de Procedimientos Penales¹⁵⁹, es decir, aun cuando el Fiscal formule acusación contra el procesado declarado contumaz, el Tribunal no podrá continuar con el juicio y “reservará el proceso hasta que el acusado sea habido”.

Asimismo, de acuerdo al citado Acuerdo Plenario N° 5-2006, un Juez recusado o con pedido de inhibición del Ministerio Público, una vez que se acepta iniciar el trámite respectivo, ni puede dictar una medida limitativa de la libertad como consecuencia de un auto de contumacia al margen de las normas que regulan la recusación y la inhibición o excusa de magistrados.

la causa penal que se le sigue, ha señalado domicilio real en una dirección en que se corroboró que no domicilia, siendo el supuesto domicilio real un establecimiento comercial (la encargada del establecimiento comercial ubicado en ese inmueble indicó que ahí sólo se reciben las notificaciones de la actora, precisando, además que la actora no domicilia en dicho lugar), lo que corrobora su intención de eludir la acción de la justicia y justifica su declaración como reo contumaz”.

¹⁵⁹ Artículo 319.-

Recibidos los autos contra el reo por el Tribunal, pasarán al Fiscal, y este formulará la acusación.

El Tribunal, después de renovar las órdenes para su captura y mandarlo llamar por edictos que expresen los delitos que le son imputados por la acusación fiscal, reservará el proceso hasta que el acusado sea habido” (subrayado nuestro)

5.5. LA CONTUMACIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

La contumacia se encuentra regulada en el artículo 79° del NCPP del 2004. Así, el artículo 79°.1 establece que el juez declarará *contumaz* al imputado cuando:

- a) de lo actuado aparezca evidente que, no obstante tener conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales;
- b) fugue del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso;
- c) no obedezca, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión; y,
- d) se ausente, sin autorización del Fiscal o del Juez, del lugar de su residencia o del asignado para residir.

De otro lado, declarará *ausente* al imputado cuando se ignora su paradero y no aparezca de autos evidencia que estuviera conociendo del proceso (Art. 79°.2)

El auto que declara la contumacia o ausencia ordenará la conducción compulsiva del imputado y dispondrá se le nombre Defensor de oficio o al propuesto por un familiar suyo (Art. 79° 3). Además, se precisa que la declaración de contumacia o ausencia *no suspende* la Investigación Preparatoria ni la Etapa Intermedia respecto a los demás imputados (Art. 79° 4). Si la declaración de ausencia o contumacia se produce durante el juicio oral, el proceso debe archivar provisionalmente respecto de aquél. En todo caso, el contumaz o ausente puede ser absuelto pero no condenado (Art. 79° 5.).

Ahora, de lo mencionado se advierte que la norma procesal no le ha otorgado a la declaración judicial de contumacia o ausencia del imputado, la fuerza de interrumpir o suspender el plazo de prescripción de la acción penal. En el mismo sentido, los artículos 83° y 84° del Código Penal tampoco han considerado a los actos procesales de contumacia o ausencia del imputado

como causas de interrupción o suspensión del plazo de prescripción. Entonces, queda suficientemente claro que el legislador en el diseño actual de la política criminal estatal ha regulado las causales de suspensión e interrupción de la prescripción completamente al margen del comportamiento (positivo o negativo de sujeción) que tenga el imputado en el proceso penal por iniciarse o ya iniciado en su contra¹⁶⁰.

La ley N° 26641 no resulta aplicable en los procesos penales reformados al sistema acusatorio con tendencia adversarial (bajos las reglas del NCPP del 2004); resolviéndose el aparente conflicto temporal en la sucesión de normas sobre los efectos de la contumacia, al aplicar los principios de posterioridad, especificidad y favorabilidad, en el sentido de privilegiar la regulación del CPP del 2004, específicamente del artículo 79°.4, antes señalado.

En efecto, el Tribunal Constitucional¹⁶¹ ha desarrollado los siguientes principios para la resolución de las antinomias como la que ahora nos ocupa:

- **Principio de posterioridad:** esta regla dispone que una norma anterior en el tiempo queda otorgada por la expedición de otra con fecha posterior. Ello presume que cuando dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la de anterior vigencia en el tiempo. Dicho concepto se sustenta en el artículo 103° de la Constitución y en el artículo 1° del Título Preliminar del Código Civil.

- **Principio de especialidad:** Esta regla dispone que un precepto de contenido especial prima sobre el de mero criterio general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima está en su campo específico. Este criterio surge

¹⁶⁰ Sentencia del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, Exp. N° 4430-2008-19 de fecha 01-08-2009.

¹⁶¹ STC Exp. N° 47-2004-AI/TC del 24/04/2010, caso Gobierno Regional de San Martín

de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8) del artículo 139° de la Constitución y en el artículo 8° del Título Preliminar del Código Civil, que dan fuerza de ley a los principios generales del derecho en los casos de lagunas normativas.

- **Principio de favorabilidad:** Es una regla solo aplicable a materias de carácter penal, y supone aplicar la norma que más favorezca al reo. Este criterio surge de lo dispuesto en el artículo 103° de la Constitución [FJ. 54].

En consecuencia, la declaratoria judicial de contumacia en el actual proceso penal común no constituye una causa legal de suspensión o interrupción del plazo de prescripción de la acción penal, habiendo operado la derogación tácita del artículo 1° de la Ley 26641, conforme al artículo I del Título Preliminar del Código Civil, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior¹⁶².

5.6. ANALISIS DE LA LEY DE CONTUMACIA – LEY N° 26641.

a) Contenido político de la ley de contumacia.

Como se ha podido apreciar, ni el Decreto Legislativo 125, ni el artículo 79° del Nuevo Código Procesal Penal, contemplan esta figura de la contumacia como un supuesto de suspensión. Sin embargo, como bien apunta Jaime Coaguila¹⁶³, la controversia surgió con la dación de la Ley 26641, del 26 de junio de 1996, durante el segundo gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, a través de la cual se estableció que:

¹⁶² Sentencia del Tercer juzgado Penal de investigación Preparatoria de Trujillo, Exp. N° 4430-2008-19, de fecha 01-08-2009.

¹⁶³ COAGUILA VALDIVIA, Jaime, “JEAN VALJEAN, REO CONTUMAZ: La suspensión de los plazos de prescripción en el proceso penal peruano a partir de la novela ‘les misérables’ de Víctor Hugo”. En: revista Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, N° 170, Enero, 2008, pp. 385-397

“Interpretase por la vía autentica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptivos, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción”.

Asimismo, y como si eso fuera poco, en la misma Ley se agregó la tipificación del delito de Contumacia sancionado con la misma pena privativa de libertad a recaer por el delito originario por el que se le procesa, esta norma notoriamente inconstitucional ha merecido reiteradas críticas de parte del foro jurídico y diversos pronunciamientos judiciales; en atención a que constituía un intento absurdo de criminalizar dos veces un mismo hecho delictivo, por el delito en relación al cual es sindicado el autor y por la comisión del delito de contumacia.

En efecto, Roy Freyre¹⁶⁴, cataloga de infeliz la decisión del legislador peruano de constituir a la contumacia en un delito, además de sancionarlo con una penalidad movable, incierta, únicamente aludida, pero no determinada. Al no haber un precedente similar en la legislación y doctrina antigua o moderna, nacional o extranjera, es válida la sospecha de que su criminalización es absolutamente arbitraria.

Muchos autores¹⁶⁵ consideran que esta ley fue una expresión puramente política y dada con nombre propio. Alonso PEÑA CABRERA¹⁶⁶, señala que la dación de la Ley N° 26641, “es expresión de la politización del derecho penal, al utilizar el legislador esta parcela del ordenamiento jurídico a fin de transmitir efectos puramente cognitivos ante los electores, transmitiendo un mensaje de un combate frontal y sin treguas a la

¹⁶⁴ ROY FREYRE, Luis, ob. Cit.p.104-105

¹⁶⁵ Dentro de esta posición se encuentran, entre otros, Alonso PEÑA CABRERA FREYRE; Jaime COAGUILA VALDIVIA.

¹⁶⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, ob. Cit. p.1120

corrupción; formulándose convenciones penales con nombre propio, político-criminalmente dirigidas a reprimir a los opositores políticos para sacarlos de la contienda política. (...) propiciando un margen de irrazonabilidad y de ilegitimidad, ante un derecho penal del acto consagrado en el Corpus Punitivo de 1991”.

Constituyó una de las varias rupturas de la legalidad, señala Jaime Coaguila¹⁶⁷, que se perpetraron la década pasada durante el “*fujimorato*” y cuyo propósito en este caso estaba destinado a proscribir jurídicamente al dos veces mandatario Alan García Pérez del escenario político y casualmente legitimó su renuencia a presentarse a los tribunales peruanos para rendir cuentas respecto de los delitos que se le atribuían; porque solamente en el Perú se había cometido el despropósito de convertir la contumacia en un delito. Es interesante además comprender que la Ley de Contumacia expresaba jurídicamente un estilo de gobierno caracterizado por la transgresión sistemática de la legalidad y un afán esquizofrénico por su reinstalación a pesar de la subsecuente crisis de legitimidad social, la consecuencia directa de esta política ambivalente se refleja en la práctica contradictoria de los tribunales en materia de contumacia y está lejos de solucionarse aún con la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal.

Más aun, el hecho que el legislador haya establecido en el artículo 3° de la Ley N° 26641, que los artículos 1 y 2 son aplicables a los procesos en trámite, aplicando de esta forma la ley de contumacia en forma retroactiva sobre las relaciones jurídicas preexistentes (*tempus regit actum*), se presenta como un elemento más que permite inferir su contenido político, antes que jurídico, y sobretodo, lo arbitrario de su contenido.

¹⁶⁷ COAGUILA VALDIVIA, Jaime, ob. Cit. p.389-390.

En efecto, en su momento, la Comisión Interamericana de derechos Humanos en el Informe N° 83/00 que resuelve el Caso 11.688, Alan García Pérez vs. Perú, del 19 de octubre de 2000, ha establecido que¹⁶⁸.

“(…) El principio de retroactividad de la Ley penal permisiva o favorable en materia penal, y a *contrario sensu*, la garantía de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca por igual tanto a los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo. Esa extensión de la denominada garantía contra leyes *ex post* en materia procesal penal, que actualmente se predica en el sistema procesal moderno, ha sido el producto de la evolución del derecho Penal y Procesal Penal” (Párrafo 46).

En ese sentido con fecha 18 de enero del 2001, el Tribunal Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, aceptó las recomendaciones de la comisión Interamericana de derechos Humanos, y declaró nulas las resoluciones que habían declarado como contumaz al ex Presidente Alan García, inaplicable la ley de Contumacia y, por tanto, prescritos los procesos que se le seguía por presunta corrupción en el caso del BCCI y el tren eléctrico de Lima.

5.7. LA CONTUMACIA Y SU RELACION CON EL CÓDIGO PENAL.

A la figura de la contumacia se le ha pretendido vincular con lo regulado en el artículo 84 del Código Penal, que establece:

Artículo 84.- Suspensión de la prescripción

¹⁶⁸ ORÉ GUARDIA, Arsenio, “Problemas de aplicación de las medidas de coerción personal en el proceso penal peruano”, gaceta del tribunal Constitucional, N° 2, abril –junio 2006, p.9. Asimismo, CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado”.

En: <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Benef-Penit.pdf>

Si el comienzo o la continuación del proceso penal dependen de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.

El Artículo comentado señala en forma expresa la causa por la cual se suspende la prescripción: “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento...”; con ello, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando.

Pero, como se ha observado, la suspensión de la prescripción es incompatible con la figura de la contumacia, figuras disímiles que no tienen ninguna relación. La figura de la contumacia de acuerdo al artículo 84° del CP, no puede ser comprendida como un supuesto de suspensión de la prescripción, porque la contumacia alude a una situación de rebeldía y desprecio a la ley y/o justicia; mientras que la suspensión de la prescripción y la consiguiente continuación del proceso penal, se encuentra relacionado con la tramitación de otro procedimiento.

CAPITULO V

CASUÍSTICA

6.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP. N° 7451-2005-PHC/TC, CASO: FRANKLIN MACEDONIO ALCANTARA MUÑOZ

CASO:

El demandante Franklin Macedonio Alcántara Muñoz, con fecha 22 de julio de 2005, interpone demanda de hábeas corpus contra la Jueza del Quinto Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima, por haber dictado orden de captura en su contra, solicitando que se dejen sin efecto tanto la resolución que lo declara reo contumaz como el oficio remitido por la Policía Judicial, por el que se ordena su ubicación y captura.

El accionante argumenta que el recurrente viene siendo instruido ante el Juzgado antes mencionado (Exp. N.º 13880-98), por la presunta comisión del delito de falsedad ideológica y que el plazo previsto en el segundo párrafo del artículo 83º del Código Penal debe ser entendido como un plazo ordinario de prescripción con lo cual, habiendo transcurrido seis años y siete meses a partir de la última diligencia practicada por el recurrente, ha operado la prescripción de la acción penal. Es deber del juez resolver esta prescripción de oficio; sin embargo, se ha dictado una ilegal orden de captura contra el recurrente, a pesar de que éste ha solicitado por escrito que se declare prescrita la acción penal.

FUNDAMENTOS DEL TC:

El Tribunal Constitucional señala que el fundamento constitucional de la prescripción se encuentra tanto en el último párrafo del artículo 41º, como en el artículo 139º, inciso 13, de la Constitución. El primero prevé que “el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”; el segundo, que “la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”. Bajo el canon interpretativo de estas dos disposiciones constitucionales alusivas a la prescripción, se puede señalar que, en general, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo

sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de esta. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado. (F.J. 4)

Asimismo, el TC señala que en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora (fundamento material), a la vez que el Estado autolimita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica. En concordancia con la Constitución, el Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. Así, la ley considera varias razones que permiten extinguir la acción penal en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva: pueden ser causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía) (F.J. 5).

En tal sentido, de acuerdo a lo señalado anteriormente, el TC concluye refiriendo que resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesales, vinculados al derecho fundamental al debido proceso, que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando ésta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos.

En cuanto a los plazos de prescripción, el TC señala que el Artículo 80º 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 correspondiente al delito más grave. En ningún caso la prescripción será mayor a veinte años. Tratándose de delitos con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los treinta años". Se desprende entonces que el Código Sustantivo, en el caso de la prescripción de la pena, prevé plazos más dilatados y condiciones más severas.

En el presente caso, el TC hace la salvedad que si bien no le corresponde resolver cuestiones de mera legalidad, cabe un pronunciamiento sobre las normas relativas a la prescripción de la acción penal, en la medida que puede incidir en la tutela del derecho fundamental a la libertad personal del demandante. Más aún cuando es factible que se vulnere este derecho si se inicia un proceso penal contra una persona por un delito que ya no resulta perseguible penalmente.

En ese sentido, precisa el TC que existen causas establecidas en la ley que tienen por efecto interrumpir o suspender el plazo de prescripción de la acción penal. La interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que producida la interrupción el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión sólo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando. Las causales de interrupción del plazo de la prescripción se encuentran reguladas en el artículo 83º del Código Penal y son las siguientes: a) las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales; b) la comisión de un nuevo delito doloso.

Ahora, el TC señala que tratándose de reos contumaces, los plazos de prescripción se interrumpen si es que existen evidencias irrefutables de que el acusado rehúye del proceso y hasta que se ponga a derecho, debiendo el juez declarar dicha suspensión de conformidad con el artículo 1º de la Ley

N.º 26641, que establece que: “Interpretase por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción”. En el caso de autos, la resolución judicial de fecha 22 de enero de 2004 (a fojas 34), declaró al demandante reo contumaz, situación que no ha variado según se aprecia de la resolución judicial dictada por la Segunda Sala Especializada Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima (a fojas 55), de fecha 25 de enero de 2005. Por lo tanto y de acuerdo con lo señalado, este Colegiado considera que no existe vulneración del derecho fundamental a la libertad personal alegado por el demandante.

Análisis:

En principio, señalar que en el presente caso, el TC hace la salvedad que si bien no le corresponde resolver cuestiones de mera legalidad, cabe un pronunciamiento sobre las normas relativas a la prescripción de la acción penal, en la medida que puede incidir en la tutela del derecho fundamental a la libertad personal del demandante.

Esta sentencia expresa aún la inicial posición del TC en cuanto a la contumacia, según el texto de la Ley N.º 26641; es decir mantiene su parecer que la Ley N.º 26641 es legítima y de ningún modo vulnera principios y garantías constitucionales. Pero su razonamiento es contradictorio porque de un lado señala que la Constitución y el Código Penal, reconocen la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal (párrafo 5), que es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ésta

(párrafo 4); e incluso, tratando de dar un fundamento razonable y garantista, agrega que una norma fundamental inspiraba en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, a la vez que el Estado autolimita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica (párrafo 5). Pero de otro lado, mantiene acríticamente la misma posición que aquellos que defienden la legitimidad de la aplicación de la Ley N° 26641; porque lo que hace el TC es definir lo que es la prescripción, acercarse a su naturaleza jurídica, pero jamás entra a discutir realmente si suspender el plazo de prescripción se contradice con la definición de prescripción que esboza en un principio.

De otro lado, aún sin tener claros los contornos que inspiran la naturaleza jurídica de la prescripción (procesal o material), se adhiere a una fundamentación material de la misma, al señalar que la prescripción penal supone “... una renuncia del estado al *ius puniendi* en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción..” (Párrafo 4). Asimismo, redundando en la naturaleza material de la prescripción, agrega que “...la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora...”, y que “...pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente...”, consagrando de esta forma, el principio de seguridad jurídica (párrafo 5).

Pero si reparamos en los que el TC intenta decir, vemos que en primer lugar, no hay una posición definida de cuál es la naturaleza jurídica de la prescripción, y como no se define, obviamente, el resultado no es menos que desastroso, porque tampoco puede ofrecer un análisis crítico coherente de la Ley N° 26641; en segundo lugar, el TC no logra encontrar la relación entre la naturaleza jurídica de la prescripción y lo inconstitucional que puede significar suspender el plazo de prescripción conforme dispone la Ley N°

26641. En suma, el TC no logra superar su posición acrítica, y por ende, su discurso es insuficiente e incoherente.

6.2. SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EXP. N° A.V.45-2003, DE 26 DE JULIO DEL 2006, CASO: ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

CASO:

La Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado solicitó se declare suspensión del plazo de prescripción de la acción penal incoada contra el encausado Alberto Fujimori Fujimori a partir de la resolución que lo declaró reo contumaz (15-04-2004), en virtud a que el artículo 1° de la Ley N° 26641, que dispone la declaración de contumacia importa además la suspensión del plazo de prescripción.

Ante ello, la defensa del imputado Alberto Fujimori Fujimori, sostuvo que el requerimiento de la Procuraduría era improcedente porque la norma en cuestión vulnera los principios constitucionales de presunción de inocencia, prohibición de indefensión y derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, que son el fundamento constitucional de la prescripción; agregó que si bien la institución de la contumacia no infringe ninguna garantía fundamental, su ámbito de actuación no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona, que es lo que ocurriría si se aplica el artículo 1° de la ley antes citada, puesto que como está reconocido al imputado, incluso ausentarse del proceso o rehuir del mismo – que es una manifestación del derecho de defensa – el ejercicio del indicado derecho, a su vez, no puede lesionarlo impidiendo la prescripción, lo que además atentaría contra el derecho a un proceso rápido al instituir un proceso sin límites de tiempo.

Fundamentos de la sala:

La sala aduce que si bien el Código Penal vigente ha previsto la prescripción de la acción penal, en tanto exclusión de la pena a imponer por el paso del

tiempo, institución que es imprescindible desde una perspectiva material de necesidad de pena, porque por el transcurso del tiempo se percibe que la sanción de un hecho punible es parte del pasado e innecesaria para el mantenimiento del orden social presente; también es cierto que desde el Derecho Internacional Penal se reconoce la imprescriptibilidad de determinados delitos de una gravedad traumática: genocidio y otros gravísimos atentados contra los derechos humanos, alternativa que también se justifica – asumiendo el fundamento de la necesidad de pena o, mejor dicho, de la ausencia de necesidad de pena – en que “... dada la gravedad de determinadas conductas , la intolerabilidad social no experimenta esa aminoración producto de paso del tiempo y su comisión no se beneficia de ese proceso social de superación, al tratarse de hechos que no pierden su relevancia en la configuración de la vida social del presente y respecto de los cuales, por tanto, debe seguir estimándose necesaria y justificada la pena.

En ese sentido, nuestro ordenamiento penal ha incorporado dos instituciones jurídicas que tiene a impedir la prescripción de la acción penal o de la infracción penal: la interrupción y la suspensión. Por medio de estas figuras, se instituyen mecanismos de prolongación de los plazos de prescripción a partir de las actuaciones procesales, en cuya virtud extienden el tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho punible; lo cual tiene su fundamento en que por esa vía se articula un instrumento con el que cuentan los órganos judiciales para poner de manifiesto que aún vislumbran posibilidad de éxito en la investigación y juzgamiento de un presunto delito, lo que por lo demás en nada afecta el sustento esencial del instituto de la prescripción: la necesidad de pena y las posibilidades razonables que deben reconocerse a los órganos persecutor y jurisdiccional para el esclarecimiento y, en su caso, el enjuiciamiento y castigo de los presuntos culpables. En el caso objeto de análisis se está ante una situación muy concreta que depende de un procedimiento de extradición en curso que está siguiendo sus trámites regulares en sede extranjera; en consonancia con lo anteriormente expuesto,

un supuesto absolutamente legítimo de prolongar el plazo de prescripción es la fuga o alejamiento del imputado, tal como se prevé en la norma cuestionada, que a mayor abundamiento se trata de un factor externo a la actividad persecutora del Estado sólo atribuible a él.

Ahora, sobre las supuestas garantías y principios vulnerados, la Sala señala que el derecho de defensa actúa para evitar, entre otros supuestos, acusaciones sorpresivas frente a las que el acusado no se ha podido defender, en tanto en cuanto no se le ha dado la oportunidad para hacerlo – lo que no es de recibo frente a quien voluntariamente se apartó de la persecución penal e incurrió en un supuesto de contumacia -; que, de igual manera, respecto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es de tener en cuenta que lo esencial es lo indebido del retraso - es un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, vinculando en su esencia a la responsabilidad del órgano jurisdiccional en la conducción del proceso-, y que en el presente caso, el tiempo que está demorando el proceso se relaciona causalmente, como factor preponderante, con la actitud del imputado al no colaborar con el correcto desarrollo del proceso.

Asimismo, desde otra perspectiva, la Sala enfatiza que la norma cuestionada tampoco vulnera los principios constitucionales de proporcionalidad y de igualdad; pues, la incorporación de un supuesto de prolongación del plazo de prescripción no sólo no conspira contra la naturaleza de la prescripción – tal como ha sido expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes – sino que, al estar referida a una conducta procesal del imputado, de alejarse o evadirse de la acción de la justicia, configura un supuesto claro y específico de una actuación de relevancia procesal que impide la prosecución normal de la causa, cuya sustanciación implica a su vez la exigencia de dotar a la justicia de instrumentos necesarios para la sanción de conductas penalmente antijurídicas que reflejan la actualidad y necesidad del esclarecimiento y eventual sanción; que, en tal virtud, la causal de prolongación del plazo de prescripción por contumacia del imputado – la norma, por lo demás, tiene un carácter general y sobre un supuesto objetivo y preestablecido: la

contumacia, fija determinados efectos igualmente generales-, en modo alguno constituye una causal arbitraria, sin fundamento razonable, que distorsione gravemente el esclarecimiento de infracciones penales y el posible castigo de los autores o partícipes en su comisión, así como tampoco introduce una diferenciación arbitraria, no objetiva, entre imputados presentes y contumaces. Una prueba de ellos, es que se dictó esta ley de contumacia con el ex Presidente Alberto Fujimori, para evitar que los delitos cometidos por el ex Presidente Alan García queden impunes, pero finalmente se terminó aplicando al propio dador de la norma.

En consecuencia, una vez dilucidada la legitimidad constitucional del artículo 1° de la ley N° 26641, por la Sala, en cuanto introduce como una causal de prolongación del plazo de prescripción la declaración de contumacia del imputado, pasa a determinar los alcances de dicha norma en este proceso. Así refiere que el artículo 1° de la citada ley estatuye que:

“tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión del a prescripción”

Señala la Sala que en la doctrina penalista nacional se ha resaltado la utilización en dicha norma de dos instituciones distintas referidas a la naturaleza de los plazos jurídicos: interrupción y suspensión; no obstante ello la norma en el extremo que prevé los efectos de la contumacia – la última frase del párrafo en cuestión-, claramente se inclina – y así lo expresa – por suspensión [destacándose en el presente caso, la especial relevancia o primacía de la interpretación gramatical], sin que a ello obste un resultado más perjudicial para el imputado, sino de advertir la opción que más se acomode a los fines perseguidos por la ley, sin desnaturalizar su esencia y los fundamentos y principios constitucionales que la informan-; que esto último importa que no se cuenta el tiempo transcurrido entre la declaración

de contumacia y la puesta a derecho del imputado, y que el tiempo transcurrido con anterioridad a dicha declaración no pierde su eficacia cancelatoria parcial [distinta es, por cierto, la interrupción, en que ese tiempo se pierde irremediabilmente, aunque se ha incorporado un plazo extraordinario – que, en rigor, es un plazo absoluto –, el cual no ha sido contemplado para la suspensión – véase artículo 83, primer párrafo, y 84 del Código Penal-]; que, en todo caso, una interpretación posible de la primera parte de la norma analizada – cuya incoherencia obliga a una distinción entre las partes que integran un mismo párrafo-, con las dificultades que trae consigo, sería que la interrupción opera sin perjuicio de la declaración de contumacia de un imputado o, con mayor precisión, que la imposibilidad de condena en ausencia en nada afecta el plazo extraordinario o absoluto ya transcurrido.

Ahora, si bien el proceso se declaró reo contumaz al encausado Fujimori Fujimori, adicionalmente no se dispuso la suspensión del plazo prescriptorio, por lo que para la Sala entiende que corresponde subsanar esa omisión, meramente formal, que es de precisar que cuando la última frase del artículo 1° de la aludida Ley estatuye “... El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción”, no reconoce al Juez una potestad discrecional para disponer o no la suspensión de la prescripción, tampoco permite entender que si no se pronuncia expresamente al respecto ha de estimarse que la prescripción no ha sido suspendida, por cuando se trata de un efecto jurídico necesario – imposible de obviar – de la prolongación del plazo de prescripción, de suerte que declarada la contumacia automáticamente se une, por ministerio de la ley, el efecto de la suspensión del plazo de prescripción; esta se produce por la declaración de la contumacia, no es independiente de ella ni requiere un juicio adicional de justificación. Siendo estas las razones por las cuales la Sala declaró FUNDADA la solicitud de la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado, y en consecuencia, SUSPENDIDO el plazo de prescripción de la acción penal desde el auto que declaró la contumacia del encausado Alberto

Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori, del 15 de abril del 2004, hasta que se supuesto a disposición de la justicia peruana.

Análisis:

Lo que se cuestiona a la interpretación realizada por la Sala Penal especial de la Corte Suprema de Justicia, no es tanto que hay declarado la suspensión de la prescripción, como un efecto jurídico necesario a la declaración de la condición de contumaz; en el sentido de que si se declara la contumacia de un reo, y no la suspensión de la prescripción, entonces, se entiende que esta última se encuentra implícita en la anterior.

Lo que se cuestiona a la interpretación que realiza la Sala, es el haber declarado la suspensión de los términos de prescripción por la declaración de contumacia – más allá de las connotaciones políticas y jurídicas que encierra el procesamiento de un probado criminal, como es Alberto Fujimori -, pues, es claro que con dicha medida la persecución punitiva no cesa y más bien se eterniza hasta que el procesado se ponga a derecho o es capturado. Pero esta situación vulnera diversos principios y garantías fundamentales consagrados en el artículo 139° de la Constitución. En efecto, vulnera el inciso 3, referido a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, el inciso 11° sobre la aplicación de la Ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto de entre leyes penales; el inciso 13° respecto al derecho de prescripción de la acción penal, que implica la cesación de la persecución punitiva por el sistema penal del natural olvido del delito por el transcurso del tiempo. El no aplicar la prescripción de la acción penal, afecta la estructura misma del debido proceso, el principio de seguridad jurídica, el de igualdad y, el principio de la definición de un proceso dentro de un plazo razonable por la temporalidad de la pena¹⁶⁹.

Aun mas, el contenido de la Ley N° 26641, tal como se encuentra regulada en el Artículo 1°, es contradictoria porque introduce un supuesto – duración

¹⁶⁹ Actas de sesión plenaria y preparatoria del Pleno Jurisdiccional Superior regional en Materia Penal, Sede Moquegua, realizado los días 14 y 15 de octubre del 2006.

indefinida del proceso – que sólo es aplicable a los delitos de lesa humanidad. En efecto, al suspender los términos de prescripción por la ley de contumacia, en la práctica, no hace sino imprescriptibles delitos que son considerados comunes, o especialmente graves – corrupción de funcionarios – pero que no entran – aun – en el ámbito de delitos considerados imprescriptibles.

Asimismo, y como bien ha enfatizado el Tribunal Constitucional peruano, la ley de contumacia vulnera la garantía del plazo razonable. En efecto, el TC ha señalado en reciente jurisprudencia, variando del plazo razonable. En efecto, el TC ha señalado en reciente jurisprudencia, variando su criterio anterior, que: “la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la referida Ley N° 26641, en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum*, resulta vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y, en tal sentido, inconstitucional su aplicación; y es que la prosecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría, a todas luces, inconstitucional; donde el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito”¹⁷⁰.

Pero la Sala es consciente de lo contradictorio que implica sostener el fundamento material de la prescripción, y a la vez suspender el plazo de la prescripción de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 26641, haciendo que el delito en la práctica se convierta en imprescriptible. Por ello, es que intenta salvar dicha contradicción asumiendo que en el Derecho Internacional Penal se reconoce la imprescriptibilidad de determinados delitos de una gravedad traumática: genocidio y otros gravísimos atentados contra los derechos humanos.

En efecto, en el derecho internacional penal los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, pero bajo esta perspectiva, entonces no tenía sentido aplicar la ley de contumacia al ex Presidente Alberto Fujimori, bastaba la acusación por el delito de lesa humanidad, que es imprescriptible.

¹⁷⁰ Exp. N° 04352-2009-PHC/TC, asunto: W.L.D.C; Exp. N° 04959-2008-PHC/TC, Asunto: Caso Benedicto Jimenez Baca.

6.3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP. N.º 04959-2008-PHC/TC, ASUNTO: BACENEDICTO NEMESIO JIMÉNEZ BACCA.

CASO:

Con fecha 29 de enero de 2008, Benedicto Jiménez Bacca interpone demanda de hábeas corpus contra el titular del 17º Juzgado Penal de Lima, así como contra los vocales superiores integrantes de la Tercera Sala Penal Reos Libres de la Corte Superior de Lima, por haber vulnerado su derecho al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y el principio de legalidad. Refiere que en el proceso que se le sigue por presunto delito contra el honor – difamación por medio de prensa - ha vencido el plazo ordinario de prescripción.

Ante los argumentos esgrimidos por el recurrente, el 56º Juzgado Penal de Lima, con fecha 15 de abril de 2008, declaró infundada la demanda por considerar que el plazo de prescripción de la falta atribuida a los demandantes debe ser establecido a partir de lo dispuesto en el artículo 83º del Código Penal, concordado con el artículo 132º del Código Penal (tercer párrafo). En este sentido el plazo de prescripción al caso es el extraordinario, el mismo que en el presente caso es de cuatro años y seis meses, los cuales no se han cumplido todavía, por lo que no se ha vulnerado los derechos constitucionales del recurrente.

Por su parte, la Sala Superior competente confirmó la apelada por los mismos fundamentos que el A quo.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL:

En principio, el TC ofrece una fundamentación material de la prescripción, señalando que la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones; siendo una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del

tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius punendi*.

Asimismo, señala que bajo el principio *pro homine*, que inspira la carta Fundamental, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva, orientación que se funda en la necesidad de que pasado cierto tiempo se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica.

Seguidamente, y aquí la novedad del TC, introduce un criterio con el cual permite evaluar la prescripción y sobretodo, la suspensión del plazo de prescripción al amparo de la Ley N° 26641. En efecto, el TC sostiene que la prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso.

El TC argumenta que para determinar el plazo de prescripción de la acción penal, resulta necesario que la justicia ordinaria establezca la fecha de consumación del ilícito (delito instantáneo), o de la cesación de la actividad delictiva (otros casos). En el presente caso las instancias judiciales han determinado de manera clara la fecha de comisión del ilícito (martes 22 de junio del 2004). Asimismo, se señala el tipo penal que se le imputa: “...*que la conducta atribuida al procesado se encuentra descrita en el Art. 132 de nuestra norma penal vigente, la misma que presenta como marco punitivo no mayor de tres años y ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa...*”

En el presente caso, se imputa al recurrente el delito de difamación previsto en el tercer párrafo del artículo 132° del Código Penal, el cual tiene prevista una pena preventiva de libertad de tres años, por lo que conforme con el artículo 80° del Código penal, el plazo ordinario de prescripción sería de tres

años, y el plazo extraordinario de prescripción, de cuatro años y medio, conforme al artículo 83° *in fine* del Código penal.

Asimismo el hecho ilícito imputado habría sido cometido el 22 de junio del 2004, y conforme se aprecia de fojas 34 de autos, con fecha 13 de setiembre de 2004 se abrió proceso contra el recurrente, por lo que resulta de aplicación el plazo extraordinario de prescripción de cuatro años y medio (conforme al artículo 83° *in fine* del Código Penal).

Por otro lado, cabe señalar que si bien la contabilización del plazo de prescripción desde el momento en que – conforme se ha determinado en el proceso penal – se cometió el hecho materia de querella, el plazo extraordinario de prescripción habría vencido el 22 de diciembre de 2008, es preciso señalar que el artículo 1° de la Ley N° 26641 dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, situación jurídica (reo contumaz) que fue declarada al recurrente con fecha 4 de octubre de 2007, disponiéndose, entre otras medidas, la suspensión de los plazos de prescripción hasta que el querellado sea puesto a disposición del juzgado o se presente de forma voluntaria.

Pero, a criterio del TC, variando su posición anterior, y realizando una construcción argumentativa crítica, considera que la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la referida Ley N° 26641, en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum*, resultaría vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso y en tal sentido es inconstitucional su aplicación. Agrega el TC, que la prosecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría a todas luces inconstitucional; ya que el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito.

En ese sentido, sustentando una nueva posición, el TC considera que la Ley N° 26641, que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, sólo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso.

Y los criterios para determinar la razonabilidad del plazo del proceso (Exp. N° 4124-2004-HC/TC), son: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado (defensa obstruccionista), y c) la actuación de los órganos judiciales (celeridad en la tramitación del proceso).

Para el presente caso, el TC consideró que la suspensión del plazo de prescripción en virtud de la Ley N° 26641 no resulta vulneratoria del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, porque la dilación que sufrió el proceso es imputable al propio procesado – quien recusó en tres oportunidades al juez de la causa y todas las resoluciones mediante las que se rechazaba la recusación fueron apeladas -, por lo que no se configura una vulneración del plazo de prescripción de la acción penal que el referido plazo aún no había vencido, por lo que la pretensión se desestimó.

Análisis:

Como nos damos cuenta, el Tribunal varía rotundamente su posición acrítica original y en base a la aplicación de un principio: el lazo razonable, derrumba la cuestionada Ley de Contumacia, en lo que concierne a la suspensión del plazo de prescripción.

Hasta antes de esta sentencia, el Tribunal había entendido la ley de contumacia de una manera literal, es decir, ante el mandato que contiene la norma de la “suspensión de los plazos de prescripción”, el TC había convalidado explícitamente la ley de contumacia, aceptando que se suspenda el plazo de prescripción.

Cuando en realidad la Contumacia es una situación jurídica de carácter temporal, que de ningún modo permite la suspensión de ninguna clase de plazo. Es así que el artículo 79.4 del Código Procesal Penal, con una claridad meridiana señala: “la declaración de contumacia o ausencia no suspende la investigación Preparatoria ni la Etapa Intermedia respecto del contumaz o ausente”.

La Corte Interamericana de derechos Humanos ha señalado que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable: “tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan un largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente”¹⁷¹. Es así que en los casos “Genie Lacayo” del 29 de enero de 1997 y “Suarez Rosero” del 12 de noviembre de 1997, la CIDH, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH, ha sostenido que se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y, c) la conducta de las autoridades judiciales. Siendo estos los tres elementos que también sigue nuestro Tribunal Constitucional para evaluar el plazo razonable¹⁷². Asimismo, el TC, siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Quiere decir que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve¹⁷³.

En efecto, el TC¹⁷⁴ ha referido que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (Artículo 139°, inciso 3 de la Constitución), y goza de reconocimiento expreso en el artículo 14°, inciso 3.c.de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...c) Al ser juzgado sin dilaciones indebidas*”; y en el artículo 8°, inciso 1 d la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe:

¹⁷¹ Caso “Suarez Rosero”, sentencia del 12 de Noviembre de 1997, párr.. 70.

¹⁷² Expediente N° 2914-2004-HC/TC, Asunto: Berrocal Prudencio

¹⁷³ Exp. N° 01680-2009.PHC/TC, Asunto: Antauro Igor Humala Tasso y otros.

¹⁷⁴ Exp. N° 3590-2009.PHC/TC, Asunto: Walter Gaspar Chacón Málaga.

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, labora, fiscal o de cualquier otro carácter ”. estas disposiciones, precisa el TC, “cobran vigencia efectiva en nuestro ordenamiento a través del artículo 55 de la Constitución.

Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de esta Carta Política, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú¹⁷⁵.

Asimismo, el TC¹⁷⁶ señala que “la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable genera en el Estado una prohibición de continuar con la persecución penal, por cuanto la demora injustificada en la resolución del proceso penal (impartición de justicia) ocasiona la perdida de la legitimidad punitiva. Ello porque la demora injustificada en la resolución de un proceso penal constituye una denegación de justicia. De ahí que (RTC 03509-2009-PHC/TC) el Tribunal haya ampliado su posición jurisprudencial en el sentido de que no sólo “pueden existir zonas exentas de control constitucional”, sino que “tampoco pueden haber plazos *ni tiempos exentos de control*”.

Ante ello, el se expresa en forma categórica señalando que “violación del derecho al plazo razonable (derecho público subjetivo de los ciudadanos que limita el poder penal estatal), provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la *perdida de la legitimidad punitiva* derivada del quebramiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado sólo puede actuar en la consecución de sus fines

¹⁷⁵ Ibidem

¹⁷⁶ Exp. 053-50-2009-PHC/TC, Asunto: Julio Rolando Salazar Monroe

dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente”¹⁷⁷.

En el presente caso se vio que el TC consideró que la Ley N° 26641, que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, solo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso. Y en esa medida debe sujetarse a los criterios de: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado (defensa obstruccionista), y c) la conducta de las autoridades judiciales (celeridad en la tramitación del proceso).

De esta forma, trato de dar un salida honrosa a su posición anterior, que consideraba acorde con la Constitución el artículo 1° de la ley N° 26641. Sin embargo, consideramos que esa posición es también cuestionable porque el agregado que contiene el artículo 1° de la ley N° 26641, que establece que una vez que se declara al acusado como contumaz, “se suspende el plazo de prescripción”, no resulta acorde con lo establecido en el artículo 84° del Código Penal, pues, de acuerdo a lo revisado anteriormente, los artículos 83° y 84° del Código Penal no han considerado a los actos procesales de contumacia o ausencia del imputado como causas de interrupción o suspensión del plazo de prescripción. Y es que se puede afirmar que tanto el artículo 83° y 84° del Código Penal, el Decreto Legislativo N° 125, así como el artículo 79° del NCPP del 2004, han regulado las causales de suspensión e interrupción de la prescripción completamente al margen del comportamiento (positivo o negativo de sujeción) que tenga el imputado en el proceso penal por iniciarse o ya iniciado en su contra.

Además, en la suspensión del plazo de prescripción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84° del Código Penal, son autoridades distintas al

¹⁷⁷ Exp. N,° 03509-2009-PHC/TC, Asunto Walter Gaspar Chacón Málaga.

fiscal o juez competentes en el caso, quienes en un pronunciamiento administrativo o judicial distinto, deberán pronunciarse sobre la satisfacción o no del requisito legal habilitante para la iniciación o prosecución del proceso penal (condición *extra* proceso); situación distinta a la que ocurre en la interrupción del plazo de prescripción, donde esta se produce con las actuaciones de las autoridades fiscales y judiciales competentes en el mismo proceso penal (condición *intra* proceso).

6.4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.º 03681-2010-PHC/TC, ASUNTO: ERNESTO CESAR SCHUTZ LANDÁZURI (22-05-2012)

CASO:

El objeto de la presente demanda es que se declare inaplicable y sin efecto jurídico: 1) el auto ampliatorio de instrucción de fecha 1 de octubre de 2001, por el que se imputa al favorecido, don Ernesto Cesar Schütz Landázuri, el delito de asociación ilícita para delinquir y se le cambia la calificación jurídica de cómplice secundario a la de cómplice primario respecto del delito de peculado (Expediente N° 44-2001); y 2) la resolución de fecha 21 de noviembre de 2006 (Expediente N° 036-2001) por la que se dispuso suspender los términos prescriptorios del proceso penal contra el favorecido. Se denuncia la vulneración de los derechos a la libertad individual y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, así como del principio de legalidad.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL

Sentencia en mayoría

La sentencia en mayoría señala que respecto de al cuestionario de la Resolución de fecha 21 de noviembre de 2006 (Exp N° 036-2001) expedida por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que dispone de la suspensión de los términos prescriptorios, se aprecia a fojas 226 de autos que el recurrente interpuso recurso de apelación, sin

embargo al presentar fuera de plazo de ley los fundamentos de referida apelación (entendida como recurso de nulidad), el recurso fue declarado improcedente por extemporáneo por Resolución de fecha 14 de diciembre de 2006, a fojas 233 de autos. En consecuencia, resulta aplicable la causal de improcedencia prevista en el artículo 4° del código Procesal Constitucional, pues se dejó consentir la resolución que supuestamente causa agravio al favorecido.

En cuanto a la supuesta falta de motivación de la resolución de fecha 1 de octubre del 2001 (fojas 202), por la que se amplía el auto de apertura de instrucción de fecha 13 de junio del 2001, al comprender el favorecido como cómplice primario en el delito contra la administración pública, peculado e incluyendo el delito contra la tranquilidad pública, asociación ilícita para delinquir, en el proceso penal N° 44-2001, seguido contra el favorecido y otros; el Tribunal Constitucional ha establecido que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables.

Sin embargo, precisa el TC, en el caso de autos, según se aprecia a fojas 202 de autos, en el considerando primero se hace una descripción de los hechos por los cuales procedía la ampliación del auto de apertura de instrucción, mientras que en los considerandos tercero y cuarto se analiza la participación del favorecido en el delito de peculado, lo que determinó el camino de la calificación jurídica de cómplice secundario a la de cómplice primario; asimismo, en el considerando sexto se analizan los hechos expuestos en el considerando primero y que determinaron una nueva imputación en contra del favorecido, como es el delito contra la tranquilidad pública, asociación ilícita para delinquir. De ello se concluye que la resolución de fecha 1 de octubre del 2001 se encuentra suficientemente motivada, siendo de aplicación, a *contrario sensu*, el artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

Ante dichas consideraciones, la sentencia en mayoría declara improcedente el extremo de la demanda referido al cuestionamiento de la resolución de fecha 21 de noviembre de 2006, que suspende los términos prescriptorios de la acción penal; asimismo, declara IMPROCEDENTE el extremo de la demanda referido al cuestionamiento de la resolución de fecha 1 de octubre de 2001, que amplía el auto de apertura de instrucción.

El voto en minoría

El voto en minoría, firmada por Álvarez Miranda, Mesía Ramírez y Eto Cruz, señalan que en el presente caso no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales, ya que el favorecido no se le imputan graves violaciones a los derechos humanos en los término del Derecho Internacional.

Asimismo, refieren que en el considerando octavo de la Resolución de fecha 21 de noviembre de 2006, la sala Penal emplazada expone las razones para suspender la prescripción de la acción penal, cuyo texto señala: “**OCTAVO:** En atención al principio de favorabilidad y a la circunstancia de que el juzgamiento del acusado depende de la extradición, resulta legítimo optar por suspender el plazo prescriptorio de la acción penal conforme a lo previsto en el artículo 84 del Código Penal, pues el imputado, conocedor de las consecuencias de su conducta procesal, incurrió en la causal de contumacia legislada anteladamente, y por ende, consciente de su prohibición y efectos jurídico”.

Además en minoría señala que a diferencia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, la suspensión no cuenta con causales establecidas en el Código Penal, sino que dispone en su Artículo 84° del Código Penal, que: “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél quede concluido.”

De lo mencionado, la sentencia en minoría concluye que la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal se presenta cuando: **i)** preexiste o surge ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal; y **ii)** la decisión del otro procedimiento distinto incida sobre la iniciación o la continuación del proceso penal.

Y por tal razón, la motivación esgrimida en la Resolución de fecha 21 de noviembre de 2006 no es conforme con el supuesto previsto en el artículo 84º del Código Penal, para que legítimamente se declare la suspensión de la prescripción de la acción penal. Es decir, para los que firmaron este voto, la interpretación realizada por la Sala Penal emplazada, no se encuentra arreglada a ley, incurriendo en motivación arbitraria, por cuanto – afirman –, no justifica adecuadamente las razones por las cuales debe suspenderse el plazo de prescripción de la acción penal y porque la contumacia no puede ser entendida como otro procedimiento ajeno y distinto al proceso penal, para que pueda justificarse la suspensión de la prescripción de la acción penal. Agregan, que tampoco resulta racional considerar que la contumacia en el caso del favorecido incida en la iniciación del proceso penal que se le sigue.

Sobre este extremo, el voto en minoría culmina que la Resolución de fecha 21 de noviembre de 2006 vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en la medida que su argumentación no es acorde con lo prescrito en el artículo 84º del Código Penal, ya que ordenó – mecánicamente– la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal sobre la base de una declaratoria de contumacia, sin tener presente que en la STC 04959-2008-PHC/TC se precisó que “la Ley N.º 26641, que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, sólo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso”.

Y en cuanto al segundo extremo materia de controversia- Resolución de fecha 1 de octubre de 2001 -, el voto en minoría considera que lo decidido en

ella no incide ni limita el ejercicio del derecho a la libertad individual del favorecido, por lo que corresponde declarar su improcedencia

Análisis

El argumento de la sentencia en minoría es contradictoria y hasta paradójico porque en un caso anterior, el Tribunal Constitucional¹⁷⁸ - sentencia 01271-2008-PHC/TC, consideró como válido la suspensión del plazo de prescripción realizada al procesado José Enrique Crousillat López Torres, ante el procedimiento de extradición que existía con la República de Argentina. En efecto el TC afirmó en su momento:

“...la sala emplazada declaró de oficio la suspensión de la prescripción de la acción penal contra el favorecido, debido al proceso de extradición incoado en su contra, lo cual configuraría, a juicio del órgano jurisdiccional, un hecho que incide de manera directa en la continuación del proceso penal referido, de conformidad con lo estipulado en el artículo 84 del Código de Procedimientos Penales. (...). Como se aprecia, la suspensión de la prescripción cuestionada por el recurrente operó debido al proceso de extradición seguido contra el beneficiario, y no por la declaración de contumacia realizada por el órgano jurisdiccional. De ello se concluye que la cuestionada variación de la condición de reo ausente a contumaz no influye respecto de la suspensión del plazo de prescripción, como sostenía el recurrente y, por ende, no incide en la libertad individual del beneficiario”

No cabe duda de que el Tribunal Anticorrupción actuó y decidió correctamente porque en plena tramitación del proceso se encontró con una cuestión que no se va a resolver en el curso del proceso penal: ellos debían resolver sobre los delitos de peculado, tráfico de influencias y asociación ilícita para delinquir, pero ese asunto era el inicio de un procedimiento de

¹⁷⁸ Exp. N° 01271-2008-PHC/TC, Asunto: Jose Enrique Crousillat López Torres.

extradición, cuya tramitación tiene un procedimiento especial – fuera del proceso judicial - en el que interviene y decide el Poder Ejecutivo y luego queda a la espera de una decisión de las instancias judiciales del país al que se requiere el extraditable, en este caso Suiza.

En el presente caso, el voto en minoría considera que el argumento del Tribunal Anticorrupción es arbitrario por dos razones: a) la motivación esgrimada en la resolución de fecha 21 de noviembre de 2006 – que suspende el plazo de prescripción por estar tramitándose un procedimiento de extradición – no es conforme con el supuesto previsto en el artículo 84° del Código Penal, para que legítimamente se declare la suspensión de la prescripción de la acción penal, resultando su motivación arbitraria, por cuanto no justifica adecuadamente las razones por las cuales debe suspenderse el plazo de prescripción de la acción penal, b) la argumentación contenida en la Resolución de fecha 21 de noviembre de 2006, ordenó mecánicamente la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal sobre la base de una declaratoria de contumacia, sin tener presente que en la STC 04959-2008-PHC/TC se precisó que “la Ley N.º 26641, que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, sólo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso

En cuanto al primer punto, cabe precisar, en contra de lo resuelto por el voto en minoría, que el argumento utilizado por el Tribunal Anticorrupción en la resolución de fecha 21 de noviembre de 2006, para suspender el plazo de prescripción por estar tramitándose un procedimiento de extradición, es acorde con lo establecido en el artículo 84° del Código Penal, no siendo verdad que dicho argumento sea arbitrario y carente de motivación. En cuanto al segundo argumento, es irrelevante e inaplicable porque el voto en minoría está pretendiendo vincular una sentencia del TC que fue dictada tres años después de la sentencia dictada por el Tribunal Anticorrupción, lo cual

es absurdo. En resumen, lo que podemos decir es que el voto en minoría es lamentable.

CAPITULO VII

LEGISLACION

COMPARADA

7.1. LEGISLACION DE COLOMBIA

a. La prescripción en el código penal de Colombia

De acuerdo al artículo 28.3 de la Constitución de Colombia, no existen delitos ni penas imprescriptibles.

Artículo 28.-

(...)

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

(...)"

La acción penal por delito sancionado con pena privativa de la libertad prescribe, en principio, en un término igual al máximo punitivo establecido en la ley, desde luego, teniendo en cuenta las circunstancias que modifican la punibilidad, por ejemplo, la tentativa, la complicidad, el delito emocional, etc. [arts. 83.1.5 Código Penal]

En ningún caso el lapso de prescripción puede ser inferior a cinco (5) años ni superior a veinte (20) años-

El termino de prescripción se cuenta desde el día de la consumación del hecho (delitos instantáneos), desde la perpetración del último acto (e las tentativas y delitos permanentes) y desde cuando cese el deber de actuar (infracciones omisivas) [art.84 C.P].

Las reglas antes mencionadas admiten las siguientes excepciones¹⁷⁹

- a) La prescripción para los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado es de treinta (30) años [art. 83.2 C.P.].

¹⁷⁹ PEREZ PINZON, Álvaro, "La prescripción de los delitos y las penas". En: Sistemas penales comparados, Revisata Penal, Universidad de Huelva, N° 22, 2008, pp. 18-184

- b) Cuando los delitos sexuales y el incesto se cometen respecto de menores de edad, el término es de 20 años, contados a partir del momento en el que la víctima alcanza la mayoría de edad [art. 1º, Ley 1154 del 2007].
- c) Para los delitos sancionados con pena no privativa de libertad, el termino de prescripción es de cinco (5) años [art. 83.4 C.P.].
- d) Si el autor y/o participe es servidor publico y comete el hecho en ejercicio de sus funciones, de su cargo, o con ocasión de ellos, el lapso se aumenta en una tercera parte [art. 83.6 C.P], sin que se pueda superar el máximo legal establecido como regla general.
- e) Si la conducta se ha iniciado o consumado en el exterior, el termino se aumenta en la mitad, sin exceder el máximo fijado como regla general [art. 83.7 C.P:].

Como bien precisa Álvaro Pérez Pinzón¹⁸⁰, el procesado puede renunciar a la prescripción de la acción penal. En este supuesto, “si transcurridos dos (2) años contados a partir ed la prescripción no se ha proferido decisión definitiva, se decretará la prescripción” [art. 85 C.P:].

El paso del tiempo para efectos de la prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación [art. 6º, Ley 890 del 2004].

Producida la interrupción, el termino se comienza a contar de nuevo por un tiempo igual a la mitad del establecido como regla general, pero la acción jamás prescribe antes de cinco (5) ni después de diez (10) años.

Si se dicta sentencia dentro de un proceso por delito que ha prescrito, y el fallo obtiene ejecutoria, es viable la acción de revisión [art. 192.2. Código de Procedimiento Penal].

¹⁸⁰ PÉREZ PINZON, Álvaro, ob. Cit. p.182

Cuando se dicta sentencia de segunda instancia, se suspende el término de prescripción hasta por cinco (5) años. Vencido ese lapso, prosiguen los términos [art. 189 Código de Procedimiento Penal].

Hay que señalar también que en el año 2001, Colombia adoptó el estatuto de Roma – corte Penal Interamericana -. Para lo cual dio los siguientes pasos: Tras el intercambio de ideas entre las autoridades encargadas del asunto, se optó por modificar el artículo 93° de la Constitución Política, para *adicionarle* dos incisos que permiten el ingreso del contenido del Tratado.

Adelantado el trámite de reforma constitucional que culminó en el Acto Legislativo N° 02 del 2001, se agregó lo siguiente:

“El estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

El Congreso de Colombia, entonces, expidió la Ley 742 del 5 de junio del 2002 por medio de la cual se *aprueba* el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día 17 de julio de 1998. Esta Ley se reduce a transcribir el Tratado.

Pero, como de acuerdo con el art. 241.10 de Constitución Política, a la Corte Nacional le compete “decidir definitivamente sobre la exequibilidad (constitucionalidad) de los tratados internacionales y de

las leyes que los aprueban”, el Gobierno remitió a la citada Corte Constitucional copia de la Ley mencionada.

Es así que la Corte Constitucional mediante sentencia C-578, del 30 de julio del 2002, declaró conforme a la Constitución Política la Ley 742 del 2002; declarando exequible el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En lo que nos atañe, sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad que consagra el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Corte Constitucional de Colombia¹⁸¹, sostuvo que consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal, como lo estipula el Estatuto de Roma, vulnera el Art. 2° numeral 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el Art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que, al tenor del Art. 93° superior, prevalecen en el orden interno.

Por tal razón, prosigue señalando la corte Constitucional¹⁸², “con base en los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado y en la Constitución Política de 1991 es imposible pensar en interpretar en forma diferente la prescriptibilidad de la acción penal y de la pena, por lo cual la declaración se ajusta plenamente a la Constitución. No obstante lo anterior, la Corte Penal Internacional si puede – en razón del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia – llegar a investigar y juzgar conductas constitutivas de cualquiera de los mencionados crímenes, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito, según las normas jurídicas nacionales”.

¹⁸¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578/02, de fecha 30 de julio del 2002, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸² Sentencia c-578/02, ibidem

El tratamiento diferente que hace el estado de Roma respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, tiene fundamento en el Art. 93° de la Constitución. Se trata de un tratamiento distinto respecto de una garantía constitucional que está expresamente autorizado a partir del Acto Legislativo 02 de 2001 y que opera exclusivamente dentro del ámbito regulado por dicho Estatuto¹⁸³.

En consecuencia,, de los señalado se desprende que respecto de los delitos a los que alude el Tratado – genocidio, lesa humanidad, de guerra y agresión – la accion penal es imprescriptible, por supuesto siempre que sean cometidos con posterioridad a la aceptación del Convenio y sean de conocimiento – complementario - de la Corte Penal Internacional¹⁸⁴.

b. El juzgamiento de reos declarados ausentes y contumaces.

La declaración de ausente y de contumaz del procesado, se encuentran regulados en los artículos 127° y 128° del Código de Procedimientos Penales, respectivamente:

“Artículo 127: *ausencia del imputado.* Cuando al fiscal no le haya sido posible localizar a quien requiera para formularle imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, solicitará ante el juez de control de garantías que lo declare persona ausente adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo. El imputado se emplazará mediante edicto que se fijará en un lugar visible de la secretaría por el término de cinco (5) días hábiles y se publicara en un medio radial y de prensa de cobertura local.

¹⁸³ Sentencia C-578/02, ibídem.

¹⁸⁴ PEREZ PINZON, Álvaro, ob. Cit.p.184.

Cumplido lo anterior el juez lo declarará persona ausente, actuación que quedará debidamente registrada, así como la identidad del abogado designado por el sistema nacional de defensoría pública que lo asistirá y representará en todas las actuaciones, con el cual se surtirán todos los avisos o notificaciones. Esta declaratoria es válida para toda la actuación.

El juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado.”

“**Artículo 291. Contumacia.** Si el indicado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizara con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación.

Contra estas disposiciones, se interpuso demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional de Colombia, alegándose que todo el contenido del artículo 127° y la primera parte del artículo 291° del Código de Procedimientos Penales, contrarían lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos el cual garantiza, como mínimo, que la persona se encuentre presente en el proceso.

Así, el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala:

“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a...hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección”.

El demandante afirmaba que estas normas permitirían que se adelanten procesos que se condenen personas en ausencia. En tal sentido, para las autoridades colombianas es más importante presentar resultados de eficiencia, condenando a personas ausentes, que posibilitar todos los medios para encontrarlos y en su presencia juzgarlos.

Sin embargo, ante el pedido del demandante, la Corte Constitucional en la Sentencia C-591-05¹⁸⁵, declaró exequible (constitucional) el artículo 127° de la Ley 906 de 2004 y la expresión “*Si el indicado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación*”; así como del artículo 291° de la ley 906 de 2004.

En efecto, la Corte Constitucional, determinó que el juzgamiento en ausencia, en los casos de reos declarados ausentes o contumaces (artículo 127° y 291°, respectivamente), es excepcional, pues el imputado y acusado debe estar presente en todas las etapas del juicio. Así mismo, señaló que el Estado tiene la carga de localizar al imputado a fin de asegurar su presencia en el juicio y en la circunstancia de que agotados todos los medios a su alcance ello no sea posible, puede adelantarse el proceso en su ausencia, sin que ello quiera decir que no se persista en esa búsqueda en todas las etapas procesales. Corresponde al juez efectuar en cada caso y etapa, una ponderación de la suficiencia y razonabilidad de las diligencias adelantadas con tal fin.

En ese sentido, para la Corte, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, si se puede adelantar investigaciones y juicio contra personas ausentes, en un contexto de sistema acusatorio, pero bajo ciertas condiciones que se verán a continuación.

¹⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-591-05, de Junio 8/05, Magistrado Ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ.

- **Declaración de persona ausente:**

Así, la declaratoria de persona ausente se presenta cuando al fiscal no le ha sido posible localizar para formularle la imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, caso en el cual deberá acudir ante el juez el control de garantías para lo que declare persona ausente, adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo. Acto seguido, el imputado será emplazado mediante edicto que se fijará en un lugar visible de la secretaría por el termino de cinco días hábiles y se publicara en un medio radial y de prensa de cobertura local.

Cumplidos los anteriores requisitos, el Juez de control de garantías lo declarara persona ausente, actuación que quedará debidamente registrada, así como la identidad del abogado designado por el Sistema Nacional de defensoría Pública, quien lo asistirá en toda la actuaciones procesales, y con quien se surtirán todos los avisos o notificaciones. De igual manera, el juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado.

En este caso, el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no han actuado en forma diligente para informar al sindicato la existencia del proceso, pues frente a este hecho, el procesado cuenta con la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la nulidad de los actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede ocurrir a la acción de tutela¹⁸⁶, siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean

¹⁸⁶ La Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia T-039 de 1996, Magistrado Ponente: Antonio barrera Carbonell, amparó los derechos sustanciales y procesales reclamados por el actor, en contra de quien se adelantó u proceso penal al cual fue completamente ajeno por culpa imputable a los funcionarios del Estado encargados de comunicarle la existencia del mismo.

eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado.

En la Sentencia C-657 (M.P. Fabio Morón Díaz), la corte Constitucional de Colombia, enfatizó que: “La declaración de ausencia permite armonizar los derechos del absuelto y el cumplimiento de la función confiada a la administración de justicia, que se vería entrabada si hubiera que esperar, indefinidamente, a que el absuelto se entere o decida comparecer”.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-100 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), destacó el carácter residual de la declaratoria de persona ausente, ya que ésta solo procede *“frente a la imposibilidad de ubicar a la persona comprometida en una investigación penal y no la regla general en la vinculación de los individuos a los procesos penales. Adicionalmente, tal como lo establece el inciso final del propio artículo 344, la declaración de persona ausente únicamente procede cuando el imputado se encuentra plenamente identificado”*. De igual forma, la Corte en la sentencia C-330 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), consideró que *“La existencia del mecanismo de declaratoria de persona ausente, no impide la conducción de quien ha sido notificado personalmente de la citación para rendir indagatoria”*.

Recientemente, la Corte ha adoptado una posición más consolidada y garantista, estableció en la sentencia C-248 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la vinculación a un proceso penal de una persona ausente, bajo el cumplimiento de dos requisitos necesarios (formal y material):

a. Formal

En el **orden formal** se destacan: (i) El adelantamiento de las diligencias necesarias para lograr la práctica de la indagatoria

como forma de vinculación personal, ya sea en todos los casos mediante la orden de citación, o eventualmente, cuando se trate de un delito frente al cual proceda la detención preventiva, y el citado se niega a comparecer, mediante la expedición de la orden de captura. De todas estas diligencias debe dejarse constancia expresa en el expediente (C.P.P. art. 336). (ii) Solamente es procedente la declaratoria de persona ausente, si el sindicado no comparece a rendir indagatoria vencidos tres (3) días desde la fecha señalada en la orden citación o diez (10) días desde que fue proferida la orden de captura. (iii) Dicha declaratoria debe realizarse mediante *“resolución de sustanciación motivada”*¹⁸⁷ en la que se designará defensor de oficio, *“se establecerá de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes”*¹⁸⁸. (iv) Esta resolución debe notificarse al defensor designado y al Ministerio Público.

b. Material

En el **orden material**, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha exigido la constatación de dos factores relevantes para la vinculación del acusado como persona ausente: *“(i) Su identificación plena o suficiente (segura), dado que por estar ausente por lo general no basta con la constatación de su identidad física; y (ii) la evidencia de su renuencia. Una y otra precaven el rito contra las posibilidades de adelantar el trámite respecto de alguien ajeno a los hechos (homonimia) afectando con ello a un inocente, o de construir un proceso penal a*

¹⁸⁷ Artículo 344 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁸⁸ Ibidem

espaldas del vinculado sin ofrecerle oportunidad efectiva y material de ser oído en juicio, es decir, sin audiencia bilateral”¹⁸⁹.

Como se advierte, cuando se trata de la declaratoria de persona ausente, la relación jurídica procesal, no se sujeta a la presencia física del imputado, sino que se adelanta a través de una ficción jurídica que permite el cumplimiento de la función pública de administrar justicia de manera permanente y eficaz, en aras de garantizar, entre otros, los derechos a la verdad y a la justicia.

Por ello, aun cuando se reconoce que la declaratoria de persona ausente implica una disminución en la intensidad del ejercicio del derecho de defensa, en especial, en el caso de la defensa material, es indudable su validez constitucional por la necesidad de asegurar el logro de tres finalidades básicas para la correcta administración de justicia:

- i) En primer lugar, porque permite la continuidad de la administración de justicia como servicio público esencial, pese a la rebeldía o la ausencia real del procesado.
- ii) En segundo lugar, porque permite el cumplimiento del principio de celeridad procesal (C.P. art. 209 y 228), al impedir que el juicio criminal se sujete a la espera indefinida del sindicado, pese a la existencia de un hecho punible y a la individualización de un posible responsable que exigen la pronta continuidad del proceso penal, en aras de preservar la justicia y la verdad y, eventualmente, de reparar el derecho de las víctimas.

¹⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación. Radicación 11.220 de 1999.

- iii) Por último, porque el derecho a la defensa del sindicado se garantiza mediante su vinculación al proceso y, por ende, a través del nombramiento de un defensor de oficio que adelante todas las estrategias de defensa que se consideren necesarias para desvirtuar la acusación criminal que se endilgue en su contra, obviamente, bajo el reconocimiento de la presunción de inocencia como pilar fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho.

- **Contumaz**

La figura de la contumacia tiene lugar cuando el indiciado, *habiendo sido citado*, sin causa justificada, así sea sumariamente, no comparece a la audiencia de formulación de imputación, caso en cual ésta se realizará con el defensor que haya sido designado para su presentación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su ausencia, el juez de control de garantías procederá a designar un defensor de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación. Se trata, de un **acto de rebeldía** del imputado frente a la administración de justicia, por cuanto, se insiste, tiene conocimiento del adelantamiento de un proceso penal en su contra.

Se trata de una persona que se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial de conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender

que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque si solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica.

Aunado a los anterior, el nuevo C.P.P., dispone en su artículo 339° que durante la audiencia de formulación de acusación se requerirá de la presencia del juez, del fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad *“a menos que no desee o sea renuente a su traslado. También podrán concurrir el acusado no privado de la libertad y demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez”*.

El ordenamiento jurídico permite al sindicato contumaz nombrar su propio apoderado en cualquier estado del proceso, con la consecuencia natural de la imposibilidad de retrotraer las etapas procesales frente a las cuales ya haya operado el principio de preclusión procesal.

- Excepciones

La Ley 906 de 2004 establece tres excepciones a la regla general según la cual no se pueden adelantar investigaciones y juicios en ausencia como son (i) la declaratoria de prensa ausente cuando se hayan agotado los mecanismos de búsqueda y citación suficientes y razonables para obtener la comparecencia de procesado y ésta no ha sido posible; (ii) la rebeldía o contumacia a comparecer al proceso; y (iii) la renuncia a hallarse presente durante la audiencia de formulación de cargos.

En efecto, en el nuevo procesal penal, al igual que el anterior, la regla general es que la persona tiene el derecho a hallarse presente en el proceso, en especial, durante el juicio por cuanto éste se caracteriza por ser oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y *“con todas las garantías”*, entre las

cuales, por supuesto, se encuentran las incluidas en el artículo 14 del PIDCP, lo cual no implica, que de manera excepcional, el juicio puede adelantarse si a la Fiscalía General de la Nación le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación o tomar alguna medida que lo afecte, siempre y cuando haya agotado todos los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, con un estricto control de los jueces, tanto del de control de garantías como del de conocimiento en su oportunidad, o si el imputado se rebela a asistir al proceso, o si decide renunciar a su derecho a encontrarse presente durante la audiencia de formulación de acusación, con el fin de darle plena eficacia, no solo al nuevo sistema procesal penal, sino a la administración de justicia.

En el derecho comparado tampoco el derecho a estar presente en el juicio oral se ha entendido en términos absolutos. Así, en el sistema acusatorio americano, en el caso *Illinois vs. Allen*¹⁹⁰, la Corte Suprema Federal resolvió que el derecho de un acusado a estar presente en el juicio no es impedimento para que, bajo determinadas circunstancias, el Tribunal ordene que se retire al acusado de la sala y continúe el juicio en su ausencia. De igual manera en el caso de *Maryland vs. Bussman*¹⁹¹, se reconoció el derecho del acusado a renunciar libremente a su derecho a encontrarse presente durante el juicio oral.

¹⁹⁰ Corte Suprema de Justicia, 397 U.S. 377 (1970), asunto *Illinois vs Allen*; citado por Corte constitucional de Colombia, C-591/05, de junio 8/05

¹⁹¹ Corte Suprema de Justicia 414 U.S. 17 (1973), asunto *Maryland vs. Bussman*; citado por Corte Constitucional de Colombia C-591/05, de Junio 8/05.

7.2. LEGISLACIÓN DE ARGENTINA

La prescripción penal es un límite temporal que se autoimpone el Estado para iniciar o continuar la persecución penal contra una persona (prescripción de la acción penal) o efectivizar la pena impuesta por una sentencia condenatoria firme (prescripción de la pena). Tal conclusión primaria se sostiene sobre la base de que el transcurso del tiempo es el requisito esencial requerido por nuestro derecho para declarar por extinguida la acción (Art. 62° C.P.) o la pena (Art. 65° C.P.).

La innecesaridad de la pena es una de las razones de la prescripción, ya que se muestra como una de las formas que el Estado de Derecho adopta para resolver un conflicto. Al respecto Binder¹⁹² afirma que: “En el caso específico del límite temporal al ejercicio del poder penal del Estado, su función consiste en garantizar que ese poder no sea utilizado más allá de los límites de la necesidad social, porque ese poder sólo existe para garantizar el orden social y es políticamente preferible *presumir* que el tiempo ha restaurado ese orden social, que otorgarle al estado un poder penal temporalmente ilimitado. Debe quedar en claro, pues, que la restauración de ese orden social por el simple transcurso del tiempo es una simple presunción o ficción, que busca “explicar” el modo cómo un Estado de Derecho resuelve la colisión entre las necesidades sociales de orden y seguridad y las exigencias del respeto a la persona y la limitación al poder que ello implica, no obstante, de ningún modo le otorga “fundamento” al límite temporal.

Otra de las formas que fundamenta la prescripción es por estrictas y prácticas razones de *utilidad*, que autoriza al juez a que dé por finalizado el conflicto transcurrido cierto tiempo. Por un lado el Estado criminaliza conductas cada vez en mayor cantidad, ordenando perseguir todos los delitos denunciados, mientras que por el otro señala que aquellos casos que selectivamente no se pueden perseguir, se prescriban. De este desfase, se

¹⁹² NUÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, parte General, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, p 168.

deduce una admisión que hace el propio Estado en tanto que reconoce la *imposibilidad* de llevar a cabo toda la *criminalización primaria* (formalización penal de una conducta en la ley), dado que la *criminalización secundaria* (la acción punitiva ejercida sobre personas concretas) no está dotada por el mismo Estado de los medios necesarios para poder efectivizarla, encontrando un canal *útil* para cancelar, al menos en derecho, esos conflictos con la prescripción penal¹⁹³.

Hay quienes fundamentan la prescripción en el tiempo razonable. Es decir, "...se afirma que el estado debe realizar el derecho material a través del proceso penal dentro de un plazo razonable, porque el proceso penal implica una innegable carga de dramática incertidumbre, la que debe ser resuelta en el menor tiempo posible"¹⁹⁴. Sin embargo, no puede fundarse la prescripción de la acción penal en un estímulo para la actividad estatal oportuna y efectiva de los órganos encargados de la persecución pública y una consecuente sanción a esos órganos por el retardo en la ejecución de sus deberes.

- La interrupción de la prescripción penal por actos de procedimiento

En la realidad jurídica argentina, existe una posición doctrinal muy arraigada que afirma que la interrupción de la prescripción penal por actos de procedimiento es un instrumento característico de un ejercicio del poder penal autoritario y abusivo. Asimismo, se afirma que ella ha sido calificada, con razón, de absurda e inicua y de instituto anti-científico, puesto que deja al arbitrio de un hombre el que una acción penal prescriba o no prescriba contra el que le parezca, lo cual es un abuso, siendo que además torna al instituto del cual depende, la

¹⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, Manual de derecho Penal. Parte General, editorial EDIAR, Buenos Aires, 2005, p.11-12

¹⁹⁴ PASTOR, Daniel, *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 46.

prescripción, como una quimera, puesto que tiende a la imprescriptibilidad¹⁹⁵.

a. La secuela de juicio

El concepto de “secuela de juicio” fue incorporado como causal interruptiva de la prescripción de la acción penal en el Código Penal por la ley 13.569 de año 1949 (ahora derogada por la Ley 25990). Desde su comienzo fue considerada por lo menos “infeliz” y “oscura”. El mismo Gómez no logró dar un concepto técnico preciso de ella, remitiéndose, por el contrario, al sentido que le daba el lenguaje forense, para el cual significaba “causa en movimiento” o “en trámite”¹⁹⁶

Su vaguedad y ambigüedad dio lugar a las más diversas interpretaciones durante el tiempo que duró su existencia. Ello, generó arbitrariedad dado que de acuerdo al Tribunal que decidiera la cuestión el justiciable podía resultar o no beneficiado. Y a partir de estas variantes interpretativas la expresión bien podría haber sido considerada como violatoria del principio de igualdad tutelado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. El sistema de interrupción de la prescripción anterior a la citada Ley 13569, consistía en admitir como causal única la comisión de un nuevo delito. En la interpretación que se hacía de la expresión “secuela de juicio” había tres posturas¹⁹⁷:

- La llamada *tesis restrictiva* exigía que se trate de hechos que den vida activa y firme al juicio, que le otorgan dinámica evidente y tienden a la prosecución de la causa, actos de persecución, impulsión real y eficaz del proceso, actos que

¹⁹⁵ PASTOR, Daniel, ob. cit . p.127.

¹⁹⁶ BINER, Alberto, Justicia Penal y estado de Derecho, Editorial. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993,p.125

¹⁹⁷ VERA BARROS, Oscar, *La prescripción en el Código Penal*, editorial. Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1960, p.135-136

dan real dinámica al proceso, acto de procedimiento dirigido al imputado de manera que se manifiesta claramente el ejercicio de la acción penal o la consecuencia de su ejercicio de la acción penal o la consecuencia de su ejercicio, todo ello vinculado al instituto de preclusión procesal. Y todos esos actos debían darse en el debate o plenario al cual aludía la palabra juicio.

- Por su parte, la denominada *tesis amplísima*, aceptaba como interruptiva de la acción penal todo acto procesal en trámite del proceso, que comprende tanto la instrucción como el debate, lo que diluía completamente el instituto de la prescripción. Una variante de esta postura es la llamada *tesis amplia* que opina que el primer acto de un proceso determinado con efecto interruptiva de la prescripción es la citación del imputado para tomarle declaración indagatoria.
- Por último, una tercera postura que la única secuela de juicio era la sentencia, condenatoria no firma, ya que señalaba que la doctrina se había esforzado en interpretar el sentido de la palabra juicio, siendo que había dejado de lado el término “secuela” que quiere decir consecuencia, lo que queda después del juicio.

b. La ley N° 25990

La ley 25990 suprimió el controvertido concepto de “secuela de juicio” que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina había dado lugar a variadas interpretaciones, creando un catálogo taxativo de causales interruptivas del curso de la prescripción de la acción penal, por lo que sin lugar a dudas trajo “razonabilidad y seguridad jurídica”. Sin embargo, la ley ha recibido fuertes críticas. Por un lado,

se le ha objetado porque no ha contemplado otros actos interruptivos, mientras que desde el otro extremo se le critica el haber previsto demasiadas causales de interrupción afectando directamente a la prescripción de la acción penal.¹⁹⁸

El contumaz

Se objeta que la ley ha fijado un catálogo de actos interruptivos demasiado acotada, ya que no previó otros actos como: la rebeldía y la extradición, que son conductas que parten del propio sujeto y que motivan la respuesta del estado, por ser por autonomasia la muestra de la contumacia del imputado ante el reclamo de la justicia. A favor de esta postura se ha dicho que así como no se puede poner en cabeza del imputado la inactividad judicial, por hallarse fuera de su esfera de acción, tampoco puede cargarse el juez con la paralización de la causa por fuga del imputado.

Podría considerarse violación al principio de igualdad los casos en que un co-procesado, en forma contraria al fugado, continuara sometido a la potestad punitiva del Estado. En efecto, para ambos el plazo de prescripción sería el mismo sin que la rebeldía del contumaz lo interrumpa, de modo de quien se encuentra a derecho podrá ser pasible de pena. Por el contrario, quien ha incurrido en – llamémosle así – inconducta procesal podrá quedar impune cuando comparezca ante la justicia habiendo aprovechado – sin interrupción alguna – de su situación de rebeldía”. Con anterioridad a la reforma cuantiosa jurisprudencia se orientaba en este sentido de considerar

¹⁹⁸ ALVAREZ, Carlos Adolfo, “La hasta hoy denominada ‘secuela de juicio’ y la ley 25990”. En: BACLINI, Jorge, Interrupción de la prescripción penal por actos de procedimiento. En Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, diciembre 2007, <http://www.magistrados-santafe.org.ar/rosario/modulos/pdf/revistas/7.pdf>

al auto de rebeldía y la orden de captura como actos de procedimiento interruptores.

Binder¹⁹⁹ entiende que la superación del límite temporal sólo es admisible cuando el imputado realiza un acto que imposibilita la prosecución de la causa, esto es la fuga. De esta forma, la única condición que admite esta postura es la que nace cuando la fuga del imputado imposibilita al Estado la realización del juicio. En contra, se ubica la posición que no existe ninguna razón jurídica para considerar al mencionado auto como un acto procesal que produzca un avance cualitativo del proceso. En igual sentido se considera que debió agregarse el proceso de extradición como causal interruptiva, cuando el imputado hubiera sido ubicado en el extranjero.

Estas críticas tuvieron recepción favorable por parte del gobierno, de forma tal que el Poder Ejecutivo envió un nuevo proyecto de Ley (con fecha 20-04-2005) incorporando como causales interruptivas de la prescripción de la acción penal, a saber: la declaración de rebeldía, la orden de captura y/o pedido de extradición y, en los delitos de acción privada, la primera convocatoria a las partes a la audiencia de conciliación y la fijación de fecha para el debate oral.

Extensión sin límites de la prescripción

Otra posición destaca que se han incorporado demasiados actos interruptivos, extendiéndose sobremanera la prescripción. Así, se afirma que la Ley 25990 fue promulgada con el fin de despejar cualquier duda: si desde 1949 se podía dudar de que el código había abandonado su línea originaria liberal, con la ley 25990 queda claro que la ha abandonado y se afilia abiertamente al modelo

¹⁹⁹ BINDER, Alberto, *Justicia Penal y Estado de derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p.133-138

autoritario bonapartista. Conforme a la redacción vigente, en un hurto simple, la acción penal puede extenderse hasta diez años, en un robo simple hasta treinta años y en una tentativa de homicidio hasta sesenta años, pues basta que entre un acto procesal y otro no haya pasado un tiempo mayor que el máximo de la pena. En la práctica significa que para el CP no prescribe ningún delito, o sea, que el CP no renuncia a poner en marco general al “plazo razonable” de duración de los procesos, que queda librado por entero a los códigos procesales. La lesión al derecho de defensa por una ley que posibilita que un proceso pueda prolongarse sesenta años, es incalificable²⁰⁰

Los actos de procedimiento interruptivos según la ley 25990²⁰¹

- **El primer llamado para recibir declaración indagatoria.** El artículo 67° del Código Penal, de acuerdo a la Ley 25990, establece que el curso de la prescripción de la acción de la acción penal se interrumpe por “...b) *El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado*”. El llamado debe ser entendido como la orden que se dispone para convocar a una persona a prestar declaración indagatoria, que puede estar dispuesta por decreto a auto, según la normativa procesal correspondiente. Por tanto, no tiene efectos interruptivos la comunicación o notificación que al imputado se le haga de esa orden. Por tanto, no posee aptitud interruptiva la declaración indagatoria ni cualquier otro tipo de declaración que preste el imputado,

²⁰⁰ BACLINI, Jorge, ob. Ci. P.7

²⁰¹ BACLINI, Jorge, ob. Ci. P.7-12.

por ejemplo: la “prestación espontanea”, la declaración informativa ni mucho menos el interrogatorio policial.

- **El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio.** De acuerdo a la redacción de la cláusula lo que interrumpe la prescripción de la acción penal es el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio. Es decir, queda excluido el derecho a partir del cual el Juez ordena correr ese traslado (art. 369 CPP Santa Fe, art. 346 CPP de la Nación). Tampoco se considera interruptivo el supuesto en que el fiscal considera que no está completa o concluida la instrucción y pide medidas de pruebas, ya que en esta hipótesis no se formalizó la requisitoria de elevación a juicio.
- **El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente.** En este caso lo que posee entidad interruptiva de la prescripción de la acción penal, es la citación que hace el juez hacia el Fiscal y las demás partes para que comparezcan a juicio (art. 354 CPPN). Así, queda claro que ni el ofrecimiento de pruebas ni la fijación de la audiencia de debate ni la instrucción suplementaria ni la interposición de excepciones conforman actos interruptivos. La cláusula muestra cierta amplitud al contener la frase “acto procesal equivalente”. Sin embargo, ello no afecta el principio de legalidad en la medida que se aplicada en el sentido dado por el legislador, esto es relativo al auto de citación a juicio. Por lo demás, hay que resaltar que la expresión luce acertada puesto que persigue abarcar denominaciones diferentes que puedan existir en los códigos procesales provinciales donde funciona el juicio oral.

- **La sentencia condenatoria no firma.** En el primer código penal, esto es, el de Pedro Leopoldo de Toscana (1786), sólo se reconocía efecto interruptivo a la sentencia condenatoria, criterio que siguió el Código español de 1822. Para Zaffaroni, esta era la única causal interruptiva a partir de la interpretación de la antigua expresión de “secuela del juicio”, pues entendía que semánticamente “es lo que queda después de un juicio, o sea, una sentencia, que es lo único que puede quedar después de un juicio”. Por más que resulte una obviedad, resulta conveniente señalar que lo que deviene interruptivo es una sentencia dictada por una autoridad judicial, que tiene que ser condenatoria y que no debe haber pasado en autoridad de cosa juzgada, esto es que no se encuentre firme, ya que si así ocurriera lo que comienza a correr es la prescripción de la pena. No está demás dejar en claro que esta causal interruptiva opera una sola y única vez, es decir cuando se dicta la primera sentencia condenatoria no firme, por lo que los fallos confirmatorios dados por las instancias superiores no poseen aptitud interruptiva aun cuando modifiquen la calificación legal en forma más gravosa.

7.3. LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

El Código Penal Español aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre de 1995, establece en el artículo 130º que:

Artículo 130.- La responsabilidad criminal se extingue:

(...)

6.º Por la prescripción de la pena.

(...)

Asimismo, el artículo 131° CP establece los plazos de prescripción, señalando expresamente en el último inciso que “los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescribirán”:

1. Los delitos prescriben:

A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.

A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.

A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.

A los cinco, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no excede de cinco.

A los tres años los restantes delitos menos graves

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

2. Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

3. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

Mientras que el artículo 132°.2 C.P., regula la interrupción de la prescripción en los siguientes términos:

“La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena”.

El art. 132.2 del Código Penal establece que la prescripción del delito se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido hasta ese momento, “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Sin duda, conforme lo

han expresado los juristas españoles, ésta es una fórmula legal muy imprecisa, dado que no señala exactamente el concreto acto procesal que determina la paralización del cómputo del tiempo, quedando expedita la vía judicial contra el presunto responsable del delito o falta, ha sido, precisamente, la fuente principal de los problemas interpretativos²⁰².

En forma mayoritaria, de manera uniforme, los tribunales penales de este país, particularmente la Sala 2º del Tribunal Supremo Español, han venido sosteniendo que la presentación de un denuncia o una querrela, al formar ya parte del procedimiento penal, propicia de interrupción de la prescripción. Sin embargo, en el año 2005, el Tribunal Constitucional – a través de la Sentencia 63/2005, de 14 de marzo -, cortó una tendencia que hasta ese momento se mantenía incólume, entrando en contradicción con la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, generando así una evidente inseguridad jurídica respecto a la interpretación del artículo 132.2 del Código Penal.

a. La interpretación de la prescripción del culpable según el Tribunal Supremo.

El Código Penal Español de 1995, refiere Jaime Coaguila²⁰³, contiene un conjunto de reglas de prescripción sustancialmente diferentes entre prescripción ordinaria y extraordinaria y solamente media una forma de prescripción para los delitos y faltas que difiere en cuanto a los plazos procesales; así en el caso de delitos con una pena de prisión de 15 a más años la prescripción opera a los 20 años, cuando la pena es de inhabilitación por más de 10 años o prisión de 10 y menos de 15 años entonces el delito prescribe a los 15 años, de idéntica manera cuando el delito tiene una pena máxima de inhabilitación o prisión de 5 años y menos

²⁰² CHOZAS ALONSO, José Manuel, ¿Cuándo se interrumpe la prescripción en el ámbito procesal penal? (un nuevo enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo), revista foro, Nueva Época, N° 2, 2005, pp.201-248.

²⁰³ COAGUILA, Jaime, ob. Cit. p.125

de 10 corresponde un plazo de prescripción de 10 años y en el supuesto de la prisión o inhabilitación sea de 3 años y menos de 5 se aplica la prescripción en 5 años. En cuanto a los demás delitos menos graves prescriben a los tres años, la calumnia e injuria al año, las faltas a los seis meses. Por último, se establece que los delitos de lesa humanidad, genocidio y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescriben. Sin duda, la experiencia española con plazos fijos de prescripción representa un modelo más sencillo en relación al esquema de doble cómputo de la prescripción (ordinaria y extraordinaria) que sigue nuestra legislación penal.

En cuanto a la cuestión de la interrupción de los plazos de prescripción, el Código Penal Español en su artículo 132.2 señala que la prescripción se interrumpe cuando el procedimiento se dirija contra el *culpable* comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine su condena.

Veamos ahora qué significa exactamente esto en términos procesales. Para el Tribunal supremo español, con la presentación de la querella criminal, o incluso de la misma denuncia de los hechos, al formar ya parte del proceso penal constituye un acto suficiente para interrumpir la prescripción penal²⁰⁴. Bajo este supuesto no es necesario, para considerar interrumpida la prescripción, resolución judicial alguna de admisión a trámite (STC 71/2004; RJA 2004/2112; entre otras).

El fundamento de esta línea jurisdiccional precisa Chozas Alonso²⁰⁵, “es el principio de seguridad jurídica, dado que así se objetiviza el *dies a quo* de la interrupción de la prescripción, sin que pueda operar la mayor o menor diligencia del Tribunal en su actuación posterior a la recepción de la *notitia criminis*. Es más con el fin de dotar de la mayor seguridad jurídica a la fecha a partir de la cual opera la citada interrupción, el Alto Tribunal ha

²⁰⁴ CHOZAS ALONSO, José Manuel, ob. Cit. p.204-205

²⁰⁵ CHOZAS ALONSO, José Manuel, ob. Cit. p.205

señalado en varias ocasiones que basta que la declaración de voluntad o conocimiento del querellante o denunciante sean incorporados fehacientemente al Registro Judicial (STC 71/2004; RJA 2004/2112). Así se evita que una posible dilación por parte del Juez instructor pueda redundar en una lesión para el querellante o denunciante que se atiene escrupulosamente a las provisiones legales para ejercitar su pretensión punitiva o en el caso de la denuncia, cumplir con su obligación de poner los hechos en conocimiento de la autoridad”.

En suma, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se llega a las siguientes conclusiones:

- a. La sujeción a un procedimiento penal por la comisión de un delito, por la interpretación de una denuncia o una querella, no interrumpe la prescripción si en dichos actos no aparecen para identificar a los presuntos culpables de la infracción penal correspondiente.
- b. La denuncia presentada ante Ministerio Público o Fiscal, o ante ña autoridad policial, no surte el efecto interruptivo de la prescripción en tanto que la *noticia criminis* no llegue a conocimiento de su verdadero destinatario, el órgano jurisdiccional.
- c. Como en el momento de la interrupción de la prescripción, según el Tribunal Supremo, es aquel en que se produce la anotación de la denuncia o la querella en el Registro General del órgano jurisdiccional correspondiente, resulta absolutamente irrelevantes, a estos efectos interruptivos, las posibles resoluciones judiciales posteriores.

b. La interpretación de la prescripción del culpable según la nueva interpretación del tribunal Constitucional.

A través de la Sentencia 63/2005 de la Segunda Sala del tribunal Constitucional, de fecha 14 de marzo del 2005 se ha planteado a favor de

que el juez es la única persona encargada de llevar a cabo la dirección procesal del procedimiento contra el culpable, de lo que se deduce que la interrupción se produce con la admisión a trámite de la querella o denuncia²⁰⁶. Cabe precisar que hasta antes de la Sentencia 63/2005, todas las resoluciones que había dictado el Tribunal Constitucional en relación con la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal habían considerado esta cuestión como de mera legalidad, por lo que sólo le correspondía a la jurisdicción ordinaria y particularmente al tribunal Supremo, establecer el sentido y alcance de dicho instituto jurídico. El TC se había limitado de una forma casuística o desestimación de la prescripción por parte de los órganos jurisdiccionales penales se habían cumplido los cánones de razonabilidad y ausencia de arbitrariedad, al amparo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24.2 CE)²⁰⁷.

La sentencia del TC analiza un supuesto en el que la Agencia Estatal de la Administración Tributaria había interpuesto, antes de que venciera el plazo de prescripción, una querella contra dos personas casadas a las que se le acusaba de un delito del alzamiento de bienes, que no fue admitida a trámite sino hasta casi dos años después de su presentación. Los dos condenados, presentan un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quejándose de la anómala actuación de parte del órgano jurisdiccional de instrucción, al no dar curso al proceso durante tan dilatado espacio de tiempo. Este hecho marca la iniciativa del tribunal constitucional de establecer unos criterios acerca del momento interruptivo del plazo de prescripción de los delitos (Art. 132.2 CP, cuando hasta ese momento prevalecía el criterio de considerar esa cuestión como mera legalidad)²⁰⁸.

²⁰⁶ COAGUILA, Jaime, ob. Cit. p.125

²⁰⁷ CHOZAS ALONSO, José Manuel, ob. Cit. p.208

²⁰⁸ MARTINEZ PARDO, Vicente, La prescripción del delito. En: revista Internauta de Practica Jurídica, N° 37, 2011, pp.125-142

El Tribunal ofrece res conclusiones a modo de criterios hermenéuticos de carácter general²⁰⁹

- Es inadmisibile y por lo tanto vulneradora de la tutela judicial efectiva, la interpretación del Tribunal que había dictado la sentencia recurrida,, en virtud de la cual se considera suficiente la interposición, sino que es preciso que, dentro de ese mismo plazo que medie algún acto judicial tras la interposición de la denuncia o querella para considerar que la prescripción se haya interrumpido (F.J. 6, 7, y 8).
- El procedimiento penal no puede considerarse iniciado ni dirigido contra una persona por la simple presentación de una denuncia o querella, sino que es preciso un acto de interposición judicial posterior. En definitiva el *díez a quo* del proceso penal, cuando no ha habido querella previa, es el del momento en que se dicta el auto de admisión a trámite de la misma.
- Quien desee ejercer una acción penal no puede esperar hasta el último día el plazo de prescripción previsto para presentar la denuncia o querella, pues ello supondría tanto como dejar a los órganos judiciales sin plazo útil para decidir. Se impone un deber de diligencia de las partes. Pero también se impone al juez exigirle dictar una resolución en ese mismo pazo preclusivo.

El tribunal Constitucional español argumenta lo siguiente:

“(...) La trascendencia de los valores constitucionales y de los bienes jurídicos puestos en juego cuando lo que se niega es que se haya producido la prescripción de los hechos delictivos enjuiciados impone, pues, una lectura teológica del texto contenido en el artículo 132.2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que lo conecte a las finalidades que con esa norma se persiguen, finalidades, que conforme ha quedado expuesto, no son las estrictamente procesales de establecer los límites temporales de ejercicio de la acción penal por parte de los denunciantes o querellantes – lo que justificaría la consideración de que el plazo de prescripción de dicha acción se interrumpe en el mismo momento en que se produce la presentación de la denuncia o de la querella – sino otras

²⁰⁹ MARTINEZ PARDO, Vicente, ob. Cit. p.136-137

muy distintas de naturaleza material, directamente derivadas de los fines legítimos de prevención general y especial que se concretan en las sanciones penales y que son los únicos que justifican el ejercicio del *ius puniendi*, así como de principios tan básicos del Derecho Penal como los de intervención mínima y proporcionada a la gravedad de los hechos”.

Luego agrega el TC lo siguiente:

“...si bien es cierto que los denunciados o querellantes tienen un tiempo limitado para el ejercicio de su derecho a entablar la acción penal, y que ese plazo coincide con el establecido para el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, ello no debe hacer olvidar que los que están obligados a poner en marcha el instrumento penal en el indicado plazo son los órganos judiciales, pues sólo ellos son titulares del *ius puniendi* en representación del Estado (por todas, STC 115/2004, de 12 de julio [RTC 2004, 115], F.2). de manera que no puede considerarse razonable un interpretación del indicado precepto que deje la interrupción del plazo de prescripción exclusivamente en manos de aquellos, sin requerir para ello actuación alguna de interposición judicial, con la perturbadora consecuencia, entre otras muchas posibles, de que, lejos de verse el Juez compelido al ejercicio del *ius puniendi* dentro del plazo legalmente establecido, goce de una ampliación extralegal de dicho plazo por virtud de la actuación de los denunciados o querellantes al tener como efecto la interrupción del mismo que comience a correrá de nuevo en su totalidad”.

Posteriormente, prosigue el TC afirmando:

“...se hace evidente la irrazonabilidad a que se ve abocada la interpretación jurisprudencial de la expresión legal <<cuando el procedimiento se dirija contra el culpable>> anteriormente expuesta ya que demuestra cómo, llevada a sus últimos extremos, conduce a tener que conocer el efecto interruptivo de la prescripción de aquellas querellas y denuncias (incluso anónimas) que, presentadas dentro del plazo de prescripción, se hayan visto posteriormente olvidadas durante años (consciente o negligentemente) por sus propios impulsores o por los órganos judiciales, haciendo así ilusorios los plazos de prescripción legalmente establecido, cuya verdadera esencia, como hemos dicho, no es de carácter procesal sino material, al afectar los mismos a derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, venir imbricados en la teoría de los fines de la pena y cumplir, entre otras funciones, la de garantizar la seguridad jurídica del justiciable que no puede ser sometido a un proceso penal más allá de un tiempo razonable”

Así mismo el TC continúa afirmando que:

“... En consecuencia de lo anteriormente expuesto hemos de concluir que la interpretación realizada por la Sentencia dictada en apelación de la norma contenida en el art. 132.2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) no satisface el canon de motivación reforzada exigible en toda decisión judicial acerca de si los hechos denunciados están o no prescritos, al oponerse al fundamento material de dicho instituto, ignorar la ratio que lo inspira y no resultar, por todo ello, coherente con el logro de los fines que con él se persiguen, lo que conlleva la afirmación de que dicha resolución ha vulnerado el derecho de los demandantes de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión al haber desestimado su pretensión de que el delito que se les imputaba se encontraba ya prescrito en función de una interpretación del mencionado precepto que no resulta congruente con el canon de razonabilidad argumental axiológicamente fundamentada que hemos establecido para las resoluciones de este tipo”

Por último, puntualiza lo concluyente de la sentencia del TC cuando afirma:

“...A partir de las anteriores premisas se hace evidente que, en el caso de autos el plazo de prescripción legalmente establecido para el delito del alzamiento de bienes imputado a los demandantes de amparo se encontraba ya vencido en el momento en que, casi dos años más tarde, dicha querella fue admitida a trámite por el Juzgado. Dejando ahora de lado la cuestión relativa a si tal demora fue o no imputable a una actuación negligente del Instructor o de la Agencia Tributaria, lo cierto es que carece de toda razonabilidad, en el sentido anteriormente apuntado, la extensión del plazo de prescripción legalmente previsto para el delito de alzamiento de bienes de modo que alcance a cubrir demoras como la producida en este caso, con la consiguiente indefensión e inseguridad jurídica ocasionada a los querellados al no tener noticia alguna del <<procedimiento>> supuestamente seguido contra ellos. Por otra parte, si los plazos de prescripción de los delitos y de las penas son – como en forma unánime y constante admite la jurisprudencia – una cuestión de orden público, no estando por consiguiente a disposición de las partes acusadoras para que sean éstas quienes los modulen, tampoco resulta razonable concluir que la demora producida en la admisión a trámite de la querella de referencia haya de surtir efectos desfavorables en la esfera de los derechos y garantías de los demandantes de amparo al haber alejado de ellos en el tiempo el conocimiento de los hechos que se le imputaban con la consiguiente merma de sus posibilidades de defensa frente a tales imputaciones”.

En definitiva, el mensaje Tribunal Constitucional a la justicia ordinaria es que la naturaleza (material) y el fundamento (imposibilidad de imposición de pena) de la prescripción penal, unidos a las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al principio de seguridad jurídica contemplados respectivamente, en los artículos 24.1 y 9.3 de la Carta Magna, impiden que el Artículo 132.2 CP, se siga interpretando como hasta ahora, es decir, ya no es admisible considerar que la prescripción se haya interrumpido por la mera interposición de la denuncia o querella, sino que es preciso que un juez realice alguna actuación procesal posterior²¹⁰.

Ante ese razonamiento. El Tribunal Constitucional concluye que la sentencia recurrida había vulnerado el derecho de los demandantes al amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión al desestimar irrazonablemente su pretensión, de que el delito que se les imputaba ya prescrito, cuando afirma “el plazo de prescripción legalmente establecido para el delito de alzamiento de bienes, imputado a los demandantes de amparo se encontraba ya vencido en el momento en que, casi dos años después, dicha querella fue admitida a trámite por el Juzgado”²¹¹

c. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que modifica el Art. 132.2 de Código Penal.

Mediante Ley orgánica 5/2010, del 22 de junio, se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifica el apartado 2 del artículo 132, que queda redactado como sigue:

«2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de

²¹⁰ CHOZAS ALONSO, José Manuel, ob. Cit. p.213

²¹¹ CHOZAS ALONSO, José Manuel, ob. Cit. p.213-214

nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1.^a Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

2.^a No obstante lo anterior, la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3.^a A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante

datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.

El nuevo régimen procesal del artículo 132.2 de Código Penal, sistemáticamente ahora queda planteado de la siguiente forma²¹².

- Respecto al momento de la interrupción de la prescripción, ésta se dará cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciadamente responsable del delito o falta. Vemos que ahora se suprime la expresión “culpable”, para acuñar un término más jurídico.
- Respecto a la identificación de la persona contra la que se dirija el procedimiento; debe quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea, mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar dicha identificación entre el grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.
- En cuanto al momento en que se entiende dirigido el procedimiento contra una persona determinada. Es decir, se considera que desde el momento en que al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta. Se requiere una actuación material del juez instructor, auto de inicio de diligencias previas, auto de procesamiento, auto de transformación de procedimiento abreviado, etc.
- Respecto a los efectos interruptores de la prescripción por la presentación de denuncia o querella, se establece que se suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de 6 meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta. Si dentro del dicho plazo se dicta contra el querellado p denunciado

²¹² MARTINEZ PRADO, Vicente, ob. Cit. p.141-142

alguna de las resoluciones mencionadas anteriormente, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida en la fecha de presentación de la querella o denuncia. Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuara desde la fecha de presentación de la querella o denuncia, si dentro del plazo de seis meses o dos meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también, si dentro de dichos plazos, el juez de instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas.

7.4. LEGISLACIÓN DE ALEMANIA

a. Regulación legal sobre la prescripción

El instituto de la prescripción se encuentra regulado en el capítulo Quinto de la Parte General del Código Penal Alemán, comprendiendo la prescripción de la acción Penal (Título I) y la prescripción de la ejecución penal (Título II).

En cuanto a la prescripción de la acción Penal se encuentra regulado en los artículos 78 (plazo de prescripción), 78^a. (Iniciación), 78b. (Suspensión) y 78c (interrupción), conforme a las siguientes fórmulas legales:

§ 78. Plazo de prescripción

- (1) La prescripción excluye la sanción del hecho y el ordenamiento de medidas (§ 11 inciso primero numeral 5). El § 76 a inciso segundo primera frase numeral 1, quedan invariables.
- (2) Los crímenes realizados conforme a los incisos 220a (genocidio) y 211 (asesinato) no prescriben.

(3) En tanto que la persecución prescriba 3 asciende el plazo de prescripción a:

1. Treinta años para hechos, que son amenazados con pena de libertad de por vida.
2. Veinte años para hechos que son amenazados con pena privativa de la libertad con un máximo mayor de diez años
3. Diez años para hechos que son amenazados con pena privativa de la libertad con un máximo mayor de cinco a diez años.
4. Cinco años para hechos que son amenazados con pena privativa de la libertad con un máximo de más de un año hasta cinco años
5. Tres años en los restantes hechos.

(4) El plazo se sujeta a la sanción penal de la ley cuyo tipo penal realiza el hecho, sin consideración de las agravantes o atenuantes que están previstas en los preceptos de la parte general o para los casos especialmente graves o de menor gravedad.

§ 78a. Iniciación

La prescripción inicia tan pronto como esté terminado el hecho. Si se produce posteriormente un resultado que pertenece al tipo penal, entonces comienza la prescripción a partir de ese momento.

§ 78b. Suspensión

(1) La prescripción se suspende:

1. Hasta el cumplimiento de los dieciocho años de edad de la víctima en hechos punibles conforme al §§ 176 a 179.
2. Mientras que según la ley no ha comenzado la persecución o no se ha podido continuar, esto no rige cuando el hecho no se puede perseguir solamente porque falta la solicitud, la autorización o la petición penal.

- (2) Si se impide la persecución porque el autor es miembro del Parlamento Federal o de un órgano legislativo de un Estado Federado, entonces la suspensión de la prescripción comienza con el vencimiento del día en que:
 1. La fiscalía o un organismo público o un funcionario público del servicio de policía tenga conocimiento del hecho y de la persona del autor; o,
 2. se presente una denuncia o querrela contraer autor (§ 158 del ordenamiento procesal penal)
- (3) Si antes del vencimiento del plazo de la prescripción se ha emanado una sentencia de primera instancia entonces no vence el término de prescripción antes de la fecha en que haya finalizado el procedimiento con ejecutoria.
- (4) Si la ley amenaza con agravantes para casos especialmente graves con pena privativa de la libertad de más de cinco años y si se abre a juicio principal ante el tribunal de un Estado Federal, entonces se suspende la prescripción en los casos del inciso 78 inciso tercero numeral cuarto a partir de la apertura del juicio principal, por un período máximo de cinco años. El inciso tercero permanece invariable.

§ 78c. Interrupción

- (1) La prescripción se interrumpe por:
 1. La primera indagatoria del inculpado, la notificación de que contra él se ha iniciado una investigación o la orden para indagatoria o la notificación,
 2. Cada indagatoria judicial del inculpado o su ordenamiento

3. Cada comisión de un perito por el juez o fiscal, cuando antes el inculpado haya sido interrogado o notificado de la iniciación de la investigación
4. Cada orden de secuestro o allanamiento y las decisiones judiciales que las mantengan en vigor.
5. El auto de detención, la orden de internamiento, la orden de comparecimiento ante el juez y las decisiones judiciales que las mantengan en vigor
6. La presentación de la denuncia pública.
7. La apertura del juicio principal.
8. Cada señalamiento de una audiencia.
9. La condena u otra decisión correspondiente a la sentencia.
10. La suspensión judicial provisional del proceso por ausencia del inculpado así como cada orden del juez o fiscal, que según una tal suspensión del proceso o en un proceso contra ausentes para la investigación de la residencia del inculpado o para el aseguramiento de las pruebas.
11. La suspensión judicial provisional del proceso por incapacidad procesal del inculpado así como cada orden del juez o del fiscal que emana después de una tal suspensión del proceso para verificar la capacidad procesal del inculpado; o,
12. Cada requerimiento judicial para efectuar un hecho de investigación en el exterior

En procedimientos de seguridad y en procedimientos autónomos será interrumpida la prescripción por las acciones correspondientes a la primera frase para la ejecución del proceso de seguridad o del proceso autónomo

- (2) La prescripción se interrumpe en los casos de orden o decisión escrita, en el momento en que la orden o la decisión se firma. Si el documento no da curso al trámite enseguida después de la firma al

despacho, entonces el momento determinante es el que efectivamente se ha dado curso el trámite en el despacho.

(3) Después de cada interrupción comienza de nuevo la prescripción.

Sin embargo, la persecución prescribe por tarde cuando desde el momento señalado en el § 78a haya transcurrido el doble del término de prescripción legal, o cuando el término de prescripción se ha reducido según una ley especial a menos de tres años y han pasado por lo menos tres años. El § 78b permanece invariable.

(4) La interrupción tiene efecto solo contra aquel a quien se refiere la acción.

(5) Si se cambia una ley antes de la decisión que rija en la finalización del hecho y se reduzca por ella el término de la prescripción, entonces permanecen eficaces las acciones de interrupción que se ejecuten antes de la entrada en vigencia del nuevo derecho y aun cuando para el momento de la interrupción la persecución de acuerdo con el nuevo derecho ya hubiese estado prescrito.

b. Naturaleza Jurídica de la prescripción

En el año de 1885, la jurisprudencia del Tribunal Imperial asumió el criterio que la prescripción del delito era una causa jurídico-sustantiva del levantamiento de pena. A favor de esta posición es expuso que la distancia creciente con el hecho hace disminuir la justificación material de la pena (teoría material)²¹³.

La jurisprudencia posterior del Tribunal Imperial, seguida por la jurisprudencia de los Tribunales superiores de la República Federal y por una parte de la literatura actual, sostuvo el año 1942 que la prescripción solo es un *impedimento procesal* para la *persecución* . en favor de esta opinión se sostiene que con el paso del tiempo los medios de prueba se

²¹³ PAUL WASSMER, Martin, "La prescripción de los delitos y las penas". En: Sistemas penales comparados, Revista Penal, Universidad de Huelva, N° 22, 2008, pp. 168-173.

deterioran y que se debe actuar contra la inactividad de las autoridades (teoría procesal). Frente a este parece preferible, de acuerdo con una extendida opinión, concebir la prescripción como un *instituto jurídico <<mixto>>: material y procesal*, como ya lo hizo también el Tribunal Imperial en los años 1925 y 1932. Se abona en favor de esta concepción la idea que el fundamento de la prescripción del delito se encuentra predominantemente en el derecho imperial, pero su efecto se despliega en el procedimiento penal²¹⁴.

c. Plazos de la prescripción del delito

En el derecho penal alemán, los plazos de prescripción del delito son *escalonados* y se ordenan según la *gravedad de la pena* prevista en la ley cuyo tipo ha realizado el hecho. Tratándose de la imposición obligatoria de la prisión perpetua conforme al § 211 StGB (asesinato) no hay prescripción (§ 78 II StGB). Esto rige también para todos los crímenes contra el Derecho Internacional (§ 5 VStGB). Por su parte, el plazo de prescripción en caso de imposición facultativa de la prisión perpetua es de 30 años (§78 III N° 1 StGB). En caso de un marco penal con una pena máxima de más de 10 años el plazo de prescripción es de 20 años en caso de un marco penal con una pena máxima de más de 5 años y de hasta 10 años es de 10 años, en caso de un marco penal con una pena máxima de más de un año y de hasta 5 años es de 5 años y respecto de todos los demás hechos es de 3 años (§ 78 III N° 2 a 5StGB). Los plazos se calculan en términos abstractos según el *marco penal regular*, esto es, sin considerar agravaciones o atenuaciones previstas por las disposiciones de la Parte General (como por ejemplo, la rebaja obligatoria de pena para el cómplice) o respecto de casos especialmente graves o menos graves (§ 78 IV StGB). De ahí que los plazos solo se modifiquen

²¹⁴ PAUL WASSMER, Martin, ob. Cit. p. 168

por *tipos calificados o privilegiados*. Por eso, aun cuando el autor haya realizado varios tipos penales en concurso ideal (§ 52 StGB), el plazo de prescripción se determina separadamente para cada tipo²¹⁵.

La regulación de la *imprescriptibilidad* del asesinato fue introducida recién el año 1979, tras larga discusión, especialmente para evitar la prescripción de los crímenes más graves cometidos por los nacionalsocialistas. Con ese fin, en primer lugar, el año de 1965 el Parlamento Federal excluyó del cómputo de la prescripción el periodo entre el término de la guerra y el año 1949. Seguidamente, el año 1969, el plazo de prescripción para el asesinato se elevó de 20 a 30 años y se estableció que el genocidio de ningún modo prescribiera. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal este *endurecimiento retroactivo* de los plazos de prescripción en curso es compatible con el principio de legalidad (Art. 103 II GG).

d. Suspensión de la prescripción del delito

Como se advertía *supra*, el § 78b StGB menciona los casos en los que la prescripción se suspende temporalmente en virtud de un *impedimento a la persecución*, siendo de notar que el legislador ha completado varias veces el catálogo en tiempo reciente. La prescripción se suspende de acuerdo con el § 78b I N° 2 StGB cuando conforme a la ley la persecución no se puede comenzar o no se puede continuar.

Ahora, un *impedimento legal* se da, por ejemplo, cuando deben aplicarse las regulaciones sobre inmunidad (Art. 46 II GG, § 152^a StPO) o sobre extraterritorialidad (§§ 18 a 20 GVG), o cuando el procedimiento penal depende de la aclaración de una cuestión previa que debe ser resuelta en otro procedimiento, como, por ejemplo, un procedimiento de control concreto de constitucionalidad (Art. 100 GG). También son pertinentes los

²¹⁵ PAUL WASSMER, Martin, ob. Cit. p. 169.

casos en los que se ha prescindido provisionalmente de deducir acusación, sea porque se le ha concedido al imputado un plazo para el cumplimiento de condiciones e instrucciones (§ 153 III StPO), sea porque se trata de una denuncia falsa o de una injuria y en razón de la acción denunciada o afirmada existe un procedimiento penal o disciplinario pendientes (§ 154e StPO)²¹⁶.

Por el contrario, como precisa Paul Wassmer²¹⁷, “*impedimentos facticos* como autoría desconocida, ausencia o enfermedad mental no dan lugar a la suspensión. En 1994 y 2003 se amplió la suspensión de la prescripción respecto de los *delitos sexuales*. De acuerdo con el § 78b I N° 1 StGB, cuando la víctima es menos de edad en caso de abuso sexual y coacción sexual (§§ 174-174c, 177-179 StGB), la prescripción queda en suspenso hasta que se complete los 18 años de edad. Con esto se entiende a la circunstancia de que los niños y adolescentes a menudo no entienden correctamente todavía los hechos cometidos en su contra o callan por presión de parientes o personas cercanas, de modo que existe el peligro de que los hechos estén prescritos al momento de descubrirse. Ya que, sin embargo, este peligro existe también respecto de otros delitos violentos, se critica con razón su no inclusión como asistemática”.

Es de precisar que la suspensión de la prescripción opera por ministerio de la ley. En efecto, el § 78b II StGB hace una excepción, al respecto cuando lo que se opone a la persecución penal es que el autor sea miembro del Parlamento Federal u órgano legislativo de un Estado federado. En tales casos la prescripción se suspende recién el día en que la fiscalía, una autoridad o un funcionario del servicio policial *ha tomado conocimiento* del hecho y de la persona del autor o se ha interpuesto *denuncia o querrela criminal* contra el autor (§ 78b II StGB)²¹⁸.

²¹⁶ PAUL WASSMER, Martin, ob. Cit. p. 170.

²¹⁷ PAUL WASSMER, Martin, ob. Cit. p. 170.

²¹⁸ PAUL WASSMER, Martin, ob. Cit. p. 170.

El § 78b III StGB contiene una regulación para detener el curso de la prescripción, luego de una sentencia de primera instancia y *hasta el término firme* del procedimiento. El plazo de prescripción no se suspende con un fallo en la primera instancia, sino que sigue corriendo, pero si hubiera de cumplirse antes de que se arribe a sentencia firme, su termino se aplaza hasta ese momento. Esto rige aun cuando se hubiera cumplido el plazo de la prescripción absoluta (§ 78c III tercera oración StGB). Al respecto no es relevante ni el contenido ni la corrección del fallo de primera instancia. Por eso las demoras, en la práctica tan habituales en la tramitación de los recursos procesales, en principio no conducen a la prescripción.

Para los procesos considerados como graves y complejos, el § 78b IV StGB contiene desde el año 1993 una complicada regulación para aplazar el momento de la prescripción absoluta y prevenir de ese modo el archivo o sobreseimiento del procedimiento en el curso de juicios muy largo, especialmente en materia penal económica. Para todos los hechos con pena máxima de mas de un año y de hasta cinco años de privación de libertad, para los cuales, sin embargo, por tratarse de casos especialmente graves la ley prevé una pena agravada de más de cinco años y el juicio ha sido abierto ante el Tribunal Estadual, la prescripción se suspende desde la apertura del juicio, por un periodo máximo de cinco años (§ 78b IV primera oración StGB). No se ve afectada por esto la regla sobre suspensión de la prescripción en caso de existir un fallo de primera instancia y, con ello, de recursos procesales pendientes (§ 78b IV segunda oración StGB). La regulación es vista con ojos críticos, pues contribuye a alargar los procedimientos penales y se funda en términos demasiado genéricos en la figura del caso especialmente grave. Con todo, responde a necesidades de la práctica y es conforme con la Constitución²¹⁹.

²¹⁹ PAUL WASSMER, Martin, ob. Cit. p. 170.

En cuanto a la persecución de *autores de residencia en el extranjero*, el legislador creyó conveniente regular este aspecto desde el año 2005, para evitar que se produzca la prescripción cuando las dilaciones del procedimiento no son imputables a las autoridades alemanas (§ 78b V StGB). La regulación es especialmente aplicable al caso del traficante de armas *Schreiber*, quien actualmente vive en Canadá (<<Lex Schreiber>>). Si el autor reside en un Estado extranjero y la autoridad competente presenta un requerimiento de extradición a dicho estado, la prescripción se suspende desde el momento del ingreso del requerimiento. Como vemos, esta figura equivale en nuestra legislación a la suspensión de la prescripción cuando se sigue al inculpado un proceso de extradición²²⁰, de acuerdo a las consideraciones establecidas en el artículo 84° del código penal (su resolución incide de manera directa en la continuación del proceso penal). De esta forma, la suspensión se extiende bien hasta la entrega del autor, hasta que el autor abandone de otro modo el territorio del Estado extranjero hasta el rechazo del requerimiento o hasta el retiro del mismo (§ 78b V primera oración StGB). No están sometidas a esta regulación las solicitudes de extradición a Estados europeos, para los que existe, en razón de la Decisión Marco del Consejo de Europa de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, o bien en virtud de acuerdos internacionales (como será a futuro con Noruega e Islandia), una regulación de plazos (§ 78b V tercera oración StGB). si no se puede determinar la fecha de ingreso del requerimiento en el Estado extranjero, éste se entiende ingresado en principio al cabo de un mes desde su envío (§ 78b V segunda oración StGB)²²¹

²²⁰ Tribunal Constitucional peruano, Exp. N.° 01271-2008-PHC/TC, Asunto: José Enrique Crousillat López Torres.

²²¹ PAUL WASSMER, Martin, ob. Cit. p. 170.

e. Interrupción de la prescripción del delito.

El § 78c StGB enumera los casos en que mediante *acciones de persecución penal* se interrumpe la prescripción, con lo que el plazo comienza de nuevo (§ 78c III primera oración StGB). en vista de esta drástica consecuencia la enumeración es *taxista* y se impone una *interpretación restrictiva*.

Conforme al § 78c I primer párrafo StGB la prescripción se interrumpe por *acciones* de órganos de persecución alemanes en un *procedimiento penal nacional*, acciones que marcan los vértices más importantes del procedimiento penal: orden y práctica del primer interrogado del imputado, así como la comunicación de que se ha iniciado el procedimiento de instrucción (N° 1); orden o practica del interrogatorio judicial (N° 2); nombramiento de un perito (N° 3); orden judicial de incautación o registro (N° 4); orden de detención, orden de prisión, orden de arresto (N° 5); deducción de la acusación pública (N° 6), apertura de la etapa de juicio (N° 7), citación a juicio (N° 8), orden penal un otra decisión equivalente a la sentencia (N° 9); sobreseimiento temporal del procedimiento por ausencia del acusado, así como cualquier orden posterior que sirva para determinar la residencia o para asegurar pruebas (N° 10); sobreseimiento temporal por incapacidad, así como cualquier orden posterior que sirva para la comprobación de la incapacidad (N° 11); requerimiento judicial para la práctica de una diligencia de investigación en el extranjero (N° 12). También en el *procedimiento para la imposición de medidas de seguridad* (§§ 413-416-St-PO), así como en el *procedimiento autónomo de comiso* (§§ 440-442-StPO) tiene lugar la interrupción en virtud de medidas equivalente a las mencionadas acciones de persecución penal (§ 78c I segundo párrafo StGB)^{222e}

²²² PAUL WASSMER, Martin, ob. Cit. p. 171

El efecto de la *interrupción*, precisa Paul Wassmer²²³, “se produce apenas se *realiza la acción*, esto es, en caso de medidas orales en el momento en que se pronuncian, en casi de órdenes y decisiones escritas en el momento de la firma (§ 78c II primera oración StGB), excepcionalmente, cuando la tramitación del documento no comienza inmediatamente luego de su firma, es determinante el momento en que efectivamente se empezó a tramitar (§ 78c II segunda oración StGB). Desde un punto de vista *material*, el efecto de la interrupción alcanza *al hecho completo en sentido procesal* y no solo – como ocurre en el § 78 StGB – a la infracción individual de ley. Le interrupción se produce incluso cuando la medida, si bien defectuosa, no fue ineficaz. También conducen a la interrupción medidas que después son revertidas. Por otra parte, la interrupción afecta *en lo personal* solo a aquellos a quienes se refiere la acción de persecución penal (§ 78c IV 4 StGB).

Cabe resaltar que las acciones de interrupción son *repetibles todas las veces que se quiera*. El efecto de interrupción, sin embargo, solo se produce, según la opinión dominante, cuando existe *oportunidad objetivamente fundada* para realizarlas. Por eso no son suficientes las acciones que solo se despliegan con el fin de interrumpir la prescripción. Se opone además a la prolongación ilimitada del plazo el *plazo absoluto de prescripción* del § 78c III segundo párrafo StGB. según éste, el delito prescribe a más tardar cuando desde la terminación del hecho ha transcurrido el doble del plazo ordinario de prescripción o bien, si el plazo de prescripción fuera inferior a tres años (como es caso de las leyes de prensa estatales), cuando han transcurrido al menos tres años sin que exista sentencia de primera instancia²²⁴.

Si ocurren *modificaciones legales* que producen reducciones del plazo de prescripción, como, por ejemplo, si se reduce una pena, se hace cargo la

²²³ PAUL WASSMER, Martin, ob. Cit. p. 171

²²⁴ PAUL WASSMER, Martin, ob. Cit. p. 171

disposición de transición del § 78c V StGB. de acuerdo con ésta, las acciones de interrupción realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo derecho surten efecto aunque la ley que regía al tiempo de la terminación del hecho haya sido modificada antes de la decisión (§ 78c V primera oración StGB).

Esto rige incluso cuando al momento de la interrupción el delito hubiera estado prescribe conforme al nuevo derecho (§ 78c V segunda oración StGB)²²⁵

²²⁵ PAUL WASSMER, Martin, ob. Cit. p. 171

CAPITULO VIII

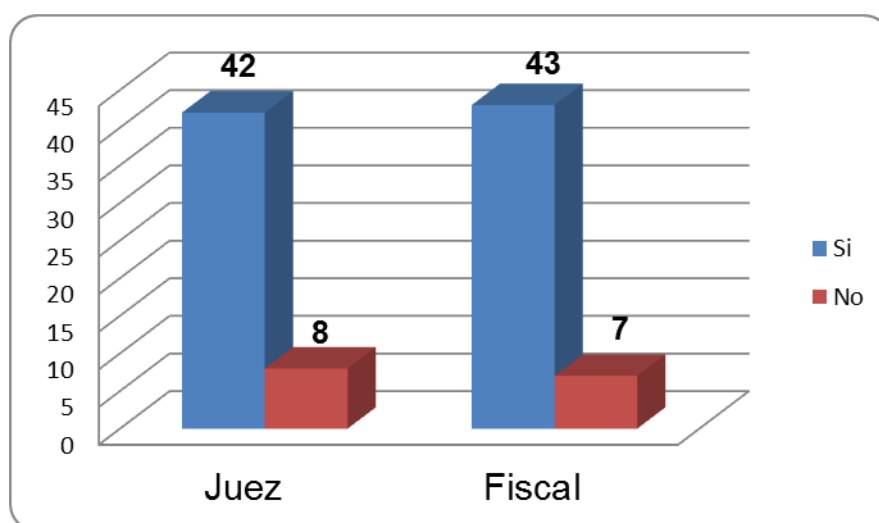
-

ANALÍSIS Y RESULTADOS DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA

8.1 RESULTADO DEL ANALISIS DESCRIPTIVO

1. ¿Cree usted que la prescripción penal debe aplicarse a todos los delitos tipificados en el Código Penal, con excepción de los delitos de lesa humanidad?

	JUEZ	FISCAL	TOTAL
SI	42	43	85
NO	8	7	15
TOTAL	50	50	100

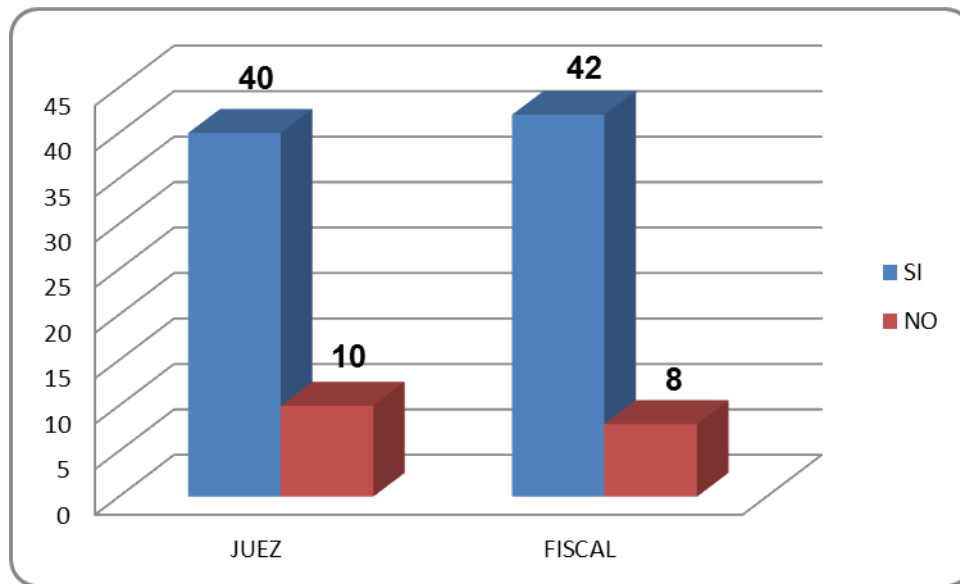


Interpretación:

De los magistrados encuestados, 42 jueces (84%) y 43 fiscales (86%), responde que la prescripción penal **SI** debe aplicarse a todos los delitos tipificados en el Código Penal, con excepción de los delitos de lesa humanidad. Mientras que 8 jueces (16%) y 7 fiscales (14%) responden que **NO**.

2. ¿Cree usted que la de la prescripción penal afecta el debido proceso y la seguridad jurídica?

	JUEZ	FISCAL	TOTAL
SI	40	42	82
NO	10	8	18
TOTAL	50	50	100

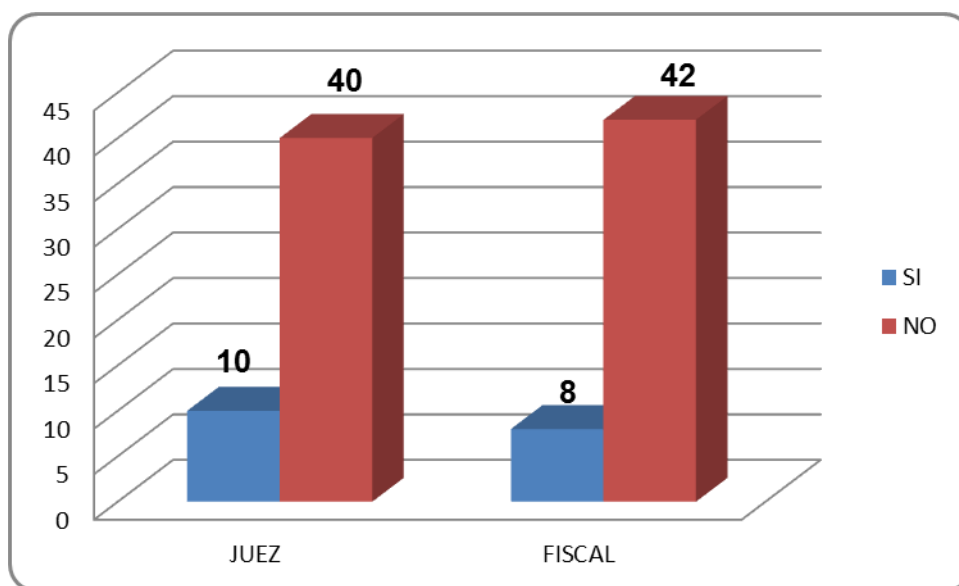


Interpretación:

De los magistrados encuestados, 40 jueces (80%) y 42 fiscales (84%), responde que la prohibición de la prescripción penal **SI** afecta al debido proceso y la seguridad jurídica, mientras que 10 jueces (20%) y 8 fiscales (16%) responden que **NO**.

3. ¿Cree usted que resulte legal y legítimo que el plazo de la prescripción deba suspenderse en forma indefinida, ante la comisión de delitos que no constituyen lesa humanidad?

	JUEZ	FISCAL	TOTAL
SI	10	8	18
NO	40	42	82
TOTAL	50	50	100

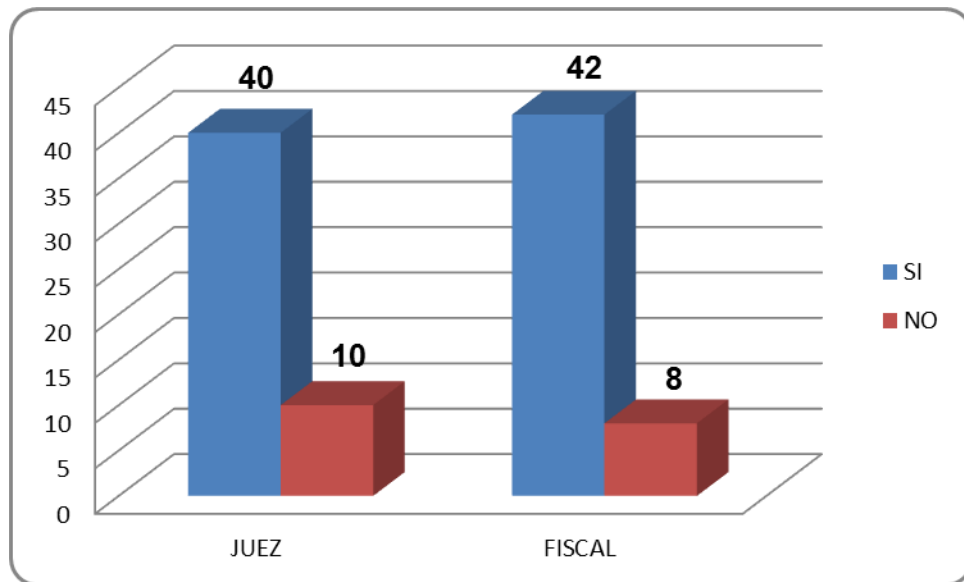


Interpretación:

De los magistrados encuestados, 40 jueces (80%) y 42 fiscales (84%), responde que **NO** es legal ni legítimo que el plazo de la prescripción deba suspenderse en forma indefinida, ante la comisión de delitos que no constituyen lesa humanidad, mientras que 10 jueces (20%) y 8 fiscales (16%) responden que **SI**.

4. ¿Cree usted que se vulnera la Constitución y el derecho al plazo razonable cuando la acción penal se extiende de manera indefinida?

	JUEZ	FISCAL	TOTAL
SI	40	42	82
NO	10	8	18
TOTAL	50	50	100

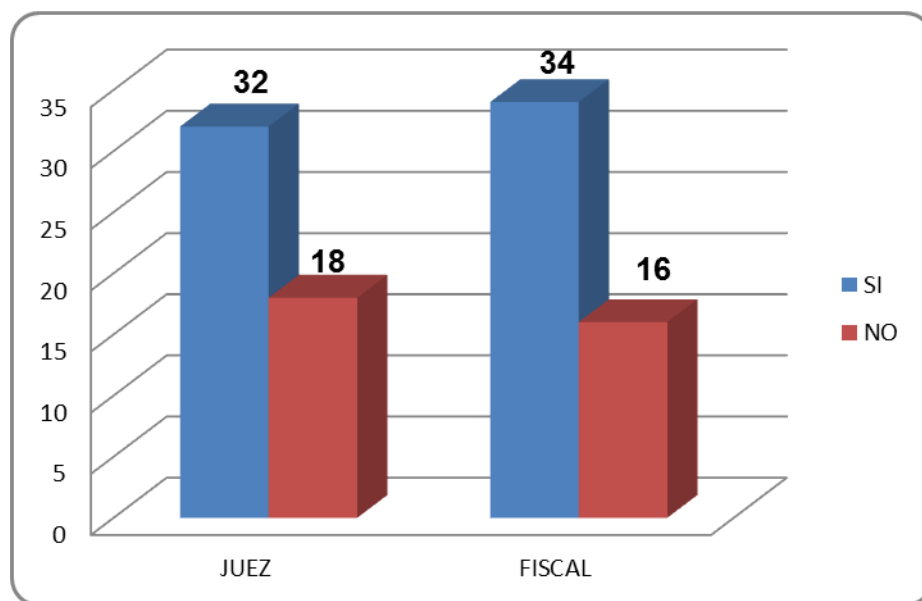


Interpretación:

De los magistrados encuestados, 40 jueces (80%) y 42 fiscales (84%), responde que **SI** vulnera la Constitución y el derecho al plazo razonable cuando la acción penal se extiende de manera indefinida, mientras que 10 jueces (20%) y 8 fiscales (16%) responden que **NO**.

5. ¿Cree usted que se vulnera el derecho constitucional a la prescripción si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción?

	JUEZ	FISCAL	TOTAL
SI	32	34	66
NO	18	16	34
TOTAL	50	50	100

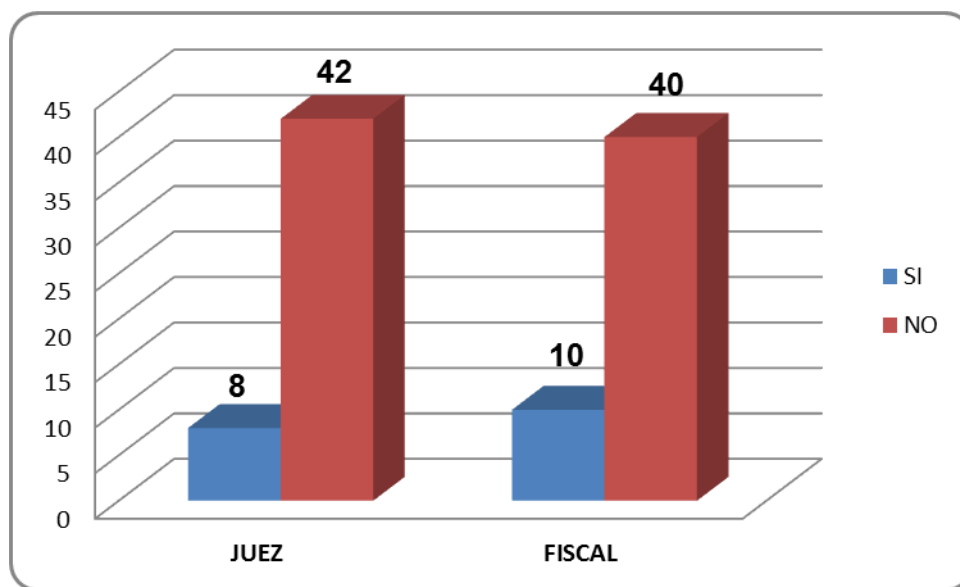


Interpretación:

De los magistrados encuestados, 32 jueces (64%) y 34 fiscales (68%), responde que **SI** vulnera el derecho constitucional a la prescripción si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción, mientras que 18 jueces (36%) y 16 fiscales (32%) responden que **NO**.

6. ¿Cree usted que la figura de contumacia deba ser comprendido como un supuesto de suspensión de la prescripción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84° del Código Penal?

	JUEZ	FISCAL	TOTAL
SI	8	10	18
NO	42	40	82
TOTAL	50	50	100

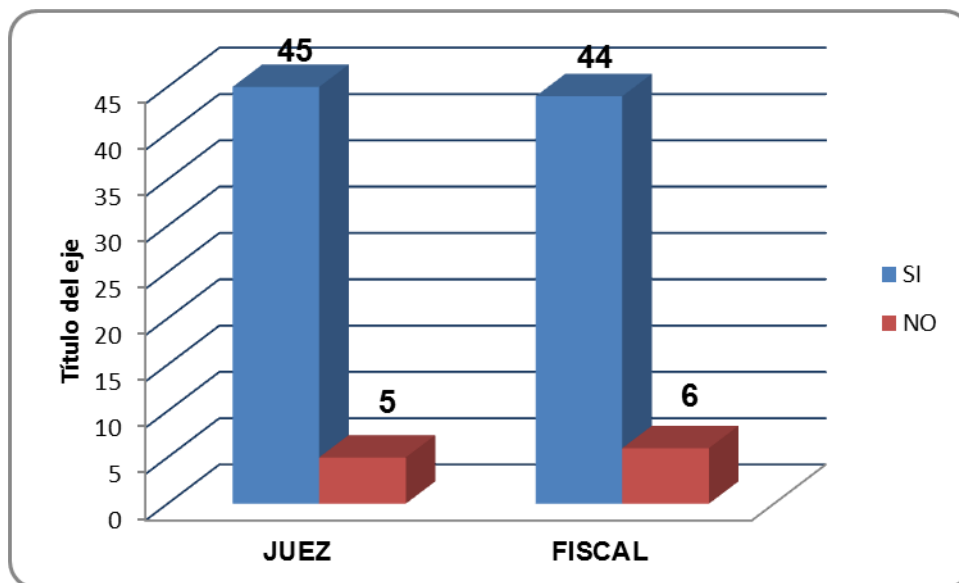


Interpretación:

De los magistrados encuestados, 42 jueces (84%) y 40 fiscales (80%), responde que la figura de la contumacia **NO** debe ser comprendido como un supuesto de suspensión de la prescripción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84° del Código Penal, mientras que 08 jueces (16%) y 10 fiscales (20%) responden que **SI**.

7. ¿Cree usted que se vulnera la Constitución si la acción penal se mantiene suspendida de manera indefinida, al amparo de la Ley N° 26641, aun cuando sea por causas atribuibles al procesado?

	JUEZ	FISCAL	TOTAL
SI	45	44	89
NO	5	6	11
TOTAL	50	50	100

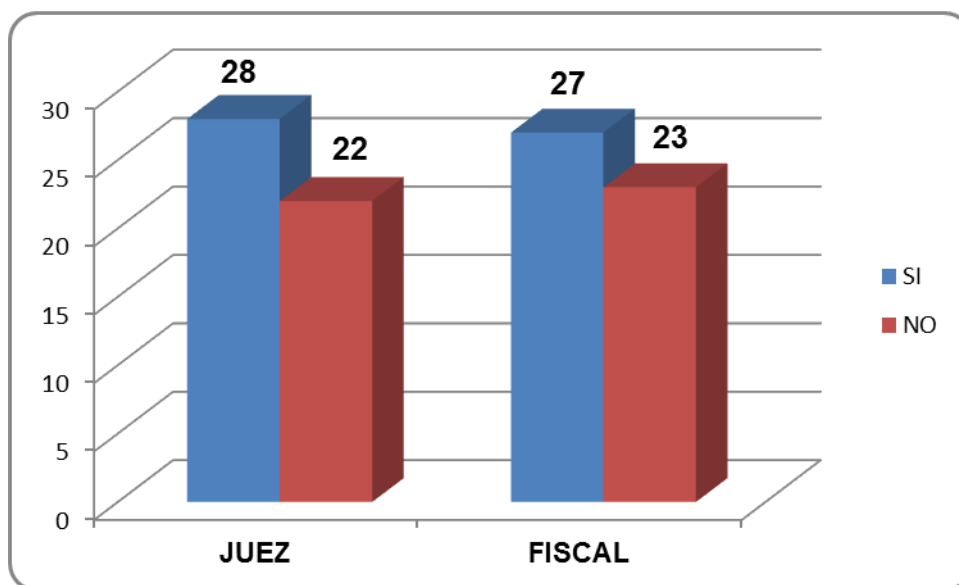


Interpretación:

De los magistrados encuestados, 45 jueces (90%) y 44 fiscales (88%), responde que **SI** se vulnera la Constitución si la acción penal se mantiene suspendida de manera indefinida, al amparo de la Ley N° 26641, aun cuando sea por causas atribuibles al procesado, mientras que 05 jueces (10%) y 06 fiscales (12%) responden que **NO**.

8. ¿Cree usted que el argumento sostenido por el TC: “que la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces – al amparo de la Ley N° 26641-, sólo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso”, es justificable, o es que simplemente no debe aplicarse dicha ley por ser inconstitucional?

	JUEZ	FISCAL	TOTAL
SI	28	27	55
NO	22	23	45
TOTAL	50	50	100

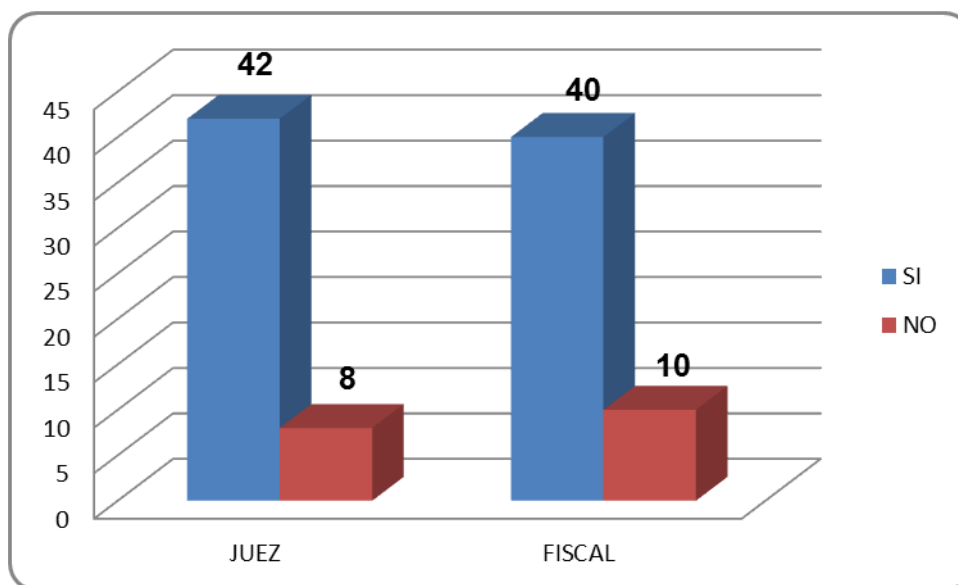


Interpretación:

De los magistrados encuestados, 28 jueces (56%) y 27 fiscales (54%), responde que el argumento del TC **SI** es justificable, mientras que 22 jueces (44%) y 23 fiscales (46%) responden que **NO** es justificable, que simplemente no debe aplicarse dicha ley porque es inconstitucional.

9. ¿Cree usted que el TC se contradice cuando afirma que: “la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces – al amparo de la Ley N° 26641-, sólo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso”, si de acuerdo al artículo 84° del Código Penal, la figura de la contumacia no puede ser comprendido como un supuesto de suspensión de la prescripción porque no corresponde a otro procedimiento cuyo pronunciamiento determine la iniciación o prosecución del proceso penal, y porque el legislador ha regulado las causales de suspensión de la prescripción al margen del comportamiento rebelde que pueda tener el imputado?

	JUEZ	FISCAL	TOTAL
SI	42	40	82
NO	8	10	18
TOTAL	50	50	100



Interpretación:

De los magistrados encuestados, 42 jueces (84%) y 40 fiscales (80%), responden que el argumento del TC **SI** se contradice, pues de acuerdo al Art. 84° CP, la figura de la contumacia no puede ser comprendido como un

supuesto de suspensión de la prescripción penal, porque no corresponde a “otro procedimiento”, y porque el legislador ha regulado “las causales de suspensión de la prescripción penal al margen del comportamiento rebelde que pueda tener el imputado”, mientras que 08 jueces (16%) y 10 fiscales (20%) responden que el TC **NO** se contradice.

8.2 ANALISIS INFERENCIAL

Como se puede apreciar en la primera pregunta de los 100 magistrados encuestados, 42 jueces, que equivale al 84% y 43 fiscales, que equivale al 86%, responde que la prescripción penal **SI** debe aplicarse a todos los delitos tipificados en el Código Penal, con excepción de los delitos de lesa humanidad, mientras que 8 magistrados, que equivale al 16% responden que **NO**. Existe consenso por parte de los magistrados encuestados en sostener que la prescripción penal debe aplicarse a todos los delitos, con excepción de los delitos de lesa humanidad, conforme a los tratados internacionales.

En la segunda pregunta de los 100 magistrados encuestados, 40 jueces, que equivale al 80% y 42 fiscales, que equivale al 84%, responde que la prohibición de la prescripción penal **SI** afecta al debido proceso y la seguridad jurídica, mientras que 10 jueces, que equivale al 20%, y 8 fiscales, que equivale al 16%, responden que **NO**. Lo que quiere decir que aceptan mayoritariamente que la prescripción es una institución jurídica que tiene que aplicarse necesariamente, porque de lo contrario se estaría afectando el debido proceso y la seguridad jurídica.

En la tercera pregunta, de los 100 magistrados encuestados, 40 jueces que equivale al 80%, y 42 fiscales, que equivale al 84%, responde que **NO** es legal ni legítimo que el plazo de la prescripción deba suspenderse en forma indefinida, ante la comisión de delitos que no constituyen lesa humanidad, mientras que 10 jueces, que equivale al 20%, y 8 fiscales que equivale al 16% responden que **SI** es legal y legítimo. Con dicha respuesta, la mayoría

de los magistrados prácticamente se están oponiendo a que la figura de la contumacia lleve implícito la suspensión de la prescripción, porque esto último lo que en realidad hace es suspender en forma indefinida la prescripción de los delitos comunes.

En la cuarta pregunta, de los 100 magistrados encuestados, 40 jueces (80%) y 42 fiscales (84%), responde que **SI** se vulnera la Constitución y el derecho al plazo razonable cuando la acción penal se extiende de manera indefinida, mientras que 10 jueces (20%) y 8 fiscales (16%) responden que **NO**. Esta respuesta, que es dada en forma mayoritaria, estaría confirmando la idea que extender el plazo de prescripción sin ningún límite temporal, vulnera la constitución y el derecho al plazo razonable.

En la quinta pregunta, de los 100 magistrados encuestados, 32 jueces que equivale al 64%, y 34 fiscales, que equivale al 68%, responde que **SI** se vulnera el derecho constitucional a la prescripción si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción, mientras que 18 jueces, que equivale al 36%, y 16 fiscales, que equivale al 32%, responden que **NO** se vulnera el derecho constitucional a la prescripción. Si bien aún no se aprecia una contumacia en la respuesta de los magistrados, todo indica que están advirtiendo el problema, es decir, lo ilegítimo que significa la suspensión de la prescripción en la contumacia.

En la sexta pregunta, de los 100 magistrados encuestados, 42 jueces, que equivale al 84%, y 40 fiscales, que equivale al 80%, responde que la figura de la contumacia **NO** debe ser comprendida como un supuesto de suspensión de la prescripción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84° del Código Penal, mientras que 08 jueces, que equivale al 16%, y 10 fiscales, que equivale al 20%, responden que **SI**. En esta respuesta hay plena conciencia por parte de la mayoría de los magistrados que la contumacia no pueden ser comprendida como supuesto de suspensión de la prescripción por el artículo 84° CP, no lo considera.

En la séptima pregunta, de los 100 magistrados encuestados, 45 jueces, que equivale al 90%, y 44 fiscales, que equivale al 88%, responde que **SI** se vulnera la Constitución si la acción penal se mantiene suspendida *ad infinitum*, al amparo de la Ley N° 26641, aun cuando sea por causas atribuibles al procesado; mientras que 05 jueces, que equivale al 10%, y 06 fiscales, que equivale al 12%, responden que **NO**. Como vemos, no existe consenso en afirmar que se vulnera la Constitución si se mantiene *ad infinitum* la suspensión de la prescripción, aun cuando sea por causas atribuibles al procesado.

En la octava pregunta, de los 100 magistrados encuestados, 28 jueces, que equivale al 56%, y 27 fiscales, que equivale al 54%, responde que el argumento del TC **SI** es justificable, mientras que 22 jueces, que equivale al 44%, y 23 fiscales, que equivale al 46% responden que **NO** es justificable, que simplemente no debe aplicarse dicha ley porque es inconstitucional. Al parecer, en esta respuesta, los magistrados vuelven a caer en una contradicción con sus respuestas anteriores.

En la novena pregunta, de los 100 magistrados encuestados, 42 jueces, que corresponde al 84%, y 40 fiscales, que equivale al 80%, responde que el argumento del TC **SI** se contradice, pues de acuerdo al Art. 84° Código Penal, la figura de la contumacia no puede ser comprendida como un supuesto de suspensión de la prescripción de la acción penal, porque no corresponde a otro procedimiento cuyo pronunciamiento determine la iniciación o prosecución del proceso penal y porque el legislador ha regulado las causales de suspensión de la prescripción penal al margen del comportamiento rebelde que pueda tener el imputado, mientras que 08 jueces, que equivale al 16%, y 10 fiscales, que equivale al 20%, responden que el argumento del TC **NO** se contradice. Una vez más, todo indica que los magistrados encuestados volvieron a encontrar el rumbo y se percataron del error en que estaban incurriendo, al seguir acríticamente los argumentos del Tribunal Constitucional.

CONCLUSIONES

1. Se concluye, al haberse demostrado a través de las preguntas cinco y seis de la encuesta que carece de legitimidad a figura de la contumacia como supuesto de aplicación de suspensión de la prescripción, porque la figura de la Contumacia no puede ser contenida ni incluida en la institución de la Suspensión de la Prescripción, dado que la suspensión del proceso penal no se encuentra relacionada con la conducta – rebelde – del procesado, sino con la tramitación de otro procedimiento – sea judicial o administrativo -, que va a incidir en el comienzo o la continuación del proceso penal; siendo por tanto dos figuras totalmente diferentes que no pueden ser asimiladas.
2. Se concluye, al haberse demostrado con la pregunta siete de la encuestada, que se vulnera la Constitución si la acción penal se mantiene suspendida de forma indefinida, al amparo de la Ley N° 26641, aun cuando sea por causas atribuibles al procesado, cuando se aleja o rehúye del proceso; pues ha quedado acreditado que el legislador en el diseño actual de la política criminal estatal ha regulado las causales de suspensión e interrupción de la prescripción completamente al margen del comportamiento positivo o negativo de sujeción que tenga el imputado en el proceso penal por iniciarse o ya iniciado en su contra.
3. Se concluye al haberse demostrado con la pregunta cuatro de la encuesta, que se vulnera el derecho al plazo razonable, si la acción punitiva del estado se extiende en forma indefinida, dado que todo proceso debe tener un límite temporal.
4. Se concluye, al haberse demostrado con la pregunta cinco de la encuesta, que se vulnera el derecho constitucional a la prescripción si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción, porque de lo contrario estaríamos convirtiendo a los delitos leves en delitos graves, pues conforme estipula el artículo 80° del Código Penal, dichos delitos prescribirían a los 20 años.

5. Se concluye que la Ley N° 26641 – Ley de Contumacia-, constituye la expresión objetiva de una política mediática del gobierno de turno – ex Presidente Fujimori -, basada en razones de política criminal, que sin respetar principios y garantías fundamentales que informan el proceso penal, desbordó el ámbito procesal, convirtiéndose en una ley irracional carente de legitimidad, con consecuencias nefastas que afectan la esfera de la libertad personal.
6. Se concluye que el artículo 79.1 del Nuevo Código Procesal Penal y el decreto Legislativo 125, sólo dispone que el auto que declara la contumacia – o ausencia – ordenará la conducción compulsiva del imputado, previa constatación de la situación de rebeldía; no contemplando la posibilidad de que *suspenda* la Investigación Preparatoria o la Etapa Intermedia respecto del contumaz o ausente; de los cual se infiere que las normas procesales antes citadas no le han otorgado a la declaración judicial de contumacia –o ausencia – del imputado, la fuerza de interrumpir o suspender el plazo de prescripción de la acción penal. En sentido similar, el artículo 84° del Código Penal – al igual que el Art. 83° -, tampoco ha considerado a los actos procesales de contumacia o ausencia del imputado como causas de interrupción o suspensión del plazo de prescripción. Además, la contumacia es una calidad jurídica, no es un procedimiento diferente – administrativo o judicial – que influya en el comienzo o la continuación del proceso penal, conforme exige el Art. 84° CP.
7. Se concluye que la posición del Tribunal Constitucional que señala que: “... la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, es de aplicación en la medida que no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso”, es insostenible porque en realidad la figura de la contumacia de acuerdo al artículo 84° del CP, no puede ser comprendida como un supuesto de suspensión de la prescripción, siendo ambas figuras incompatibles; resultado además innecesario incluso su aplicación a los delitos de lesa humanidad, conforme pretende el Acuerdo del

Pleno Jurisdiccional Superior Regional en Materia Penal del año 2006, porque dichos delitos poseen una legislación propia que la convierten en imprescriptibles (Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad – ratificado por el Perú el 01-07-2003).

8. Se concluye que al reo declarado contumaz y a quien se le ha suspendido el plazo de prescripción en virtud de la Ley N° 26641, el proceso necesariamente tendría que prescribir a los 20 años para los delitos comunes; y a los 30 años, tratándose de delitos graves sancionados con pena de cadena perpetua; siendo que en el primer caso se estaría equiparando a los delitos leves con los delitos graves, lo cual es insostenible.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que la Ley N° 26641, sea expulsada del ordenamiento jurídico, es decir, sea derogada; al ser inconstitucional por el fondo y por la forma; caso contrario, en la practica estaríamos equipando a los delitos leves con los delitos con los delitos graves de lesa humanidad – los únicos delitos considerados como imprescriptibles -, con los delitos comunes, lo cual sería incongruente, al vulnerar principios y garantías fundamentales del proceso penal.

2. Se recomienda que el juzgador utilice el control difuso (Art. 138° de la Constitución) y declare inaplicable la Ley N° 26641 cuando se enfrente a un problema de este tipo; siendo la herramienta más eficaz para este fin, aplicar el principio de proporcionalidad, y realizar una ponderación de intereses (persecución punitiva vs. Debido proceso), en la que se verifique que de ningún modo el principio de la persecución punitiva debe prevalecer por ante la garantía del debido proceso y sus principios más concretos como el derecho a la igualdad y a la defensa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VASQUEZ, Manuel, “Acerca de la Naturaleza de la Prescripción”. En: *El Derecho Penal Contemporáneo. Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I, ARA Editores, Lima 2006.
- ABUGATTAS, Juan: “Marco Conceptual de la ciencia y la tecnología”. En Revista Alma Mater, N° 1
- AGUDO CORREA, Teresa, *El principio de la proporcionalidad en el derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999.
- ALVAREZ, Carlos Adolfo, “La hasta hoy denominada secuela de juicio y la ley 25990”. En BACLINI, Jorge, Interrupción de la prescripción penal por actos de procedimiento. En revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, diciembre 2007, <http://www.magistrados-santafe.org.ar/rosario/modulos/pdf/revistas/7.pdf>
- ALFREDO GOZAINI, Osvaldo, “Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el decreto interno”. En: NOGUEIRA ALCALA, Humberto, Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Noviembre del 2006, p. 337
- AMBOS, Kai, *Estudios de derecho penal internacional*, IDEMSA, Lima, 2007.
- ACUÑA SOTELO, Carlos Jhonantan y URQUIZO VIDELA, Gustavo: “El principio de no ser condenado en ausencia. ¿Es necesario que el defensor del reo ausente solicite la nulidad de la sentencia condenatoria?”. En: Dialogo con la Jurisprudencia, Nro. 120, Año 14, Lima, septiembre de 2008.
- BLANC ALTEMIR, Antonio, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internación*, Casa Editorial BOSCH, Barcelona, 20002.
- BINDER, Alberto, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Editorial. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BLOCH, Ernst: *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar, Madrid, 1980.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1998.

- CHOZAS ALONSO, José Manuel ¿Cuándo se interrumpe la prescripción en el ámbito procesal penal? (un nuevo enfrentamiento entre el tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo), Revista Foro, Nueva Época, N° 2, 2005.
- CHUNGA HIDALGO, Laurence, La contumacia en el nuevo Código Procesal Penal. En Revista Ita lus Esto.
- COAGUILA VALDIVIA, Jaime, “JEAN VALJEAN, REO CONTUMAZ: La suspensión de los plazos de prescripción en el proceso penal peruano a partir de la novela *les misérables*, de Víctor Hugo”. En: Revista Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, N° 170, Enero, 2008.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación. Radicación 11220 de 1999. Corte Suprema de Justicia, 397 U.S. 337 (1970), asunto *Illinois vs. Allen*; citado por Corte Constitucional de Colombia, C-591/05, de Junio 8/05.
- Corte Suprema de Justicia, 414 U.S. 17 (1973) asunto Maryland vs Bussman; citado por Corte Constitucional de Colombia, C-591/05, de Junio 8/05.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Suarez Rosero”, sentencia del 12 de noviembre de 1997.
- CIDH, Caso Duran y Ugarte vs. Perú, sentencia de 16 de Agosto del 2000.
- Corte Suprema, Acuerdo Plenario 5-2006/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia.
- Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial, Incidente: Cecilia Isabel Chacón de Vettori.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578/02, de fecha 30 de julio del 2002, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Constitucional de Colombia, Sentencia C-591-05, de Junio 8/05 Magistrado Ponente: CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
- DO SOCORRO BARBOSA, María, *Aspectos político-criminales de la seguridad ciudadana en España y Brasil: Reflexiones comparadas* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008.

- ELVIRA, Ascensión, “Libertad de circulación y orden público en España”. En In Dret Revista para el análisis del derecho, N° 2, Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Barcelona, abril de 2008.
- ENRIQUE MORA, José, La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española, Universidad de Navarra de España, confróntese en la siguiente página electrónica: <http://dspace.unav.es/dspase/bitstream/10171/5545/1/JOSE%20ENRIQUE%20MORA.pdf>. Consultado el 17-04-2012.
- FERNANDEZ GIMENEZ, María del Camino, *La sentencia inquistorial*, Editorial Complutense, Madrid, 2000.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo, La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional).
- GARCIA CHAVARRY, Abraham, Acusación constitucional, juicio político y antejuicio. Desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial. Cuaderno de Trabajo N° 9, Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 2008.
- GARCIA RADA, Domingo, La nueva Constitución y el derecho penal, SESATOR, Lima, 1980.
- GARCIA MORILLO, Joaquín, El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GONZALES – CUELLAR SERRANO, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Editorial Colex, Madrid, 1990
- GONZÁLES TAPIA, María Isabel, *La prescripción en el derecho pena*, Dykinson, Madrid, 2003.
- GARCIA GUTIERREZ, “Tratamiento y análisis de la documentación”, 2002. En: http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol12_2_04/aci11204.htm
- HURTADO PORZO, José, *Manual de Derecho Penal – parte general*, Grijley, 3° Edicion, 2005, Lima.

- GIL GIL, Alicia, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED Alzira, Valencia 1999.
- GARCIA ARAN Y LOPEZ GARRIDO (coordinadores), *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Editorial Comares, Granada. 1993.
- KAUFMANN, Arthur y HASSEMER, Winfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Editorial Debate, Madrid, 1992.
- KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía positiva*. Ciencia y filosofía, Ediciones Cátedra, Madrid, 1981.
- LAFER, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un dialogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- LANDA, César, *Dignidad de la persona humana*, Revista Cuestiones constitucionales, N° 7, julio-diciembre, 2002.
- MARTINEZ PARDO, Vicente, *La prescripción del delito*. En: Revista Internauta de Práctica Jurídica, N° 27, 2011.
- MEREU, Ítalo, *Historia de la intolerancia en Europa*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2003.
- MOLLER, Max, *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos* (Tesis Doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, 2008.
- NUÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, Tomo II, Parte General, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960
- ORÉ GUARDIA, Arsenio, “Problemas de aplicación de las medidas de coerción personal en el proceso penal peruano”, Gaceta del Tribunal Constitucional, N° 2, abril – junio 2006, p. 9. Asimismo, CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado”. En: <http://ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Benef-Penit.pdf>

- ONU, Resolución 3074 (XXVIII) del 03 de diciembre de 1973, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 28° periodo de sesiones.
- Pacheco, Máximo: *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta edición, Santiago, 1990.
- PAUL WASSMER, Martin, “La prescripción de los delitos y las penas”. En: *Sistemas penales comparados*, Revista Penal, Universidad de Huelva, N°22, 2008.
- PASTOR, Daniel, *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- PEREZ PINZON, Álvaro, “La prescripción de los delitos y las penas”. En: *Sistemas penales comparados*, Revista Penal, Universidad de Huelva, N° 22, 2008, pp.
- PEDRAZA, Wilfredo, “La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos”, En: MACEDO, Francisco (Coordinador), *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Delimitación conceptual de los derechos humanos”. En: Cascajo Castro, et al., *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- Pleno Jurisdiccional Superior Regional en Materia Penal, Sede Moquegua, realizado los días 14 y 15 de octubre del 2006.
- PRIETO SANCHIS, Luis, “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?”, En: *Anuario de filosofía del derecho*, XIII, 1996.
- Resolución 3074 (XXVIII) del 03 de diciembre de 1973, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 28° periodo de sesiones.

- ROY FREYRE, Luis Eduardo, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Grijley, Lima, 2007.
- ROJAS VARGAS, Fidel, INFANTES VARGAS, Alberto, Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada. IDEMSA, Lima, 2001.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, ALMEDA, Elizabeth, *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005.
- ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio, "Obligación internacional del Estado de judicializar los casos de violaciones a los derechos humanos: un análisis desde la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos", En: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,288,0,0,1,0>
- RODRIGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte general*, 10 ed., Dykinson, Madrid, 1986.
- REY GONZALES, Carlos, *La prescripción de la infracción penal* (en el Código de 1995), 2ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*, 18ª edición, Dykinson, Madrid, 1995
- SAN MARTIN CASTRO, César: Derecho procesal penal, Vol. I, 1 edición, Grijley, Lima, 1999.
- SERRANO VILLAFANE, Emilio: Concepciones iusnaturalista actuales, segunda edición, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1977.
- SIERRA BRAVO, *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*, 5ª edición, THOMSON, Madrid, 2003.
- Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, Exp. N° 4430-2008-19 de fecha 01-08-2009.
- Tribunal Constitucional español, Sentencia 63/2005, de 14 de marzo el 2005.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 7451-2005-PHC/TC, Asunto: Cono Norte de Lima y Franklin Macedonio Alcántara Muñoz.

- Tribunal Constitucional Exp. N° 02203-2008-PHC/TC, Asunto: Víctor Javier Solís Mejías y otro.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 010-2002-AI/TC.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 1805-2005-PHC/TC, Asunto: Máximo Humberto Cáceda Pedemonte.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 4118-2004-HC/TC, Asunto: Luis Alberto Velásquez Angulo.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 7451-2005-PHC/TC, Asunto: Franklin Macedonio Alcántara Muñoz.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 5815-2005-PHC/TC, Asunto: Sandro Guzmán de Águila.
- Tribunal Constitucional español, STC 19/1985, de 13 de febrero.
- Tribunal Constitucional peruano Exp. N° 01271-2008-PHC/TC, Asunto: José Enrique Crousillat López Torres.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 01680-2009-PHC/TC, Asunto: Antauro Igor Humala Tasso y otros.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 3509-2009-PHC/TC, Asunto: Walter Gaspar Chacón Málaga.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 04352-2009-PHC/TC, Asunto: W.L.D.C.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 2915-2004-HC/TC, Asunto: Berrocal Prudencio.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, Asunto: Karen Mañuca Quiroz Cabanillas.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 0010-2002-AI, Caso: Marcelino Tineo Silva.
- Tribunal Constitucional español, Sentencia 53/85, F.J.8.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 1417-2005-AA/TC, Asunto: Manuel Anicama Hernández.
- Tribunal Constitucional español, STC 11/1981, DE 8 DE ABRIL, F.J.8. En: Sentencia Tribunal Constitucional español N° 292-2000, pagina electrónica: <http://www.cpsr-peru.org/bdatos/spain/jurisprudencia/stc292>.

- Tribunal Constitucional Exp. N° 0012-2006-PI/TC, de 15 de diciembre de 2006, Asunto: Decana del Colegio de Abogados de Lima.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 05350-2009-PI/TC, Asunto: Julio Rolando Salazar Monroe.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 04959-2008-PHC/TC, Asunto: Benedicto Nemesio Jiménez Bacca.
- Exp. N° 045-2004-PI/TC, de 29 de octubre del 2005, Asunto: Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.
- Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, Exp. N°4430-2008-19, de fecha 01-08-2009.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 47-2004-AI/TC, del 24/04/2010, Caso Gobierno Regional de San Martín.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 01271-2008-PHC/TC, Huaura, Asunto: José Enrique Crousillat López Torres.
- Tribunal Constitucional Exp. N° 0024-2010-PI/TC, Asunto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas, contra el Decreto Legislativo N° 1097.
- URETA GUERRA, Juan, *Introducción al derecho posmoderno*, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2000.
- VERA BARROS, Oscar, *La prescripción en el Código Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.
- VILLAVICENCIO TERRENOS, Felipe (presentador), *Diccionario penal jurisprudencial*, 1° edición, Lima 2009.
- WEACKER, Franz, *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, Aguilar, Madrid, 1957.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2005.

ANEXOS

- ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA
- ANEXO 2: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS (ENCUESTA)

- ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA PRINCIPAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	VARIABLES
¿Resulta constitucional aplicar la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción por parte de los Magistrados del Distrito Judicial de Lambayeque?	Determinar si resulta constitucional aplicar la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción en el Distrito Judicial de Lambayeque	Resulta inconstitucional la figura de la contumacia si se aplica como supuesto de suspensión de la prescripción	<p>Variable Independiente Inconstitucionalidad de la aplicación de contumacia</p> <p>Variable Dependiente Suspensión de la prescripción</p>
PROBLEMAS SECUNDARIOS	OBJETIVOS ESPECIFICOS	HIPOTESIS SECUNDARIA	
¿Vulnera el derecho constitucional a la prescripción si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción?	Establecer las implicancias de la aplicación de la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción en el Distrito Judicial de Lambayeque.	Se vulnera el derecho constitucional a la prescripción si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción.	
¿Vulnera el derecho al plazo razonable si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción?	Describir los presupuestos para la aplicación de la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción en el Distrito Judicial de Lambayeque	Se vulnera el derecho al plazo razonable si se aplica la contumacia como supuesto de la suspensión de la prescripción.	

- ANEXO 2: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS (ENCUESTA)

**ENCUESTA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONTUMACIA Y LA
SUSPENSION DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
LAMBAYEQUE – AÑOS 2011 – 2012**

La presente encuesta forma parte de una investigación que trata de establecer si bajo los alcances de la Ley N° 26641, es constitucional suspender el plazo de prescripción cuando el juez de la causa declara a un reo contumaz.

Encuesta dirigida a Magistrados (Fiscales y Jueces).

Marque con una x, la opción que considera correcta.

1. ¿Cree usted que la prescripción penal debe aplicarse a todos los delitos tipificados en el Código Penal, con excepción de los delitos de lesa humanidad?

a. SI _____
b. NO _____

2. ¿Cree usted que la de la prescripción penal afecta el debido proceso y la seguridad jurídica?

a. SI _____
b. NO _____

3. ¿Cree usted que resulte legal y legítimo que el plazo de la prescripción deba suspenderse en forma indefinida, ante la comisión de delitos que no constituyen lesa humanidad?

- a. SI _____
- b. NO _____

4. ¿Cree usted que se vulnera la Constitución y el derecho al plazo razonable cuando la acción penal se extiende de manera indefinida?

- a. SI _____
- b. NO _____

5. ¿Cree usted que se vulnera el derecho constitucional a la prescripción si se aplica la contumacia como supuesto de suspensión de la prescripción?

- a. SI _____
- b. NO _____

6. ¿Cree usted que la figura de contumacia deba ser comprendido como un supuesto de suspensión de la prescripción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84° del Código Penal?

- a. SI _____
- b. NO _____

7. ¿Cree usted que se vulnera la Constitución si la acción penal se mantiene suspendida de manera indefinida, al amparo de la Ley N° 26641, aun cuando sea por causas atribuibles al procesado?

- a. SI _____
- b. NO _____

8. ¿Cree usted que el argumento sostenido por el TC: “que la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces – al amparo de la Ley N° 26641-, sólo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso”, es justificable, o es que simplemente no debe aplicarse dicha ley por ser inconstitucional?

a. SI _____

b. NO _____

9. ¿Cree usted que el TC se contradice cuando afirma que: “la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces – al amparo de la Ley N° 26641-, sólo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso”, si de acuerdo al artículo 84° del Código Penal, la figura de la contumacia no puede ser comprendido como un supuesto de suspensión de la prescripción porque no corresponde a otro procedimiento cuyo pronunciamiento determine la iniciación o prosecución del proceso penal, y porque el legislador ha regulado las causales de suspensión de la prescripción al margen del comportamiento rebelde que pueda tener el imputado?

a. SI _____

b. NO _____