



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO.
ESCUELA DE POSTGRADO.**

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN
EN CIENCIAS PENALES.**

TESIS.

“EL ACUERDO PLENARIO N.º 3-2012/CJ-116 Y LA VULNERACIÓN AL DERECHO A SER JUZGADO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE EN UN PROCESO PENAL.”

**Tesis presentada para optar el grado académico de Maestro
en Derecho con mención en Ciencias Penales.**

PRESENTADA POR:

***Abog. María Cira Rojas
Chupillon.***

Lambayeque - Perú - Enero 2017.

“EL ACUERDO PLENARIO N.º 3-2012/CJ-116 Y LA VULNERACIÓN AL DERECHO A SER JUZGADO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE EN UN PROCESO PENAL”.

Abog. María Cira Rojas Chupillón.
Autor.

Mg. Ezequiel Baudelio Chavarry Correa.
Asesor.

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Para optar el grado de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES.

APROBADO POR:

Dr. JOSÉ MARÍA BALCAZAR ZELADA.
Presidente del Jurado.

Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE.
Secretario del Jurado.

M. Sc. RICARDO PONTE DURANGO.
Vocal del Jurado.

Lambayeque - Enero del año 2017.





*Agradezco a Dios por guiarme
en la realización de este trabajo, a
mis docentes, colegas y a mis amigos;
por sus consejos y enseñanzas.*



INDICE.

CONTENIDO	
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO.....	4
RESUMEN.	10
ABSTRACT.	11
INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.	15
1.1.- UBICACIÓN.	16
1.2- CÓMO SURGE EL PROBLEMA.....	16
1.3.- CÓMO SE MANIFIESTA Y QUÉ CARACTERÍSTICAS TIENE.....	16
1.4- REALIDAD PROBLEMÁTICA.	16
1.5.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	20
1.6.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	23
2.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.	23
3.- OBJETIVOS.	25
3.1- General:	25
3.2- Específicos:	25
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	26
2.- Siglas empleadas en la Investigación.	28
3.- Base teórica.	29
A.- La Acción penal y la acción procesal penal.	29
B.- La Prescripción y su fundamento constitucional.	29
C.- Concepto de prescripción.	30
D.- Clases de prescripción.	30
D.1.- Prescripción ordinaria y extraordinaria.	31
D.2.- Cómputo de los plazos de la Prescripción ordinaria y extraordinaria.	33
E.- Vicisitudes de la prescripción.	33
E.1.- Interrupción de la Prescripción de la acción penal.....	34
E.2.- Suspensión de la Prescripción de la acción penal.	35
F.- La Cuestión previa.	36

G.- La Cuestión prejudicial.	38
H.- La Acusación constitucional: (El Antejudio Político).	38
I.- El Desafuero Constitucional.	40
J.- La extradición.	41
K.- Sobre los efectos de la formalización de la investigación preparatoria.	42
SUB-CAPITULO I.	47
LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.	48
1.- Generalidades.	48
2.- Concepto de Prescripción.	49
2.1.- Clases de Prescripción.	52
2.2.- Extinción de la acción penal y de la pena.	52
2.3.- Causales de extinción de la acción penal.	52
2.4.- Extinción de la acción penal por sentencia en sede civil.	54
2.5.- Plazos de prescripción de la acción penal.	55
2.6.- Reducción de los plazos de prescripción de la acción penal.	64
2.7.- Comienzo de los plazos de prescripción de la acción penal.	65
2.8.- Interrupción y suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal.	69
2.9.- Interrupción y suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal.	70
3.- Imprescriptibilidad de la acción penal.	71
3.1 Prescripción de la acción penal y crímenes de lesa humanidad.	72
3.2 Imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad y control constitucional.	72
SUB-CAPITULO II.	74
NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.	75
1.- Generalidades.	75
2.- ¿Son cuestiones meramente académicas las disquisiciones sobre la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal?	76
2.1.- Naturaleza material de la prescripción de la acción penal.	83
2.2.- Naturaleza procesal de la prescripción de la acción penal.	88
2.3.- Naturaleza mixta de la prescripción de la acción penal.	91
3.- Toma de posición.	93

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y SU TRATAMIENTO A TRAVÉS DE LOS ACUERDOS PLENARIOS DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA.	95
1.- Generalidades.	95
2.- ¿Constituyen realmente precedentes vinculantes las reglas contenidas en los acuerdos plenarios en materia penal?.....	96
3.- Precedente judicial vinculante.	99
3.1.- Requisitos para el dictado del Precedente judicial.	102
3.2.- Precedentes judiciales y su base legal.	102
4.- Nuestra opinión.	105
5.- La prescripción de la acción penal y su tratamiento a través de los acuerdos plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República.	106
5.1.- Acuerdo plenario N.º 6-2007/CJ-116	106
5.2.- Acuerdo plenario N.º 9-2007/CJ-116	114
5.3.- Acuerdo plenario N.º 8-2009/CJ-116	123
5.4.- Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116	146
5.5.- Acuerdo plenario N.º 2-2011/CJ-116	173
5.6.- Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116	177
6. Causas de extinción de la pena.....	181
6.1 - La Prescripción.	181
LAS IMPRECISIONES DEL ACUERDO PLENARIO N.º 3-2012/CJ-116. Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A SER JUZGADO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE.	186
1.- Generalidades.-	186
2.- La formalización de la investigación preparatoria.	188
3.- Interrupción de la Acción penal.	189
3.1.- Causales de interrupción de la acción penal.	190
A.- Actuaciones del Ministerio Público.	190
B.- De las autoridades judiciales.	193
C.- La comisión de un nuevo delito doloso.	193
4.- Análisis del Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116.	193
4.1.- Problemáticas del AP. 3-2012/CJ-116.	196
4.2.- Suspensión de la prescripción de la acción penal: ¿La formalización de la investigación preparatoria es un supuesto de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal?	198

5.- Prescripción y el Derecho a ser juzgado dentro de plazo razonable.	210
SUB-CAPITULO V.	214
HIPOTESIS Y VARIABLES.	215
1.- HIPÓTESIS.	215
2.- VARIABLES.	215
2.1.- Variable independiente:	215
2.2.- Variable dependiente:	215
2.3.- Variable extraña:	215
3.- DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.	217
CAPITULO III.	218
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.	219
1.- MARCO METODOLÓGICO.	219
1.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN:	219
1.2.- UNIVERSO, POBLACIÓN Y MUESTRA.	219
1.3.- ÁREA Y UBICACIÓN.	220
2.- MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	220
2.1.- Materiales.	220
2.2.- Técnicas.	220
2.3.- Instrumentos de Recolección de Datos.	221
A.- Entrevistas.	221
B.- Encuestas.	228
RESULTADO ESTADISTICO.	233
C.- ANÁLISIS DOCUMENTAL.	243
3.- MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.	245
4.- ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS.	246
5.- ANÁLISIS GENERAL Y CRÍTICO DE LA INVESTIGACIÓN.	246
6.- RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO.	249
CONCLUSIONES.	251
RECOMENDACIONES.	254
VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	255
BIBLIOGRAFÍA DIGITAL.	264

JURISPRUDENCIA EMPLEADA.....	266
-------------------------------------	------------

RESUMEN.

Mediante el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, (Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal 2004), se precisaron los lineamientos del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116. Estipulando que el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal en referencia a la formalización de la investigación preparatoria suspende el plazo de prescripción de la acción penal, siendo que dicha suspensión no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, sin embargo no debemos olvidar que según el artículo 83° del Código penal, la prescripción de la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. Es decir con dicha interpretación, el plazo transcurrido en la etapa preliminar se le puede adicionar otro plazo al momento de formalizar la investigación preparatoria, con lo cual si sumamos todos los plazos desbordaremos in extenso el plazo extraordinario de la prescripción de la acción penal, y si nos encontramos ante delitos que merecen penas cortas, se estaría subvirtiendo el derecho implícito a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

El problema planteado es ¿En qué medida el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116 vulnera el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal? Con su correspondiente hipótesis: Si el Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116 plantea lineamientos incorrectos entonces vulnera el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal. Concluyéndose que el AP 3-2012, sí lesiona el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, por cuanto la formalización de la investigación preparatoria en realidad interrumpe el plazo de la prescripción de la Acción penal, y no la suspende como erróneamente se expuso.

(Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116, Formalización de la Investigación Preparatoria, prescripción ordinaria, prescripción extraordinaria, suspensión e interrupción, Derecho a ser Juzgado dentro de un Plazo razonable).

ABSTRACT.

By means of the Plenary Agreement N° 3-2012/CJ-116, (Matter: On the need to re-evaluate the suspension of the prescription arranged in the Article 339° clause 1 of the Procedural Penal Code 2004), were needed the limits of the Plenary Agreement N° 1-2010/CJ-116. Stipulating that the Article 339° clause 1 of the Procedural Penal Code in reference to the formalization of the preparatory investigation suspends the term of prescription of the penal action, being that the above mentioned suspension will not be able to extend beyond an accumulated time equivalent to the ordinary term of prescription any more a half of the above mentioned term, nevertheless we must not forget that according to the Article 83° of the penal Code, the prescription of the penal action expires, in any case, when the passed time exceeds in a half to the ordinary term of prescription. It is to say with the above mentioned interpretation, the term passed in the preliminary stage can add another term to the moment to formalize the preparatory investigation, with which if we add all the period we will exceed in extensively the extraordinary term of the prescription of the penal action, and without to think before crimes that short sorrow deserves, there would be subverted the implicit right to be judged in a reasonable term.

In raised problem it is in what measure does the Plenary Agreement N.º 3-2012/CJ-116 damage the right to be judged in a reasonable term in a penal process? With his corresponding hypothesis: If the Plenary Agreement N.º 3-2012/CJ-116 raises incorrect limits at the time it damages the right to be judged in a reasonable term in a penal process. Concluding that the AP 3-2012, yes it injures the right to be judged in a reasonable term, since the formalization of the preparatory investigation actually interrupts the term of the prescription of the penal Action, and not to suspend it since erroneously it was exposed.

(Plenary Agreement N.º 3-2012/CJ-116, Formalization of the Preparatory Investigation, Ordinary Prescription, Extraordinary Prescription, Suspension and Interruption, Law to be judged in a Reasonable Term).

INTRODUCCIÓN.

Actualmente la Jurisprudencia se ha convertido en una de las fuentes principales del Derecho, adicionalmente a la ley y a la Doctrina, tal idea que parece ajena y descontextualizada para nuestra Tradición Jurídica, *civil law*, sí es de recibo, y es aplicable para nuestro ordenamiento jurídico, es un argumento que pocos o nadie se atrevería a criticar en la actualidad, sin embargo en nuestro sistema jurídico con una suerte de novedoso sistema jurisprudencial subyacen los denominados Acuerdos de Sala Plena, en puridad los Acuerdos plenarios expedidos por la Corte Suprema de la República, por las Salas Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú, dicho órgano de la máxima instancia en lo penal tiene entre sus múltiples funciones unificar e interpretar '*correctamente*' la ley ordinaria, sin embargo, qué sucede si la interpretación realizada por la Corte Suprema es errada, por una función de efecto reflejo, erradas serán las aplicaciones e interpretaciones que realice la judicatura ordinaria, y aquí cobra gran importancia las palabras del Juez Jackson: "No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra"¹. Es bueno recordar dicha frase célebre, por cuanto los acuerdos plenarios, que ni siquiera constituyen jurisprudencia y por lo tanto no son vinculantes, pues no nacen de un caso en concreto a contrapelo de la lógica que subyace en los Precedentes Vinculantes (*rectius* precedentes persuasivos) se ha creído consolidada y afianzada la doctrina que predica que la formalización de la investigación preparatoria es un supuesto de suspensión de la acción penal.

Como es una verdad de perogrullo el tiempo como un hecho de la realidad, no sólo tiene incidencia en el mundo "onírico" del derecho, lleno de abstracciones para los legos, éste cobra vital importancia en la realidad, y si el derecho regula ciertos aspectos de la misma, no hay duda alguna que es de vital importancia, por cuanto por el decurso del tiempo se adquieren o se extinguen derechos, buena cuenta de ello se refleja en la prescripción adquisitiva y extintiva de derechos, como es natural para nuestro presente trabajo de tesis, hemos desarrollado diferentes tópicos de la prescripción en lo penal, y advertiremos a lo largo de nuestra investigación que la ley, la doctrina y la jurisprudencia le dan un tratamiento disímil a la prescripción de la acción penal.

Para abordar las problemáticas de la investigación en lo atiente a la prescripción de la acción penal damos por descontado que hemos usado la doctrina más autorizada para nuestra investigación sea para plegarnos a sus argumentos ora para criticar los mismos, en el mundo del Derecho somos conscientes que nadie tiene la verdad apodíctica de su lado, sin embargo creemos que el operador del derecho (sea la magistratura o un particular en su rol de abogado) debe basar sus argumentos en la Constitución y en los tratados internacionales y luego enlazarlos con la jurisprudencia y la doctrina, como está de por sí descontado nuestra investigación está basada en dichas fuentes.

El título de nuestra investigación lleva por nombre "*El acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116 y la vulneración al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal*", por lo que como es natural en nuestra investigación hemos

¹ Frase utilizada por el Juez Jackson de la Corte Suprema Norteamericana. Vid. voto concurrente del Juez Jackson recaído en el caso: Brown v. Allen. (1953).

traído a colación lo expuesto en los artículos 83° y 84° del Código Penal y el artículo 339° Inciso 1 del Código Procesal Penal Peruano, después del análisis y confrontación de dichos dispositivos advertimos que surgen dos cuestiones problemáticas:

La primera tendiente a determinar si la formalización de la investigación preparatoria (Artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal) se configura propiamente como un supuesto de suspensión “*sui generis*” de la prescripción de la acción penal. En dicha línea, para arribar a una solución armónica, debemos recurrir a un análisis teleológico y sistemático de los artículos 339° del Código Procesal Penal en concordancia con los artículos 83° y 84° del Código Penal a fin de brindar nuestras fundamentadas conclusiones con relación a las problemáticas que se han generado en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal².

Como segundo problema cabe preguntarnos como ha incidido lo resuelto en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como producto de la expedición del Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116.

Para afrontar la problemática que hemos advertido y ser coherentes con el título de nuestra investigación debemos brindar previamente todo un recodo argumentativo en torno a la prescripción de la acción penal, en consecuencia hemos decidido dividir en cuatro sub capítulos el marco teórico de nuestra investigación a fin de contar con la base teórica correspondiente, que a manera de plataforma, nos sirva para dar solución a las problemáticas que han surgido a lo largo de nuestra investigación.

En el primer subcapítulo denominado: *La prescripción de la acción penal*, hacemos un tratamiento teórico de los diferentes institutos atinentes a la prescripción de la acción penal, mas no de la prescripción de la pena, hacemos algunas disquisiciones de la misma, empero nos avocamos al tratamiento de la prescripción de la acción penal, clases, supuestos de interrupción y de suspensión, criterios que nos van a servir para dilucidar los objetivos de nuestra investigación.

En el segundo subcapítulo, denominado *Naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal*, abordamos la complicada tarea para tratar de dilucidar acerca de la naturaleza de la prescripción de la Acción penal. Hurgando en las teorías material, procesal y mixta, a fin de clarificar el tópico sobre la aplicación del cambio de dispositivos a través del tiempo, *rectius*, la aplicación de la norma a través del tiempo.

En el tercer subcapítulo denominado *La prescripción de la acción penal y su tratamiento a través de los acuerdos plenarios de las salas penales de la corte suprema de la república*, en dicho subcapítulo comentamos uno a uno los diferentes acuerdos plenarios que ha emitido la Corte Suprema de la República, y en la gran mayoría de ellos saludamos los lineamientos y el raciocinio empleado en los mismos para dar solución a los problemas planeados.

² Cfr. CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. En: La Revista Institucional Ipso Jure. Año 7 N.º 29 Mayo 2015. Edición de Aniversario. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Pág. 81.

En el cuarto subcapítulo denominado *Las imprecisiones del Acuerdo plenario N.º 3-2012/Cj-116 y su incidencia en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable*, damos cuenta de las imprecisiones en que incurre la Corte Suprema y cómo estos lineamientos crean un efecto pernicioso en torno al derecho a ser juzgado dentro un plazo razonable, adicionalmente se demuestra que la formalización de la investigación preparatoria no se configura como un supuesto de suspensión de la prescripción de la acción, sino se determina que en realidad es un supuesto de interrupción de la acción penal.

Finalmente en el apartado correspondiente se comprobaba que se tiene por comprobada la hipótesis planteada y se han cumplido con todos los objetivos planteados en la investigación. *Alea iacta est.*

Lambayeque, 30 de octubre de 2016.
Día de San Marcelo, Beato Ángel de Acri.
San Gerardo de Potenza.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.

1.- SITUACIÓN DEL PROBLEMA.

1.1.- UBICACIÓN.

La presente investigación se circunscribe al ámbito geográfico del departamento de Lambayeque, en el distrito fiscal Lambayeque.

1.2.- CÓMO SURGE EL PROBLEMA.

El problema surge en la actualidad ante la gran controversia que existe entre las fuentes del derecho, esto es la ley, la doctrina y la jurisprudencia, que se han suscitado contradictorias y que a la vez supone una gran problemática al momento de enfrentar cualquiera de los casos en donde se deberán aplicar los plazos para el cómputo de la prescripción ordinaria o extraordinaria, ello aunado a la gran problemática que existe previamente ante la discrecionalidad judicial, en donde en palabras del profesor Jorge Astete “Actualmente por eso no puede ser más lamentable la situación de la justicia en toda la América Latina y el Perú: mezcle usted ambivalencia constitucional, más derecho valorativa, más criterio de conciencia de juez de un órgano y tendrá el sistema judicial más impredecible de la tierra.”³

1.3.- CÓMO SE MANIFIESTA Y QUÉ CARACTERÍSTICAS TIENE.

Abocándonos objetivamente a la realidad que nos convoca la presente investigación, la precitada problemática subyacente a las limitaciones que hemos indicado líneas arriba, se manifiesta en el quehacer jurídico, de manera diaria, en cada despacho Judicial, sin pensar primigeniamente en los despachos Fiscales, en donde en cierta oportunidad dejan de lado los Principios *Pro Hómine* e *In dubio Pro reo*, al pretender extender los plazos de prescripción, para “tener más tiempo para investigar”, dejando de lado el plazo razonable que impide una asidua persecución por parte del estado, al reo, ilimitadamente. Precisamente, estos hechos ameritaron la investigación para encontrar la solución adecuada, o bien para regular un periodo prudente de investigación en casos especiales, como por ejemplo en los casos de Crimen organizado o en los casos de Corrupción de funcionarios que obviamente ameritan un plazo mayor al margen de lo anterior se debe dejar en claro el límite máximo para investigación de los delitos ordinarios.

1.4- REALIDAD PROBLEMÁTICA.

La presente investigación de acuerdo al fin que se persigue es básica y de acuerdo a la técnica de contrastación es descriptiva - explicativa, en nuestra investigación se estudiará la realidad problemática y sus principales características, específicamente en las problemáticas que subyacen en torno a la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal y como esta incide en el derecho constitucional a ser juzgado dentro de un plazo razonable: a propósito de lo expuesto en el Acuerdo plenario N.º 3-2012, en dicha línea y abocándonos a nuestra investigación debemos traer a colación lo expuesto en el artículo 339º inciso 1 del

³ ASTETE VIRHUEZ Jorge. *El Poder Neutro. Teoría del equilibrio de poderes*. Editorial Euroamericana. Edición 2009. Lima - Perú. Pág. 245.

Código Procesal Penal Peruano y confrontarlos con los artículos 83° y 84° del Código Penal los cuales a la letra estipulan:

La mencionada realidad problemática posee las siguientes características:

Artículo 339° Efectos de la formalización de la investigación.- (Código Procesal Penal).

- a) La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal.
- b) Asimismo, el Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial. (Resaltado nuestro)

Código Penal Peruano.

Artículo 83°.- Interrupción de la prescripción de la acción penal.

La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.

Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por 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. (Resaltado nuestro)

Artículo 84°.- Suspensión de 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 concluido⁴. (Resaltado nuestro)

Luego de la lectura de los dispositivos surgen varias cuestiones problemáticas: la primera tendiente a determinar si la formalización de la investigación preparatoria (Artículo 339° Inciso 1 del Código Procesal Penal) se le puede considerar un supuesto de suspensión “*sui generis*” de la prescripción de la acción penal. Para dilucidar dicha interrogante debemos recurrir a los métodos clásicos de interpretación como son el método teleológico y el método sistemático de los artículos 339° del Código Procesal Penal en concordancia con los artículos 83° y 84° del Código Penal, luego de realizar dichas interpretaciones se dará cuenta si la formalización de la Investigación Preparatoria es o no, un supuesto de supuesto de suspensión de la prescripción de la acción penal.

En ese sentido precisamos recurriendo a una interpretación netamente positivista, aislada y asistemática del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal, que la formalización de la investigación preparatoria a) suspende el curso de la prescripción de la acción penal y b) el órgano Fiscal pierde la facultad de archivar la investigación de manera unilateral.

⁴ Vid. el Exp. N° 0026-2006-PI/TC.

Al respecto la doctrina expone: “(...) el Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116⁵, (y la doctrina a favor sobre la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal⁶), postula en los Fundamentos 26, 27 y 31 que el inciso 1 del artículo 339º del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, en consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde este acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

En la misma línea y ratificando el pleno anterior el I Pleno jurisdiccional extraordinario penal acuerdo plenario N.º 3-2012/Cj-116⁷ (Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º.1 del Código Procesal Penal 2004) expone:... **10.** Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 **no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente**, las reglas contenidas en el artículo 83º de Código Penal vigente. El artículo 84º del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339º del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. ***Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de***

⁵ 26º. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339º del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión “sui generis”, diferente a la ya señalada, porque afirma que la formalización de la investigación preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la investigación preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde este acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal. 27º. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la “suspensión” con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de “interrupción” de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara. 31º. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139º de la Constitución -inserto en la garantía del debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable... Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 89.

⁶ Vid. PARIONA ARANA, Raúl. *La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la Prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011. Págs. 221 y ss. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 89.

⁷ Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y sgts. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 89.

suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.”

Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la formalización de la investigación preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5º en sus incisos 1 y 2:

“1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la investigación preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho imputado.

2. Si se declara fundada, la investigación preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido”.

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116.

Si nos decantamos por la posición esgrimida en el Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116, sobre la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal como producto de la formalización de la investigación preparatoria, entonces cabría formularse la siguiente interrogante sobre si dicha suspensión ¿acaso no vulnera el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable?”⁸

Continuamos con la cita de la doctrina: “Al respecto el I Pleno jurisdiccional extraordinario penal acuerdo plenario **N.º 3-2012/CJ-116**⁹ (Asunto: Sobre la

⁸ El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es un Derecho constitucional implícito que se deriva del artículo 139º inciso 3 de la Constitución Política del Perú. “Artículo 139.- Principios de la administración de justicia. ...3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...”

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al plazo razonable de la investigación fiscal en las sentencias recaídas en el expediente N.º 5228-2006-PHC/TC caso Samuel Gleiser Katz, y en el expediente N.º 02748-2010-PHC/TC caso Alexander Mosquera Izquierdo. Asimismo según jurisprudencia del TC cabe precisar que no podemos fijar una perspectiva de plazo razonable si no entendemos su aplicación desde la conjunción de tres requisitos procedimentales: actividad procesal del interesado; conducta de las autoridades judiciales, y la complejidad del asunto. También se puede consultar sobre el tema tangencial al plazo razonable, específicamente sobre la aplicación del Test de las dilaciones indebidas nos referimos a la polémica sentencia expedida por el tribunal constitucional peruano sobre el EXP. N° 3509-2009-PHC/TC caso Walter Gaspar Chacón Málaga. Sobre las sentencias que favorecieron la impunidad en materia de lucha contra la corrupción se puede ver el excelente trabajo De RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012*. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 65. Disponible en:

http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 89.

⁹ Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y ss. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 90.

necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del Código Procesal Penal 2004) zanja la polémica [*supuestamente*, por las consideraciones que *in extenso* se desarrollaran en la presente tesis de investigación] y expone: “11. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la formalización de la investigación preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la audiencia pública preparatoria del I Pleno jurisdiccional extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art.96°), de octubre de 1984 (Art. 83°), de agosto de 1985 (Art. 89°) y de abril de 1986 (Art. 88°) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible”. (Resaltados nuestros).

Estamos de acuerdo con lo expuesto en el fundamento décimo primero del Acuerdo plenario N.° 3-2012/CJ-116, en consecuencia si la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1 del nuevo Código Procesal Penal, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, estamos hablando de la Prescripción extraordinaria, pues según el artículo 83° del Código penal, La prescripción de la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.”¹⁰ (Resaltados nuestros).

Finalmente a nuestro turno exponemos que el problema se complica sobre manera generando efectos perniciosos en el sistema de administración de justicia, en el extremo que la judicatura aplica a rajatabla los “*principios jurisprudenciales*” que se subyacen en los acuerdos plenarios a los cuales se encuentra vinculada toda la judicatura nacional, principios jurisprudenciales que según el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales.

1.5.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La doctrina aconseja lo siguiente “(...) afrontar la problemática recurriendo a las tres fuentes principales del derecho la ley, la doctrina y la jurisprudencia, luego de hacer el balance respectivo el lector(a) podrá plasmar sus propias conclusiones.

¹⁰ CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 90.

La ley: El artículo 339° inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal, prescribe “*la formalización de la investigación preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal*”. (Subrayado nuestro).

El artículo 83° del Código Penal estipula: “*La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido...*” (Subrayado nuestro). Y el artículo 84° del Código Penal prescribe “*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.*” (Subrayado nuestro).

Las preguntas que saltan a la vista son ¿La formalización de la investigación preparatoria, no es una actuación del Ministerio Público? Y si la respuesta es afirmativa ¿dicha actuación no debería interrumpir la prescripción de la acción penal? ¿La formalización de la investigación preparatoria, depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento?

Si recurrimos a los Acuerdos plenarios N.° 1-2010/CJ-116 y 3-2012/CJ-116, tendríamos que concluir que la Corte suprema habría zanjado aparentemente la controversia, por lo que sería un ejercicio mental en vano, al respecto demostraremos que la Corte Suprema ha recurrido a un criterio interpretativo literal y aislado del artículo 339° inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal, y no ha realizado una interpretación sistemática¹¹ y teleológica¹² conjuntamente con los artículos 83° y 84 del Código Penal, nos explicamos:

Se ha expuesto que la formalización de la investigación preparatoria suspende el plazo de la prescripción de la acción penal, *ergo* si recurrimos al artículo 84° del Código penal, la investigación preparatoria ¿depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento? La respuesta es negativa, pues la formalización de la investigación preparatoria depende única y exclusivamente del órgano fiscal.

Al respecto la doctrina expone: “En suma, la suspensión del plazo de prescripción tiene como fundamento la existencia de una determinada cuestión que imposibilita el comienzo o continuación del proceso penal, de forma tal que el ejercicio de la acción penal no puede realizarse con normalidad por una causa no imputable al Estado; por lo cual, el trascurso del tiempo ocasionado por esta

¹¹ Para el método sistemático por comparación con otras normas, el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el “qué quiere decir” la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella. En: RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico (Introducción al derecho)*. Décima edición aumentada. Segunda reimpresión de la décima edición. Junio de 2011. Fondo editorial pontificia universidad católica del Perú. Pág. 242. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

¹² La interpretación ideológica se orienta a determinar el sentido de la norma que sea más conforme con los fines pretendidos por toda regulación jurídica y en orden a la realización de tales fines... Con el criterio teleológico de interpretación se propende a las realizaciones ético-jurídicas que inspiran o que están por encima del texto normativo. En: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. Tercera edición. Abril 2006. Idemsa. Pág. 574. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

cuestión extraprocesal no puede causar efectos en el tiempo otorgado para el ejercicio del *ius puniendi*. De ello se desprende que, el efecto que produce la suspensión del plazo de prescripción es el no contabilizar el tiempo que dura en resolverse la cuestión extraprocesal, de la cual depende el inicio o continuación del proceso penal.¹³

El proceso penal comienza con la formalización de la investigación preparatoria, etapa procesal que depende del órgano fiscal, la doctrina la define como un acto no jurisdiccional y unilateral del titular de la acción penal (fiscal) que determina el inicio de una investigación formal contra determinada persona, cumpliendo una función de garantía, puesto que permite al imputado un conocimiento cierto de la imputación y comienza, inevitablemente, la actividad de su defensa¹⁴...La formalización de la investigación tiene dos efectos fundamentales: A) Comienza a computarse plazo de investigación preparatoria. B) **Suspender el curso de la prescripción de la acción penal.**

En una interpretación sistemática, se trataría más bien de la interrupción de la prescripción, tomando en consideración lo regulado por el artículo 83° primer párrafo del Código Penal que establece: “*la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido*”. Sin embargo, mediante el Acuerdo plenario N.° 1-2010/CJ-116, se establece como la causa sui generis de suspensión que el plazo de prescripción deje de correr desde el acto procesal hasta que se obtenga una sentencia o resolución firme que ponga fin al proceso, siendo el sustento para interpretación de esta naturaleza darle eficacia a la persecución penal¹⁵.

La doctrina¹⁶ se muestra reacia con lo expuesto en el artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal en el extremo que la formalización de la investigación preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal y argumenta que en la realidad la formalización de la investigación preparatoria no suspende el plazo de la prescripción de la acción penal, pues debe interpretarse como un supuesto de interrupción de la misma, para lo cual apela a una interpretación sistemática del artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal con el artículo 83° del Código Penal.

¹³ MADRID, Cecilia. *Suspensión de la prescripción*. En: Boletín N.° 33 de fecha 19 de setiembre de 2011. Págs. 17-18. Disponible en:

<http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-33.pdf> (Fecha de consulta 06/04/15) Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

¹⁴ CALDERÓN SUMARRIVA; Ana C. *Colección de temas procesales conflictivos II. El nuevo sistema procesal penal. Análisis crítico*. Egacal. Editorial San Marcos E.I.R.L. Segunda reimpresión: 2013. Pág. 200. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

¹⁵ *Ibidem*. Págs. 203-204. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

¹⁶ *Vid.* BURGOS ALVARADO, José David. *La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011. Págs. 254 y ss. *Vid.* ALCOCER POVIS; Eduardo. *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal*. En: Instituto pacífico. Actualidad Penal. Agosto 2014 N° 2. Págs. 110 y sgts. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

Pero ya advertimos que el artículo 83° del Código Penal y el artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal son claros en regular dos instituciones distintas “interrupción” y “suspensión” de la prescripción de la acción penal respectivamente.

Según el artículo 22° si la judicatura decide apartarse de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Un comentario aplicable a lo expuesto: “Como se aprecia, sustentamos algunos puntos y criticamos otros al interior del Acuerdo plenario *submateria*, debiéndose entender que si bien todos los principios jurisprudenciales establecidos son de obligatorio cumplimiento y deben ser invocados por los magistrados en todas las instancias judiciales, el propio artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial plantea la posibilidad que *por excepción* los magistrados que decidan apartarse de dicho criterio “*están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan*”, significando en definitiva que dependerá de la capacidad argumentativa de los magistrados de todas las instancias a nivel nacional impedir el quebrantamiento de las instituciones procesales. Esperamos que las ideas vertidas sirvan para tal fin y permitan el desarrollo de una impecable ciencia procesal penal en nuestra patria”.¹⁷

1.6.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

El problema se ha planteado en los siguientes términos:

¿En qué medida el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116 vulnera el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal?

2.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

La mayoría de las investigaciones se efectúan con un propósito definido, no se hacen simplemente por capricho de una persona; y ese propósito debe ser lo suficientemente fuerte para que se justifique su realización¹⁸.

¿Por qué investigar el tema planteado materia de tesis? ¿Por qué es importante solucionar el problema? Estas son las preguntas más relevantes para justificar una investigación jurídica, para verificar su importancia y justificar el esfuerzo y atención que insume la investigación, tanto en el ámbito jurídico como en el aspecto social, ello si consideramos el derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable, tomando en cuenta que este derecho, es una manifestación implícita del derecho al Debido Proceso (artículo 139°, inciso 3 de la Constitución) a continuación ofrecemos los argumentos respectivos:

¹⁷ MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* Ob. Cit. Pág. 1017. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 92.

¹⁸ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos. BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. Tercera Edición. 2003. McGraw-Hill Interamericana Editores Pág. 49.

- **Conveniencia:**

La presente investigación sirve para dar cuenta a la magistratura nacional y con ello a la comunidad jurídica *in genere*, sobre los efectos perniciosos del Acuerdo plenario N.º 03-2012/CJ-116, pues con los criterios esgrimidos por la Corte Suprema se vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, por cuanto adicionalmente al plazo ya transcurrido (duración de la investigación preliminar, Principio de oportunidad, etc), se tendría que adicionar el plazo habilitado para los órganos de persecución penal (Ministerio Público y Poder Judicial), como producto de la Formalización de la investigación preparatoria, cuya eventual sumatoria de plazos excedería con creces el plazo extraordinario de la prescripción de la acción penal, vulnerando flagrantemente lo expuesto en el artículo 83º del Código Penal, *“La acción penal prescribe en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad, al plazo ordinario de la Prescripción”*.

La investigación también se justifica de por sí, por cuanto buscamos contribuir e informar conjuntamente con la doctrina, que los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de la República no son pétreos ni mucho menos rígidos, es decir existen excepciones para proceder a la desvinculación, apartamiento e inobservancia de los mismos, sin incurrir en responsabilidad penal o administrativa, al respecto buscamos brindar medios alternativos para desvincularse de los acuerdos plenarios, recurriendo para tal efecto al artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial pues si la judicatura decide apartarse de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales, los magistrados están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

En consecuencia la investigación no solo tienen implicancias netamente académicas - teóricas, sino poseen enormes consecuencias de trascendencia jurídica para el buen funcionamiento de la impartición de la justicia penal en general.

- **Relevancia social:**

Esta investigación es importante además, porque en el ordenamiento jurídico-constitucional, se encuentra integrado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, tomando en cuenta que este derecho, es una manifestación implícita del derecho al Debido Proceso que se desprende del artículo 139º, inciso 3 de la Constitución. Derecho que se ve menoscabado por los argumentos del Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116.

- **Implicaciones:**

La investigación ayudará a resolver problemas teóricos-jurídicos específicamente sobre cómo evitar la vulneración al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, para lo cual se dotara de herramientas para desvincularse de los acuerdos plenarios recurriendo al control difuso de convencionalidad y a la interpretación más tuitiva de los derechos fundamentales (incluido ellos está recurrir al proceso de Hábeas Corpus).

- **Valor teórico:**

El estudio aporta nuevos conocimientos y abre muchas puertas para investigar el tópico referido al control difuso de convencionalidad y sobre el tópico de la desvinculación de los acuerdos plenarios emitidos por la Corte Suprema de la República.

3.- OBJETIVOS.

3.1- General:

Determinar la problemática suscitada por el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116, en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal y detallar cómo éste incide en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal.

Demostrar que mediante la interpretación teleológica y sistemática del artículo 339º del Código Procesal Penal con los artículos 83º y 84º del Código Penal, que la formalización de la investigación preparatoria siempre interrumpe el plazo de la prescripción de la acción penal, y nunca suspende el plazo de prescripción de la acción penal como desatinadamente es sostenido por el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116.

3.2- Específicos:

Analizar si las Salas penales permanentes y transitorias de la Corte Suprema de la República del Perú, al expedir acuerdos plenarios como es el Acuerdo plenario N.º 03-2012-CJ/116, sobre la prescripción de la acción penal efectuaron una interpretación que no se encuentra conforme con los preceptos constitucionales y tratados internacionales.

Aclarar que el ejercicio de las facultades de las Salas penales permanentes y transitorias de la Corte Suprema de la República del Perú, no suponen un ejercicio de un poder ilimitado, el cual se encuentra sujeto a realizar interpretaciones desde y para la Constitución.

Advertir que si los Acuerdos plenarios son expresión de arbitrariedad y discrecionalidad, éstos pueden ser inobservados recurriendo al uso de los mecanismos jurídicos correspondientes haciendo transitar sus decisiones por la vía de la mejor tutela de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.

1.- Antecedentes del Problema.

A nivel jurisprudencial, luego de una exhaustiva investigación, hemos hallado algunos antecedentes en las Sentencias recaídas en los siguientes expedientes del Tribunal Constitucional:

STC N.º 5228-2006-PHC/TC Caso Samuel Gleiser Katz,
STC N.º 3509-2009-PHC/TC Caso Walter Gaspar Chacón Málaga.
STC N.º 02748-2010-PHC/TC Caso Alexander Mosquera Izquierdo.
STC N.º 00295-2012-PHC/TC Caso Aristóteles Román Arce Paucar¹⁹.

Asimismo, también se encontró antecedentes del problema que es materia de investigación, en las siguientes sentencias emitidas por las Salas penales supremas de la Corte Suprema de la República del Perú que a continuación se detallan:

Acuerdo plenario de las Salas penales permanente y transitorias N.º 9-2007/CJ-116 (Asunto: *Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80º y 83º del Código Penal*).

Acuerdo plenario de las Salas penales permanente y transitorias N.º 1-2010/CJ-116 (Asunto: *Prescripción: Problemas actuales*).

I Pleno jurisdiccional extraordinario penal acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116 (Asunto: *Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º.1 del Código Procesal Penal 2004*).

Contamos con antecedentes contenidos en trabajos que tratan tangencialmente esta problemática en libros, revistas especializadas, así como en las páginas web que se hallan en Internet:

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la naturaleza de la prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo*. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006.

ALCOCER POVIS; Eduardo. *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal*. En: Instituto pacífico. Actualidad Penal. Agosto 2014 N.º 2.

BROUSSET SALAS, Ricardo Alberto. *De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria. Sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal*. En: Actualidad Penal. Abril 2015 N.º 10.

BURGOS ALVARADO, José David. *La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011.

¹⁹ Sentencia con calidad de Doctrina Jurisprudencial, según el Art. VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional. Específicamente sobre el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Casación N.º 347-2011-Lima. Del Motivo Casacional: Indebida Interpretación De La Ley Penal. Disponible en:

http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e

CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Disponible en: La Revista Institucional Ipso Jure. Año 7 N.º 29 Mayo 2015. Edición de Aniversario. Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

MADRID, Cecilia. *Suspensión de la prescripción*. En: Boletín N.º 33 de fecha 19 de setiembre de 2011. Disponible en:

<http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-33.pdf>

MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo plenario de la Corte Suprema N.º 1-2010/CJ-116*. En: Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. N.º 155. Agosto 2011. Año 17. Gaceta Jurídica.

MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). Comentarios a los Precedentes Vinculantes en materia Penal de la Corte Suprema. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008.

PARIONA ARANA, Raúl. *La prescripción en el Código procesal penal de 2004 ¿suspensión o interrupción de la prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011.

SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. *La prescripción: Naturaleza procesal, aplicación en el tiempo y la lucha contra la corrupción*. En: Instituto Pacífico. Actualidad Penal. Octubre 2014 N.º 4.

2.- Siglas empleadas en la Investigación.

Abreviaturas.

CP	Código Penal.
CPCConst.	Código Procesal Constitucional.
CNM	Consejo Nacional de la Magistratura.
DU	Decreto de Urgencia.
Exp.	Expediente.
F.j.	Fundamento Jurídico.
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
A.P.	Acuerdo plenario.
PJ	Poder Judicial.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

3.- Base Teórica.

A.- La Acción penal y la acción procesal penal.

La acción penal importa el análisis respecto de dos perspectivas a) Como derecho a iniciar un proceso, sea por la autoridad pública encargada de tal función: el Ministerio Público (ejercicio público); sea por el agraviado en los delitos de ejercicio privado, respectivamente; b) como derecho a la acusación y al juicio que culmina con la resolución definitiva del juez, materializándose el derecho a la tutela jurisdiccional²⁰.

Al respecto la jurisprudencia expone: “Desde el punto de vista de la legitimación para ejercer la acción penal, se diferencia entre la acción penal pública se manifiesta como la regla general prevista para la inmensa mayoría de ilícitos penales, debido a que en estos casos el interés general en preservar unas condiciones mínimas de convivencia superan el propio interés particular del ofendido directamente por el delito (R.N. N° 2697-95-Lima, data 40 000, G.J.)²¹”

B.- La Prescripción y su fundamento constitucional.

“En primer lugar debemos anotar que la institución jurídica de la prescripción tiene asidero constitucional, se encuentra regulada en los artículos 41° y 139° inciso 13 de la Constitución Política del Perú²².

“Al respecto el Tribunal Constitucional: “Conforme se dejó establecido en la sentencia 7451-2005-PHC/TC, el fundamento constitucional de la prescripción se encuentra tanto en el último párrafo del artículo 41°, como en 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”, mientras que el segundo prescribe 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

²⁰ SÁNCHEZ VELARDE, P. *Manual de derecho procesal penal*, cit, p. 327. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I. Editorial Rodhas. Segunda Edición Febrero 2009. Pág. 194. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 78.

²¹ Gaceta Penal & Procesal Penal. *Diccionario Penal Jurisprudencial. Index Completo De Figuras e Instituciones Penales, Procesales Penales y Penitenciarias Desarrolladas En La Jurisprudencia*. Primera Edición. Noviembre 2009. Pág. 43. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 78.

²² De la acusación constitucional: 99; produce efectos de cosa juzgada: 139,13°; en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, se duplica el plazo de: 41. Vid. ETO CRUZ, Gerardo. *Índice analítico de la Constitución Política del Perú 1993*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Editorial libertad. Primera edición octubre de 1997. Pág. 172. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 79.

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. Es decir, 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. (STC 5890-2006-PHC, FJ 3)²³

C.- Concepto de prescripción.

“Con relación al concepto. El Tribunal Constitucional del Perú expone: “Conforme a lo señalado anteriormente por este Tribunal [Cfr. Exp. N.º 1805-2005-HC/TC, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte] 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 puniendi*, bajo el supuesto de que *el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción*, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio pro hómine, 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.” Expediente N.º 2506-2005-PHC/TC (Fundamento jurídico N.º 02). (Cursivas nuestras)

“El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. 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 ello, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.” Expediente N.º 0331-2007-PHC/TC (Fundamento jurídico N.º 05).

Nótese bien que el Tribunal Constitucional usa las frases “*el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción*” “*la acción penal una función preventiva y resocializadora*” “*elimine toda incertidumbre jurídica*” lo cual nos lleva a pensar, adelantándonos a determinar sobre la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal (me refiero a sus dos variantes tanto de la acción penal como de la ejecución de la pena), que el Tribunal Constitucional acoge la tesis de la naturaleza material, luego del análisis respectivo daremos nuestro punto de vista sobre la naturaleza jurídica de la institución en comento.²⁴

D.- Clases de prescripción.

“La prescripción opera tanto sobre la acción penal como sobre la ejecución de la pena, no es ocioso precisar que para aquellas personas que aún no han sido sentenciadas o cuya situación jurídica aún no ha sido determinada por el órgano jurisdiccional, debe entenderse que técnicamente deben invocar la prescripción del

²³ CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 79.

²⁴ Ibídem. Págs. 80-81.

plazo de la acción penal, pues aún no ha mediado pena y no hay pena que ejecutar. En nuestro ordenamiento existen dos clases de prescripción la ordinaria y la extraordinaria.²⁵

D.1.- Prescripción ordinaria y extraordinaria²⁶.

“La prescripción engloba dos clases: la prescripción ordinaria y la extraordinaria, al respecto el Acuerdo plenario de las Salas penales permanente y transitorias **N.º 9-2007/CJ-116** (Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80º y 83º del Código Penal)²⁷ expone en el sexto y séptimo fundamento: “6.- El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80º regula lo concerniente al **plazo ordinario** y en el artículo 83º in fine hace referencia al **plazo extraordinario**.”

Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando “*el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción*”. Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82º del Código Penal.”

Veamos, debe invocarse la prescripción ordinaria de la acción penal, cuando no se han suscitado ninguno de los supuestos de la interrupción de la acción penal (actuaciones del Ministerio Público, del órgano jurisdiccional o la comisión de un nuevo delito doloso) y ha transcurrido el plazo equivalente al máximo legal de la pena a imponerse, pongamos un ejemplo Juan celebró fin de año con sus amigos para recibir el año nuevo 2012 y condujo su vehículo en estado de ebriedad, es intervenido en dichas circunstancias, se le practica la pericia de dosaje etílico, arrojando 0.7 gramos litro de alcohol en la sangre, pero dicho certificado no es puesto a conocimiento del órgano fiscal, y estando subsumida su conducta en el primer párrafo del artículo 274º del Código Penal²⁸ “*El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de **dos años** o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7)...*”(Resaltados nuestros). Recién se le pone en conocimiento al órgano fiscal en enero del año 2015, habiendo transcurrido los dos años en exceso, no obstante dispone citar al investigado a la aplicación de un criterio de oportunidad, en este ejemplo hipotético primero debe

²⁵ Todo este ítem lo tomamos de CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 81.

²⁶ Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 81.

²⁷ Publicado el día martes 25 de marzo del año 2008, en el diario oficial el Peruano. Pág. 6412 y ss. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 81.

²⁸ Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 29439, publicada el 19 noviembre 2009. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 81.

consultarse el artículo 82 del Código Penal sobre el inicio de los plazos de prescripción, el delito que se ha cometido es Conducción en estado de ebriedad (es un delito instantáneo²⁹) los plazos de prescripción de la acción penal comienzan en el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó, a la fecha ya prescribió el plazo de la acción penal ordinaria, por lo que el abogado defensor podrá deducir la excepción de prescripción.

Supongamos el mismo supuesto con la diferencia que los actuados fueron comunicados a tiempo y se produjo la interrupción del plazo de la prescripción de la acción penal, solo cabría invocar el plazo de la prescripción extraordinaria cuando el plazo transcurrido ha superado el máximo de la pena más la mitad. (Tres años y medio) y aún no se ha definido la situación jurídica de Juan (por ejemplo no ha sido sentenciado o no se ha emitido resolución judicial que le ponga fin al proceso).

Si complicamos un poco el panorama ¿Qué sucede si Juan tiene la condición de reincidente? (pues ha incurrido en la comisión de un nuevo delito doloso en un lapso que no excedió de cinco años) cómo debemos computar el plazo de la prescripción de la acción penal, pues si recurrimos al artículo 46-B del Código Penal³⁰ para las personas que son reincidentes el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Con relación a la reincidencia la doctrina expone: “El Art. 46-B del CP recoge un supuesto de reincidencia genérica y real. Es *genérica*, por cuanto el legislador no exige que el segundo delito sea de igual o semejante naturaleza, bastará con que se trate de un delito doloso. Es *real*, por cuanto se exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta por el primer delito. En este punto, hemos de criticar el hecho de que la Ley 30076 amplíe el ámbito de aplicación de la reincidencia, pues si antes el legislador tomaba como presupuesto el cumplimiento [total o parcial] de una condena a *pena privativa de libertad*, **hoy este se extiende a cualquier tipo de pena.** En la misma lógica de aplicar esta agravante calificada a las faltas, el legislador sigue extendiendo esta figura a delitos de bagatela.”³¹ (Resaltados nuestros)

²⁹ En el delito de conducción de vehículos en estado de ebriedad es un delito de comisión instantánea, pues, la acción se agota en todos sus efectos en el momento en que se concretan los elementos o las condiciones de su punibilidad. (Exp. 639-98 Lima, 30 de junio de 1998, en Baca Cabrera/Rojas Vargas/Neira Huamán, 1999, p. 445) En el delito instantáneo la infracción se consuma en el momento en que se produce el resultado o situación que describe la ley, sin que se determine la creación de una circunstancia antijurídica de efectos duraderos. Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Editora Jurídica Grijley. 2006. Pág. 310. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 81.

³⁰ Artículo modificado recientemente por el Decreto Legislativo N.º 1181 sobre la incorporación al Código Penal del delito de Sicariato. Norma publicada el día lunes 27 de Julio del año 2015, en Normas Legales del diario oficial El Peruano. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 81.

³¹ ORÉ SOSA, Eduardo. *Determinación Judicial De La Pena. Reincidencia y Habitualidad. A Propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076*. En: Boletín N.º 41 Año 2013. Disponible en <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/BOLET%C3%8DN-ACAD%C3%89MICO-41.pdf> (Fecha de consulta 20/04/15) Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 82.

Para el delito que pusimos de ejemplo el aumento de una mitad por encima del máximo legal equivale a tres años de pena privativa de libertad; esto quiere decir que el plazo ordinario de la prescripción de la acción penal para Juan que es considerado reincidente ¿sería de tres años? y el plazo extraordinario ¿sería de seis años?, tal razonamiento no es de recibo, pues los plazos de la prescripción se mantienen son los mismos de los que figuran en la pena impuesta para cada delito en el Código Penal, otra cosa muy distinta es la determinación judicial de la pena (concreta) tópicamente en el cual sí procede aplicar circunstancias de reincidencia y habitualidad, veamos el **Acuerdo Plenario N.º 8-2008/CJ-116** (Asunto: La prescripción de la acción penal en el Art. 46º-A y Art. 49º del CP.)³² Fundamento doce acertadamente expone:

12º. ... Sin duda, el artículo 46º-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionado para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena. (Subrayado nuestro)³³

D.2.- Cómputo de los plazos de la Prescripción ordinaria y extraordinaria³⁴.

Adicionalmente debemos indicar que el artículo 80º del Código Penal estipula que *La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años*. Esto quiere decir que el artículo regula el plazo máximo de prescripción a tomarse en cuenta para los delitos sancionados con pena privativa de la libertad temporal la cual tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años de pena privativa de la libertad (Artículo 29º del Código Penal) y de cadena perpetua³⁵.

E.- Vicisitudes de la prescripción³⁶.

El decurso prescriptivo ya iniciado contra la pretensión que nace del ejercicio del derecho de acción, puede ser alterado por motivos diversos, que se distinguen

³² Publicado el 8 de enero del año 2010, en el diario oficial el Peruano. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 82.

³³ Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 82.

³⁴ Tomamos este ítem de CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 82.

³⁵ *Ibidem*. Pág. 82.

³⁶ CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 82.

entre sí, y que la codificación civil [*mutatis mutandis* la codificación penal] clasifica como causales de suspensión y causales de interrupción.

La vicisitudes que alteran el decurso prescriptorio, que se configuran en las causales de suspensión y en las causales de interrupción, se distinguen, según lo detengan mientras subsisten para luego continuar el decurso cuando desaparecen las causas sumándose el transcurso anterior, como ocurre con la suspensión, y, según dejen sin efecto el tiempo transcurrido, como ocurre con la interrupción, cuyas causales, una vez desaparecidas, determinan que el decurso se reinicie pero sin que sea de cómputo el transcurso anterior a la aparición de la causal.³⁷

E.1.- Interrupción de la prescripción de la acción penal.³⁸

“De conformidad a lo estipulado en el artículo 83° del Código Penal, se interrumpe el plazo de la prescripción de la acción penal por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, o por la comisión de un nuevo delito doloso, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. En consecuencia comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

La Corte Suprema de Justicia de la República ha precisado en la Casación N.° 347-2011-Lima, con fecha catorce de mayo del año dos mil trece, que *Solo las actuaciones del Ministerio Público en las que se efectuó una imputación válida contra el investigado pueden interrumpir el plazo ordinario de la prescripción.*³⁹

“De otro lado es preciso tomar en cuenta que conforme al artículo 83° del CP, en caso hubiere operado una de las causales de interrupción de la prescripción, a saber, las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales o la comisión de un nuevo delito doloso, será de aplicación el plazo extraordinario de

³⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción extintiva y caducidad*. Gaceta Jurídica. Cuarta Edición. Marzo 2002. Págs. 129-130. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 83.

³⁸ CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 84.

³⁹ Casación 347-2011-LIMA. Del motivo casacional: Indebida Interpretación de la Ley Penal.

“4.7. Estando a lo expuesto, debemos determinar en el caso concreto cuales son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada; pues aun cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si éste no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal; ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, su derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros. Disponible en:

http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e (Fecha de Consulta 19/04/15) Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 84.

prescripción, que equivale al plazo ordinario de prescripción más la mitad.” Expediente N.º 04900-2006-PHC/TC (Fundamento jurídico N.º 11).

Es menester precisar que también se advierte un vacío legislativo en el extremo referido a qué es lo que se debe entender por las “actuaciones del Ministerio Público y el Poder Judicial”, pues si bien es cierto según Casación N.º 347-2011-Lima, se ha hecho algunas precisiones: “*Solo las actuaciones del Ministerio Público en las que se efectuó una imputación válida contra el investigado pueden interrumpir el plazo ordinario de la prescripción...*” sin embargo todo vacío legal es fuente, materia prima de controversias ¿Quiénes son los perjudicados? No sólo son los sujetos procesales, las decisiones que toman los órganos jurisdiccionales generan impacto en la sociedad.

Recurriendo a la doctrina resulta relevante precisar: “que nuestro anterior cuerpo normativo en materia penal [PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho penal parte general*. Rhodas, Lima, 2009, p. 1113] con relación a las circunstancias procesales que motivan la interrupción del plazo de la prescripción, especificaba que éstas eran: a) la orden judicial de detención y la citación para instrucción o juzgamiento; b) las diligencias judiciales que le sigan -entiéndase las posteriores a dichos actos-, siendo que según acotaba el profesor Raúl Peña Cabrera [PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho penal peruano parte general*. Lima, 1977, p. 383] tratándose de delitos para los que no era posible la detención, la interrupción se producía por la simple interposición de la denuncia -entiéndase del entonces agente fiscal. Tal nivel de precisión en nuestro antecedente normativo, con relación a las causas interruptivas de la prescripción penal, torna inexplicable la indefinición al respecto de nuestro legislador [el legislador del Código Penal de 1991.] y la utilización de la fórmula absolutamente abierta como “las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales”, para referirse a éstas, más aún si tenemos en cuenta la afincada cultura inquisitiva y la tendencia a la literalidad interpretativa que resultaba mayoritaria en los operadores de nuestro sistema penal, al momento de [la] promulgación del Código vigente.⁴⁰”

E.2.- Suspensión de la Prescripción de la acción penal.⁴¹

“La doctrina civilista *mutatis mutandis* expone: “El decurso prescriptorio se suspende por causas sobrevinientes al nacimiento de la acción, independientemente de la voluntad de los sujetos de la acción jurídica y siempre que tales causas estén previstas en la ley. De ahí, el concepto de la suspensión se configure por el detenimiento del decurso prescriptorio una vez iniciado, esto es, de la paralización del tiempo hábil para prescribir.

La suspensión del decurso prescriptorio lo detiene o paraliza pero con efectos proyectados al futuro, pues conservan la eficacia del tiempo transcurrido hasta la aparición de la causa para, luego de desaparecida, ser computado, adicionándose al

⁴⁰ BROUSSET SALAS, Ricardo Alberto. *De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria. Sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal*. En: Actualidad Penal. Abril 2015 N.º 10. Págs. 224-225. CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 82.

⁴¹ CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 84.

tiempo posteriormente transcurrido hasta completarse el plazo para que se produzca la prescripción.⁴²

“Cuando el plazo de prescripción de la acción penal se *suspende*, no corre el periodo transcurrido durante el tiempo que dura la suspensión, pero una vez cesado éste, se sumarán ambos periodos, el transcurrido antes de la suspensión y el que opere después de cesada la suspensión; pues, aun cuando el Código Penal no lo dice, por tratarse de una institución proveniente del derecho civil, debemos aplicar el mismo criterio seguido en este ámbito jurídico, y precisamente el Código Civil en su artículo 1995°, refiere que “desaparecida la causa de suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose al tiempo transcurrido anteriormente”⁴³ Caso de suspensión del plazo prescriptorio de la acción penal es el previsto en el artículo 84° del Código Penal; es decir cuando la prescripción queda en suspenso por no poder iniciarse la acción penal o por no poder continuar la misma. Casos específicos de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal son: Los supuestos de cuestión previa, de cuestión prejudicial, de antejuicio Constitucional y desafuero Constitucional⁴⁴” Nosotros agregamos la extradición⁴⁵.

F.- La Cuestión previa⁴⁶.

Es un medio de defensa instrumental con que cuenta el imputado que ataca la acción penal en virtud de no haberse satisfecho previamente con un requisito de procedibilidad con el objetivo medular que la acción penal sea válidamente instruida. En otras palabras, es un medio de defensa dirigido a paralizar la sustanciación de un hecho aparentemente delictivo en la justicia criminal, por adolecer de elementos esenciales susceptibles de ser subsanados. Para MORENO CATENA las cuestiones previas se refieren a los presupuestos procesales, o sea, a las condiciones formales de admisibilidad del procedimiento o de una fase o un acto de él.⁴⁷

En nuestras palabras, podríamos definirla como un "filtro de pureza" como un mecanismo conducente a evitar que se sustancien causas que adolecen de un

⁴² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. Cit. Págs. 130-131. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 84.

⁴³ ROY FREYRE (1997. p.86) y BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES (2001. p.303) son del mismo criterio. Citados por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal. Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos Tomo I*. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2008. Pág. 674. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 84.

⁴⁴ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William... Ob. Cit Págs. 674-675. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 84.

⁴⁵ CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 85.

⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 85.

⁴⁷ MORENO CATENA, Víctor; *El proceso penal - doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 646. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis nuevo Código Procesal Penal*. Ob. Cit. Pág. 234. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 85.

requisito de procedibilidad que no tienen nada que ver con la punibilidad misma del comportamiento calificable como delito⁴⁸.

...Constituye *requisito de procedibilidad* aquel supuesto previsto taxativamente en la ley penal o extrapenal, que condiciona el ejercicio de la acción penal.

Por su parte, la cuestión previa representa el medio técnico de defensa a través del cual se invoca la omisión del cumplimiento de un requisito de procedibilidad, alegación que puede plantearse ya sea durante la investigación preliminar o una vez iniciado el proceso penal.⁴⁹

Encontramos, entonces, una relación de causa-efecto, sólo existiendo en el ordenamiento jurídico un requisito de procedibilidad podrá ser susceptible la invocación de la cuestión previa; siendo de similar criterio el maestro Sánchez Velarde⁵⁰, quien refiere que el legislador ha estimado que por la naturaleza de determinados delitos o por la persona imputada, previo a ejercitar la acción penal, resulta necesario el cumplimiento de requisitos ineludibles previstos en la ley penal material, la ley material, la ley procesal penal o en la ley administrativa, por lo que:

“La cuestión previa constituye un medio de defensa técnico dirigido contra la acción penal al haberse inobservado un requisito necesario previsto taxativamente en la ley para iniciar debidamente el proceso penal [...] previamente al ejercicio de la acción penal se debe haber satisfecho la condición de procesabilidad que establece la ley.⁵¹”

“Se entiende por cuestiones previas aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin su presencia no es posible promover y perseguir la acción penal, interponiéndose cuando falta algún requisito de procedibilidad, vale decir, un requisito procesal.⁵²”

⁴⁸ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I. Editorial Rodhas. Ob. Cit. Pág. 235. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 85.

⁴⁹ MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes En Materia Penal de la Corte Suprema*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008. Pág. 996. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 85.

⁵⁰ Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual e Derecho procesal penal*, Idemsa, Lima, 2004, p. 337. Citado por MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). *Comentarios a los precedentes vinculantes En Materia Penal de la Corte Suprema*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008. Pág. 997. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 85.

⁵¹ *Ibidem*. Pág. 997. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 86.

⁵² Expediente N° 99-98-A de fecha 8 de Junio de 1998. Citado por MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008. Pág. 997. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de*

G.- La Cuestión prejudicial.

Esta cuestión procede cuando debe determinarse en la vía extra-penal (en lo civil, en el fuero laboral, etc) el “carácter delictuoso del hecho imputado” o “la existencia de uno de los elementos constitutivos del delito”. Declarada fundada esta cuestión se suspenderá el proceso en tanto en la otra vía medie resolución firme sobre su carácter delictuoso o no. Si se resolviera que no contiene elemento constitutivo de delito, se resuelve el sobreseimiento definitivo del proceso penal, de lo contrario continuará su prosecución. Mientras se resuelva en la vía extra-penal se suspende la prescripción para luego reanudarse y sumarse el plazo que antecedió a la suspensión⁵³.

H.- La Acusación constitucional: (El Antejudio político)⁵⁴.

“El principio de igualdad ante la ley constituye una garantía jurídica de la persona, a ser tratado igualmente, sin discriminación alguna; a estar sometido a las mismas leyes y a ser objeto de idéntica protección penal (PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 241). Empero, la Constitución en su Art. 99°; permite la acusación constitucional que puede hacer la Comisión permanente del Congreso al Presidente de la República; a los Congresistas, Ministros de Estados; etc.

El artículo 10° del C.P. permite ciertas “prerrogativas de aplicación de la ley penal a personas en razón de su función o cargo, lo que constituye una excepción a la regla general de la “igualdad ante la ley”.

Este proceso previo se conoce en Inglaterra como “*impeachment*” que ha dado origen a la “responsabilidad de un funcionamiento”. El jurista Valle-Riestra nos ilustra que “*impeachment*” al igual acusación o delación y viene del francés *empêchement*, impedimento. Este autor hace un estudio detallado sobre esta materia. (Véase VALLE-RIESTRA, Javier, *La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado*, p. XVIII).

Lo cierto es que en un Estado de Derecho los funcionarios, cualquiera sea su investidura, están sometidos al imperio de la ley (APARICIO, Estif, *El impeachment o juicio político del presidente* p. 57)- De allí, cumpliendo con el artículo 10° del C.P, se sometió la ley N.° 26231 (vigente el 7 de octubre 1993) modificada luego por la Ley N.° 26339.

Mientras no se resuelva el procedimiento para la acusación constitucional de funcionarios públicos beneficiados por el antejudio se suspende la prescripción de la acción penal. Concluida la vía extra-penal continúa el decurso prescriptorio.”⁵⁵

suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas. Ob. Cit. Pág. 86.

⁵³ ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal*. Ob. Cit. Pág. 540. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 86.

⁵⁴ Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 86.

Queremos anotar que no hemos consignado al Juicio Político como supuesto de suspensión de la acción penal y lo hemos hecho adrede pues no es presupuesto o causal de prescripción de la acción penal, para diferenciarlo del antejuicio político el cual sí es presupuesto de suspensión de la acción penal (se configura por delitos de función⁵⁶), y está en directa conexión con el problema planteado en este trabajo específicamente con el artículo 450° inciso 9 del Código Procesal Penal.

El tipo de delitos cometidos por los altos funcionarios son Delitos en ejercicio de la función: El Art. 99 de la Constitución establece el requisito para iniciar una investigación penal en contra de los altos funcionarios de la República, la acusación constitucional o antejuicio político; que deberá ser planteada por la Comisión Permanente ante el Pleno del Congreso⁵⁷.

Este requisito será exigible cuando dichos funcionarios, en el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones, infrinjan la Constitución o cometan conductas ilícitas (Art. 100° Const. y Art. 89° Reglamento del Congreso de la República)⁵⁸.

Al respecto es ilustrativo el Exp. N.º 0006-2003-AI/TC veamos las diferencias:

Juicio político por infracción constitucional.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional considera que la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, no sólo puede ser ejercida en aquellos casos en los que exista una sentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su artículo 99°, sino también en los casos en que se configuren responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. Y es que si bien la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (aquella que puede sancionar sobre

⁵⁵ Ibídem. Págs. 540-541. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 86.

⁵⁶ Sobre delitos de función se puede revisar el excelente trabajo de MEDINA OTAZÚ, Augusto. *Marco conceptual del delito de función en el control político peruano*. Disponible en:

<http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/delitodefucionmedinaotazu.pdf> Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 86.

⁵⁷ La resolución Legislativa 002-2010-CR (13.11.2010) modificó el art.89 del Reglamento del Congreso precisando que el procedimiento de acusación constitucional se tramitará ante la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales. Citado por ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual derecho procesal penal*. Tomo 1. Editorial Reforma. SAC. Primera edición Diciembre 2011. Pág. 450. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 87.

⁵⁸ Los denominados altos dignatarios en razón a la especialidad de su cargo gozan de inmunidad, beneficio otorgado con el objeto de no ser pasibles de acusaciones por delitos de función sin un previo antejuicio político, a fin de evitar persecuciones políticas o abusos, sin que implique la impunidad. De esta manera, para la prosecución de un proceso penal iniciado contra ellos se requiere levantar la inmunidad previa autorización del Congreso. Ver Exp. N.º 006-2003-AI (f.J. 3,4 y 6), caso: acción de inconstitucionalidad en contra del inciso J) del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República. Citado por ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. Cit. Pág. 451. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 87.

la base de la “razón jurídica”), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón política”) no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial.

Lo expuesto permite afirmar que en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99°, en razón de las “faltas políticas” cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de “retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser reinvestido de poder en el futuro.” (Broussard, Paulo. *O impeachment*. Editora Saraiva. 2da. Ed, 1992. p. 77). Al respecto, Bidart Campos refiere que “se lo denomina juicio “político” [...] porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado”. (*Manual de Derecho constitucional argentino*. Ediar., 1986. p. 612).

Esa es la manera cómo se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por “infracción de la Constitución”. Y es que toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.

De esta manera, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas⁵⁹.

I.- El Desafuero Constitucional⁶⁰.

Es el procedimiento que se establece para el Congresista según el cual 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, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso de la comisión permanente delito de las veinticuatro horas, a fin de que autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento del Congresista.⁶¹

⁵⁹ CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 87.

⁶⁰ *Ibidem*. Pág. 87.

⁶¹ ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal*. Ob. Cit. Pág. 541. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 87.

J.- La extradición⁶².

“Ésta es la entrega del acusado o del condenado, para juzgarle o ejecutar la pena, mediante petición del Estado donde el delito se perpetró, hecha por aquel país en que buscó refugio.”⁶³

Nuestro nuevo Código Procesal Penal lo regula en el artículo 513° y siguientes llama mi atención lo estipulado en el inciso 1 del artículo 513° del citado cuerpo normativo.

1. La persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe que se encuentra en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o de cumplir la sanción penal que le haya sido impuesta como acusada presente...

Del tenor literal, como toda regla tiene su excepción, se advierte que la extradición podría calzar como un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena, pues debe procederse previamente a la extradición del condenado a fin que cumpla su pena.

Al respecto la doctrina especializada en estos temas: “Dada la actual vigencia en lo que respecta al libro séptimo (la cooperación judicial internacional), del nuevo Código procesal penal -decreto legislativo N.º 957-, considero pertinente efectuar algunos comentarios sobre lo que prevé el inciso 1 del artículo 513 de este cuerpo legal.

...Coincido con la precisión que Luciano López hace respecto esta norma en comparación con el texto del artículo 1° de la ley N.º 24710 materia de comentario. (El autor se refiere al prólogo que aparece publicado en su obra).⁶⁴

Y es que, en efecto, a diferencia de la ley N.º 24710, el inciso 1 del artículo 513 del novísimo Código Procesal Penal dice que la extradición se aplica a la persona procesada, acusada o condenada como "autor" o "partícipe", con lo cual, comparativamente con lo regulado en el capítulo IV del título II del libro I (parte general) del Código Penal vigente, estarían sujetos a extradición los que participaron en la comisión del hecho punible ("partícipes") como instigador o cómplice.”⁶⁵

Sin embargo, el artículo 1 de la ley N.º 24710 alude al autor, cómplice (partícipe) y "encubridor".

⁶² CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 87.

⁶³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el Delito*. Decimotercera edición agosto de 1984. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Pág. 176. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 88.

⁶⁴ VALLE-RIESTRA GONZALES-OLAECHEA, Javier. *Tratado de la extradición volumen 1. Principios, doctrina y análisis exegético de la ley Peruana N.º 24710 y sus modificatorias por el Código procesal penal* (Decreto Legislativo N.º 957). A.F.A. Editores importadores S. A. Segunda edición, Lima, 2011. Pág. 91. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 88.

⁶⁵ *Ibidem*. Págs. 91-92. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 88.

¿Es el "encubridor" un "partícipe" del hecho punible? Y si no lo es, ¿no está sujeto a extradición de acuerdo a lo previsto en el inciso 1 del artículo 513 del nuevo Código Procesal Penal?

Considero que, en realidad, se trata, simplemente, de un problema de técnica legislativa o, en todo caso, de *nomen iuris*. Lo digo porque el inciso 1 del artículo 513 del nuevo Código procesal penal habría empleado una mejor técnica al referirse, apropiadamente, al "autor" o "partícipe". Y es que un "encubridor", desde punto de vista gramatical, es aquel sujeto que "encubre".⁶⁶

K.- Sobre los efectos de la formalización de la investigación preparatoria⁶⁷.

"La formalización de la investigación preparatoria tiene dos efectos fundamentales, según precisa el artículo 339° Inciso 1 del Código Procesal Penal **suspende** el curso de la prescripción de la acción penal y el órgano Fiscal pierde la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.

Al respecto el Acuerdo plenario N.° 1-2010/CJ-116⁶⁸, (y la doctrina a favor sobre la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal⁶⁹), postula en los fundamentos 26, 27 y 31 que el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, en consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde este acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución

⁶⁶ Ibidem. Pág. 92. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 88.

⁶⁷ CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 88.

⁶⁸ 26°. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión "sui generis", diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal. 27°. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la "suspensión" con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de "interrupción" de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara. 31°. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución -inserto en la garantía del debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable... Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 89.

⁶⁹ Vid. PARIONA ARANA, Raúl. *La Prescripción En El Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o Interrupción de la Prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011. Págs. 221 y ss. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 89.

judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

En la misma línea y ratificando el pleno anterior el I Pleno jurisdiccional extraordinario penal Acuerdo plenario N.º 3-2012/Cj-116⁷⁰ (Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del Código Procesal Penal 2004) expone:... **10.** Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83° de Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo. Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5° en sus incisos 1 y 2:

“1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la investigación preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho imputado.

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido”.

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116.

Si nos decantamos por la posición del acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116, sobre la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal como producto de la formalización de la investigación preparatoria, entonces cabría formularse la siguiente interrogante sobre si dicha suspensión ¿acaso no vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable?⁷¹

⁷⁰ Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y ss. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 89.

⁷¹ El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es un Derecho Constitucional Implícito que se deriva del artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú. “Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. ...3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...”

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al plazo razonable de la investigación fiscal en las sentencias recaídas en el expediente N.º 5228-2006-PHC/TC caso Samuel Gleiser Katz, y en el

Al respecto el I Pleno jurisdiccional extraordinario penal acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116⁷² (Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339.º 1 del Código Procesal Penal 2004) zanja la polémica y expone: “11. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la formalización de la investigación preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia pública preparatoria del I Pleno jurisdiccional extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122º del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art.96º), de octubre de 1984 (Art. 83º), de agosto de 1985 (Art. 89º) y de abril de 1986 (Art. 88º) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible”. (Resaltados nuestros).

Estamos de acuerdo con lo expuesto en el fundamento décimo primero del Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116, en consecuencia si la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1 del nuevo Código Procesal Penal, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, estamos hablando de la **Prescripción extraordinaria**, pues según el artículo 83º del Código penal, la prescripción de la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”.⁷³

- **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

Expediente N.º 02748-2010-PHC/TC caso Alexander Mosquera Izquierdo. Asimismo según jurisprudencia del TC cabe precisar que no podemos fijar una perspectiva de plazo razonable si no entendemos su aplicación desde la conjunción de tres requisitos procedimentales: actividad procesal del interesado; conducta de las autoridades judiciales, y la complejidad del asunto. También se puede consultar sobre el tema tangencial al plazo razonable, específicamente sobre la aplicación del Test de las dilaciones indebidas nos referimos a la polémica sentencia expedida por el tribunal constitucional peruano sobre el Exp. N.º 3509-2009-PHC/TC caso Walter Gaspar Chacón Málaga. Sobre las Sentencias que favorecieron la impunidad en materia de lucha contra la corrupción se puede ver el excelente trabajo De RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012*. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N.º 65. Disponible en:

http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Págs. 89-90.

⁷² Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y ss. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 90.

⁷³ Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 90.

STC N.º 5228-2006-PHC/TC Caso Samuel Gleiser Katz.
STC N.º 3509-2009-PHC/TC Caso Walter Gaspar Chacón Málaga.
STC N.º 02748-2010-PHC/TC Caso Alexander Mosquera Izquierdo.
STC N.º 00295-2012-PHC/TC Caso Aristóteles Román Arce Paucar⁷⁴.

Asimismo, también se encontró antecedentes del problema que es materia de investigación, en las siguientes sentencias emitidas por la Judicatura nacional y que a continuación se detallan:

- **DEL PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA:**

Acuerdo plenario de las Salas penales permanente y transitorias N.º 9-2007/CJ-116 (Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80º y 83º del Código Penal)

Acuerdo plenario de las salas penales permanente y transitorias N.º 1-2010/CJ-116 (Asunto: Prescripción: Problemas actuales)

I Pleno jurisdiccional extraordinario penal Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116 (Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º.1 del Código Procesal Penal 2004).

Contamos con antecedentes con trabajos que tratan tangencialmente esta problemática en libros, revistas especializadas, así como las páginas web que se hallan en Internet:

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la naturaleza de la prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho penal contemporáneo*. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006.

ALCOCER POVIS; Eduardo. *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal*. En: Instituto pacífico. Actualidad Penal. Agosto 2014 N.º 2.

BROUSSET SALAS, Ricardo Alberto. *De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria. Sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal*. En: Actualidad Penal. Abril 2015 N.º 10.

BURGOS ALVARADO, José David. *La Formalización de la investigación preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011.

Casación N.º 347-2011-Lima. Del Motivo Casacional: Indebida Interpretación de la ley penal. Disponible en:

⁷⁴ Sentencia con calidad de doctrina jurisprudencial, según el Art. VIº del título preliminar del Código Procesal Constitucional. Específicamente sobre el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e

CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Disponible en: La revista institucional Ipso Jure. Año 7 Nro. 29 mayo 2015. Edición de aniversario. Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

MADRID, Cecilia. *Suspensión de la prescripción*. En: Boletín N.º 33 de fecha 19 de setiembre de 2011. Disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-33.pdf>

MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo plenario de la Corte Suprema N.º 1-2010/CJ-116*. En: Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. N.º 155, agosto 2011, Año 17. Gaceta Jurídica.

MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). Comentarios a los precedentes vinculantes En materia penal de la Corte Suprema. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008.

PARIONA ARANA, Raúl. *La prescripción en el Código procesal penal de 2004 ¿suspensión o interrupción de la prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011.

SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. *La prescripción: Naturaleza procesal, aplicación en el tiempo y la lucha contra la corrupción*. En: Instituto Pacífico. Actualidad Penal. Octubre 2014 N.º 4.

SUB-CAPÍTULO I

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

1.- Generalidades.

Por el decurso del tiempo, se adquieren o se pierden derechos, se consolidan o se extinguen los mismos, el tiempo es vital para el hombre y qué duda cabe incide en su entorno social y es de gran trascendencia para el derecho. En dicha línea la Corte Suprema como instancia máxima del Poder judicial no ha sido ajena a dicha realidad y nos ha obsequiado senda jurisprudencia con calidad de vinculante en sede civil a través de los plenos casatorios, y en sede penal ha expedido sendos Acuerdos plenarios (AP, en adelante).

Como es natural y abocándonos a nuestra materia, en el ámbito penal contamos con Acuerdos plenarios, sobre la prescripción y el Derecho Penal⁷⁵, la Corte Suprema como corte vértice, tiene entre sus múltiples funciones la unificación de la jurisprudencia, la correcta aplicación e interpretación del derecho, para tal efecto se supone, y eso queda en el onírico mundo del *deber ser*, que la máxima instancia del Poder Judicial no se puede equivocar al momento de decir el derecho, pues lo que estipule en la Jurisprudencia (la cual se materializa en las Casaciones o Recursos de Nulidad) o en los AP, vincularán a la judicatura de tal manera que si la jurisprudencia o los AP, son errados, errados serán también las interpretaciones de la judicatura, y con ello las interpretaciones de la fiscalía.

A manera de justificación hemos denominado nuestro trabajo *El Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116 y la vulneración al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal*. La prescripción como instituto jurídico del Derecho no es una figura privatística del derecho civil o penal, también encuentra asidero en el basto mundo del derecho, sin embargo centrando nuestro análisis hemos podido advertir que el acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116, contiene una interpretación perniciosa que influye *in malam partem*, en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. A través del presente capítulo haremos un estudio genérico de la prescripción de la acción penal, que lo utilizaremos a manera de conocimientos previos que nos permitan, tratar con solidez los capítulos destinados al análisis de los acuerdos plenarios, expedidos por la Corte Suprema en relación a la prescripción de la acción penal.

Siguiendo el hilo conductor de nuestro discurso, en este primer sub capítulo nos proponemos realizar un análisis sobre la prescripción de la acción penal, confrontando nuestras opiniones con la doctrina más autorizada y con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional (TC, en adelante) y la Corte Suprema, sea para suscribirla y plegarnos a sus argumentos ora para criticarlos y poner de relieve las falencias del Legislador. No es una verdad de perogrullo, sin embargo, a lo largo de todo el marco teórico tendremos como referencia y norte señero a la Constitución Política del Perú, el bloque de Constitucionalidad y de Convencionalidad, complejos normativos infranqueables, que sirven como faro y dotan de legitimidad a los argumentos teóricos - doctrinarios y jurisprudenciales que

⁷⁵ Desarrollamos *in extenso*, nuestros comentarios en el sub capítulo tercero al cual lo hemos denominado *La prescripción de la acción penal y su tratamiento a través de los acuerdos plenarios de las salas penales de la corte suprema de la república*.

esbozaremos.

2.- Concepto de Prescripción.

Para nuestro trabajo de tesis el concepto que esbozaremos se encuentra entroncado con el Derecho Penal, sin embargo como hicimos referencia líneas arriba este instituto no es privatístico del Derecho Penal, por ejemplo en el ámbito civil la doctrina de la prescripción se bifurca en prescripción adquisitiva y prescripción extintiva, ambas emparentadas con el transcurso del tiempo para la prescripción adquisitiva o usucapión⁷⁶ implica que con el transcurso del tiempo el prescribiente podrá adquirir un bien mueble e inmueble, y por otro lado por la prescripción extintiva⁷⁷ perderá su derecho.

Para el ámbito que nos convoca - a nuestro turno - definimos a la Prescripción, entiéndase en el ámbito penal, como aquella sanción impuesta al Estado (nos referimos a los órganos de persecución penal), consistente en la pérdida del derecho que tiene el Estado a ejercer el *ius puniendi*⁷⁸, y por lo tanto ésta deviene en el desvanecimiento ya sea del ejercicio de la acción penal o de la ejecución de la pena. Debemos agregar finalmente que la prescripción es un derecho constitucional que se encuentra regulado en los artículos (Art., en adelante)

⁷⁶ **Artículo 950° del Código Civil. Requisitos de la usucapión de bien inmueble.**

La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.

Al respecto puede consultarse el **Segundo Pleno Casatorio Civil. Casación N.° 2229-2008 Lambayeque. Materia:** Prescripción adquisitiva de dominio.

Vid. Segundo Pleno Casatorio Civil. Corte Suprema de Justicia de la República. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Centro de Investigaciones del Poder Judicial. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima - Perú 2012.

⁷⁷ **Artículo 1021° del Código Civil.- Causales de extinción.**

El usufructo se extingue por (...)

2. Prescripción resultante del no uso del derecho durante cinco años.

Artículo 1989° del Código Civil.- Prescripción.

La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo.

Al respecto la jurisprudencia: "...La prescripción extintiva es un medio de defensa destinado a extinguir el ejercicio específico del derecho de acción respecto de una pretensión procesal determinada, por haber sido interpuesta fuera del plazo establecido en la norma positiva para dicha pretensión..." Cas. N.° 1607-2008 / LIMA. Sala Civil Permanente. El *Peruano*. 02/12/2008 Pág. 23428. Citado por SILVA VALLEJO, José Antonio. NEGRÓN MUÑOZ, César Augusto. *Código Civil. Código Procesal Civil. Código de los niños y adolescentes*. Jurista Editores. Primera Edición: Julio 2010. Pág. 381.

⁷⁸ El Estado tiene el *ius puniendi* para cumplir el deber de garantizar la coexistencia humana, asegurando la vigencia de los bienes jurídicos fundamentales. El poder punitivo del Estado o *ius puniendi* es la atribución que tiene que definir conductas como hechos punibles e imponer penas a las personas que las realizan.

El profesor Jescheck busca encontrar el sustento de los límites de la sanción de la función punitiva del Estado social y democrático de derecho en un núcleo de Derecho que, según la conciencia jurídica general, no puede ser vulnerado por ninguna ley ni por ninguna otra medida emanada del poder público; afirma que es un núcleo inviolable y que está sustraído al ejercicio del poder estatal para proteger la dignidad humana. (JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal*, traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, vol.I., P. 16. Véase, también: SEGUI, Ernesto, *Límites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado*, Juris, Rosario, 1993, pp. 9 y ss.) Citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Volumen I. Instituto Pacífico. Segunda Reimpresión. Octubre 2014. Pág. 19.

41° y 139° inciso 13 de la Constitución Política del Perú. En dicha línea no es de recibo la doctrina que concibe a la prescripción como un supuesto de impunidad. La doctrina constitucional y la jurisprudencia del TC, son unánimes en relación a que el ejercicio de los Derechos fundamentales no es ilimitado, con mayor razón lo será el *ius puniendi*, que posee el Estado. Debemos precisar que de ahora en adelante cuando hagamos referencia al término prescripción debe entenderse que nos estamos refiriendo a la prescripción en sede penal.

En una lectura distinta el profesor Castillo Alva expone: “La prescripción no debe considerarse a secas como la mera renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi* o la abdicación del derecho de perseguir y castigar, pues no se trata de un acto generoso, altruista y magnánimo del Estado frente al presunto autor de un delito, sino que implica la desaparición de la necesidad de castigo que genera, incluso, la obligación de no perseguir el delito, prescindiendo de la posibilidad de imponer una pena. Por ello, la prescripción más que un acto de renuncia de la potestad punitiva es un acto previsto por el ordenamiento jurídico por el cual luego de transcurrido un intervalo de tiempo sin que haya un pronunciamiento de tiempo sin que haya un pronunciamiento de fondo, a favor o en contra, de una persona se le asocia una determinada consecuencia normativa: la exoneración de la responsabilidad penal.

Por tanto, no se trata de una renuncia libre o de un acto puramente discrecional. Es más bien un instituto regulado por el ordenamiento jurídico que prevé la imposibilidad de dictar una sentencia si es que se va más allá de los plazos previstos por las normas jurídicas. Se alude en este ámbito a la obligación de respetar el principio de proporcionalidad en la vertiente del sub principio de necesidad en la medida que sería ilegítimo no prescindir de la persecución penal cuando por el lapso del tiempo decae la necesidad social de castigo.⁷⁹”

Siguiendo con nuestros argumentos otro cariz merecerá el tratamiento de los Crímenes de lesa humanidad, que de por sí son imprescriptibles.

Para una definición jurisprudencial con relación a la prescripción en materia penal, el TC expone en jurisprudencia con calidad de Doctrina jurisprudencial⁸⁰ con relación al caso recaído en el expediente número (Exp N.º, en adelante) 1805-2005-HC/TC:

⁷⁹ CASTILLO ALVA, José Luis. *La prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. 1805-2005-PHC/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora jurídica Grijley 2010. Primera Edición. Pág. 644.

⁸⁰ **Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional. Código Procesal Constitucional.** Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. (Resaltados nuestros).

“Conforme a lo señalado anteriormente por este Tribunal [*Cfr. Exp. N.º 1805-2005-HC/TC, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte*] 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 puniendi*, bajo el supuesto de que *el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción*, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma fundamental inspirada en el principio pro hómine, 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.” Expediente N.º 2506-2005-PHC/TC.

“El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. 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 ello, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.” Exp. N.º 0331-2007-PHC/TC (Fundamento jurídico N.º 05).”

A su turno la doctrina expone: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia recaída en el caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador del 27 de noviembre de 2007 ha sentado la doctrina que “[...] La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita le poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito.”⁸¹”

La prescripción es una causa extintiva de la acción penal; o de la responsabilidad criminal, que se basa en el trascurso del tiempo y presupone la ausencia de sentencia firme e irrevocable de condena, durante el plazo determinado por ley. La existencia de una sentencia firme hace que recién aparezca la prescripción de la ejecución de la pena. De allí que la doctrina distinga entre la prescripción de la persecución penal y la prescripción de la ejecución penal. La primera se caracteriza por prohibir el inicio o continuación del procedimiento penal; mientras que la segunda se presenta cuando hay una sentencia condenatoria firme que no puede ser ejecutada en un determinado plazo, bien desde que se impuso la sentencia firme o desde que se interrumpió su cumplimiento.⁸²”

En sede legal la prescripción se encuentra regulada en el Código Penal (CP, en adelante) y ésta constituye como una causa de extinción de la acción penal y de la pena y a nivel sustantivo puede ser invocada como excepción procesal.

⁸¹ CASTILLO ALVA, José Luis. *La prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. 1805-2005-PHC/TC*. Ob. Cit. Pág. 640.

⁸² *Ibídem*. Págs. 640-642.

2.1.- Clases de Prescripción.

“La prescripción opera tanto sobre la acción penal como sobre la ejecución de la pena, no es ocioso precisar que para aquellas personas que aún no han sido sentenciadas o cuya situación jurídica aún no ha sido determinada por el órgano jurisdiccional, debe entenderse que técnicamente deben invocar la prescripción del plazo de la acción penal, pues aún no ha mediado pena y no hay pena que ejecutar. En nuestro ordenamiento existen dos clases de prescripción: la ordinaria y la extraordinaria.

Prescripción ordinaria y extraordinaria.

La prescripción engloba dos clases: la prescripción ordinaria y la extraordinaria, al respecto el Acuerdo plenario de las Salas penales permanente y transitorias **N.º 9-2007/CJ-116** (Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80º y 83º del Código Penal)⁸³ expone en el sexto y séptimo fundamento: “6.- El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80º regula lo concerniente al **plazo ordinario** y en el artículo 83º *in fine* hace referencia al **plazo extraordinario**.

Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando “*el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción*”. Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82º del Código Penal.⁸⁴”

2.2- Extinción de la Acción penal y de la Pena.

Cuando las agencias de persecución de la acción penal persiguen, juzgan y sancionan el delito nos encontramos dentro del ejercicio de la Acción penal, en cambio cuando se ha impuesto una pena (*rectius* una pena concreta), se entiende que nos encontramos ante la prescripción de la pena, es decir comienza el ejercicio de la acción penal cuando el Estado tiene la oportunidad para procesar a una persona por un delito y la sanciona, en cambio el inicio de prescripción de la pena se da cuando existe una sentencia con calidad de firme y el plazo se da desde que la sentencia queda firme.

2.3.- Causales de extinción de la Acción penal.

Al respecto el Código Penal, regula como una de las causas de extinción de la Acción penal a la prescripción veamos:

⁸³ Publicado el día martes 25 de marzo del año 2008, en el diario oficial el Peruano. Pág. 6412 y ss.

⁸⁴ CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. En: La Revista institucional “Ipso Jure” Año 7 N.º 29 Mayo 2015. Edición de aniversario. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Pág. 81.

Causales de extinción.

Artículo 78.- La acción penal se extingue:

1. Por muerte del imputado, **prescripción**, amnistía y el derecho de gracia.
2. Por autoridad de cosa juzgada.
3. En los casos que sólo proceda la acción privada, ésta se extingue, además de las establecidas en el numeral 1, por desistimiento o transacción. (Resaltados nuestros).

Haciendo exégesis del artículo antes señalado, implica que el Estado pierde la capacidad, la potestad, el derecho de poder juzgar y sancionar una conducta típica, antijurídica y culpable, por el paso del tiempo, lo que implica que no puede perseguir al *infinitem*, a una persona, para sancionarla, no resulta ocioso precisar que se entiende que se está ejerciendo la acción penal cuando a una persona no se le ha procesado ni mucho menos sancionado, pues de ser así lo que cabe aplicar es la prescripción de la pena.

Al respecto la jurisprudencia anota: “Extinción de la acción penal por prescripción: *“La prescripción es una causal de extinción de la acción penal y se fundamenta en obvios motivos de interés público, de modo que cuando opera impide al órgano jurisdiccional fallar sobre el fondo del asunto”*. [Ejecutoria suprema recurso de nulidad (R.N., en adelante) N.º 438-2004-Cusco].

Con relación a las causales de extinción, la doctrina anota: “*Significado de la extinción acción penal*: GRACIA MARTÍN, L. [1998]. “*Penas privativas de derechos*”. En: Gracia Martín, L. [Coordinador]. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch. Valencia, p. 277. “El indulto, junto con la amnistía, es una manifestación concreta del llamado “derecho de gracia”. Mediante el derecho de gracia el Estado, titular del *Ius Puniendi*, renuncia al ejercicio efectivo de éste, no en abstracto sino en determinados casos particulares. Presupuesto indispensable y antecedente lógico del ejercicio concreto del derecho es que en el caso concreto se haya constituido ya previamente un derecho concreto de penar para el Estado -caso del indulto o amnistía cuando ésta beneficia a sujetos que ya han sido condenados-, o que existan elementos que pudieran dar lugar al nacimiento del citado derecho -caso de la amnistía con respecto a hechos que aún no hayan sido objeto de sentencia firme-. Las manifestaciones históricas concretas del derecho de gracia son la amnistía y el indulto.”⁸⁵

Significado de la amnistía: BRAMONT ARIAS, L. A. [2004]. *Derecho penal peruano [Visión histórica]/Parte General*. Lima. p. 506. “En virtud al Art. 102º inciso 6 de la Constitución, el Congreso tiene facultad de ‘ejercer el derecho de amnistía. La amnistía excluye la acción penal y si mediara condena hace cesar sus efectos. Importa la suspensión de la ley penal, con respecto a hechos determinados; no es personal, sino objetiva”⁸⁶.

⁸⁵ Citado por URQUIZO OLACHEA, José. *Código Penal*. Tomo I. Idemsa. Primera Edición. Lima - Abril 2010. Pág. 270.

⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 271.

2.4.- Extinción de la Acción penal por sentencia en sede civil.

El Código Penal estipula la extinción de la acción penal por sentencia civil:

Artículo 79° Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito.

Al respecto debemos anotar que una resolución (con ello una sentencia) de cualquier rama del derecho queda firme cuando ya no se puede accionar e interponer ningún medio impugnatorio contra la misma, sin embargo, debemos reparar que el artículo 79° del CP, precisa que debe ser una sentencia ejecutoriada, en dicha línea es menester aclarar que la firmeza de las resoluciones poseen un doble cariz (como dos caras de una moneda) es decir una sentencia puede ser firme por consentida y firme por ejecutoriada.

Estamos frente a una resolución firme por ejecutoriada cuando el sujeto procesal legitimado, ha hecho uso de todos los medios impugnatorios que le franquea el ordenamiento jurídico y aun así no encontró satisfacción en su derecho.

En cambio estamos frente a una resolución firme por consentida cuando el sujeto procesal legitimado, no hizo uso de todos los medios impugnatorios que le franquea el ordenamiento jurídico, por lo que dejó consentir la presunta conculcación a sus derechos.

A fin de proponer un ejemplo en un supuesto que se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito. Por ejemplo puede darse el caso que dentro de un proceso civil se advierta que el señor X, fue demandado por Y, por obligación de dar suma de dinero y se advirtió además que se habría producido la comisión del delito de Apropiación ilícita, sin embargo mediante sentencia en sede civil con calidad de ejecutoriada, el juzgado concluyó que el señor X, ha ejercido su derecho de retención en virtud a la normativa del Código Civil⁸⁷ (CC, en adelante) o ha

⁸⁷ **Artículo 918°.- Derecho de retención del poseedor.**

En los casos en que el poseedor debe ser reembolsado de mejoras, tiene el derecho de retención.

Artículo 1123°.- Derecho de Retención.

Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

Artículo 1717°.- Derecho de retención.

Los equipajes y demás bienes entregados o introducidos por el huésped responden preferencialmente por el pago de la retribución del hospedaje y por los daños y perjuicios que aquél hubiese causado al establecimiento, pudiendo el hospedante retenerlos hasta su cancelación.

Artículo 1748°.- Derecho de retención.

El comodatario tiene derecho a retener el bien, sólo cuando no le hayan sido pagados los gastos extraordinarios a que se refiere el artículo 1735°, inciso 4.

Artículo 1799°.- Derecho de retención.

También puede el mandatario retener los bienes que obtenga para el mandante en cumplimiento del mandato, mientras no cumpla aquél las obligaciones que le corresponden según los incisos 3 y 4 del artículo 1796°.

Artículo 1852°.- Derecho de retención.

El depositario sólo puede retener el bien hasta que se le pague lo que se le debe por razón del

extinguido vía compensación las obligaciones (deudas) recíprocas que habían entre el señor X e Y⁸⁸.

La doctrina hace una importante precisión en lo atinente a la acción penal “*Naturaleza y presupuesto de aplicación (comentario)*”: SALAZAR SÁNCHEZ, N. “El artículo 79° del Código Penal regula la extinción de la acción penal cuando existe una sentencia civil ejecutoriada que declare que el hecho imputado es lícito. El fundamento del mencionado dispositivo se encuentra en el hecho de que el o los comportamientos del presunto autor de un delito no tienen relevancia jurídico-penal, es decir, se encuentran dentro de los límites del riesgo permitido. Asimismo, de la misma regulación se puede inferir que, para la existencia de la extinción de la acción penal, por sentencia dictada en la jurisdicción civil, es necesario que se haya dado inicio a la acción persecutoria del delito, porque sólo se puede extinguir la acción penal si ésta ha sido iniciada, pues no se puede extinguir algo que no existe.”⁸⁹

2.5.- Plazos de prescripción de la Acción penal.

Como ya lo precisamos líneas arriba y no resulta ocioso repetir que el Estado no puede ejercer el *ius puniendi ad infinitum*, pues debe observar siempre los derechos de los investigados y dentro de la Constitución se encuentra regulado el derecho implícito Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.⁹⁰

Artículo 80. - Plazos de prescripción de la acción penal.

La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica⁹¹.

contrato.

⁸⁸ **Artículo 1288°.- Extinción de las obligaciones por compensación.**

Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.

⁸⁹ URQUIZO OLACHEA, José. *Código Penal*. Ob. Cit. Págs. 273-274.

⁹⁰ El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable *Vid.* Exp. N° 00295-2012-HC/TC; Exp. N° 02141-2012-HC/TC. *Vid.* PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho*. Primera Edición. Octubre 2002. Editorial Konrad Adenauer Stiftung. Ad HOC.

⁹¹ Extremo modificado por la Primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N.º 30077,

Con relación a los plazos de prescripción de la Acción penal el CP, fija ciertas reglas entre ellas:

A.- La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

Dicha primera regla se refiere a la pena abstracta conminada para cada delito, cada tipo penal que se encuentra materializado en el CP, protege un bien jurídico determinado cuya transgresión por acción o por omisión (dolosa o culposa, típica, antijurídica y culpable) merece una sanción, debemos tomar en cuenta que el legislador hace mención cuando es una pena privativa de la libertad, debemos recordar que actualmente según el CP no tenemos cuatro sino cinco clases de penas veamos:

Según el artículo 28° del CP, Las penas aplicables son:

- Privativa de libertad⁹².
- Restrictivas de libertad⁹³.
- Limitativas de derechos⁹⁴.
- Multa⁹⁵.
- Actualmente se ha añadido la pena de vigilancia electrónica personal⁹⁶.

publicada el 20 agosto 2013, en el diario oficial *El Peruano*.

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.”

De conformidad con el artículo 4 de la Ley N.° 30424, publicada el 21 abril 2016, señala que la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. La acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción, cosa juzgada, amnistía o el derecho de gracia. La prescripción de la acción contra la persona jurídica se rige por lo dispuesto, en lo que corresponda, en el presente artículo. La referida norma entra en vigencia el 1 de julio de 2017. Disponible en:

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdmo> (Fecha de consulta 19/09/16).

⁹² Según el Art. 29° del CP, La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

⁹³ Según el Art. 30° del CP, La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta

⁹⁴ Según el Art. 31° del CP, Las penas limitativas de derechos son: Prestación de servicios a la comunidad; Limitación de días libres; e Inhabilitación.

⁹⁵ Según el Art. 41° del CP, La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

⁹⁶ Según el Art. 29°-A del CP: La pena de vigilancia electrónica personal se cumplirá de la siguiente forma:

1. La ejecución se realizará en el domicilio o lugar que señale el condenado, a partir del cual se determinará su radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito.
2. El condenado estará sujeto a vigilancia electrónica personal para cuyo cumplimiento el juez fijará las reglas de conducta que prevé la ley, así como todas aquellas reglas que considere necesarias a fin de asegurar la idoneidad del mecanismo de control.
3. El cómputo de la aplicación de la vigilancia electrónica personal será a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal.
4. El condenado que no haya sido anteriormente sujeto de sentencia condenatoria por delito doloso

Como es lógico la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, siempre y cuando el tipo penal sancione única y exclusivamente con pena privativa de libertad. Es decir para aquellos otros delitos (no nos referimos a las faltas) que no contengan como sanción principal a la Pena privativa de la libertad (PPL, en adelante), solo para esos delitos la acción penal se reduce a dos años lo cual encuentra asidero en las reglas que estipula el Art. 80° del CP: **En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.** Veamos aquellos delitos (remarcamos solo nos referimos a los delitos y no a las faltas⁹⁷) que no contienen como pena principal la imposición de una PPL, por lo que el ejercicio de la acción penal (*rectius*, entiéndase la prescripción ordinaria) prescribiría a los dos años:

A.1.- Delitos sancionados con Penas principales distintas a la PPL.

Calumnia.

Artículo 131°.- El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con **noventa a ciento veinte días-multa.**

Supresión o extravío indebido de correspondencia.

Artículo 163°.- El que, indebidamente, suprime o extravía de su destino una correspondencia epistolar o telegráfica, aunque no la haya violado, será reprimido con **prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas.**

Alteración de billetes o monedas.

Artículo 256°.- Será reprimido con **pena de multa no menor de treinta ni mayor de ciento veinte días-multa:**

- 1.- El que escribe sobre billetes, imprime sellos en ellos o de cualquier manera daña intencionalmente billetes o monedas.
- 2.- El que, con fines publicitarios o análogos, reproduce o distribuye billetes o monedas, o el anverso o reverso de ellos, de modo que pueda generar confusión o propiciar que las reproducciones sean utilizadas por terceros como si se tratase de billetes auténticos.⁹⁸

Nombramiento o aceptación ilegal.

Artículo 381°.- El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido **con sesenta a ciento veinte días-multa.**

El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido

podrá acceder a la pena de vigilancia electrónica personal. (...)

⁹⁷ En virtud del Art. 440° Inc. 3 del CP: Las penas que pueden imponerse son **LAS LIMITATIVAS DE DERECHOS Y MULTA**, salvo los casos de reincidencia o habitualidad en faltas dolosas reguladas en los artículos 441 y 444, en cuyos casos se reprime con pena privativa de libertad del delito aplicable. Para un amplio comentario de la prescripción de la acción penal en las faltas nos remitimos al sub capítulo tres de esta tesis.

⁹⁸ De conformidad con el Artículo 3 de la Ley N° 26714, publicada el 27-12-96, modificada por el Artículo Único de la Ley N° 26992 el 12-11-98, el Banco Central de Reserva será considerado agraviado en el delito que trata el presente Artículo. *Vid.* <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdmo> (Fecha de consulta 19/09/16).

con la misma pena.

Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano.

Artículo 417°.- El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido **con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.**

Como podemos colegir, de los dispositivos antes citados nos referimos a los artículos 131°, 163°, 256°, 381° y 417° del CP, todos ellos son sancionados con penas distintas a las PPL, el resto de delitos del CP, todos son sancionados con PPL, o penas alternativas o conjuntas.

A.2.- Delitos sancionados con penas alternativas.

Al respecto la doctrina Argentina señala: “Son *penas alternativas* las que no se pueden aplicar acumulativamente, sino que el juez debe optar por una de ellas. La fórmula legal usa la conjunción disyuntiva o (art. 79, 94 y 142). La alternatividad obedece a la idea de posibilitar la individualización de la pena, atendiendo de modo principal al móvil del delito y a la individualidad del agente⁹⁹. Las penas alternativas se denominan *paralelas* si, diferenciándose cualitativamente, están conminadas en magnitudes o escalas semejantes.¹⁰⁰”

Con relación a la prescripción de la acción penal agrega: “El tiempo máximo para la prescripción, que corresponde a los delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua, es de quince años. El mínimo, que pertenece a los hechos reprimidos únicamente con inhabilitación temporal, es de un año. La regla general para los delitos reprimidos con reclusión o prisión temporal, es que la acción se prescribe una vez transcurrido el máximo de la pena señalada por la ley para el delito, sin que el término pueda exceder de doce años ni bajar de dos. Es de cinco años, si el hecho está reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; y es de dos años, si la pena es de multa, cualquiera que sea su cantidad. (Resaltados nuestros)

Siendo única la acción emergente del delito, el término de prescripción es único si se trata de delitos reprimidos con penas alternativas o conjuntas o si una pena es principal y la otra accesoria. **La prescripción no se rige entonces por la pena de naturaleza más grave (C. P, 5), sino por la pena a la que le corresponde el mayor término de prescripción.**¹⁰¹

A nuestro turno proponemos dos ejemplos a fin de corroborar cuál es el criterio imperante en nuestro ordenamiento jurídico:

Artículo 274° Conducción en estado de ebriedad o drogadicción.

⁹⁹ HERRERA, *El nuevo Código penal*, Universidad Nacional de Córdoba, 1922, ps. 57 y ss.; id., *La reforma penal*, núms. 79 y ss. Citado por NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de derecho penal. Parte General*. 4Ta Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix Gonzáles. Marcos Lerner. Editora Córdoba 1999. Pág. 284.

¹⁰⁰ NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de derecho penal*. Ob. Cit. Pág. 284.

¹⁰¹ NUÑEZ, II, 175. Citado por NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de derecho penal. Parte General*. 4Ta Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix Gonzáles. Marcos Lerner. Editora Córdoba 1999. Pág. 210.

El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con **pena privativa de la libertad** no menor de seis meses ni mayor de dos años **o** con **prestación de servicios comunitarios** de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7).

Cuando el agente presta servicios de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción superior de 0.25 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, **la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7)**¹⁰². (Resaltados nuestros).

Artículo 323°.- Discriminación e incitación a la discriminación.

El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con **pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.** (Resaltados nuestros).

Si el agente es funcionario o servidor público la pena será no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al numeral 2 del artículo 36.

La misma pena privativa de libertad señalada en el párrafo anterior se impondrá si la discriminación, la incitación o promoción de actos discriminatorios se ha materializado mediante actos de violencia física o mental o a través de internet u otro medio análogo.¹⁰³

La pregunta que salta a la vista es ¿Cuál es el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal, para aquellos delitos que se sancionan con penas alternativas? Debemos entender que indefectiblemente los delitos se sancionan con PPL, y con otra clase de pena, pues si el delito se sanciona con dos clases de penas distintas a la PPL, NO hay problema porque el plazo ordinario de la prescripción de la acción penal siempre prescribirá a los dos años, el ejemplo planteado estriba en que un delito es sancionado alternativamente con una PPL y con otra clase de pena que puede ser restrictivas de libertad, limitativas de derechos, multa y pena de vigilancia electrónica personal.

¹⁰² Artículo modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29439, publicada el 19 noviembre 2009, en el diario oficial *El Peruano*.

¹⁰³ Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley N° 30171, publicada el 10 marzo 2014, en el diario oficial *El Peruano*.

En los ejemplos señalados debemos prestar atención al delito de Conducción en estado de ebriedad, y al delito de Discriminación e incitación a la discriminación, como hemos podido reparar el legislador impone penas alternativas para sancionar este tipo de delitos pues sanciona con PPL o prestación de servicios comunitarios. Si la PPL conminada no es mayor de dos años de PPL, no hay problema pues aunque se opte por la PPL o la prestación de servicios comunitarios, el plazo ordinario de la prescripción de la acción penal siempre será de dos años.

Otra lectura distinta merece respuesta al problema cuando la pena alternativa de PPL, supera los dos años de PPL, cuál es el plazo de la prescripción de la acción penal:

La primera respuesta siempre será de dos años, pues ante la controversia se deberá tomar el plazo más corto de la prescripción de la acción penal, pues la prescripción de la acción es un derecho.

La segunda respuesta, adoptada por la Corte Suprema, estriba en que se debe tomar el plazo más largo de la prescripción de la acción penal. Veamos la posición de la Corte Suprema en su vasta jurisprudencia:

PLENO JURISDICCIONAL PENAL 1997.

Acuerdo plenario N.º 5/97 *Prescripción de la acción penal para delitos conminados con penas conjuntas y alternativas:*

PRIMERO: Que el término de prescripción de la acción para los delitos conminados con penas conjuntas debe fijarse atendiendo al plazo que corresponda al elemento más grave integrado a la sanción, que en su caso será la pena privativa de la libertad, incluso aunque ésta sea no mayor a dos años.

SEGUNDO: Que en el caso de delitos conminados con penas alternativas la acción penal sólo debe considerarse prescrita cuando se haya cumplido el plazo más largo que resulte de las penas susceptibles de imposición.

B.- En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.

Nos encontramos frente a un concurso real de delitos cuando dos o más acciones configuran dos o más delitos (sean o no, de la misma naturaleza), y se consideran actuaciones independientes, por lo que se debe imponer tantas sanciones como delitos se haya cometido. Adicionándose la siguiente regla en virtud del artículo 50º del Código Penal: *“Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará*

únicamente ésta.¹⁰⁴”

Al respecto la doctrina expone: “La pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos, constituye lo que se denomina concurso real, que puede ser simultáneo o sucesivo (en este último caso es cuando suele llamarse reiteración)”.¹⁰⁵

“La existencia de un concurso real presupone, en primer lugar, la existencia de una pluralidad de acciones. La comprobación de esta pluralidad tiene lugar en forma negativa: habrá pluralidad de acciones si se descarta la unidad de acción (confr. STRATENWERTH, núm. 1257).

En segundo lugar se requiere una pluralidad de lesiones de la ley penal, lo que -como en el concurso ideal- presupone que los tipos penales realizados son también independientes.

El problema principal que ofrece el concurso real es la determinación de la pena aplicable.¹⁰⁶”

Con relación a lo anterior el AP N.º 4-2009/CJ-116. Asunto: Determinación de la pena y concurso real¹⁰⁷.

El concurso real de delitos.

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

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

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

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

¹⁰⁴ Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley N.º 28730, publicada el 13 mayo 2006.

¹⁰⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y El Delito*. Decimotercera Edición Agosto de 1984. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Pág. 534.

¹⁰⁶ BACIGALUPO Z, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá - Colombia 1996. Tercera Reimpresión. Pág. 250.

¹⁰⁷ Publicado el 8 de enero de 2010, en el diario oficial *El Peruano*.

siguientes:

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

En caso de concurso real de delitos. Si en el caso existe concurso real de delitos, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 80 del Código Penal, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno (**R.N. N° 062-2002 Puno, Data 40 000, G.J.**).

C.- En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

Con relación al concepto de Concurso ideal la doctrina expone: “La constatación de que existe unidad de acción no implica, siempre, que una sola disposición legal será aplicada. Mediante su ejecución, pueden realizarse los elementos de dos o más tipos legales, e incluso puede suceder que ninguno de estos logre abarcar en su totalidad la unidad de acción en cuestión. Así, solo considerando todos los tipos legales concernidos se podrá aprehender en su integridad el carácter ilícito de la acción. La aplicación de las diversas disposiciones está en efecto condicionada por la complejidad de la acción. Estos casos constituyen el denominado concurso ideal de delitos¹⁰⁸.”

En caso de concurso ideal de delitos. En el caso de un concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave, en todo caso cuando haya transcurrido en una mitad el plazo ordinario de prescripción (**R.N. N.º 2446-2003- Lima, Castillo Alva. T. II. p. 556**).

D.- La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

Al respecto citamos el AP N.º 9-2007/CJ-116¹⁰⁹, Asunto: *Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80º y 83º del Código Penal*, y nos excusamos de su comentario que lo hemos reservado para el capítulo tercero de la presente tesis materia de investigación, veamos al respecto:

9º. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que **tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal**; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y

¹⁰⁸ HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General Tomo II*. Cuarta Edición Lima Octubre 2013. Editorial Idemsa. Págs. 207-208.

¹⁰⁹ Publicado el 25 de marzo de 2008, en el diario oficial *El Peruano*.

que se precisan en el párrafo final del artículo 83º del Código Penal.

10º. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

E.- En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.

Al respecto la doctrina anota “(...) el Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116 (Asunto: Prescripción: Problemas actuales)¹¹⁰ expone si el delito es cometido por un funcionario o servidor público y afecta el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de la prescripción se duplica, dichos delitos se circunscriben al capítulo II, título XVIII, del libro segundo del Código Penal, “Delitos contra la Administración pública cometidos por Funcionarios públicos”. Según a lo expuesto en el fundamento décimo segundo del citado Acuerdo plenario 12.- *El legislador incrementó el plazo de prescripción -duplicó- en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41º de la Constitución Política del Perú.*

[En lo atinente a la duplica del plazo de la prescripción] También nuestro Tribunal Constitucional ha avalado la legitimidad de la ampliación de los plazos de prescripción en este tipo de delitos, estableciendo incluso como doctrina jurisprudencial que “(...) duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado, sería atentar contra el principio de legalidad, (...) dicha duplicidad solo es aplicable en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado o de organismos sometidos por éste, de conformidad con el artículo 41º, *in fine*, de la Constitución.¹¹¹”

En el ámbito internacional, la posibilidad de ampliar los plazos de prescripción en este tipo de delitos ha sido avalada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -aprobada por el Estado peruano mediante Resolución

¹¹⁰ Publicado el 30 de diciembre del año 2010, en el diario oficial *El Peruano*. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. En: La Revista institucional “Ipso Jure” Año 7 N.º 29 mayo 2015. Edición de aniversario. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Pág. 80.

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de Abril de 2005, Exp. N.º 1805-2005-HC/TC-LIMA, Fundamento 18. Citado por MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116*. En: Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. N.º 155, agosto 2011, Año 17. Gaceta Jurídica. Pág. 44. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 80.

Legislativa N.º 28357 de fecha 6 de octubre de 2004- cuyo artículo 29 autoriza expresamente que: “Cada Estado parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.” En el mismo sentido, el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, establece en su artículo 6 que: “En las normas sobre prescripción de los delitos de corrupción de agentes públicos extranjeros se establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la acción de la justicia”. Como se aprecia, el ordenamiento jurídico internacional también avala el establecimiento de un sistema de prescripción especial para este tipo de delitos.¹¹²”

En caso de delitos en agravio del Estado. Del artículo 80 del Código Penal se desprende, entonces, que el Código Sustantivo, en el caso de la prescripción de la pena, prevé plazos más dilatados y condiciones más severas. Sin embargo, resulta importante resaltar que hay hechos criminales que perjudican a la sociedad en su conjunto, afectando el mundo social, político, económico y cultural de un país, y con ello nuestra democracia y al Estado de Derecho. Es por ello que el artículo 41º de la Constitución Política del Perú establece que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

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 el artículo y, mejor aún, en el contexto de todo el capítulo, que trata exclusivamente de los funcionarios y servidores públicos. Por ello, 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 partem* lo que pudiera afectar a éste, cuando por el contrario su aplicación debe ser *in bonam partem*.

En consecuencia, dicha duplicidad solo es aplicable en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado o de organismos sometidos por éste, de conformidad con el artículo 41 *in fine* de la Constitución (**STC N.º 1805-2005-HC/TC, Data 40 000, G.J.**).

2.6.- Reducción de los plazos de prescripción de la acción penal.

En virtud del Art. 81º del Código Penal, el legislador es claro y conciso el estipular que: “*Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún o más de sesenticinco años al tiempo de la comisión del hecho punible.*”

¹¹² MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N.º 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 44. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 80.

Al respecto debemos traer a colación lo expuesto en la Ley N.º 30490, Ley de la Persona adulta mayor, artículo 2º *“Entiéndase por persona adulta mayor a aquella que tiene 60 o más años de edad.”* Consideramos a manera de crítica de la política criminal, empleada por el legislador en lo penal, pues en concordancia con la Ley de la persona adulta mayor los *plazos de prescripción se deben reducir a la mitad cuando el agente tenía más de sesenta años al tiempo de la comisión del hecho punible.*” La misma crítica formulamos contra el primer párrafo del artículo 22º sobre la responsabilidad restringida: *“Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintidós años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción (...).”*

2.7.- Comienzo de los plazos de prescripción de la acción penal.

Para proceder al cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal el legislador a estipulado reglas bien claras, para realizar el cómputo del mismo, sin embargo el problema se suscita cuando el operador jurídico se pregunta sobre la naturaleza jurídica del delito sobre el cual va a proceder a realizar el cómputo de la prescripción, lo cual es de vital importancia, pues si erramos sobre la naturaleza jurídica del delito vamos a aplicar mal el comienzo del plazo de la prescripción de la acción penal.

Proponemos algunas preguntas que grafican la problemática ¿Cuál es la naturaleza jurídica del delito de usurpación (Tipo base)? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del delito de Falsedad material (Art. 427º)? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del delito de Falsedad genérica (Art. 438º)?

Con relación al delito de Usurpación, si decimos que es un delito permanente tendríamos que aplicar como plazo de prescripción el Inc. 4 del Art. 80º del CP, o por el contrario si es un delito instantáneo aplicamos el Inc. 2 del Art. 80º del CP. Como se puede colegir no es tan fácil la tarea, sin embargo debemos dar solución al problema. Al respecto la doctrina con la cual concordamos plenamente refiere: “Bien sabemos que en doctrina por la forma de consumación de los delitos de resultado, se distinguen entre permanentes e instantáneos. Es decir, existen delitos de consumación inmediata o instantánea (por ejemplo, homicidio, lesiones, estafa), y otros de consumación permanente (por ejemplo, el secuestro, omisión de asistencia familiar, pertenecer a asociación ilícita para delinquir, etc.).

Los primeros se caracterizan por ser de forma inmediata la realización total del delito; en cambio, los delitos permanentes se caracterizan por prolongarse el momento consumativo. En este último, se mantiene en el tiempo la situación antijurídica creada por el sujeto, lo cual permite sostener la realización permanente del injusto¹¹³.”

“(…) En efecto, en cuanto a los términos de la prescripción, tenemos que si se considera delito permanente, el tiempo de la prescripción de la acción penal recién

¹¹³ MAZUELOS COELLO, 1995, p.,1 19. Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Volumen 2. Editora Jurídica Grijley. 6Ta Edición. Octubre 2015. Págs. 1302-1303.

comenzará a operar desde el momento en que el agente devuelva la posesión del inmueble a la víctima, pues con tal acto cesa la permanencia (inciso 4, artículo 82 del CP). En tanto que si se considera delito instantáneo, el plazo de prescripción comienza a operar desde el momento en que se logra el despojo de la posesión, pues con ello se consuma el delito (inciso 2, numeral 82 del CP). En consecuencia, si para un sector de operadores jurídicos constituye delito permanente y para otro, constituye delito instantáneo, sin duda, se emitirán resoluciones judiciales contradictorias en casos parecidos que el sentido común aconseja debieran tener también resoluciones judiciales parecidas.¹¹⁴

“El delito de usurpación es de comisión instantánea, el mismo que se materializa en el momento de la posesión”¹¹⁵.

En suma, para nuestro sistema jurídico, y sobre todo para efectos jurisprudenciales, el delito de usurpación es de comisión instantánea. El precedente antes indicado así lo tiene establecido.¹¹⁶

Con relación a los delitos contra la Fe pública, si estamos frente a la falsedad material la cual es un delito de peligro su consumación es instantánea, en cambio si estamos ante el delito de falsedad genérica es un delito de resultado, habiendo dilucidado la naturaleza jurídica de los delitos por lo que se ha generado la interrogante podremos aplicar correctamente los plazos de prescripción de la acción penal, al respecto al doctrina: “Según el artículo 438 del CP señala, parte pertinente, lo siguiente: “... *alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros...*” A la luz de la redacción legal se trata de un delito de resultado, en la que necesariamente se requiere el perjuicio de terceros, (...)”¹¹⁷.

Es menester comenzar con el comentario de los plazos de prescripción de la acción penal:

Artículo 82.- Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan:

1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa.

La tentativa, (...) constituye la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir, antes de que se haya completado la acción como típica. Por ello la tentativa no constituye un delito independiente (no hay un “delito de tentativa”), sino una extensión del tipo, es decir, “una ampliación de la imputación delictiva perfecta que el delito representa” (Núñez)¹¹⁸.

2. En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó.

¹¹⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*. Volumen 2. Ob. Cit. Pág. 1303.

¹¹⁵ Ejecutoria Suprema del 21-11-1995, expediente No 3847-95-Lambayeque, en ROJAS VARGAS/INFANTES/VARGAS, 2001, p.348. citado por SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*. Volumen 2. Ob. Cit. Pág. 1306.

¹¹⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*. Volumen 2. Ob. Cit. Pág. 1306.

¹¹⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho penal parte especial*. Volumen 2. Editora y distribuidora Ediciones legales E.I.R.L. Tercera edición 2014. Pág. 1303.

¹¹⁸ CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. Tercera edición actualizada y ampliada 1992. Editorial Astrea. Buenos Aires. Págs. 431-432.

“El delito se consuma cuando se han reunido (efectivizado) todas las características de la acción típica ("el hecho cumple todas las exigencias del respectivo tipo penal" -Núñez-), o, en otras palabras, cuando se ha concretado en la realidad la finalidad típica propuesta por el autor ("obtención del fin típico planeado, mediante los medios utilizados por el autor" -Bacigalupo-), o producido el resultado que el tipo consigna como consecuencia de la conducta del autor. Aquello y esto significan lo mismo; tratándose de dos versiones caras, una y otra, a distintas corrientes doctrinarias. Con la consumación termina la ejecución del delito como tal”¹¹⁹.

3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa.

Para comentar sobre el delito continuado debemos traer a colación lo estipulado en séptimo fundamento del AP N.º 8-2009/CJ-116 Asunto: La prescripción de la acción penal en el Art. 46º - A y Art. 49º del CP¹²⁰.

7.- El artículo 49º CP, cuyo texto fue modificado por la Ley número 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito “continuado”. Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: el “delito masa”. En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley -delito continuado- por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el Juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden el mismo tipo legal [RAÚL PEÑA CABRERA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho penal parte general*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAMÓN RAGUÉS i VALLÉS: *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004. Página 126].

No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, “sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro” [JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO

¹¹⁹ Ibídem. Pág. 452.

¹²⁰ Publicado el 8 de enero de 2010, en el diario oficial *El Peruano*.

TERREROS, *Obra citada*, página 689].

Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que en el delito masa la denominada “pena de arranque” será la pena base del delito continuado [Rocío CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO GÓMEZ AYALA: *El delito masa*. En Consejo general del Poder Judicial: Unidad y pluralidad de delitos, cuadernos y estudios de Derecho Judicial, página 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito masa como una “subespecie del delito continuado” [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO GÓMEZ AYALA: *Obra citada*, página 16].

4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

“**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 mismo. Por ejemplo, un delito permanente es el allanamiento de morada (§ 123): con la intromisión del autor ya se da un hecho consumado, pero dura tanto tiempo como el sujeto se mantiene dentro del ámbito protegido. Lo mismo ocurre en la detención ilegal (§ 239), que sigue siendo actual hasta que el autor pone en libertad a la víctima o ésta es liberada, o en la conducción en estado de embriaguez (§ 316), que ya es punible como delito consumado con el comienzo del viaje, pero pese a ello no concluye mientras dura la conducción bajo influencia de bebidas. Los delitos permanentes son en su mayoría delitos de mera actividad, pero también pueden ser delitos de resultado en caso de que un determinado resultado constantemente vuelva a realizarse de nuevo al mantenerse el estado antijurídico; así por ejemplo la sent. BGHSt 22, 67 (71) ha calificado la puesta en peligro de la seguridad del tráfico viario del § 315 c I, n.º 1 a, como delito permanente si el resultado típico de peligro se repite constantemente por la conducción en estado de incapacidad para conducir.¹²¹”

Al respecto es menester traer a colación el derecho vivo y actuante que se manifiesta en la jurisprudencia, que con calidad de Doctrina jurisprudencial vinculante nos muestra un claro ejemplo sobre la naturaleza jurídica del delito de Contaminación ambiental como delito omisivo de carácter permanente:

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 383-2012-LA LIBERTAD
SENTENCIA CASATORIA**

Lima, quince de octubre de dos mil trece.

(...)

4.5. En el presente caso, debemos establecer si el tipo penal reseñado, según la forma de la conducta del agente se trata de un delito comisivo (esto es, vinculado a la existencia de un contenido material prescriptivo de no intromisión en la esfera jurídica ajena, en: SCHÜNEMANN, Bernd.

¹²¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1 (Fundamentos. La estructura de la Teoría Del Delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. 1ª edición. Madrid. 1997. 5/2. Pág.329.

Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho Penal. Editorial Marcial Pons, Madrid, dos mil nuevo, página treinta y nuevo) u omisivo, para luego analizar la fase de consumación del delito, esto es, si se trata de un delito de carácter permanente (en el cual se entiende que la consumación se produce cuando ya se realizaron todos los elementos del tipo, en: VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte general.* Editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página trescientos cinco) o de consumación inmediata con efectos permanentes (es decir, si los hechos se consumaron en un solo acto, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos); para ello, previamente debemos precisar algunos conceptos relativos al tipo penal imputado.

(...)

4.10. En tal sentido, habiéndose establecido que es un delito permanente, corresponde la aplicación del inciso cuatro del artículo ochenta y dos del Código penal, el cual establece que el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo para la prescripción de la acción penal, es “*a partir del día en que cesó la permanencia*”, y como quiera que el procesado en su condición de representante legal de la empresa minera recién con fecha siete de enero de dos mil once, obtuvo la aprobación del Plan de cierre de pasivos ambientales de acuerdo al artículo treinta de la Ley número veintiocho mil seiscientos once - Ley general del ambiente - dichos planes de tratamiento de pasivos ambientales están dirigidos a remediar los impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión o actividades, pasados o presentes-, por lo que la acción delictiva (omisión) se ha mantenido en el tiempo de manera permanente, cesando recién el siete de enero de dos mil once; momento a partir del cual debe computarse el plazo prescriptorio; debiendo tenerse presente lo preceptuado por el artículo ochenta del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, que señala: “*La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad*”, por lo tanto, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de tres años; sin embargo, al haberse formalizado la investigación -conforme se verifica de la disposición fiscal, obrante a fojas uno-, se suspende el curso de la prescripción de la acción penal, el cual no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo -tal como lo establece el Acuerdo plenario número tres guion dos mil doce oblicua CJ guion ciento dieciséis-; por lo que, en todo caso vence indefectiblemente a los cuatro años y seis meses, esto es el día siete de julio del año dos mil quince; en consecuencia, debe revocarse la resolución impugnada, debiendo declararse infundada la excepción de prescripción de la acción penal.

2.8.- Interrupción y suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal.

Nos reservamos nuestro comentario para el subcapítulo IV, con el comentario del AP 3-2012 (*Asunto:* Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º.1 del Código procesal penal 2004) de la

presente tesis, sin embargo como estamos haciendo referencia sobre las generalidades de la prescripción debemos anotar algunas consideraciones con cargo a dar cuenta en el último subcapítulo *in extenso*.

La doctrina denomina a esto dos institutos: *Interrupción y suspensión*. Vicisitudes de la prescripción, al respecto transcribimos las siguientes líneas: “El decurso prescriptorio ya iniciado contra la pretensión que nace del ejercicio del derecho de acción, puede ser alterado por motivos diversos, que se distinguen entre sí, y que la codificación civil [*mutatis mutandis* la codificación penal] clasifica como causales de suspensión y causales de interrupción.

La vicisitudes que alteran el decurso prescriptorio, que se configuran en las causales de suspensión y en las causales de interrupción, se distinguen, según lo detengan mientras subsisten para luego continuar el decurso cuando desaparecen las causas sumándose el transcurso anterior, como ocurre con la suspensión, y, según dejen sin efecto el tiempo transcurrido, como ocurre con la interrupción, cuyas causales, una vez desaparecidas, determinan que el decurso se reinicie pero sin que sea de cómputo el transcurso anterior a la aparición de la causal.¹²²”

A nuestro turno reparamos que mediante Ley N.º 30424, Ley que regula la Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de Cohecho activo transnacional, publicada con fecha 21 de abril en el diario oficial *El Peruano*: “en virtud del artículo 4 de la Ley N.º 30424, (...) señala que la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. *La acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción, cosa juzgada, amnistía o el derecho de gracia. La prescripción de la acción contra la persona jurídica se rige por lo dispuesto, en lo que corresponda, en el presente artículo. La referida norma entra en vigencia el 1 de julio de 2017*”¹²³.

2.9.- Interrupción y suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal.

Nuestro trabajo materia de investigación incide sobre la prescripción de la acción penal, sin embargo vamos a hacer algunas referencias sobre la prescripción de la acción de la pena, en dicha línea la jurisprudencia expone: “El plazo de prescripción de la pena es el mismo que fija la ley para la prescripción de la acción penal. Asimismo, conforme al artículo 80 del Código Penal, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley si es privativa de libertad. Por lo tanto, el delito de apropiación ilícita, en su supuesto básico previsto en el primer párrafo del artículo 190 del Código penal, al tener una pena privativa de libertad máxima de 4 años, tiene un plazo ordinario de prescripción de 4 años.

¹²² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción Extintiva y Caducidad*. Gaceta Jurídica. Cuarta Edición. Marzo 2002. Págs. 129-130. Citado por Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 83.

¹²³ Extraído de <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdmo> (Fecha de consulta 02/10/16)

Asimismo, a tenor del tercer párrafo del artículo 87 del Código penal, en los casos de condena condicional, la prescripción comienza a correr desde el día de su revocación. Es decir, que la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena opera como una causal de interrupción del plazo de prescripción, momento desde el cual deberá comenzarse a contabilizar el plazo ordinario de prescripción (**Exp. N.º 9314-2005-HC/TC, Data 40 000, G.J.**).

El artículo 85º del CP, contempla a la prescripción como un supuesto de extinción de la ejecución de la pena y el artículo 86º del CP, precisa que el plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal. El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme.

A nuestro turno tenemos una crítica fundada sobre la regulación del mismo plazo de la prescripción de la acción penal pues el legislador establece el mismo plazo para la prescripción de la ejecución de la pena, lo cual atenta contra el principio de proporcionalidad, creemos que la prescripción de la pena debe ser en relación al plazo impuesto en la pena concreta.

3.- Imprescriptibilidad de la acción penal.

En principio como es la regla general, el *ius puniendi*, del Estado no se puede ejercer *ad infinitum*, sin embargo como toda regla tiene su excepción existen ciertos delitos que no solo desbordan y atacan un determinado bien jurídico protegido por la Norma penal, sino que son de gran magnitud que no solo repercuten en un particular o un determinado grupo sino son aquellos delitos que constituyen un atentado contra toda la humanidad, es decir no solo atacan contra el patrimonio, la vida el cuerpo y la salud, sino son un atentado contra la dignidad de las personas. Ellos constituyeron los crímenes de lesa humanidad que se perpetraron durante la segunda guerra mundial (Genocidios, desapariciones forzadas, torturas, etc). Ante dicha situación cualquier Estado y con ello el Estado peruano no puede mantenerse inerte, por lo que de manera acertada ha suscrito convenios internacionales para perseguir y castigar este tipo de delitos sin importar cuanto tiempo haya transcurrido.

Con relación a los tratados internacionales suscritos por el Estado Peruano la doctrina sostiene: “A ello debemos agregar que el artículo 29 del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional establece que los crímenes de competencia de la Corte -genocidio, lesa humanidad, crimen de guerra y crimen de agresión- no prescribirán. En tal sentido, por declaración expresa del Estado peruano, a través de la Resolución legislativa N.º 27517, del 16 de setiembre de 2001 -que aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹²⁴-, y de la Resolución legislativa N.º 27998, del 12 de junio de 2003 -que aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad¹²⁵-, los crímenes internacionales de genocidio, lesa humanidad, guerra y

¹²⁴ El artículo 29 del Estatuto de Roma establece que: “los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán”. Citado por MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N.º 1-2010/CJ-116*. En: Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. N.º 155, agosto 2011, Año 17. Gaceta Jurídica. Pág. 42.

¹²⁵ El artículo I de la Convención establece que: “son imprescriptibles los crímenes de guerra y los

agresión son imprescriptibles.”¹²⁶

A su turno el TC expone en un polémico Caso denominado el Frontón II¹²⁷ recaído en el Exp. N.º 01969-2011-PHC/TC (Humberto Bocanegra Chávez a favor de José Santiago Bryson de la Barra y otros)

3.1 Prescripción de la acción penal y crímenes de lesa humanidad.

39 La prescripción de la acción penal, como ya lo ha referido la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, es una institución destinada a impedir el exceso del poder estatal en la persecución penal del individuo, evitando que el sujeto se convierta en objeto de la política criminal. A su vez, una lectura de la Constitución conforme al principio de unidad de la Constitución, debe compatibilizar esta limitación de la potestad punitiva del Estado con el deber estatal de investigar las graves violaciones a los derechos humanos. Así, la prescripción de la acción penal, que supone la defensa del individuo contra los excesos del poder estatal, no puede ser utilizada con la finalidad de avalar el encubrimiento que el Estado haya realizado de hechos que deben ser investigados (Cfr. Exp. N.º 218-2009-PHC/TC; 03693-2008-PHC/TC).

40 En este orden de ideas, la necesidad de investigación de hechos graves puede hacer ceder las expectativas de seguridad jurídica derivadas de la prescripción de la acción penal. Es por ello que en caso de que una grave violación de los derechos humanos configure un crimen de lesa humanidad, la persecución penal será imprescriptible (Cfr. Exp. N.º 024-2010-PI/TC). Un crimen de lesa humanidad será tal: a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático; e) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado, y, d) cuando se dirige contra población civil. Estas condiciones deben presentarse copulativamente (Cfr Exp. N.º 024-2010-PI/TC).

3.2 Imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad y control constitucional.

41 La dilucidación para el caso concreto de si se configura un hecho delictivo constituye en esencia labor del juez ordinario. Ello en virtud de

crimines de lesa humanidad cometidos en tiempo de guerra y en tiempo de paz”. Citado por MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N.º 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 42.

¹²⁶ MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N.º 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 42.

¹²⁷ Se denomina el Frontón I, al caso recaído en el Exp. N.º 03173-2008-PHC/TC Teodorico Bernabé Montoya.

que determinar la responsabilidad penal implica la actuación y valoración de medios probatorios que al efecto se incorporan al proceso penal. Estos aspectos no pueden cuestionarse a través de la justicia constitucional. Sin embargo, al margen de tales aspectos - reservados de manera exclusiva a la justicia ordinaria- este Tribunal ha reconocido la posibilidad de efectuar un control constitucional de la resolución que declara que un hecho constituye un crimen de lesa humanidad:

“No obstante constituir una atribución del Juez Penal calificar si un hecho constituye un delito de lesa humanidad, el Tribunal Constitucional recuerda que también es competencia de la jurisdicción constitucional ejercer el control sobre la subsunción de los hechos en los tipos penales que resulten violatorios del principio-derecho fundamental a la legalidad penal” (Exp. N.º 0024-2010-PI/TC, fundamento 52)

- 42** No obstante, la posibilidad de efectuar un control constitucional no se sustenta solo en el principio de legalidad penal. Y es que, para el caso de los crímenes de lesa humanidad, se trata más bien de determinar si en el caso el hecho constituye una violación de derechos tan grave que autoriza una persecución penal sin límites temporales. En efecto, en virtud de una ponderación entre la gravedad del hecho y la necesidad de investigación, por un lado, y del otro, la seguridad jurídica, este Tribunal ha determinado que resulta constitucionalmente legítimo mantener una persecución penal sin límites en el tiempo (imprescriptible) en caso de que una muy grave violación de los derechos humanos configure, por sus especiales características (formar parte de un ataque sistemático o generalizado, entre otras *Supra*, fundamento 40) un crimen de lesa humanidad (Exp. N.º 024-2010-PI/TC).

SUB-CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

1.- Generalidades.

Acometer la tarea de tratar de desentrañar la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal, no es empresa fácil, sin embargo la doctrina nos brinda tres teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal, las que a saber son: material, procesal o mixta. No es una exquisitez dogmática, el recodo argumentativo que se esgrima en favor o detrimento de la adopción de cierta teoría, pues la teoría que se adopte determinará la aplicación inmediata o diferida de las consecuencias de la norma al momento de su aplicación a través del tiempo.

Al menos en nuestro medio, es de vital importancia afiliarnos a una determinada teoría y fundamentar la postura adoptada; para tal efecto, como lo venimos haciendo en el subcapítulo precedente, vamos a fundamentar nuestra posición recurriendo a la Constitución para luego confrontarla con la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

De la teoría que se adopte depende la aplicación inmediata o la prohibición de la aplicación retroactiva de una eventual norma que modifique los postulados de prescripción de la acción penal, en tal línea se demuestra que no es una banalidad determinar la naturaleza jurídica de la misma.

“El problema de la naturaleza de la prescripción está ligada al principio de la necesidad de la pena. El transcurso del tiempo afecta directamente a la facultad punitiva del Estado. Tiene la prescripción, en consecuencia, una vinculación directa con un principio de carácter básico material en el sistema penal, que informa tanto al Derecho penal sustantivo como al Derecho procesal penal”¹²⁸.

Buena cuenta de esto es que: “Sobre la *naturaleza jurídica* de la prescripción no existe acuerdo. Para unos es de naturaleza *material*, porque extingue la potestad represiva, y su regulación corresponde al derecho penal sustantivo. Para otros, su naturaleza es *procesal*, porque impide la prosecución del *proceso*, y es regulable por el derecho procesal. También se le asigna una naturaleza mixta, esto es, *material-procesal*, ya que aunque por su esencia la prescripción es material, produce efectos procesales.”¹²⁹

Al momento de desarrollar las distintas teorías brindaremos sendos ejemplos que nos ayudarán a lograr una comprensión cabal de la toma de posición adoptada. Por cuanto en la doctrina nacional o comparada asistimos a candentes debates sobre la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal por ejemplo:

¹²⁸ *Naturaleza de la prescripción*: Bustos Ramírez, J. [2004]. *Obras Completas*. Tomo I. Ara Editores. Lima. p. 675. Citado por URQUIZO OLACHEA, José. *Código Penal*. Tomo I. Idemsa. Primera Edición. Lima - abril 2010. Págs. 270-271.

¹²⁹ Más detalles en VERA BARROS, ob. cit, cap. I, § 3. Citado por NUÑEZ, Ricardo C. *Ob. Cit* Pág. 209. Citado por NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de derecho penal. Parte General*. 4Ta Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix Gonzáles. Marcos Lerner. Editora Córdoba 1999. Pág. 210.

“Se discute si la prescripción es de naturaleza procesal (doctrina francesa), material o mixta. Para la doctrina francesa es un instituto procesal que debe ser tratado en el Código de procedimiento; lo que suprime el transcurso del tiempo es la acción y no elementos vinculados con el delito mismo.¹³⁰ De acuerdo con esta doctrina, la prescripción se justificaría por las dificultades probatorias que el distanciamiento temporal entre la comisión del delito y el procesamiento traería aparejadas, situación que podría traducirse en sentencias erradas¹³¹. La tesis material califica a la prescripción como institución inherente al derecho penal, porque afecta al delito en sí mismo o a sus consecuencias y no sólo a la acción que de él deriva para su procesabilidad. Adherentes a esta tendencia han llegado a afirmar -equivocadamente- que lo que prescribe sería el delito,¹³² lo cual no deja de ser insólito por cuanto un comportamiento humano es imborrable como evento de la realidad fáctica.¹³³ Lo que extingue el paso del tiempo es la responsabilidad penal en el alcance que se le ha dado a esta expresión:¹³⁴ la necesidad de la pena va disminuyendo hasta diluirse en pro de la seguridad jurídica y de la paz social. La alarma e inquietud producidas por el delito se acaban, por otro lado, el delincuente no ha sido sancionado y sin embargo no ha incurrido en reiteración de comportamientos análogos; esto significaría que se ha reinsertado en el ámbito social, lo que hace aconsejable no modificar ese estado de cosas.¹³⁵ El señalado es el verdadero fundamento de esta causal de extinción.

La tendencia mixta considera que la prescripción tiene naturaleza material y procesal, porque el transcurso del tiempo, junto con afectar a la necesidad de pena, crea dificultades de orden probatorio. No obstante, darle un carácter dual a esta causal es colocarla en un plano de ambigüedad en cuanto a sus posibles consecuencias.

En efecto, si la prescripción de la responsabilidad penal es de naturaleza procesal, las leyes que modifiquen la normativa vinculada con ella operarían *in actum* y sin distinciones, lo que tendría graves consecuencias porque abriría la puerta para que se pudieran alterar los plazos de prescripción en perjuicio del procesado y, aun quizá, podrían reabrirse plazos caducados.¹³⁶ En tanto que si se le reconoce sustantividad material y, por ende, naturaleza penal, las normas que la reglan quedan sometidas a los principios que rigen la ley penal, en particular el de la ley más favorable.^{137”}

2.- ¿Son cuestiones meramente académicas las disquisiciones sobre la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal?

¹³⁰ Quintano, Ripollés, *op. cit.*, t. II, p. 504. Citado por GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Primera edición Julio de 2001. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 372.

¹³¹ Jescheck, *op. cit.*, t. II, p. 1299. Citado por GARRIDO MONTT, Mario. *Ob. Cit.* Pág. 373.

¹³² Cury, *D.P.*, t. II, p. 445. Citado por GARRIDO MONTT, Mario. *Ob. Cit.* Pág. 373.

¹³³ Cfr. Fontecilla, *op. cit.*, p. 375; Vargas, *op. cit.*, p. 111. Citado por GARRIDO MONTT, Mario. *Ob. Cit.* Pág. 373.

¹³⁴ Supra párrafo 25, II. Citado por GARRIDO MONTT, Mario. *Ob. Cit.* Pág. 373.

¹³⁵ Jescheck, *op. cit.*, t. II, p. 1239. Citado por GARRIDO MONTT, Mario. *Ob. Cit.* Pág. 373.

¹³⁶ Cury, *D.P.*, t. II, p. 444. Citado por GARRIDO MONTT, Mario. *Ob. Cit.* Pág. 373.

¹³⁷ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Primera edición. Julio de 2001. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 374.

Veamos lo que se esgrime en una de las obras más influyentes de la actualidad en el mundo del Derecho penal al respecto los profesores alemanes Jescheck y Weingend exponen: “De ahí que la cuestión de la **“naturaleza jurídica”** de la prescripción sea más bien de carácter académico. Aquí se contraponen tres concepciones en las que la primera resalta el aspecto *jurídico-material*¹³⁸, la segunda hace lo suyo con la orientación *jurídico-procesal* (así lo hace la jurisprudencia; vid. RG 76, 159, BGH 2, 300 [306-308]; 8, 269 [270])¹³⁹, mientras que la tercera admite la naturaleza “mixta” de este instituto jurídico¹⁴⁰. Esta última visión es la correcta pues la prescripción no puede ser explicada sólo como una institución jurídica material o procesal. Esta figura encuentra su fundamentación material en la desaparición de la *necesidad* de pena a pesar de la permanencia del *merecimiento* de pena del hecho; sólo así se explica la graduación de los plazos de prescripción (§78 III) en función de la gravedad del tipo realizado, así como la imprescriptibilidad del asesinato y del genocidio (§78 II)¹⁴¹.

A nuestro turno debemos responder la pregunta en sentido negativo, pues es de vital importancia dilucidar la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal, pues si acogemos la Teoría material no podrá aplicarse de manera retroactiva la norma, salvo que ésta favorezca al reo, empero si nos decantamos por la teoría de la naturaleza procesal de la prescripción de la acción penal, entonces se admite la aplicación retroactiva de la norma, en dicha línea es menester traer a colación lo que estipula el artículo 103° de la Constitución Política del Perú:

“Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. ***La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.***

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.¹⁴²” (Subrayado nuestro)

¹³⁸ Blay, Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe pág. 251; H. Kaufmann, Strafanspruch pág. 154; v. Liszt/Schmidt, pág. 451; Lorenz, Die Verjährung págs. 55 ss; v. stackelberg, Bockelmann-Festschrift pág. 765. Citado por JESCHECK, Hans-Heinrich. WEINGEND, Thomas, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Quinta Edición. Editorial Comares. S.L. Granada Diciembre 2002. Pág. 983.

¹³⁹ Blei, Allg. Teil pág. 420, Bockelmann/Volk, Allg. Teil pág. 18; Maurach/Gössel/Zipf, Allg. Teil II § 75 núm. 15; Roxin, Allg. Teil I § 23 núm. 51, Rüping, GA 1985, págs. 437 ss; Schönke/Schröder/Stree, nota preliminar núm. 3 antes del § 78. Citado por JESCHECK, Hans-Heinrich. WEINGEND, Thomas. *Ob. Cit.* Pág. 983.

¹⁴⁰ Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 462; Dreher/Tröndle, nota preliminar núm. 4 antes § 78; Lackner, § 78 núm. 1; Löwel/Rosenberg (Schäfer) Einleitung Cap. 12 núm. 88; SK (Rudolphi) nota preliminar núm. 10 antes del § 78; Welzel, Lehrbuch pág. 262; materialmente también, LK (Jähnke) nota preliminar núms. 7-9 antes § 78; Volk, Prozeßvoraussetzungen págs. 225 ss. Citado por JESCHECK, Hans-Heinrich. WEINGEND, Thomas. *Ob. Cit.* Pág. 983.

¹⁴¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEINGEND, Thomas. *Ob. Cit.* Pág. 983.

¹⁴² Artículo sustituido por el artículo 2° de la Ley N.° 28389, publicada el 17 de noviembre del 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

Para graficar la problemática y aterrizando en el plano de lo tangible es menester proponer un ejemplo y de acuerdo a lo expuesto en el artículo 80° del Código penal, que ya hemos tenido oportunidad de analizar, en el subcapítulo anterior, veamos la modificatoria insumida en el citado artículo:

Artículo 80. - Plazos de prescripción de la acción penal.

La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

(...)

“En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.¹⁴³” (Resaltados nuestros).

Se puede apreciar que el último párrafo del artículo 80° del CP, fue modificado por la Primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N.º 30077, en vigencia el 1 de julio del 2014, y el legislador incluyó y extendió la duplica del plazo de prescripción de la acción penal para los integrantes de organizaciones criminales¹⁴⁴.

¹⁴³ Extremo modificado por la Primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N.º 30077 Ley contra el crimen organizado, publicada el 20 agosto de 2013, en el diario oficial *El Peruano*, la misma que entró en vigencia el 1 de julio del 2014.

¹⁴⁴ Para una definición doctrinaria: “Frente a esa comprobación los estados han optado en sus legislaciones por otras vías alternativas, la primera opción es tipificar al crimen organizado como un delito autónomo. Es decir, considerar en un tipo penal la figura del crimen organizado con independencia de los delitos fines que realicen, dentro de ese esquema, se discute si criminalidad organizada es todo delito realizado por la organización criminalidad sin importar la gravedad del delito o si por el contrario, solo serán considerados tales los delitos considerados graves.

Una segunda opciones considerar crimen organizado, solo a ciertas conductas criminales de suma gravedad, vinculadas con delitos de tipo transnacional, generalmente definidos en acuerdos internacionales - estupefacientes, trata de personas, tráfico de armas, lavado de dinero, etc- pudiendo prescindirse en estos casos de la existencia de una figura autónoma.

Finalmente, se promueve una tercera vía consistente en conformar u tipo penal que describa los componentes o características fundamentales del fenómeno criminal organizado, integrando a esa descripción la calidad de los delitos que comete. Sin perjuicio de ello se tipifican de manera independiente distintos delitos que son propios de la delincuencia organizada, permitiendo así la concurrencia entre la formación y participación en la organización criminal y la realización concreta de los delitos fines

En buena medida, la opción político criminal más extendida es la de constituir u tipo penal autónomo de crimen organizado -aspecto propuesto en los encuentros internacionales- mediante la enumeración de sus elementos constitutivos, mencionando entre ellos la vinculación con los delitos más graves.” Vid. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *La noción de crimen organizado desde la política criminal y la teoría delito*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Págs. 631-632.

Para una definición legal Ley N.º 30077. Ley Contra El Crimen Organizado.

“Artículo 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal.

1. Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.

2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.”

A manera de digresión, otro de los debates académicos se ha centrado por ejemplo en la naturaleza jurídica de los Beneficios penitenciarios al respecto la doctrina: “Basándose en el fallo constitucional [el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la Ley de descarga de la administración de justicia de 11-01-1993, en cuanto introducía una “suspensión” de plazos de prescripción] el Tribunal Constitucional alemán (BGH) y otras instancias menores han asumido también la tesis “procesal” de la prescripción, y rechazado la posibilidad de aplicar a ella el principio de “prohibición de la retroactividad”. Así, entre otras sentencias.

La situación es tan clara en Alemania (a favor de los efectos meramente procesales) que JESCHECK/WEIGEND afirman incluso que la discusión sobre la “naturaleza jurídica” de la prescripción solamente tendría un “carácter académico”¹⁴⁵.

“Últimamente se ha presentado una fuerte discusión doctrinaria en el Perú sobre la “aplicación temporal” de leyes penitenciarias. Esto afecta también a la comprensión de la naturaleza de la prescripción, pues el punto central es el mismo ¿rige también el principio de “prohibición de retroactividad” y la “retroactividad benigna” en el caso de normas procesales y penitenciarias?¹⁴⁶”

“En realidad, como acertadamente sostiene otra parte de la doctrina nacional, basándose igualmente en doctrina alemana e hispana, los “beneficios penitenciarios” no forman parte del Derecho penal material y no puede ser aplicable para ellos (y para otras figuras como la “prescripción”) el principio de “prohibición de la retroactividad” y la “retroactividad benigna”. La razón principal argumentada, por lo demás ampliamente reconocida en la doctrina penal, es que el principio constituye una “excepción” a la “aplicación inmediata de la ley”, excepción reservada a la ley penal material por razones materiales por razones especiales: cuando se da una ley posterior más favorable existe un “cambio de valoración jurídica” del hecho punible y, por ello, resulta justo, además de preventivamente necesario, aplicar retroactivamente la nueva ley más favorable¹⁴⁷. Y esta ratio del principio solamente existe en una ley penal material que describe el delito y sus consecuencias jurídicas, y por ello contiene “normas de conducta” en las que incide este cambio de valoración jurídica; el “beneficio penitenciario” no contiene normas de conducta solamente se refiere a la forma cómo se va a ejecutar una conducta ya dictada.

“También se ha puesto en evidencia que en la discusión existe una confusión notable. Así, se ha pretendido erróneamente fundamentar el carácter de “derecho subjetivo” del “beneficio penitenciario”¹⁴⁸; y aplicar el principio de “retroactividad

¹⁴⁵ JESCHECK/WEIGEND, p. 912. Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la Naturaleza De La Prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 559.

¹⁴⁶ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la Naturaleza De La Prescripción*. Ob. Cit. Pág. 560.

¹⁴⁷ MEINI MÉNDEZ, pp. 16 y ss. Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la Naturaleza de la Prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 564.

¹⁴⁸ Así procede el Tribunal Constitucional, ver STC 1593-2003-HC/TC, § 6, número 18; también CARO CORIA, p. 46, col. Derecha. Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la Naturaleza De La Prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez

benigna” de normas penitenciarias tomando como referencia el “injusto penal” cometido, con lo cual, se confunden dos planos distintos: la comisión del delito y el cumplimiento de una condena de privación de la libertad, regidas ambas situaciones jurídicas por normas de naturaleza distinta. Es más, incluso se ha afirmado la “ultractividad” de normas penitenciarias al afirmar que regirían aquellas vigentes al momento de la comisión del delito y no la que estuvo vigente al momento de la condena.¹⁴⁹”

A nuestro turno, reparamos que mediante la sentencia recaída en el Exp. N.º 0012-2010-PI/TC, de conformidad con el artículo 82º del Código procesal Constitucional¹⁵⁰ (CPConst., en adelante) el TC ha establecido con calidad de criterio vinculante el otorgamiento de los beneficios penitenciarios en aplicación de la ley N.º 28704, el siguiente fundamento que es de importancia para el tema materia de investigación:

“§8. Aplicación de la ley en el tiempo y beneficios penitenciarios.

87. Asimismo, el Tribunal Constitucional entiende oportuno reiterar su criterio en el sentido de que las modificaciones legislativas relacionadas con los beneficios penitenciarios vinculados con la eventual puesta en libertad del penado, son inmediatamente aplicables, aun cuando ellas sean representativas de un tratamiento penitenciario más estricto. Ello es así, antes que por la naturaleza de la ley penitenciaria (lo cual desde una perspectiva constitucional puede resultar hasta cierto punto intrascendente), por el fundamento constitucional que subyace al principio de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal *in malam partem* y de aplicación ultractiva de ley penal más beneficiosa (artículo 103º de la Constitución).

88. Dicho fundamento consiste en el principio liberal orientado a evitar que el Estado utilice a la norma penal limitativa de la libertad personal como un recurso para objetivar al ser humano, imponiéndole sanciones por hechos que no eran típicos cuando se produjeron o con penas mayores a las que estaban previstas en el ordenamiento en ese momento. Es decir, la razón constitucional subyacente no es solo que la persona pueda anticipar razonablemente la ilicitud penal de su conducta en función de lo que el ordenamiento prevé, sino también el *quantum* de pena imponible. De ahí que, de acuerdo con el artículo 2º, inciso 24º, literal d), de la Constitución, “[n]adie será procesado ni condenado por

Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 564.

¹⁴⁹ Ver aclaraciones acertadas de MEINI MÉNDEZ al respecto, pp. 17 y ss. Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la Naturaleza de la Prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 564.

¹⁵⁰ **Artículo 82.- Cosa juzgada.**

Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación(...)

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”.

89. Así las cosas, el fundamento de un principio penal como el enunciado en el artículo 103º de la Constitución, no consiste en una suerte de mandato para aplicar en toda circunstancia relacionada directa o indirectamente con el Derecho penal la ley más beneficiosa, sea ésta sustantiva, procesal o penitenciaria, sino en que toda persona pueda anticipar la tipicidad de una conducta y la pena a ella imponible.

90. La tesis que pretende extender el principio del artículo 103º de la Constitución a la aplicación de la ley penitenciaria, planteando la aplicación ultractiva de la ley más beneficiosa, lo hace, esencialmente, sobre la base de considerar que la ley penitenciaria eventualmente también incide sobre el tiempo de ejecución de la pena, y que, por consiguiente, exige el mismo tratamiento aplicable a la ley que instituye el *quantum* de la pena.

91. Este razonamiento cae en el error de no tomar en cuenta el referido fundamento constitucional que subyace a la aplicación ultractiva de la ley penal más beneficiosa, cual es, como se dijo, que el ser humano pueda anticipar razonablemente la tipicidad del hecho y la pena imponible.

En efecto, no existe duda de que, si se respeta la aplicación ultractiva de la ley penal más beneficiosa, cuando se comete el hecho típico, es posible anticipar la pena imponible. Pero, ¿es posible anticipar en dicho momento cuál será el tratamiento de la efectiva ejecución de la pena? Si se toma en cuenta que, como quedó establecido, el artículo 44º de la Constitución, prohíbe conceder el beneficio de libertad antelada sin estar presente la acreditada resocialización del penado, la respuesta a tal interrogante evidentemente es negativa. Y es que quien crea que cabe una respuesta afirmativa, no solo está asumiendo que cuando se realiza el ilícito es posible anticipar razonablemente el *quantum* de la pena imponible, sino además el grado de resocialización que alcanzará el delincuente, lo cual, tanto en dicho momento, como incluso en el momento del dictado de la sentencia condenatoria firme, es ciertamente imposible.

Individualización de la pena y tratamiento de su ejecución son, pues, ciertamente, cosas distintas desde un punto de vista constitucional, pues mientras la primera queda condicionada a las características del hecho típico, el otro está condicionado, cuando menos en lo que a los beneficios penitenciarios que permiten una libertad antelada respecto, al nivel de resocialización del penado.

En otras palabras, para el tratamiento de los beneficios penitenciarios, el fundamento constitucional que subyace a la aplicación de la ley penal más beneficiosa (a saber, poder predecir la acción del Derecho penal), se desvanece. En consecuencia, no juega ningún rol en el marco de dicho

tratamiento.”

Debemos agregar que todos los operadores jurídicos se encuentran vinculados a las interpretaciones que realice el TC de conformidad con lo estipulado en el artículo VI° del Título preliminar del CP Const., *Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional*, y en aplicación de la Primera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N.º 28301. *Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.*

Sin embargo recientemente se ha publicado el XI Pleno jurisdiccional de las Salas penales permanente y transitoria de la Corte Suprema de la República, conteniendo el **Acuerdo plenario N.º 2-2015/CIJ-116. Asunto: Beneficios penitenciarios. Aplicación de leyes de ejecución penal en el tiempo**¹⁵¹ ofrece una lectura distinta:

(...)

2.3 Problemas en la aplicación temporal de las normas de ejecución penal.

20°. Consta, obviamente, una diferencia entre el criterio general asumido: inicio de la ejecución material de la condena: fecha en que la sentencia condenatoria adquiere firmeza, y el criterio específico admitido en las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015: momento de la comisión del delito. Tal divergencia temporal entre la fecha en que se comete el delito y la fecha en que adquiere firmeza una sentencia condenatoria, da lugar a que durante ese lapso de tiempo se dicte una ley sobre la materia -si y solo si tal norma asume el criterio general, y no el de las dos normas ya mencionadas- que puede, según el caso, flexibilizar o endurecer los beneficios penitenciarios.

21°. Los cambios legislativos, como se sabe, son propios de la historicidad del Derecho. La sucesión normativa tendrá relevancia si la nueva norma, que por mandato constitucional siempre debe regir situaciones futuras, afecta las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En el caso de las normas de ejecución penal, penitenciarias concretamente, serán las relaciones jurídicas entre el penado y el régimen y tratamiento penitenciarios.

Siendo así, como consecuencia de la aplicación inmediata de la nueva norma de ejecución penal, ésta afectará la relación jurídica penitenciaria desde el momento en que entra en vigencia y hacia el futuro -siempre en conexión con las consecuencias de la relación o situación jurídica penitenciaria existente: supuesto en que, en pureza, se presenta un conflicto de normas-, salvo que no resultara más beneficiosa para el penado, en cuyo caso la norma previa que regía esa relación jurídica penitenciaria se aplicará ultraactivamente.

22°. De otro lado, es cierto que, según se asuma una u otra concepción, será posible, por las consecuencias, resultados distintos. Ello, sin embargo, no tiene entidad para vulnerar el principio-derecho fundamental de igualdad ante la ley. Se

¹⁵¹ Publicado con fecha martes 21 de junio de 2016, en el diario oficial *El Peruano*.

trata de concepciones político-criminales del legislador, que sin perjuicio de no afectar relaciones jurídicas ya consolidadas o el principio de preclusión -límite para afirmar su legitimidad-, son aceptables en el Estado Constitucional. No se está ante penados que se encuentran en la misma situación -ante hechos, supuestos o acontecimientos que sean similares-, pues el tiempo, las condiciones y las de la promulgación de las normas serán distintos. Cada grupo de penados cometió los delitos e inició la relación jurídica penitenciaria en momentos diversos, y la nueva ley asumió las perspectivas y consideraciones político-criminales pertinentes del momento en que se expidió.

23°. Es pertinente aclarar que la “igualdad ante la ley” es un presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales, cuya exigencia de justicia obliga al Estado a evitar que el penado no sufra una discriminación. Sin embargo, no se trata de un derecho autónomo ni absoluto, en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Si bien la Constitución promueve el trato igualitario de todas las personas, no descarta la posibilidad de aplicar un tratamiento diferenciado a sujetos y situaciones de facto que se encuentren amparados en una misma hipótesis, siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique.

En el presente caso, si bien a futuro puede configurarse una regulación normativa distinta entre la población penitenciaria -los penados, específicamente- respecto del goce de los beneficios penitenciarios, legislación que, por lo demás, ha evolucionado en el transcurso del tiempo; el establecimiento de esa diferenciación jurídica persigue no solo una finalidad legítima, en orden al régimen y tratamiento penitenciarios -la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139°.22 C.)-, sino también un reordenamiento de los beneficios penitenciarios, que permitan una administración más racional de los mismos. (...)

2.1.- Naturaleza material de la Prescripción de la acción penal.

Como primera línea tendríamos que argumentar que si nos decantamos por la teoría de la naturaleza material del plazo de prescripción de la acción penal, debemos entonces colegir que no cabría la aplicación retroactiva de la modificatoria, en el ejemplo que hemos propuesto y por lo tanto se duplicará el plazo de la prescripción de la acción, porque la prescripción es de naturaleza material y en virtud del Art. 103° de la Constitución no cabe la aplicación retroactiva de la norma porque simplemente no favorece al reo.

Al respecto la doctrina en comentario al Art. 103° de la Constitución: “Tanto en Derecho penal material como en Derecho procesal penal, la ley no tiene fuerza ni efecto retroactivo, su aplicación es inmediata a todos los actos delictivos y actos procesales realizados durante su vigencia, excepto a los actos delictivos cuando dicha ley es más favorable al reo.

En **Derecho penal material**, la aplicación inmediata de la ley significa que ésta no tiene efectos retroactivos, salvo cuando favorece al reo (art. 103); al hecho delictivo se le aplica la ley vigente en el momento de su comisión (principio *tempus delicti commissi*), lo que es acorde con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*

consagrado en el literal D., del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución. El principio de la Irretroactividad de la ley penal presenta una excepción para el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo. El principio y la excepción se manifiestan, además, en el inciso 11 del artículo 139 que dispone la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto de leyes penales. El juzgador debe optar por la irretroactividad o por la retroactividad según cuál sea la más favorable al reo. Por el principio de favorabilidad se prefiere la ley que despenaliza una conducta o que reduce la penalidad.”¹⁵²

“En **Derecho procesal penal**, la aplicación inmediata de la ley determina que el acto procesal se le aplica la norma vigente en el momento en que este se realiza (*tempus regit actum*). El proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas procesales no solo por disposición constitucional, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que cada uno de éstos se realice. La aplicación inmediata de la ley procesal impide que actos procesales ya cumplidos sean afectados por nuevas leyes; esta regla no admite excepciones. Solamente en el derecho penal material se presenta el conflicto de leyes en el tiempo, es decir, que a un mismo tiempo concurren a regular un acto punible la ley vigente al momento de su comisión y una ulterior más favorable al reo.”¹⁵³

Esta tesis de la naturaleza material predomina en España, al respecto la doctrina expone: “Predominantemente en España, pero ya abandonada en Alemania la cual afirma que la prescripción afecta la tipicidad y la antijuridicidad (el injusto), pues, como señala Mir Puig, el paso del tiempo, como los granos de un reloj de arena, va degradando poco a poco el injusto hasta conseguir que desvanezca el reproche de la sociedad por la conducta (desvalor y se vuelve imposible que ver que la pena cumpla alguna finalidad preventivo-general (negativo o positivo), pues la colectividad ya no recuerda el hecho que se estaría sancionando, para sentir por ella temor a cometerlo o reforzar su confianza en el derecho. Entonces, por vincularse a la tipicidad, esta teoría considera que la pretensión tendría naturaleza de ley material así como la tienen las normas del Código penal o las leyes penales especiales, por lo que no sería legal que el legislador cambie la reglas del cómputo de la prescripción y se orden aplicarlas inmediatamente a los procesos judiciales que se encuentren en trámite. Esta tesis tiene a su favor que nuestro Código penal utilice como elemento para determinar el plazo concreto de prescripción de la persecución penal para cada delito, la pena máxima prevista para el delito, en el Código penal;

¹⁵² TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Comentarios al artículo 203° de la Constitución*. En: La Constitución Comentada. Tomo II. Análisis artículo por artículo. Segunda edición aumentada y revisada. Enero 2013. Editora Gaceta Jurídica. Pág. 688.

¹⁵³ “El artículo 139°, inciso 11) de la Constitución, establece que en caso de duda o conflicto de leyes penales, se debe aplicar la norma más favorable. Esta regla sólo es aplicable en el derecho penal sustantivo, debido a que es en éste donde se presenta el conflicto de normas en el tiempo, es decir, que a un mismo hecho punible le sean aplicables la norma vigente al momento de la comisión del delito y la de ulterior entrada en vigencia. En ese caso, será de aplicación la retroactividad benigna y la aplicación de norma más favorable, conforme lo establece el artículo 103°, segundo párrafo, y 139.11 de la Constitución, respectivamente.” (STC Exp. N.° 1300-2002-PHC/TC, f.j. 10 del 27/08/2003). TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Comentarios al Artículo 203° de la Constitución*. En: La Constitución Comentada. Tomo II. Análisis artículo por artículo. Segunda edición aumentada y revisada. Enero 2013. Editora Gaceta Jurídica. Pág. 689.

sin embargo, esta tesis ha sido refutada.”¹⁵⁴

Entre nosotros el profesor Castillo Alva expone: “A la prescripción se le considera como un instituto de derecho sustancial que se aplica por el solo hecho del transcurso del tiempo. La consecuencia de ello es que la ampliación de los plazos de la prescripción no debe ser modificada retroactivamente en perjuicio del reo. Supone la derogación del poder penal del Estado por el paso del tiempo. El delito puede ser real o hipotético, es decir, no precisa que efectivamente se haya cometido sobre todo en el caso de la prescripción del ejercicio de la persecución penal. Una vez verificada la prescripción ninguna acción penal estatal puede ser iniciada, promoverse o continuarse.”¹⁵⁵

Un criterio de interpretación, usando el método de interpretación por ubicación sistemática de la norma, que se podría esbozar radicaría en que la prescripción es una institución de naturaleza material por cuanto está regulada dentro del Código Penal¹⁵⁶, al respecto tal criterio no es de recibo:

Primero: Porque la prescripción también se encuentra regulada en el nuevo Código procesal penal, y puede ser invocada vía excepción de conformidad con el Art. 6 Inciso 1 Literal E.

Segundo: La inclusión de determinado dispositivo dentro del Código penal, no lo convierte en disposiciones de naturaleza material, es decir postulamos la existencia de Normas penales procesales, las que concebimos como aquellas disposiciones que hallándose dentro del Código Penal son en realidad normas procedimiento para muestra un ejemplo:

Traemos a colación todos los artículos que han sido mencionados en el fundamento Trigésimo primero, de la **Casación N.º 626-2013-Moquegua**, en la cual establecen doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comisi*, pena probable, peligro procesal -peligro de fuga-) de la medida de prisión preventiva¹⁵⁷.

Trigésimo primero. El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos,

¹⁵⁴ SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. *La prescripción: Naturaleza procesal, aplicación en el tiempo y la lucha contra la corrupción*. Instituto Pacífico. Actualidad penal. Octubre 2014 N.º 4. Pág. 145.

¹⁵⁵ CASTILLO ALVA, José Luis. *La prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. 1805-2005-PHC/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmore, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora jurídica Grijley 2010. Primera edición. Págs. 642-643.

¹⁵⁶ El método de interpretación sistemática: “Según el método sistemático por ubicación de la norma, su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto, subconjunto, grupo normativo, etcétera, en el cual se halla incorporada, a fin de que su “qué quiere decir” sea esclarecido por los elementos conceptuales propios de tal estructura normativa.” En: RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Reimpresión de la Décima Edición. Junio 2011. Pág. 245.

¹⁵⁷ Publicada en el diario oficial El 27 de febrero *El Peruano*.

incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código penal), tentativa (artículo dieciséis del Código penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código penal) [*Estos últimos (reincidencia y habitualidad), solo pueden valorarse para este elemento, pues en otro supondría un anticipo de pena o responsabilidad de autor.*], uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

Como podrá advertirse los artículos mencionados y contenidos en el Código penal, son normas procedimiento, en consecuencia no son normas materiales que protegen un bien jurídico determinado, por lo tanto su pertenencia al Código penal no los convierte en normas materiales.

En esta misma línea argumentativa *mutatis mutandis* el Profesor español Bacigalupo: "(...) La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. La tercera prohibición contenida en el principio de legalidad se refiere a la *retroactividad de la ley penal*. El principio de legalidad prohíbe una aplicación retroactiva de la ley penal.

En la teoría y la práctica esta consecuencia del principio de legalidad conduce al problema de los límites de la ley penal. Concretamente se discute si las disposiciones referentes a la prescripción están amparadas por la prohibición de aplicación retroactiva o si quedan fuera de esta. La circunstancia de que las reglas referentes a la prescripción estén incorporadas al texto del Código penal (por ejemplo: Código penal de Colombia, arts. 79 y ss.; Código penal argentino, arts. 5o y ss.; Código penal de Venezuela, arts. 108 y ss.; Código penal mexicano, arts. 100 y ss.; Código penal español, arts. 113 y ss.) no brinda un criterio adecuado de distinción. La inclusión de una disposición en el Código penal no determina su naturaleza ni es suficiente indicio para establecer la voluntad del legislador.

En principio, la prohibición de irretroactividad de la ley sólo requiere la *existencia de una ley previa* (Código penal español, art. 23; Código penal colombiano, art. 1°; Código penal venezolano, art. 1°; Constitución argentina, art.

18). De allí no se deduce indubitadamente si la garantía se refiere a la *punibilidad* o incluye también a la *perseguibilidad*. La respuesta depende de la naturaleza jurídica que se otorgue a la prescripción. Los que la conciben como una institución del derecho penal material (confr. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, pp. 451/452) se inclinarán necesariamente por la vigencia de la garantía respecto de la prescripción y por consiguiente considerarán lesiva del principio de legalidad la aplicación a un hecho de la extensión de los plazos de la prescripción dispuestos en una ley posterior al mismo. Distinto será el parecer de quienes consideran a las reglas referentes a la prescripción como ajenas al Derecho penal material: pueden admitir la aplicación retroactiva de nuevos plazos de prescripción. La cuestión es muy debatida en la teoría.

Problemática es, asimismo, la extensión de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal a los *cambios jurisprudenciales* manteniéndose vigente el mismo texto legal. Por ejemplo: la jurisprudencia que estima que ciertas acciones no constituyen hurto es modificada declarando que esos mismos hechos son típicos y, por lo tanto, constitutivos de delito. El punto de vista tradicional *no* consideró aplicable la garantía a estos supuestos. En la actualidad se abre paso otra opinión que estima la existencia de lesión de la prohibición de aplicación retroactiva cuando se produce un cambio de interpretación jurisprudencial que resulta más estricto que la interpretación anterior (confr. SCHREIBER, *SK StGB*, § 1, núm. 6; STRATENWERTH, *Strafrecht*, i, núm. 97; en contra, SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 27).

La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal alcanza no sólo a las penas, sino también a las medidas de seguridad en toda su extensión.

La cuestión es sumamente clara en la Constitución española, que en su art. 25.1 se refiere a que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito”. Al distinguirse entre “condenar” y “sancionar” en este artículo y reiterar en el art. 9.3 que “la Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales” queda despejada toda duda respecto a la ley que debe regir en materia de medidas de seguridad. Esto no hace sino ratificar, dándole jerarquía constitucional, el principio ya establecido en la segunda Disposición adicional de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social, según la cual rigen respecto de las medidas de seguridad los Arts. 23 y 24 del Código penal, es decir, la exigencia de ley anterior y la retroactividad de las disposiciones más favorables al autor.¹⁵⁸

Finalmente en el derecho argentino se tiene: “En el derecho positivo nuestro es indudable la naturaleza *material* de la prescripción, ya que extingue la potestad represiva misma, que corresponde al derecho penal sustancial¹⁵⁹. El hecho de que la extinción de la potestad represiva por prescripción impida la prosecución del proceso

¹⁵⁸ BACIGALUPO Z, Enrique. *Manual de derecho penal. Parte general*. Tercera reimpresión. Editorial Temis. Santa fe de Bogotá - Colombia. 1996. Págs. 38-39.

¹⁵⁹ Ver *Tribunal Superior de Córdoba*, 26-10-956, *Boletín Judicial de Córdoba*, t II, vol. I, febrero 1958, p. 21. También RIVAROLA, *Exposición y crítica del Código penal*, t. I, Buenos Aires, 1890, N° 381; JIMÉNEZ DE ASÚA, II, N° 718; VERA BARROS, ob. cit., ps. 42 y ss. Citado por NUÑEZ, Ricardo C. Ob. Cit Pág. 210.

(C. P. P. de Córdoba 350, inc. 4º; C.P.P. de la Nación art. 336, inc. I) y exija su sobreseimiento y no un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, no le atribuye a la prescripción de la acción naturaleza mixta, porque estas consecuencias, como, por el contrario, sucede con la caducidad de la instancia, no encuentran su fuente en la ley procesal, sino en la ley de fondo.

La prescripción no tiene naturaleza objetiva, sino *personal*. La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del delito (C. R, 67, § 5o [Ley 23.077]). A la naturaleza personal de la prescripción no obsta el hecho de que, una vez iniciado, el proceso la pena pueda suspenderse o interrumpirse para todos los partícipes en razón de la misma cuestión previa o prejudicial o por un mismo acto procesal.

El Código penal no admite un único *término de prescripción*. Ésta se produce en los diferentes tiempos fijados en el artículo 62 (Ley 23.077), de acuerdo a la especie y medida de la pena correspondiente al delito imputado.

La pena que debe tenerse en cuenta no es siempre la establecida para el autor respecto del delito consumado, en su forma simple, agravada o atenuada sino que teniendo la complicidad y la tentativa escalas penales propias predeterminadas por la ley, a esas escalas debe referirse, en su caso, el término de prescripción.¹⁶⁰

2.2.- Naturaleza procesal de la prescripción de la acción penal.

Como segunda línea si nos decantamos por la teoría de la naturaleza procesal del plazo de prescripción de la acción penal, debemos entonces colegir que sí cabría la aplicación retroactiva de la modificatoria, y la consiguiente dúplica del plazo de la prescripción, porque la prescripción es de naturaleza procesal y se rige por el principio *tempus regit actum*.

Al respecto con relación al el principio *tempus regit actum*, el Tribunal Constitucional mediante precedente constitucional vinculante recaído en el Exp. N.º 2496-2005-PHC/TC¹⁶¹, caso Eva Rosario Valencia Gutiérrez, décimo segundo fundamento expuso:

12. Con relación a la aplicación de las normas penales, este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que en la aplicación de normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra *vigente* al momento de resolverse^{162[2]}.

¹⁶⁰ Cfme. VERA BARROS, ob. cit., p. 99; MEZGER, *Tratado*, II, 404, refiriéndose a Alemania dice que en los casos de edad juvenil, tentativa y auxilio, la *communis opinio* sólo considera, con razón, como fundamento el marco penal atenuado. Citado por NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de derecho penal. Parte General*. Ob. Cit. Pág. 210.

¹⁶¹ Vid. CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Los plazos máximo y razonable de la prisión preventiva. Comentarios a los precedentes de las sentencias de los Exp. N.ºs. 1257-2005-PHC/TC, 3771-2004-2004-HC/TC y 2496-2005-PHC/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador) *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora Jurídica Grijley. Primera edición 2010. Págs. 529 - 588.

^{162[2]} STC N.º 1593-2003-HC, Caso Dionicio Llajaruna Sare.

Por otro lado el profesor San Martín refiere: “El problema de la aplicación de las leyes procesales en el tiempo se refiere a los procesos en curso cuando entra en vigor una ley nueva -situación que se presenta porque se desarrolla a lo largo del tiempo, no es *datable* [De La Oliva]-. El criterio rector que asume el citado artículo VII.1 TP del NCPP, en materia derecho transitorio, es la aplicación inmediata de la nueva ley al proceso en trámite-lo que se modifica no son los efectos del hecho enjuiciado, sino el modo de juzgarle, y lo que cambia es el procedimiento [Ibáñez y García Velasco]-. En consecuencia, las actuaciones procesales sucesivas o futuras, luego de entrar en vigor la nueva ley procesal, se rigen por esta última.¹⁶³”

Para el profesor Peña-Cabrera Freyre, la prescripción de la acción penal posee naturaleza procesal: “Conforme a lo anotado, nuestro Derecho penal posee, respecto a la prescripción naturaleza mixta, solo en consideración a la prescripción de la acción penal, puesto que en la prescripción de la pena se ponen en movimiento criterios exclusivamente materiales, al aparecer una situación jurídica (condenado) que se encuentra ya definida por una resolución jurisdiccional.¹⁶⁴”

“Por lo demás, debe decirse que la naturaleza sustantiva que advierte la institución de la prescripción no tiene que ver con la sustantividad del injusto o con la culpabilidad del sujeto infractor¹⁶⁵, sino con la necesidad de pena, así como con su condición de presupuesto de punición, pues antes que de que el fiscal pueda ejercitar la pretensión punitiva, ha de valorar primero, si es que la acción penal se encuentra o no vigente en tiempo.¹⁶⁶”

“Teoría de naturaleza procesal dominante en Alemania, enseña que la prescripción es simple y llanamente un “impedimento procesal” para seguir el juicio, y que se haya por lo mismo, totalmente desvinculado de los hechos de fondo, es decir, el injusto. Los argumentos a favor de esta explicación son los siguientes:

- 1) Esta tesis explica por qué la persecución puede terminar abruptamente al vencer el plazo de prescripción es decir, que sí pueda sancionar un día antes y siguiente no.
- 2) No es relevante dónde colocó el legislador una norma, es decir, carece de intereses si la precisión se encuentra regulada en el Código penal, en el Código procesal penal; ya que empíricamente puede comprobarse que el legislador gusta normas procesales para fines materiales y drama materiales Carriles procesales.

¹⁶³ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal Lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Fondo editorial INPECCP. Fondo editorial CENALES. Primera edición: Noviembre 2015. Pág. 26.

¹⁶⁴ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso R. *La discusión sobre la naturaleza jurídica de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal prevista en el nuevo CPP*. En: Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. N° 155, agosto 2011, año 17. Gaceta Jurídica. Pág.29.

¹⁶⁵ Vide, al respecto PARIONA ARANA, R. Ob. Cit., p.230. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso R. *La discusión sobre la naturaleza jurídica de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal prevista en el nuevo CPP*. En: Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. N.º 155, Agosto 2011, año 17. Gaceta Jurídica. Pág. 37.

¹⁶⁶ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso R. *La discusión sobre la naturaleza jurídica de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal prevista en el nuevo CPP*. Ob. Cit. Pág. 37.

3) Al darse una prescripción el derecho no está afirmando que el hecho dejó de ser típico y antijurídico. No cambia su valor ilícito y debe seguir investigándose por ejemplo en el caso de la prescripción reducida la mitad, debido a la edad del autor al cometer el hecho, pero no aplicable para condenar a sus cómplices o instigadores, así como a otros objetos delitos vinculados por ejemplo, a quien le ayudó a evadir la justicia ahorro sector los bienes provenientes del delito.

4) La garantía de la irretroactividad que únicamente puede entenderse como ley material (injusto) y no a la ley procesal, a cuyo grupo pertenece la prescripción que él, se señaló, se ha desvinculado del injusto (ver expresamente Roxin, Claus. Derecho penal, en parte General, cit. P. 165...)

5) Existe una regla de proporcionalidad directa entre plazos de prescripción irresponsabilidad, es decir, un inocente y el más cruel criminal responsable del mismo delito deben esperar de idéntico tiempo para acogerse ambos a la precisión de la persecución penal.

6) No se impone menos pena porque el juez advierta que faltaren pocos días para que el hecho hubiera quedado impunes sobre la base de la prescripción de la persecución penal.

Consecuencias prácticas de adoptar la tesis procesal.

Si se admite que realmente la prescripción es una figura del derecho procesal podríamos cambiar los plazos de prescripción y aplicarlos a los procesos que aún se encuentran en trámite: la misma forma que ocurre con la aplicación de los cambios de las normas sobre beneficios penitenciarios y de toda norma procesal.¹⁶⁷

La doctrina foránea apuntala la idea: “La jurisprudencia ve en la prescripción de la persecución, en forma preponderante, una manifestación procesal (impedimento procesal). Una gran parte de la teoría habla de una doble naturaleza de la prescripción de la persecución y admite que contiene tanto elementos procesales (el pensamiento de la inservibilidad de los medios de prueba al cabo de mucho tiempo), así como también elementos jurídico-materiales (debilitamiento de la pretensión penal estatal y, además, naturaleza jurídico-material de la prescripción o realización en el derecho civil).

Acerca de la discusión referente a la prescripción, ver los datos bibliográficos en Baumann, *Tratado*, § 4, I, 1. Precisamente en la prescripción de la persecución con efecto retroactivo de los crímenes violentos cometidos en la época nacionalsocialista, estas cuestiones desempeñaron un papel decisivo, por la prohibición de la agravación con efecto retroactivo del derecho penal material en el § 1 del Código penal y en el Art. 103, parr. 2, de la Ley Fundamental. Puede ponerse en duda (en contra del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales) si en esta última disposición es oportuna la referencia a la “punibilidad” (en contraposición con la “perseguidibilidad”) -o sea, limitar la prohibición a la agravación del derecho material-. El Consejo Parlamentario lo ha entendido de esta manera, y el texto que el tribunal invoca (en la sentencia 25, 269) también habla en su favor. Una acabada

¹⁶⁷ SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. *La prescripción: naturaleza procesal, aplicación en el tiempo y la lucha contra la corrupción*. Instituto Pacífico. Actualidad Penal. Octubre 2014 N.º 4. Pág. 148.

protección del acusado contra el arbitrio *ex post* sólo se da, no obstante, si se incluye en la punibilidad la perseguibilidad (Art. 103, parr. 2), esto es, si también se extiende a los presupuestos procesales (más datos al respecto en Baumann, *Der Aufstand des schlechten Gewissens* [La rebelión de la mala conciencia], 1965).¹⁶⁸

2.3.- Naturaleza mixta de la prescripción de la acción penal.

Como tercera línea si nos decantamos por la teoría Mixta, es decir la prescripción es de naturaleza material y procesal entonces convenimos que se aplique el principio *pro homine*.

El Principio *pro homine* esta conceptuado como: “De algunas opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se deduce que los instrumentos sobre derechos humanos deben ser interpretados en el sentido que más favorezca a la persona¹⁶⁹. Consecuencia de ese favorecimiento el aplicador del Derecho -Juez- se verá obligado a emplear la norma sobre derechos humanos más favorable, con independencia del rango que ella ocupe dentro del ordenamiento jurídico¹⁷⁰. Podría argumentarse que lo anterior puede poner en jaque el principio de regularidad jurídica si una norma de rango infra constitucional desarrolla y brinda una protección mayor que la reconocida en la Constitución Política. Sin embargo, no hay que perder de vista, primero que se trata más de bien de la prevalencia de una norma para la decisión de un caso concreto -no de un juicio sobre la validez de alguna de ellas- y, segundo, que se está en la búsqueda de la mejor opción posible para proteger a la persona.

Cuando se está en presencia de libertades se habla del principio *pro libertatis*, el cual, con una orientación similar, establece que la norma jurídica debe ser interpretada en el sentido más propicio a la libertad en juego.¹⁷¹

Entre nosotros la doctrina nacional se decanta por la tesis mixta, al respecto el profesor Abanto el cual expone: “La tesis actualmente dominante es conocida como *tesis procesal*. Según esta, la prescripción solamente tendría naturaleza “procesal” en el sentido de constituir una renuncia del Estado a perseguir el delito (*Verfolgungsverzicht*) y, por lo tanto, un mero “impedimento procesal” (*Prozebehindernis*)¹⁷². Tanto en la “prescripción” como en numerosas otras figuras

¹⁶⁸ BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Ediciones de Palma Buenos Aires. 1986. Págs. 6-7.

¹⁶⁹ Piza Ricafort, Rodolfo E. y Trejos, Gerardo: *Derecho internacional de los Derechos Humanos: la Convención Americana*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1989, p. 67. Citado por GAIRAUD BRENES, Alfonso. *Los mecanismos de interpretación de los Derechos Humanos: Especial referencia a la jurisprudencia peruana*. En: Palomino Manchego, José F. (Coordinador). *El Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo I. Editora Jurídica Grijley. 2005. Pág. 130.

¹⁷⁰ Néstor Pedro Sagües, *idem*, p.37. Citado por GAIRAUD BRENES, Alfonso. *Los mecanismos de interpretación de los Derechos Humanos: Especial referencia a la jurisprudencia peruana*. Ob. Cit. Pág. 130.

¹⁷¹ Néstor Pedro Sagües, *idem*, p.36. Citado por GAIRAUD BRENES, Alfonso. *Los mecanismos de interpretación de los Derechos Humanos: Especial referencia a la jurisprudencia peruana*. Ob. Cit. Pág. 130.

¹⁷² Se manifiestan a favor de la tesis “procesal” (últimamente dominante en Alemania), entre otros MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p.747 y s., n. marg. 15; RÜPING, p.437 y s.; JÄHNKE, c. más ref.,

jurídico-penales (el indulto, la acción privada, la amnistía, etc), lo que las distingue de las figuras que, como “condiciones objetivas de punibilidad” o “causas de exclusión de la pena”, sí pertenecen al derecho material, es su desvinculación con los hechos punibles cometidos¹⁷³. En la “prescripción” no existiría tal “pertenencia a los hechos punibles”; solamente regiría para esta figura el principio de legalidad en su acepción de “lex certa”¹⁷⁴.

La consecuencia más importante de la discusión acerca de la naturaleza de la “prescripción” radica en los efectos que puedan tener en ella posteriores modificaciones de la ley, es decir la *aplicabilidad del principio de prohibición de retroactividad de la ley penal* (con la excepción de la retroactividad benigna). ¿Es posible cambiar los plazos de prescripción y hacer que estos cambios rijan también para delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la ley (retroactividad); y que incluso esto sea así cuando los cambios desfavorezcan al perseguido o procesado (retroactividad in malam partem)?

Solamente si se siguiera la teoría “material”, o una “teoría mixta de consecuencias materiales”, se podría argumentar que también debería regir el principio de “irretroactividad y retroactividad benigna” de la ley penal para la “prescripción”¹⁷⁵.

A su turno el profesor Rosas Yataco: “El fundamento de la prescripción es de orden público y reside en cuestiones de política criminal, pues conviene al interés social liquidar situaciones pendientes y favorecer su solución. Se sustenta, por tanto, en la seguridad jurídica. Empero, casi siempre, se abusa de este instituto para quedar impune de la sanción penal.

El Derecho penal posee respecto a la prescripción naturaleza mixta. El hecho que en la prescripción se añadan criterios procesales no hace que este instituto sea un mero obstáculo procesal. La prescripción tiene naturaleza material y procesal (Raúl PEÑA CABRERA, Derecho penal. parte general, p. s68).¹⁷⁶”

comentarios previos al art. 78, n. marg.9 y ss., ROXIN, pp. 883 y ss. (§ 23, n. marg. 52, 53 y ss.); STREE/STERNBERG-LIEBEN; en SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 1019, n. marg3. Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la Naturaleza de la Prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 550.

¹⁷³ En este sentido expone ROXIN, quien se basa en la teoría fundada por GALLAS y SCHMIDHÄUSER; ver *ibidem* p. 882 y s. (§ 23, n. marg. 50 y s.) Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la Naturaleza de la Prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 550.

¹⁷⁴ Cfr. ROXIN, p. 885, (§ 23, n. marg. 59). Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la Naturaleza De La Prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 551.

¹⁷⁵ SCHUMANN, pp. 392, 394, col. Izq.; PUPPE,... Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la Naturaleza De La Prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 553.

¹⁷⁶ ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal*. Jurista Editores EIRL. Primera Edición: Marzo 2009. Pág. 212.

3.- Toma de posición.

A nuestro turno argumentamos que nos afiliamos a la Teoría mixta, por lo cual la prescripción de la acción penal posee una naturaleza jurídica mixta es decir, tendría de naturaleza material y procesal.

La tesis adoptada sintoniza con la aplicación del Principio de *in dubio pro homine*, cuando se pretenda la aplicación retroactiva de la modificatorias insumidas en la prescripción de la acción penal, eso en lo atinente a la naturaleza material, pero también la concebimos como un obstáculo procesal para el Estado que pasado cierto tiempo ya no podrá ejercitar el *Ius Puniendi*. En consecuencia con la aplicación del Principio *Pro Homine*, los derechos se aplicarán en la medida que sean las interpretaciones más favorables para los derechos fundamentales de las personas contra las que se ejerce el *ius puniendi*.

Avala nuestra toma de posición, la doctrina: “Llegados a este punto, nos podemos preguntar ¿Qué es lo que prescribe? Por un lado, prescribe el ejercicio eficaz del derecho-deber del Estado a perseguir las conductas delictivas, el *ius puniendi*, pero también prescribe la acción penal. En efecto, como ha señalado el Tribunal Supremo español esa doble naturaleza de la prescripción es la que determina que los tribunales puedan apreciar, en cualquier momento del proceso, de oficio o a instancia de parte, el cumplimiento del plazo preclusivo de la responsabilidad criminal¹⁷⁷.

La judicatura nacional ha reconocido la naturaleza mixta de la prescripción, así la Sala de Apelaciones de Huaura en la resolución recaída en el Exp. N.º 00592-2008-49-1302-JR-PE-01 expone que:

“(…) en la actualidad la doctrina mayoritariamente defiende la vigencia de la prescripción, sí se discute si su naturaleza es penal o procesal, quienes afirman que es penal precisan que la prescripción se desarrolla sobre las finalidades de la pena, los que señalan que es procesal señalan que la prescripción va dirigida a suspender o impedir el proceso judicial por el transcurso del tiempo; sobre estas posiciones surge la mixta que concluye que la prescripción es en esencia sustantiva y procesal y es la que acoge nuestra legislación; por tanto la prescripción tiene naturaleza procesal y sustantiva”.

La prescripción tiene, entonces, naturaleza mixta, pero solo en consideración a la prescripción de la acción penal, puesto que en la prescripción de la pena se ponen en movimiento criterios exclusivamente materiales, al existir ya de por medio acreditada la responsabilidad penal, apareciendo por ende una situación jurídica -la de condenado-que se encuentra ya definida por una resolución jurisdiccional.¹⁷⁸

¹⁷⁷ MARTÍNEZ PARDO, Vicente José. “La prescripción del delito”. En: *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. N° 27, 2011, p. 131. Citado por CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Prescripción civil y penal. Un enfoque doctrinario y Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. disponible en: <https://es.scribd.com/document/236439084/33-Prescripcion-Civil-y-Penal> (Fecha de consulta 10/10/16).

¹⁷⁸ CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Prescripción civil y penal. Un enfoque doctrinario y Jurisprudencial. Ob. Cit. Pág. 131.

SUB-CAPÍTULO III

**LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN
PENAL Y SU TRATAMIENTO A
TRAVÉS DE LOS ACUERDOS
PLENARIOS DE LAS SALAS
PENALES DE LA CORTE
SUPREMA DE LA REPÚBLICA.**

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y SU TRATAMIENTO A TRAVÉS DE LOS ACUERDOS PLENARIOS DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA.

1.- Generalidades.

Como ya habíamos hecho alusión en los capítulos precedentes, en relación a la prescripción de la acción penal y las distintas problemáticas que se han suscitado por el tratamiento disímil - dispar, que le ha dado la Corte Suprema a través de la “jurisprudencia”¹⁷⁹ y Legislador a través de la ley -*rectius* decretos legislativos¹⁸⁰-, cada uno a su turno como entes recreadores y creadores del Derecho respectivamente, han brindado un tratamiento poco coherente a la institución bajo comento.

A manera de justificación del título que encabeza nuestra investigación sobre el tratamiento de la prescripción de la acción penal por la Corte suprema de la República, no es una verdad de perogrullo utilizar la frase “*por la Corte Suprema de la República*” entiéndase en lo penal, pues en virtud del artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial los integrantes de las Salas especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, para la presente investigación nosotros solo vamos a abordar los acuerdos plenarios expedidos por la Corte Suprema de la República, en relación a la prescripción de la acción penal.

Dicho esto, agregamos que la Corte Suprema de la República con sus dos salas penales la transitoria y la permanente en lo penal como Corte vértice¹⁸¹, ha decidido afrontar y resolver los problemas relativos a la institución de prescripción de la acción penal, apelando para tal efecto a la emisión de acuerdos plenarios en sala plena, tomando como base normativa los artículos 22° y 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial transcribimos enteramente los citados dispositivos, a fin de brindar mayores luces sobre el tema que vamos a abordar:

¹⁷⁹ Entrecomillamos la frase jurisprudencia por cuanto por las consideraciones que *in extenso*, brindaremos líneas abajo no consideramos a los acuerdos plenarios como jurisprudencia, pues no emanan de un caso en concreto, ni constituyen las opiniones de los jueces que se han consolidado a través del tiempo.

¹⁸⁰ No es ocioso precisarlo pero el Código Penal fue promulgado como Decreto Legislativo N.° 635 y el nuevo Código procesal penal fue promulgado como Decreto Legislativo N.° 957. La ley y el decreto legislativo, por imperio del Artículo 200° inciso 4 de la Constitución, tienen ambos rango de ley pero difieren tanto en conceptos como por su origen, pues el primero lo profiere el legislador en cambio el decreto legislativo lo emite el Poder Ejecutivo vía delegación -mediante ley autoritativa-.

¹⁸¹ Con la frase *Corte Vértice*, nos referimos a las Cortes, salas, tribunales, etc., que se constituyen en las máximas instancias y que ostentan las cortes de mayor rango y jerarquía, pues se ubican en el vértice dictando el derecho en última instancia y se constituyen en guardianes últimos de los distintos procesos sometidos su conocimiento, en este caso el Poder Judicial en la vía ordinaria y el Tribunal Constitucional, en la vía extraordinaria o constitucional. Tanto el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional imparten justicia en sus distintas competencias; sin embargo el órgano de cierre del ordenamiento jurídico peruano, es el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 205° de la Constitución: “*Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.*”

Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Artículo 22º.- *Las Salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.*

*Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. **En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.***

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano” en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan. (Resaltados Nuestros).

Plenos jurisdiccionales.

Artículo 116º.- *Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse **en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.** (Resaltados nuestros).*

A nuestro turno solo cabe hacer la observación si estos [los acuerdos plenarios] constituyen realmente precedentes vinculantes, así mismo como ya se expuso líneas arriba vamos a insumirnos en la no muy fácil tarea de realizar un análisis crítico de los Acuerdos plenarios en materia penal sobre la prescripción de la acción penal, ya se para concordar con los argumentos de la Corte Suprema, ya sea para discrepar de los mismos, *Alea iacta est.*

2.- ¿Constituyen realmente precedentes vinculantes las reglas contenidas en los acuerdos plenarios en materia penal?

Siguiendo el hilo conductor de nuestro discurso académico debemos advertir que si analizamos la parte *resolutoria* de los distintos acuerdos plenarios, entiéndase en lo penal, que es el tema materia de investigación, emitidos por la Corte Suprema de la República, advertimos que algunos concluyen así:

PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cambio del análisis de otros acuerdos plenarios advertimos que ellos concluyen de la siguiente manera:

ACORDÓ:

ESTABLECER como reglas de valoración (...) las que se describen en los párrafos (...) del presente acuerdo plenario. En consecuencia, dichos párrafos, (...), **constituyen precedentes vinculantes**.

PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

PUBLICAR este acuerdo plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.- (Resaltados nuestros).

En la frase que hemos resaltado sobre las distintas reglas interpretativas que se desprenden de los acuerdos plenarios, al respecto nos preguntamos ¿constituyen realmente precedentes vinculantes las reglas establecidas en los acuerdos plenarios? Si la respuesta es positiva, entonces nos encontramos ante verdaderos Precedentes judiciales vinculantes, usamos la frase precedentes judiciales, así con ese nombre para distinguirlos de otros tipos de precedentes, por ejemplo tenemos los precedentes administrativos vinculantes¹⁸², los precedentes constitucionales vinculantes¹⁸³ y los precedentes supranacionales vinculantes¹⁸⁴.

¹⁸² En el ámbito administrativo los siguientes organismos expiden precedentes vinculantes en materia administrativa de su competencia por ejemplo: El Tribunal Registral, el Tribunal Fiscal, el Tribunal de Indecopi, OSITRAN, OSINERG, etc.

¹⁸³ Véase la lista oficial de los Precedentes Constitucionales Vinculantes publicados en una lista incompleta de los mismos en: <http://www.tc.gob.pe/tc/resolucion/precedente/lista> decimos lista incompleta por cuanto consigna 46 precedentes y omite incluir los siguientes precedentes constitucionales vinculantes STC N.º 3741-2004-PA/TC, sobre control difuso administrativo y STC N.º 03908-2007-AA/TC Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (deja sin efecto el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC N.º 04853-2004-PA/TC) lo cual hace una lista total de 48 Precedentes Constitucionales Vinculantes.

¹⁸⁴ Con relación a los precedentes supranacionales vinculantes nos estamos refiriendo a los estados como el Perú, que al haber suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos, han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por lo tanto los lineamientos que se desprenden de sus sentencias no solo vinculan única y exclusivamente al estado sancionado o absuelto y al particular que habrían participado en un determinado proceso sustanciado ante la Corte Interamericana, sino a todos los estados miembros, por ejemplo el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Sentencia de 26 de Septiembre de 2006.), no solo vincula a Chile, sino a todos los estados miembros, lo mismo se predica de los *leading cases* Caso Radilla Pacheco vs. Los Estados Unidos de México. (Sentencia de 23 De Noviembre de 2009), Caso Gelman Vs. Uruguay (Sentencia de 24 De Febrero de 2011), etc.

Consideramos que asistimos a un proceso de Internacionalización de los Derechos Humanos del cual que duda cabe la Corte Interamericana, tiene gran protagonismo: “Hoy una identificación de los derechos humanos es imposible sin considerar esta dimensión internacional con la que se presentan. Se trata de un proceso apenas iniciado y que se sitúa también en un ámbito jurídico, el de la Comunidad Internacional, que carece de un poder político que garantice la validez y al eficacia de ese ordenamiento y que se encuentra en una situación similar a la poliarquía medieval, es decir, en un momento previo a la formación del Estado en el mundo moderno. Tiene una vida corta que arranca en este siglo [el autor se refiere al siglo XX], y principalmente de los años posteriores a la segunda guerra” Vid. PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales I. Teoría*

Al respecto es menester traer a colación lo expuesto en una prestigiosa publicación: “El conocimiento de los acuerdos plenarios y jurisprudencia vinculante interesa a toda la sociedad, pues importa que todos los ciudadanos sean tratados de la misma manera (por el principio y derecho constitucional de igualdad ante la ley) en la aplicación del derecho interno, y dota de seguridad jurídica (previsibilidad de las resoluciones) al unificar la jurisprudencia.

Como señala el Magistrado Tomas Gálvez Villegas¹⁸⁵ los precedentes vinculantes, como forma especial de jurisprudencia, fijan pautas interpretativas calificadas de indiscutible fuerza argumentativa que deben ser observadas por parte de los órganos y tribunales de justicia mientras no exista una mejor razón que justifique su inaplicación o desvinculación en el caso concreto.

Se elaboran a partir de un caso concreto del cual se extrae una regla general para la resolución de casos análogos en el futuro. Esto es la *ratio decidendi* configurativa de la jurisprudencia vinculante que constituye el fundamento principal en el que se sustenta la decisión del caso concreto y el criterio vinculante de la jurisprudencia. Pueden ser dictados por cualquiera de las salas penales que integran la Corte Suprema de Justicia, ya sea Sala penal permanente o Sala penal transitoria¹⁸⁶.

La aplicación obligatoria en nuestro país de la jurisprudencia que crea doctrina vinculante ha sido establecida en primer lugar, por los artículos 22º y 80º. Inc. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la que se hace referencia a la facultad de las Salas de la Corte Suprema de la potestad de fijar “principios jurisprudenciales” de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales cualquiera sea su especialidad; y la atribución de la Sala plena de la Corte Suprema de sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas especializadas de la Corte Suprema, así como la publicación de las ejecutorias supremas que fijen principios jurisprudenciales las cuales deberán ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales; y en segundo lugar por el artículo 301º-A del Código de Procedimientos Penales introducido por el Decreto Legislativo 959 en la que se estableció que la Sala Penal de la Corte Suprema será la que determine las sentencias que constituyen precedente vinculante, con la exigencia de fijar el extremo de su efecto normativo.

Queda claro conforme lo ha estipulado el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Exp. N.º 0019-2009 del 21 de marzo del 2011, fundamento 16; que “en los términos de los artículos 22º y 80º inciso 4 del Texto único de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional la Corte Suprema tiene competencia para fijar principios jurisprudenciales; sin embargo, si bien estos principios son de obligatorio cumplimiento para todas las instancias

General. Editorial Eudema (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.). 1991. Pág. 150.

¹⁸⁵ GALVEZ VILLEGAS Tomás Aladino. *Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia*. Jurista Editores, pág. 179. Citado por el MINISTERIO DE JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante Emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Primera Parte Materia Penal (I): Acuerdos plenarios*. Primera edición oficial: Octubre 2013. Pág. 9.

¹⁸⁶ GALVEZ VILLEGAS: ob. cit. p 179. Citado por el MINISTERIO DE JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante Emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*. Ob. Cit. Pág. 9.

judiciales, por excepción, los jueces y magistrados pueden apartarse de dicho criterio, para lo cual están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Asimismo, conforme al artículo 116º de la Ley Orgánica del Poder Judicial se regula la realización de acuerdos plenarios por parte de las Salas penales de las salas Supremas especializadas y salas superiores con el fin de concordar jurisprudencia de su especialidad. Entre los acuerdos plenarios de la Corte Suprema más significativos que determinan principios jurisprudenciales, y que constituyen doctrina legal, podemos hacer referencia a tres acuerdos plenarios que reconocen los extremos vinculantes de sendas Ejecutorias Supremas que son el acuerdo plenario N.º 1-2005/ESV-22 del 30 de setiembre del año 2005; el Acuerdo plenario N.º 1-2006/ESV-22 del 13 de octubre de 2006, y el Acuerdo plenario N.º 1-2007/ESV-22 del 16 de noviembre de 2007.¹⁸⁷

3.- Precedente judicial vinculante.

Llama nuestra atención sobremanera que en los acuerdos plenarios se establezca alegremente que constituyen precedentes vinculantes; pues debe entenderse como precedente judicial vinculante: las reglas a las que el acuerdo plenario (A.P. en adelante) establezca como precedente. Para comenzar definamos qué es un precedente judicial vinculante y luego de definir sus contornos demos cuenta sobre si efectivamente los A.P, son verdaderos precedentes judiciales vinculantes. Para acometer la tarea abordemos primero qué son los precedentes judiciales vinculantes. Veamos al respecto.

Podemos definir al precedente judicial vinculante como aquellas reglas o principios que se extraen de una controversia específica, sometida a conocimiento del órgano jurisdiccional, en los cuales ha habido un pronunciamiento sobre el fondo con calidad de cosa juzgada, dichas reglas tiene como característica principal que son oponibles *erga omnes* y son de obligatorio cumplimiento por todas las instancias del poder judicial, cualquiera sea su especialidad.

Siguiendo nuestros argumentos no es difícil reparar que los acuerdos plenarios no siguen la lógica trazada, es decir no podemos utilizar el término reglas o principios extraídos de un caso en concreto, en los acuerdos plenarios por cuanto éstos no tienen origen o no emanan de un caso en concreto, o de una controversia que vía impugnación -derecho a la doble instancia- haya sido sometida a conocimiento de una corte vértice (técnicamente hablando ni siquiera constituyen jurisprudencia, pues no nacen de un caso en concreto, ni mucho menos constituyen la consolidación y reiteración de opiniones de los magistrados que de manera continua y reiterada se materializan a través de las resoluciones) éstos no siguen esta lógica elemental, no son sentencias ni autos que resuelven controversias, son emitidos en sala plena por la Corte suprema pero dichos pronunciamientos NO son emitidos porque vía impugnación se haya interpuesto el recurso extraordinario de

¹⁸⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de doctrina legal y jurisprudencia vinculante emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*. Ob. Cit. Págs. 9-10.

casación, sino constituyen doctrina opiniones sentadas por la máxima instancia del Poder Judicial.

Adicionalmente agregamos que los Acuerdos plenarios tienen, qué duda cabe, valor persuasivo, pero es bueno repetir que no se trata de sentencias ni de autos que resuelvan controversias. Tampoco suponen el ejercicio de la jurisdicción, pues su origen no tiene relación con la interposición de recursos impugnatorios, en dicha línea no postulamos una irreverencia a la doctrina sentada por la Corte Suprema, pero tampoco se trata de pasar por alto dicha atingencia, pues nos va a ayudar a resolver el problema planteado en la presente investigación.

Apuntalan nuestros argumentos la doctrina especializada: “Los acuerdos plenarios, a diferencia de los precedentes vinculantes o las sentencias plenarios, no ejercen y desarrollan fuerza vinculante alguna. En tal sentido, dichos acuerdos no pueden ser utilizados para plantear la aplicación obligatoria de una determinada decisión. En todo caso, por medio de los acuerdos plenarios se puede exhortar, formal o materialmente, a las salas penales de la Corte Suprema para que adopten un precedente vinculante o una sentencia plenaria, a fin que su cumplimiento se vuelva exigible desde el punto de vista normativo.

El artículo 116° de la LOPJ guarda una sustancial diferencia respecto al artículo 22° de la LOPJ o la misma regulación del artículo 301°-A del CPP de 1940. Estas últimas disposiciones sí establecen, de manera expresa y categórica, la posibilidad de fijar precedentes o principios jurisprudenciales de manera obligatoria y que llama al conjunto de magistrados a la obligación de respetarlos.

El valor de los acuerdos plenarios es solo persuasivo y representa una recomendación a los magistrados para que puedan resolver las causas según los puntos resolutivos adoptados de manera unánime o por mayoría. No se trata de sentencias judiciales ni de autos porque no resuelven un caso judicial o un asunto sometido a controversia, ni tampoco supone el ejercicio de la jurisdicción.

Los acuerdos plenarios, regulados en el artículo 116° de la LOPJ, guardan una enorme relación con la regulación de la legislación española de los denominados “acuerdos del pleno no jurisdiccional”, que -según la doctrina ibérica- en estos plenos no se ejerce función jurisdiccional. Se trata, en realidad, de reuniones de magistrados que no tienen el valor de jurisprudencia en la que se discuten cuestiones penales y procesales dudosas o sobre las que existan discrepancias y que es solo de utilidad en cuanto a consumo interno¹⁸⁸.

La fuerza persuasiva de los acuerdos plenarios depende del nivel argumentativo o las razones que se restringen y expongan. No tanto de las decisiones o puntos conclusivos que se adopten sobre una determinada materia.

Por lo tanto, creemos que constituye un grave error que en la Corte Suprema, en un acuerdo plenario se establezca que: “Los jueces y salas penales superiores

¹⁸⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, N.º 10-02 (2008), P. 3. (<http://criminnet.urg.es>) Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Los Precedentes Vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. Ob. Cit. Pág. 55.

deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos”¹⁸⁹, que: “Los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedentes vinculantes para los magistrados de todas las instancias judiciales¹⁹⁰” o que: “Dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes”¹⁹¹, dado que supone otorgar a un acuerdo una fuerza de vinculación que en realidad no posee y que la ley no le concede. En igual sentido, los acuerdos plenarios no pueden disponer contra la voluntad de la norma y, en particular, en contra de lo establecido por el artículo 116° de la LOPJ, que los fundamentos jurídicos del acuerdo plenario asuman el carácter de precedente vinculante, debido a que uno y otro tienen funciones y un contenido completamente distintos entre sí¹⁹².”

En este extremo es ineludible citar al eminente ilustre jurista de la escuela de Viena Hans Kelsen a fin de constatar que un precedente judicial nace de un caso en concreto veamos: “La decisión judicial puede también crear una norma general. La resolución del juez puede tener fuerza obligatoria no sólo para el caso sometido a su conocimiento, sino para otros tribunales análogos que los tribunales pueden estar obligados a resolver. Una decisión judicial puede tener el carácter de un precedente, es decir, de decisión obligatoria en relación con la solución futura de todos los casos semejantes. Tiene, sin embargo, ese carácter, sólo cuando no representa la aplicación de una norma preexistente del derecho substantivo, o sea en los casos en que el tribunal ha procedido como legislador. La decisión de un tribunal en un caso concreto adquiere el carácter de precedente obligatorio para la solución de la norma individual creada por la primera resolución. Lo que constituye la esencia del llamado precedente es la fuerza obligatoria de la norma general, es posible establecer que otros casos son “análogos” al primero, cuya decisión es considerada como “precedente”, y que, en consecuencia, esos otros casos tienen que ser resueltos del mismo modo. La norma general puede ser formulada por el mismo tribunal que ha sentado el precedente. O bien puede dejarse a los tribunales a quienes el precedente obliga, la tarea de derivar de él la norma general cada vez que se presente el propio caso.

La función creadora del derecho de los tribunales se manifiesta especialmente cuando la decisión judicial tiene el carácter de un precedente, es decir, cuando da origen a una norma general. Cuando los tribunales están facultados no solamente para aplicar el derecho substantivo anterior, sino para crear nuevo derecho al resolver situaciones concretas, existe la tendencia muy explicable de dar a tales

¹⁸⁹ Vide Acuerdo plenario N.º 6-2007/CJ-116, que aborda la problemática de la “Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia” (...) Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. Ob. Cit. Pág. 56.

¹⁹⁰ Vide Acuerdo plenario N.º 2-2006/CJ-116, que desarrolla el tema de “Combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes” (...) Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. Ob. Cit. Pág. 56.

¹⁹¹ Vide Acuerdo plenario N.º 6-2006/CJ-116, que elabora la doctrina legal en los casos de: “Reparación civil y delitos de peligro”; Acuerdo plenario N.º 3-2006/CJ-116, que fija los criterios sobre: “Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información”. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Los Precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. Ob. Cit. Pág. 56.

¹⁹² CASTILLO ALVA, José Luis. *Los Precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. En: Castillo Alva, José Luis. (Director). Ríos Guzmán, Carlos. (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes vinculantes en materia penal de la Corte suprema*. Editora jurídica Grijley. 2008. Págs. 55-56.

decisiones el carácter de precedentes. Dentro de un sistema jurídico de este tipo, los tribunales son órganos legislativos exactamente en el mismo sentido que el órgano que llamamos legislador en la acepción estricta y ordinaria de la palabra. Los tribunales son creadores de normas jurídicas generales.

Hasta ahora hemos hablado de normas generales que tienen su origen en una decisión aislada de un tribunal. Esta especie de creación jurídica debe ser claramente distinguida de la creación de normas generales a través de la práctica permanente de los tribunales, es decir, a través de la costumbre.¹⁹³

3.1.- Requisitos para el dictado del Precedente Judicial.

- A.- Armonizar la jurisprudencia contradictoria de las salas supremas.
- B.- Subsanan criterios erróneos en aplicación de la ley por parte de las instancias inferiores.
- C.- Establecer criterios de interpretación y aplicación de la ley de conformidad con la Constitución.
- D.- Optimizar la aplicación de los valores superiores del ordenamiento jurídico y los principios constitucionales, en la solución de las controversias jurídicas.¹⁹⁴

3.2.- Precedentes judiciales y su base legal.

Las resoluciones en los cuales se emiten los precedentes judiciales en materia penal puede estar contenida en: sentencias, autos, quejas, consulta. Dicho esto no es difícil advertir que se ha optado por un concepto amplio de sentencia. A fin de verificar la legitimidad de dichos precedentes, citemos la base legal de los mismos:

Base Legal: Los Precedentes judiciales vinculantes, así en sentido general no solo en el ámbito penal, estos están establecidos en los siguientes cuerpos normativos:

A.- Ley orgánica del Poder judicial: artículo 22°, artículo 80° inciso 4 y artículo 116°.

Al respecto el acuerdo plenario N.° 1-2007/ESV-22 ha destacado que la doctrina jurisprudencial se sustenta en el respeto al derecho-principio constitucional de igualdad y a la seguridad jurídica:

“6. Corresponde a las Salas especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la

¹⁹³ KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho del Estado. Textos Universitarios*. Universidad Nacional Autónoma de México. Cuarta reimpression: 1988. Págs. 177-178.

¹⁹⁴ CASTILLO ALVA, José Luis. *Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. En: RÍOS GUZMAN, Carlos. (Coordinador) *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte suprema*. Editorial Grijley. 2008. Pág. 37.38.

unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.”¹⁹⁵

B.- Nuevo Código procesal penal:

Artículo 427º Procedencia.-

(...)

4. Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Artículo 429º Causales.- Son causales para interponer recurso de casación:

(...)

5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Artículo 433º Contenido de la sentencia casatoria y Pleno casatorio.

(...)

3. En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

C.- Código Procesal Civil.

Artículo 386º.- Causales del recurso de casación.

El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial¹⁹⁶.

Artículo 400º.- Precedente judicial.

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio

¹⁹⁵ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Décimo cuarto curso de formación de aspirantes -primer, segundo, tercero y cuarto nivel de la magistratura. Precedentes judiciales. Material autoinstructivo. Lima julio de 2010. Págs. 10-11.

¹⁹⁶ Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 29364, publicado el 28 de mayo del año 2009, en el Diario oficial *El Peruano*.

constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad¹⁹⁷.

D.- Ley N° 29479 nueva ley procesal del Trabajo.

Artículo 34°.- Causales del recurso de casación.

El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República.

Artículo 40°.- Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República.

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

E.- Ley N° 27584 TUO de la ley que regula el Proceso contencioso administrativo.

Artículo 37° Principios jurisprudenciales.

Cuando la Sala Constitucional de la Corte Suprema y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales, en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante.

Los órganos jurisdiccionales podrán apartarse de lo establecido en el precedente vinculante, siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan del precedente.

El texto íntegro de todas las sentencias expedidas por la Sala Constitucional

¹⁹⁷ Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 29364, publicado el 28 de mayo del año 2009, en el Diario oficial *El Peruano*.

de la Corte Suprema y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República se publicarán en el Diario Oficial El Peruano y en la página web del Poder Judicial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

De otro lado, se incorpora la exigencia que el juez debe ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.

4.- Nuestra opinión.

Conviene ser cuidadoso con nuestro fraseo, respondiendo al problema autoplantado, consideramos que los acuerdos plenarios no constituyen, no son jurisprudencia, *nota bene* [nótese bien], no postulamos una total irreverencia pero si subyace un atisbo de la misma, sobre los acuerdos plenarios y estas disquisiciones que a simple vista podrían parecer más propias del mundo onírico, fatuas y desprovistas de rigor e interés académico, no son tal, pues si la Corte Suprema se equivoca en las reglas que proceda a establecer como precedentes vinculantes o principios jurisprudenciales, dichas decisiones que vinculan a toda judicatura nacional, pues en virtud del Art. 22° de la LOPJ, *estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales*, siendo que la judicatura al seguir de manera acrítica las reglas establecidas podrían expandir aún más sus efectos perniciosos y nocivos en todo nuestro ordenamiento jurídico, por lo que he ahí la importancia de dedicar unas líneas sobre los acuerdos plenarios, específicamente en el tópico de prescripción de la acción penal que es el tema que nos convoca, en esta ocasión.

Siguiendo con nuestras ideas cabe transcribir algunas líneas sobre el concepto de Jurisprudencia, que al respecto la doctrina expone: “La jurisprudencia como fuente del derecho, está referida al *conjunto de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada y a los actos administrativos firmes en última instancia*”.

En la actualidad predomina el criterio que identifica a la jurisprudencia con la doctrina establecida de modo reiterado por los tribunales al interpretar y aplicar las leyes, las costumbres y los principios generales del Derecho en el juzgamiento sobre una misma cuestión de Derecho. En otras palabras, la jurisprudencia es el conjunto de sentencias uniformes sobre un mismo asunto de Derecho.

Se distinguen dos acepciones de dicha palabra como conjunto de sentencias, según sea entendida en sentido estricto o amplio. *Sensu strictu*, jurisprudencia es apenas la doctrina sentada por el Tribunal supremo en sentencias numerosas y contestes. En su sentido amplio, por jurisprudencia se entiende toda decisión emanada de la autoridad judicial o gubernativa, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el derecho. Así, por ejemplo, se habla de jurisprudencia de la Corte Suprema, jurisprudencia de la Corte Superior, jurisprudencia del Tribunal Fiscal, etc.¹⁹⁸

A nuestro turno como ya se ha demostrado que los acuerdos plenarios no

¹⁹⁸ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. Tercera Edición Idemsa. Lima - Perú. Abril 2006. Pág. 468.

constituyen jurisprudencia, y por lo tanto no se puede ni debe establecer precedentes vinculantes en los mismos, pues en el sistema del *common law*¹⁹⁹, la técnica del precedente vinculante para que sea considerado así como tal, debe cumplir ciertas características veamos al respecto lo expuesto por la doctrina especializada:

- a). Lo elabora un órgano jurisdiccional especial.
- b). Tiene un grado determinado de obligatoriedad.
- c). El precedente mantiene relación directa con su caso fuente a efectos de su aplicación.²⁰⁰

5.- La prescripción de la acción penal y su tratamiento a través de los acuerdos plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República.

Desde el año dos mil cinco a la fecha (2016) que comienza nuestra análisis de los distintos acuerdos plenarios emitidos por la Corte suprema en materia de prescripción de la acción penal, vamos a transcribir las reglas más importantes establecidas en los mencionados acuerdos, y daremos nuestro fundamentado punto de vista haciendo las anotaciones respectivas del caso, si lo amerita, ya sea para adherirnos a la posición esbozada por la Corte Suprema, ora ya sea para formular la crítica académica respectiva, pues esa es una de las múltiples funciones de un trabajo de investigación de esta envergadura, queda descontado que apuntalaremos nuestra posición recurriendo a la doctrina más autorizada del medio, y resaltaremos las bondades y equivocidades en que haya podido incurrir la Corte suprema, siendo que su labor es obra humana y como tal es perfectible.

5.1.- Acuerdo plenario N.º 6-2007/CJ-116²⁰¹

ASUNTO: Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia.

A continuación transcribimos los fundamentos más relevantes del acuerdo plenario bajo comento:

6º. El Título V “Extinción de la acción penal y de la pena” del Libro Primero “Parte General” del Código Penal regula, entre otros aspectos, la

¹⁹⁹ Quien quiera saber lo que es el “common law” tiene que tomar como elemento de observación, una sentencia expedida por los jueces ingleses. Esa sentencia no es, normalmente, lo que se llama una gran pieza jurídica. Acaso es todo lo contrario. Más bien constituye una pequeña obra del buen sentido. Más que un documento político y técnico decretado por el Estado, parece más bien el consejo de un buen padre, sentado en la cabecera de una mesa poblada de abundantes hijos. *Vid.* COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derechos procesal civil*. Tomo I. La constitución y el proceso civil. Tercera edición. Ediciones Depalma Buenos Aires 1979. Pág. 160.

²⁰⁰ *Vid.* SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *El Camino del Precedente Constitucional vinculante. (Reflexiones a los diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional)*. Disponible En: La Revista Institucional “Ipso Jure” Año 7 N.º 28 marzo 2015. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Págs. 21-42. Disponible en:

http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2b9a200047cbc8d7be73ffbe39c68ac4/IPSO_JURE_No_28.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2b9a200047cbc8d7be73ffbe39c68ac4 (Fecha de consulta 11/02/16).

²⁰¹ Publicado el día 25 de marzo de 2008, en el diario oficial, *El Peruano*.

suspensión de la prescripción de la acción penal. Según estatuye el artículo 84° del citado Código *“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 aquél quede concluido”*. La citada disposición legal, así expuesta, existe como presupuestos que determinan el efecto suspensivo del plazo de prescripción, en primer lugar, que preexista o surja ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal incoado; y, en segundo lugar, que la decisión que incida sobre la iniciación o continuación del proceso se realice en otro procedimiento, obviamente distinto del que se ve impedido de continuar o del que, por lo anterior, no pueda instaurarse.

7°. La posibilidad de que el Supremo Tribunal conozca de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios -vía recurso de nulidad- pasa por el filtro del recurso de queja excepcional conforme a lo dispuesto por el apartado dos del artículo 297° del Código de procedimientos penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959. El objeto de este recurso extraordinario es, claro está, 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. El mencionado recurso será estimado siempre que *“...se acredite que la resolución impugnada o el procedimiento que la precedió infringió normas constitucionales o normas con rango de ley directamente derivadas de aquéllas”*.

Es importante precisar que, 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. Éste 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.

En este sentido, se debe dilucidar si la interposición del recurso de queja excepcional suspende los plazos de prescripción.

8°. El primer presupuesto material que determina la suspensión del plazo de prescripción -indicado en el párrafo 6- se presenta, con toda evidencia, puesto 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 un 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 se abre 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.

9°. El segundo presupuesto material que ocasiona la suspensión del

plazo de prescripción -precisado, igualmente, en el párrafo 6- también concurre en el presente caso. En efecto, como consecuencia de su interposición se 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.

10º. Por tanto, la incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecua a las exigencias de los procedimientos que suspenden la prescripción de la acción penal. 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.

(...)

ACORDARON:

12º. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos seis a diez, que para el cómputo de los plazos de prescripción en los procesos sumarios no se considera el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepción -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. A estos efectos, los jueces y salas penales superiores deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.

5.1.1.- Comentario: Haciendo hermenéutica jurídica debemos agregar que no nos encontramos de acuerdo con la argumentación proferida por la Corte Suprema, a mérito de explicación no es difícil reparar que dicho A.P, está pensado y diseñado para los medios impugnatorios ordinarios que franqueaba el antiguo Código de procedimientos penales de 1940, específicamente del recurso de nulidad, pues si revisamos el mencionado código, vamos a advertir que el recurso extraordinario de Casación, no se encontraba regulado en dicho cuerpo legislativo al respecto, siendo que dicha función lo cumplía el recurso de nulidad, al respecto la doctrina *mutatis mutandis* expone: “Respecto a nuestra legislación nacional debemos precisar que el Código de procedimientos penales de 1940 no contemplaba el recurso de casación dentro de los recursos que podrían interponerse en el proceso penal, pues sólo contemplaba los recursos ordinarios; fue recién con el Código procesal de 1991 que se incorporó por primera vez el recurso de casación en materia penal, sin embargo, las disposiciones referidas a dicho recurso extraordinario nunca entraron en vigencia. De otro lado, el nuevo Código procesal penal en sus artículos 427 al 436 ha incorporado la casación como un recurso extraordinario (...), la Corte Suprema de la República ya ha tenido la oportunidad de emitir la primera Casación en materia penal [se refiere al nuevo Código procesal penal] con fecha veintiséis de julio de dos

mil siete.²⁰²

Siguiendo con nuestro comentario advertimos que nos encontrábamos de acuerdo con la argumentación que subyace en el mencionado A,P,: todo esto por cuanto el citado acuerdo debió primero proceder a hacer uso del Principio de interpretación conforme a la Constitución, y luego hacer un análisis legal, nosotros sí vamos a usar el principio de interpretación conforme a la Constitución, pues el Derecho que está en juego es el *Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable*²⁰³, dicho derecho si lo queremos clasificar, la doctrina lo ha clasificado como un derecho implícito²⁰⁴ del debido proceso²⁰⁵ cuyo contenido se desprende del artículo 139° inciso 3 de la Constitución:

Artículo 139°.- Principios de la administración de justicia.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

²⁰² DIAZ CABELLO, Jorge Luis. *La casación en el nuevo Código procesal penal*. En: *Los medios impugnatorios en el nuevo Proceso penal*. (Materiales de enseñanza). Colección jurídica procesal. Volumen 4. Área de investigación. Primera edición julio 2009. Pág. 69

²⁰³ Al respecto puede consultarse el excelente libro de R. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Konrad Adenauer Stiftung. Ad Hoc. Primera edición octubre 2002.

²⁰⁴ Hay una diferencia sustancial entre derecho implícito y nuevo derecho, el primero se deriva de un dispositivo que ya se encuentra regulado, en cambio el nuevo derecho no se desprende de ningún derecho que se encuentre regulado en la constitución, el nuevo derecho es un reconocimiento -no es creación- de un Derecho como tal, y lo realiza el TC, partir de lo expuesto en el artículo tres de la constitución: La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Son ejemplos de nuevos derechos: Objeción de conciencia (Sentencia del expediente 895-2001-AA/TC, publicada el 16 de marzo de 2003), Acceso a la justicia (Sentencia del expediente 010-2001-AI/TC, publicada el 2 de noviembre de 2003), Prohibición de la reformatio in peius (Sentencia del expediente 1918-2002-HC/TC, publicada el 31 de octubre de 2003). Derecho a interrogar testigos (Sentencia del expediente N.° 1808-2003-HC/TC, publicada el 14 de octubre de 2003). el derecho a la verdad (Exp. N.° 2488-2002-HC/TC), el derecho al agua potable (Exp. N.° 03333-2012-PA/TC).

²⁰⁵ Son derechos implícitos que también se desprenden del Derecho al Debido proceso: la proscripción de incurrir en *Ne Bis in idem*, el derecho a la seguridad jurídica, en cuanto al principio de seguridad jurídica se puede consultar las sentencias Ns° 0001/0003-2003-AI/TC (Acumulados); 00016-2002-AI/TC, con relación al principio derecho a la seguridad jurídica el TC expone: "En el expediente N.° 016-2002-AI/TC, el Tribunal consideró que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad." (Exps. Acums. Ns 0001/0003-2003-AI/TC, Fundamento 3). Para mayor profundidad del estudio de los derechos fundamentales se puede consultar NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los Derechos fundamentales*. Universidad nacional autónoma de México. Primera edición: 2003.

Con relación al Principio de interpretación constitucional conforme (Verfassungskonforme Auslegung Des Gesetzes), al respecto es menester transcribir las siguientes líneas “En la base de esta afirmación [*todos los jueces en mayor o menor medida son jueces constitucionales*] se encuentra el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, expuesto por Eduardo García de Enterría.²⁰⁶ En virtud de este principio, tanto los operadores públicos (órganos del Estado) como los operadores privados (particulares o gobernados) están obligados a interpretar el ordenamiento jurídico en cualquier momento de su aplicación, conforme a los principios y postulados de la ley fundamental.²⁰⁷

La doctrina especializada anota (...) “De ahí que la interpretación conforme de prueba de la adecuación formal de las leyes, es decir, de su respeto a las reglas de procedimiento que en cada sistema jurídico determinan la producción normativa, sino que es un criterio material que enjuicia el contenido de las normas y su conformidad con el contenido de la Constitución en su conjunto, o sea, con el sistema de valores, principios y normas que deben informar todo el ordenamiento jurídico.²⁰⁸”

En relación con este principio, especial mención merecen las denominadas *sentencias interpretativas*, presentes en la práctica de los Tribunales

²⁰⁶ *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cit, *Supra*, Nota 279, pp. 95-103. García de Enterría señala que el origen de este principio, que alcanza a todos los jueces, se halla en el proceso de Constitucionalidad de las leyes, ya que “antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar vía interpretativa una concordancia con de dicha ley con la Constitución” *Idem* p.96; Pérez Tremps en este mismo sentido concluye “En consecuencia; pues, toda autoridad jurisdiccional, respetando la superioridad normativa de la Constitución y vinculado por ella, debe interpretar el ordenamiento jurídico a la luz de la norma fundamental, tanto en conflictos públicos como en privados. Para ello deberá buscar dicha autoridad los principios generales, expuestos o tácitos, que en la Constitución se encuentren para interpretar e integrar el resto del ordenamiento, ya que su constitucionalización les otorga una preferencia sobre cualquier otro principio general sea cual sea su origen”, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit, *supra*, nota 279. P.190. Citado por CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La interpretación Judicial Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Comisión Nacional de Derechos Humanos. Primera edición abril de 1996. Pág. 127.

²⁰⁷ Cfr. *Idem*, p.95. Véase también en este mismo trabajo la nota 184. Este principio se identifica con la llamada interpretación desde la Constitución desarrollada en conexión con la interpretación de la Constitución, según lo ha expuesto Bidart Campos en su obra *Teoría General de los Derechos Humanos*, cit, *supra*, nota 252, pp.400-401. En este mismo sentido, cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *op, cit, supra*, nota 252, pp.81-98. Citado por CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. Ob. Cit. Págs. 127-128.

²⁰⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho, Constitución*. Octava Edición 2003. Editorial Tecnos. Págs. 282-283. Puede consultarse también: PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Décima Edición 2005. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2005. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Segunda Edición Actualizada. Palestra Editores Segunda Edición Mayo 2008. PALOMINO MANCHEGO, José F. *La Interpretación Constitucional: Estándares Interpretativos*. En: Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Lelo De Larrea, Arturo Zaldívar. Aspectos del derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en cincuenta años como investigador del Derecho (Colaboraciones Peruanas) Editorial IDEMSA Primera edición Lima abril 2009. PALOMINO MANCHEGO, José F. *¿Reforma, Mutación o Enmienda Constitucional?* En: Sagüés, Néstor Pedro. Palomino Manchego, José F. *Imprevisión y Reforma: Dos Problemas Contemporáneos del Derecho Constitucional*. Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Lima Perú Primera edición abril 2005. Editora Jurídica Grijley. HUERTA OCHOA, Carla. *Teoría Del Derecho Cuestiones Relevantes Universidad Nacional Autónoma de México*. México, 2008. Primera edición: 2009.

Constitucionales de Alemania, España y de la Corte Constitucional italiana, entre otros, por las cuales en la parte considerativa de sus sentencias se determinan los diversos sentidos de una ley, rechazándose aquellos que sean incompatibles con los principios y valores de la Constitución, manteniendo de esta forma la validez de la ley en cuestión. A través de este tipo de sentencias se armoniza la ley con la Constitución, dirigiendo la interpretación en función de su constitucionalidad.²⁰⁹

La Interpretación Constitucional conforme ha sido desarrollada por el alto Tribunal Federal Constitucional Alemán al respecto la doctrina expone:

“25. Las sentencias estimatorias en los supuestos de impugnación de normas legislativas poseen efectos generales e implican la nulidad del ordenamiento impugnado o de algunos de sus preceptos, además de las modalidades establecidas por las leyes y reglamentos que regulan la estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales que resuelven sobre la inconstitucionalidad de normas generales, quienes establecen algunos temperamentos para paliar los efectos negativos de la aplicación inmediata de la nulidad de las disposiciones legislativas declaradas contrarias a las normas fundamentales, y para ello se otorgan a los tribunales y cortes constitucionales la facultad de fijar fechas flexibles respecto de la aplicación de los efectos generales, que se señalan en los mismos fallos de inconstitucionalidad, con apoyo en las disposiciones reglamentarias correspondientes.

26. Pero además, la jurisprudencia de dichos organismos jurisdiccionales ha desarrollado una nueva institución que se ha calificado *interpretación constitucional conforme* (*verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*), la que tiene su origen en las aportaciones de los fallos del Tribunal Federal Constitucional de la República Alemana, tesis jurisprudencial que en esencia significa que las disposiciones legislativas poseen presunción de constitucionalidad y por lo tanto, salvo en el supuesto de que la inconstitucionalidad legislativa es evidente e insuperable, previamente a la declaración general de inconstitucionalidad resulta conveniente el intento de conciliar las normas legales impugnadas con las normas fundamentales, por conducto de una interpretación obligatoria, lo que evita los inconvenientes de la declaración general de inconstitucionalidad”²¹⁰.

27. Como lo ha señalado certeramente el destacado jurista... Eduardo García de Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos previamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana. En primer lugar, de acuerdo con dicha jurisprudencia, todas las normas generales deben interpretarse *in*

²⁰⁹ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. Ob. Cit. Pág. 128.

²¹⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Editorial Adrus S.R.L. Lima, 2009. 1ra. Reimp. De la Primera edición. Pág. 31. Disponible también en la página Web del Tribunal Constitucional Peruano. http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/sentencias_tribconstitucionales.pdf

harmony with the Constitution, principio al que debe agregarse la regla sobre la *presunción de constitucionalidad de las leyes*, ya que también se supone que los organismos legislativos no expiden normas que intencionalmente contradigan a la Carta Suprema.²¹¹ De acuerdo con estos principios una norma general no debe declararse inválida así sea con efectos particulares, como ocurre en el sistema americano, cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón si la sentencia estimatoria posee efectos generales como en el sistema europeo.²¹²

28. De acuerdo con la profunda reflexión del conocido constitucionalista alemán Konrad Hesse, fallecido en el año 2005, la «interpretación conforme» no plantea sólo la cuestión del contenido de la ley sometida a control sino también la relativa al de la Constitución, de acuerdo con el cual la ley debe ser analizada, *lo que exige tanto la interpretación de la ley como la interpretación de la Constitución*, lo que demuestra la estrecha interrelación existente entre la Constitución y la ley, de acuerdo con el principio de la *unidad del ordenamiento jurídico*.²¹³

29. Ese instrumento ha adquirido una importancia creciente y se ha adoptado con esa denominación u otras equivalentes en numerosos ordenamientos constitucionales contemporáneos, si se toma en consideración que los organismos jurisdiccionales especializados en cuestiones de constitucionalidad, sólo acuden a la declaración general de inconstitucionalidad cuando no es posible armonizar las normas legislativas impugnadas con el texto y los principios de la Carta Fundamental, es decir, cuando esa contradicción entre la Constitución y las normas legislativas es insuperable.²¹⁴

A nivel legal el artículo 84º del Código penal estipula: “*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 aquél quede concluido*”. En el A.P, comentado se interpuso recurso de queja excepción por denegatoria del concesorio del recurso de nulidad, y la Corte suprema concluye: (...) *que para el cómputo de los plazos de prescripción en los procesos sumarios no se considera el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja*

²¹¹ Cfr. HAAK, Volker, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzauslegung der Richter (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, pp. 184-213; HESSE, Konrad, *Gründzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, (Elementos de Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania), 16ª ed. Heidelberg, C.F., Müller Juristische Verlag, 1988, pp. 29-32; Idem, *Escritos de derecho constitucional (selección)*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 95-103. Citado por FIX-ZAMUDIO, Héctor; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Ob. Cit. Pág. 31.

²¹² Cfr. *La Constitución como norma jurídica*, cit. *supra* nota 4, pp. 95-103. Citado por FIX-ZAMUDIO, Héctor; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Págs. 31-32.

²¹³ Cfr. *Elementos de derecho constitucional*, cit. *supra* nota 21, p. 57. Citado por FIX-ZAMUDIO, Héctor; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Págs. 31-32.

²¹⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Ob. Cit. Pág. 32.

excepción -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.

Al respecto nos preguntamos ¿Para este caso, si el comienzo o la continuación del proceso penal dependen de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento? La respuesta es negativa, pues la interposición del recurso de queja por denegatoria del recurso de nulidad, no se resuelve en otro procedimiento, *rectius*, no se da fuera del proceso penal, lo que se hace es crear un cuaderno aparte pero bajo ningún punto su conocimiento se da fuera del proceso penal no es de recibo lo expuesto por la Corte Suprema, pues justamente ese cuaderno de queja es para resolver la nulidad interpuesta del proceso judicial mas no de otro procedimiento (...como consecuencia de su interposición se 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.) la doctrina apuntala nuestra posición en relación a los supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal: La cuestión previa, la cuestión prejudicial, la acusación constitucional: (El Antejudio político), el desafuero Constitucional, la extradición²¹⁵. Nótese bien que todos ellos tienen como característica común que se dan fuera del proceso penal, nos preguntamos ¿La sustanciación del cuaderno de queja se da dentro del mismo proceso penal? La respuesta es afirmativa, ahora que se forme un cuaderno y se sustancie en cuerda separa es otra cosa, pero en puridad seguimos dentro del proceso penal, cosa que no ocurre con los supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal, por lo que para esos supuestos sí se suspende indefectiblemente el plazo de la prescripción de la acción penal.

Lo cual no quiere decir que la acción penal no prescriba, pues *la misma prescribe, **en todo caso**, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción*. Es decir no importa si se suspende o interrumpe el plazo de la prescripción de la acción penal, pues esta prescribirá indefectiblemente cuando se haya superado el máximo de la pena más la mitad, siendo irrelevante que se haya suspendido el plazo.

Ergo los argumentos esgrimidos por el A.P, materia de comentario, al interponerse un recurso de queja el plazo de la suspensión de la acción penal -que no es tal- no puede mantenerse *sine die*, todo esto por cuanto se debe respetar el derecho implícito a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

En una opinión distinta la doctrina: “La suspensión de la prescripción consiste en “cualquier cuestión que debe resolverse en otro procedimiento”. Es pues necesario dotar de contenido al término “cuestión” y “procedimiento”. No parece correcto que dicha interpretación deba restringirse a asuntos que deban ser resueltos judicialmente. También cuestiones prejudiciales que deban resolverse en sede administrativa suspenden la prescripción. Nuestra jurisprudencia²¹⁶ admite que

²¹⁵ Vid. CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Disponible En: La Revista institucional “Ipso Jure” Año 7 N.º 29 Mayo 2015. Edición de aniversario. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Págs: 77-93.

²¹⁶ Jurisprudencia vinculante, Acuerdo plenario N.º 6-2007/CJ-116. Citado por MEINI, Iván. *Sobre la*

la queja extraordinaria suspende también la prescripción: “para el cómputo del plazo de la prescripción en los procesos sumarios no se considera el lapso comprendido entre la imposición 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.” La razón es correcta: la interposición del Recurso de queja extraordinaria da lugar a una cuestión jurídica inédita centrada en definir si quien ha emitido la resolución contra la cual se interpone la queja ha vulnerado la Constitución, de suerte que su dilucidación obliga a establecer si la causa debe o no continuar, si se abre o no una instancia jurisdiccional excepcional.²¹⁷

5.2.- Acuerdo plenario N.º 9-2007/CJ-116²¹⁸

ASUNTO: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80º y 83º del Código penal.

A continuación transcribimos los fundamentos más relevantes del acuerdo plenario bajo comento:

6º. El Código penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80º regula lo concerniente al **plazo ordinario** y en el artículo 83º in fine hace referencia al **plazo extraordinario**.

7º. Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando “*el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción*”. Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82º del Código penal.

8º. Ahora bien, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29º o en diferentes delitos tipificados en la parte especial del Código penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80º del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite cuantitativo

prescripción de la acción penal. En la revista Foro jurídico N.º 9 Pág. 80. Disponible también en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bb79728049ac723791a4f78128021553/2.+Tema+-1+Plazo+de+Prescripcion+en+Relacion+al++Adolescente.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bb79728049ac723791a4f78128021553> Pág. 73. (Fecha de consulta 27/03/16)

²¹⁷ Fundamento octavo de la jurisprudencia vinculante Acuerdo plenario N.º 6-2007/CJ-116. Citado por MEINI, Iván. *Sobre la prescripción de la acción penal.* En Foro jurídico N.º 9 Pág. 80. Disponible también en:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bb79728049ac723791a4f78128021553/2.+Tema+-1+Plazo+de+Prescripcion+en+Relacion+al++Adolescente.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bb79728049ac723791a4f78128021553> Pág. 73. (Fecha de consulta 27/03/16)

²¹⁸ Publicado el día 25 de marzo de 2008, en el diario oficial, *El Peruano*.

excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua.

9º. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante es de destacar que **tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal**; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83º del Código Penal.

10º. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

5.2.1.- Comentario: Con relación a las reglas establecidas en el A.P, *in comento*, debemos agregar que nos adheriremos completamente a sus argumentaciones. Solo cabe agregar algunas precisiones que no se han hecho en el citado A.P, por ejemplo se menciona el plazo ordinario y extraordinario de la prescripción de la acción penal y se precisa que el plazo extraordinario de la misma, se vence cuando *“el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de la prescripción”*. Pero la pregunta que salta a la vista es: ¿Cuándo invocamos el plazo ordinario y extraordinario de la prescripción penal de la acción penal respectivamente? El A.P, omite realizar estas precisiones.

Nosotros nos abocamos a esa tarea, y precisamos que invocamos el plazo ordinario de prescripción penal, cuando habiendo transcurrido el plazo máximo de la pena (debe entenderse pena abstracta²¹⁹) asignada para el delito (y no nos referimos exclusivamente a la pena privativa de la libertad, porque en los delitos que merezcan otras clases de penas²²⁰, la acción penal prescribe a los dos años) y no ha

²¹⁹ La determinación judicial de la pena como procedimiento técnico valorativo implica que se tipifique el delito que la conducta sea antijurídica y culpable, por lo que el juez procederá a asignar la pena concreta, es decir pena abstracta se encuentra contenida en el tipo legal y la pena concreta representa la prognosis de la pena, en este caso nos estamos refiriendo a la pena abstracta al máximo legal contemplado para el delito.

²²⁰ Recordemos que de conformidad con el artículo 28º del C.P., existen cuatro clases de penas: - Privativa de libertad; - Restrictivas de libertad; - Limitativas de derechos; y - Multa. Debemos agregar la pena de vigilancia electrónica personal prevista en el artículo 29º-A del CP. Un pequeño comentario cabe formular para las Penas restrictivas de la Libertad: las cuales se encuentran reguladas en el artículo 30º del Código penal, dicho artículo ha sido modificado veamos:

Artículo 30.- Las penas restrictivas de libertad son:

1. La expatriación, tratándose de nacionales; y 2. La expulsión del país, tratándose de extranjeros. (...)

Artículo modificado por la Segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley N.º 30219, publicado el 8 julio de 2014, cuyo texto es el siguiente:

mediado ninguna causal de interrupción de prescripción de la acción penal, pero cuales son las causales de interrupción de la prescripción de la acción penal son tres y se encuentran reguladas en el artículo 83° del Código penal, la prescripción de la acción se interrumpe por:

Artículo 30.- Pena restrictiva de la libertad

La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso.

En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.

Como podemos advertir ya no cabe la expatriación de nacionales, dicha norma era inconveniente, pues atentaba directamente contra el Art. 22° numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: (...) 5. *Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.* Debemos agregar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cual fue adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, de acuerdo a su artículo 74.2 de la Convención. Suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada mediante Decreto ley N.º 22231, publicado el 12 de julio de 1978. El instrumento de ratificación del 12 de julio de 1978, se depositó el 28 de julio de 1978.

Vigente desde el 28 de julio de 1978. Ratificada por la Décimo sexta disposición general y transitoria de la Constitución Política de 1979. Es decir nuestro actual Código penal, Decreto legislativo N.º 635 promulgado el 3 de abril del año 1991 y publicado el 8 de abril del año 1991, no podía ni debía incluir una norma de este calibre, pues dicha norma era inconveniente (pues atentaba contra los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano y contra las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante CorIDH-). Actualmente como paliativo de las normas inconvenientes, se ha establecido que se puede aplicar control difuso de convencionalidad y dicho poder-deber, **debe realizarse ex officio por todas las autoridades nacionales**, y esto incluye qué duda cabe a la Administración Pública, sin embargo vía Precedente Constitucional Vinculante -PV en adelante-, esta potestad -control difuso de constitucionalidad- estaría proscrita para la Administración Pública, sin embargo, no debemos olvidar que nuestra constitución es una Constitución Convencionalizada, al respecto el PV **STC N.º 3741-2004-AA/TC Caso Ramón Hernando Salazar Yarlénque**. Sobre el Control difuso administrativo. Sumilla: El Tribunal Constitucional establece que todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución...

PV. **STC N.º 04293-2012-PA/TC Caso Consorcio Requena**. Cambio de precedente vinculante respecto a la procedencia del ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional. **Precedente vinculante:** Dejar sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo. Sin embargo al consultar el **Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia.**: La CorIDH hace un año atrás aproximadamente antes de la expedición de la **STC N.º 04293-2012-PA/TC** (Caso Consorcio Requena) en el caso Gelman Vs. Uruguay con fecha 20 de marzo de 2013 expuso: “97. La Sentencia del Caso Gelman Vs. Uruguay de 24 de febrero de 2011, constituye un precedente de la mayor importancia para el Sistema Interamericano y en el carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana sobre la doctrina del “control de convencionalidad”, toda vez que con claridad explicitó que este tipo de control **debe realizarse ex officio por todas las autoridades nacionales** -incluyendo las instancias democráticas- “en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”. En esta misma línea se estableció en el Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia de noviembre de 2012, que todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” (Resaltados nuestros). *Vid.* CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Algunas notas sobre la interpretación constitucional y la mutación constitucional*. En: La Revista Institucional “Ipsa Jure” N.º 31. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. (Edición en prensa).

Las actuaciones del Ministerio Público²²¹.
Las actuaciones de las autoridades judiciales.
Por la comisión de un nuevo delito doloso²²².

Es decir si las agencias de persecución penal (policía, Ministerio Público, Poder Judicial) pretenden perseguir y sancionar la comisión u omisión de un delito doloso o culposo, habiendo transcurrido el plazo ordinario de la prescripción (el máximo de la pena -abstracta- debe entenderse) de la acción penal y sin mediar alguna causal de interrupción, el delito ha prescrito, y por lo tanto el imputado como sujeto pasivo de la acción penal podrá deducir la correspondiente excepción de prescripción la cual se puede deducir durante la etapa intermedia²²³ o incluso el órgano jurisdiccional lo podrá declarar de oficio. En virtud del **artículo 7º del nuevo Código Procesal Penal: Los medios de defensa**²²⁴ referidos en este dispositivo (La

²²¹ La Corte Suprema de Justicia de la República ha precisado en la Casación N.º 347-2011-Lima, con fecha catorce de mayo del año dos mil trece, que *Solo las actuaciones del Ministerio Público en las que se efectuó una imputación válida contra el investigado pueden interrumpir el plazo ordinario de la prescripción* **Casación 347-2011-Lima**. Del Motivo Casacional: Indebida Interpretación de la Ley Penal. Fundamento: “4.7. Estando a lo expuesto, debemos determinar en el caso concreto cuales son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada; pues aun cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si éste no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal; ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, su derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros”. Disponible en:

http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e (Fecha de Consulta 19/04/15). Cfr. CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Disponible en: La Revista Institucional Ipso Jure. Año 7 N.º 29 mayo 2015. Edición de aniversario. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Págs: 77-93.

²²² No debemos olvidar que de conformidad con lo estipulado en el artículo 11º del C.P los delitos dolosos pueden ser cometidos a título de **acción u omisiones**.

²²³ En esta etapa, también, existe una última sintonía final sobre las condiciones de validez del debate o sobre su utilidad. Por ejemplo: según los códigos, o bien puede existir todavía la posibilidad de plantear una excepción (falta de acción, prescripción, etc) *Vid.* BINDER M., Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. 2da. Edición actualizada y ampliada, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires-Argentina. 2009. Pág. 259.

²²⁴ Los medios de defensa técnica constituyen un Instituto de naturaleza procesal que se refieren a determinados presupuestos procesales y a los requisitos intrínsecos de la acción. En ese sentido luego de promovida la acción penal y de aperturarse el Proceso penal por parte del Juez penal, el imputado a razón del derecho irrestricto de defensa que le asiste (Art. 139º inc. 14 de la Constitución Política del Estado), está facultado a contradecir la acción, sea por un defecto de procedibilidad, sea porque el hecho imputado no constituye delito o en virtud de que la acción ya ha prescrito: este derecho de contradicción tiene por objeto impedir el nacimiento de una relación jurídico-procesal inválida. Son *per se* obstáculos procesales que se dirigen a declarar la inobservancia de requisitos formales y de fondo, en determinados casos dilatando la sustanciación del proceso penal y en otros casos evitando su pronunciamiento sobre el fondo.

Esta facultad de contradicción del imputado no es una defensa de mérito o de fondo, pues no se dirige a refutar y a contradecir el contenido de la acusación que lleva el trámite procedimental

cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones), pueden ser **declarados de oficio**²²⁵. La cuestión previa y las excepciones también se pueden deducir durante la *Etapas intermedia*, en la oportunidad fijada por la Ley. Debe entenderse que la interrupción de la prescripción se debe dar dentro del plazo ordinario de prescripción de la acción penal, para que dicha causal tenga capacidad de interrumpir la acción penal, si la causal de interrupción de la acción penal se da fuera del plazo de la prescripción ordinaria, esta no tiene virtud para interrumpir la prescripción ordinaria que ya se ganó para el imputado. Fuera del plazo de prescripción ordinaria ya no hay nada que interrumpir.

Al respecto la doctrina nacional: “El artículo 80 del CP hace referencia a los plazos de prescripción “ordinarios” de la acción penal, precisando que ella prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad; es decir, en el caso del Homicidio simple contemplado en el artículo 106 del CP, se establece que la pena será no menor de 6 ni mayor de 20 años, en consecuencia, la acción penal prescribirá ordinariamente a los 20 años.”²²⁶

Al respecto la doctrina foránea es clara y apuntala nuestros argumentos: “Los delitos cuya acción ha prescripto. Operada la prescripción; no interrumpida, (...), por alguna de las causas indicadas en la ley, el delito queda definitivamente impune y ni la concurrencia de otros hechos punibles, ni ningún otro hecho posterior, puede revivir su perseguibilidad (cfr. Cám. Crim. Capital, L. L., 17-VII-1965).”²²⁷

Con relación a la declaratoria de oficio la doctrina expone: “La prescripción se opera por el solo transcurso del tiempo y puede ser declarada de oficio (C.S.J.N., 4-XII- 1995, causa “J.A. la querrela por retención y ocultamiento de menor”, sin que sea necesaria la concurrencia de otro requisito, y sólo se *interrumpe* por la comisión de otro delito antes de vencido el término, y por la secuela del juicio (art. 67, Cód.

ordinario del proceso que culmina generalmente en los alegatos escritos y en el informe oral, sino es una defensa orientada a invalidar y a impedir que prospere la pretensión punitiva promovida por el ente acusador, en el sentido de impedir el desarrollo de la acción por existir determinados presupuestos que obstaculizan el desarrollo de una relación jurídico-procesal válida. Vid. PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis nuevo Código procesal penal*. Tomo I. 2Da Edición Febrero 2009. Editorial Rodhas. Pág. 230.

²²⁵ A su turno la Jurisprudencia: “No obstante el requerimiento de terminación presentado por el Ministerio Público (quien en el audiencia respectiva señaló que había llegado a un acuerdo con el imputado acerca de la pena y reparación civil a imponérsele), se declara, de oficio, fundada la excepción de improcedencia de la acción penal favor del imputado en el proceso seguido por supuesto delito contra la libertad sexual violación de la libertad sexual. Si bien se ha cumplido con la conducta objetiva del tipo penal en cuestión, no se cumple con el aspecto subjetivo de la misma por lo que la misma deviene en atípica”. (Exp. N.º 2007-00555-53-1308-JR-PE-1 Primer juzgado de la investigación preparatoria de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. Cit., p. 382. Citado por PALACIOS DEXTRE, Darío Octavio. *Comentarios del nuevo Código procesal*. Editorial Grijley 2011. Pág. 147.

A su turno la doctrina: “Es carácter esencial de la prescripción **ser de orden público**, por lo que puede ser declarada de oficio. Sobre esto son pacíficas la doctrina y la jurisprudencia.” Vid. FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. 1998. Abeledo - Perrot. Buenos Aires Argentina. Pág. 655.

²²⁶ MEZZICH ALARCÓN, Juan Carlos. *La prescripción en el campo penal*. En: Revista Jurídica. Suplemento de análisis legal del Diario oficial El Peruano. Martes 27 de abril de 2010 • Año 7 / Número 300. Pág. 7. Disponible también en <http://www.elperuano.com.pe/juridica.aspx> (Fecha de consulta 06/03/16).

²²⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 464.

Pen.)”²²⁸

Con relación a la declaratoria de oficio la jurisprudencia expone:

Recurso: Nulidad Número: 2460-2009
Procedencia: Cañete
Sala: Sala penal permanente de la Corte Suprema
Imputados: Marco Antonio Rengifo Ponce, Felipe Víctor Flores Trujillo y
Pelaquío Villareal pariona.
Delito: Robo agravado.
Agravado: Malásquez Chumpitaz.
Decisión: Nula la sentencia y declararon de oficio fundada la excepción
de prescripción y extinguida la acción penal
Fecha: 30 de septiembre de 2010

Extracto Relevante:

“Cuarto: Que, como se ha señalado, los hechos imputados al acusado Rengifo Ponce ocurrieron el veintitrés de julio de mil novecientos noventa y dos, esto es, antes de la promulgación de la ley número veintiséis mil seiscientos cuarenta y uno - Ley de contumacia; por tanto, dicha norma no le es aplicable para efectos de la prescripción de la acción penal.

“Quinto. Que se imputa al citado Rengifo Ponce el delito contra el Patrimonio en la modalidad de robo agravado previsto en el artículo ciento ochenta y nueve del Código penal, en su texto original, que sancionaba el ilícito con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años; que, como ya se señaló, el ilícito materia del proceso ocurrió el veintitrés de julio de mil novecientos noventa y dos, por lo que en aplicación de los artículos ochenta y ochenta y tres del acotado Código, al momento de expedirse la sentencia, habían transcurrido los plazos ordinario y extraordinario de prescripción; que, por tanto, resulta procedente **declarar fundada de oficio la excepción pertinente** conforme a la facultad conferida por el artículo quinto del Código de procedimientos penales, modificado por el Decreto legislativo ciento veintiséis; y estando a que cuando se dictó la sentencia la acción penal ya estaba prescrita, ésta deviene en nula²²⁹. (Resaltados nuestros).

Finalmente a nuestro turno proponemos un ejemplo a fin que se tenga un cabal entendimiento de nuestras disquisiciones teóricas:

Siendo el día 15 de febrero del año 2010, a las once horas, en las inmediaciones de las calles Tarata y siete de enero de la ciudad de Chiclayo, Carlos Pérez ha sostenido una fuerte discusión con Juanito Alimaña, como producto de una deuda impaga del segundo, y ante su negativa de pago, Carlos Pérez se retira a su domicilio y al no poder aplacar su ira decide salir a tomar aire al parque siendo que en esos precisos instantes ve estacionado el auto de Juanito Alimaña, Carlos Pérez

²²⁸ FONTAN BALESTRA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 652.

²²⁹ La jurisprudencia penal de la corte suprema: en lo sustantivo código de procedimientos penales Código procesal penal. 2007 - 2011. Primera edición, marzo de 2013. Ediciones Nova Print S.A.C. Pág. 57.

recuerda el episodio de la negativa de pago de Juanito Alimaña y decide destruir el vehículo de este último, para lo cual toma un fierro destroza el parabrisas, los espejos, pincha las llantas y raya la pintura, habiéndose producido los hechos el 15 de febrero del año 2010, hechos que quedan plasmados en un acta de constatación policial, las cámaras de seguridad y los testigos que se encontraban en el lugar, Juanito Alimaña por desidia y por un mal asesoramiento, recién decide denunciar los hechos por lo que recurre a la comisaría de su localidad, el día 20 de abril del año 2014, los actuados policiales son remitidos a fiscalía, el día 21 el día 20 de abril del año 2014, el fiscal de turno apertura investigación preliminar por el delito de daños simples, ilícito previsto y sancionado en el artículo 205° del Código penal, el abogado defensor de Carlos Pérez, revisa la denuncia y solicita el archivo del caso, sin embargo el señor fiscal no está de acuerdo con la postura del abogado defensor y decide formalizar y continuar la investigación preparatoria, el juez de investigación preparatoria declara de oficio la prescripción de la acción penal, y realiza el siguiente análisis:

A) La conducta desplegada por Carlos Pérez, ha configurado el delito de daños simples ilícito previsto y sancionado en el artículo 205° del Código Penal: “el delito se consuma con el daño, destrucción o inutilización de un bien mueble o inmueble. No hay inconveniente en admitir la tentativa.”²³⁰

“La perfección delictiva de las conductas que se describen en la redacción normativa del artículo 205°, se alcanza cuando la acción de dañar se concretiza en un menoscabo efectivo del bien, cuando el objeto es eliminado en su integridad estructural, cuando se dejan en añicos una pieza de cristal o en el momento en que el bien ya no está en condiciones de seguir proporcionado su inherente funcionalidad. **Se trata, por tanto, de un delito instantáneo y como tal, queda consumado en el momento en que el bien es dañado, destruido o inutilizado**”²³¹; los actos anteriores serán reputados como tentativa cuando manifiestan el inicio de los actos ejecutivos, cuando el agente no da en él blanco al momento de realizar su designio destructivo o por motivos ajenos a su voluntad es impedido de exteriorizar la materialidad de su plan criminal.²³² (Resaltados nuestros).

El delito de daños se perfecciona o consuma en el mismo momento en que el agente realiza las acciones de dañar, destruir o inutilizar el bien mueble o inmueble que pertenece al sujeto pasivo. Es un delito de comisión instantánea²³³.

B) Una vez que se establecido cuál es la naturaleza del delito cometido, que para el presente caso se trata de un *Delito instantáneo*. Éste se consuma en un momento, con una sola actuación de la voluntad criminal, siendo ésta la condición de la

²³⁰ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. 4ta. Edición, aumentada y actualizada. Editorial San Marcos. Quinta reimpresión. 2006. Pág. 385.

²³¹ PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 585-586. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II. 2Da. Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa. Pág. 541.

²³² PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II. Ob. Cit. Pág. 541.

²³³ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Volumen 2. Editora Jurídica Grijley. 6Ta Edición. Octubre 2015. Pág. 1323.

mayoría de los delitos²³⁴. Dicho esto colegimos que es un delito de comisión instantánea, por lo que el operador jurídico deberá recurrir a las reglas establecidas en el artículo 82° del Código Penal.

Artículo 82°. Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan:

1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa;
2. ***En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó;***
3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y
4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

C) Volviendo al ejemplo propuesto dejamos establecido que el delito de daños simples²³⁵, se había producido el día 15 de febrero del año 2010, por lo que siendo un delito instantáneo, y no habiendo mediado ninguna causal de interrupción de prescripción de la acción penal (Las actuaciones del Ministerio Público, actuaciones de las autoridades judiciales, la comisión de un nuevo delito doloso) dentro del plazo de tres años, que es justamente el plazo máximo de la pena (abstracta), la acción penal a la fecha 29 de febrero del año 2016, ha prescrito por lo que cabe invocar la prescripción ordinaria de la acción penal.

Terminando de responder la pregunta autoplanteadada ¿Cuándo invocamos el plazo extraordinario de la prescripción penal de la acción penal?

Habiendo mediado una causal de interrupción de la prescripción de la acción penal es presupuesto básico que ésta se haya registrado dentro del plazo ordinario, que para nuestro ejemplo de delitos de daños simples era de tres años, supongamos que el Poder Judicial notificó al imputado con el requerimiento acusatorio o la fiscalía - Ministerio público (supone el ejercicio de una imputación válida) notificó al imputado para que concurra a rendir su declaración en sede fiscal, o el imputado cometió nuevo delito doloso dentro del plazo de tres años, en consecuencia solo nos queda deducir la excepción de prescripción de la acción penal (extraordinaria), pues la acción penal prescribirá, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción para nuestro ejemplo sería tres años más un año y medio, en todo caso la acción penal prescribirá indefectiblemente cuando ha transcurrido cuatro años y medio.

Al respecto la doctrina nacional: “Se computa de dos maneras. **La primera** cuando producida la interrupción queda sin efecto el tiempo transcurrido y comienza a correr un nuevo plazo de prescripción. Por ejemplo, el caso de quien ha cometido un delito de Estafa (pena no mayor de 6 años), en el año 2005, sin embargo, en el 2009 se produce la interrupción del plazo ordinario de prescripción (por actuaciones del MP), motivo por el cual comenzará a correr un nuevo plazo de 6 años, prescribiendo finalmente la acción penal de manera extraordinaria en el año 2015.

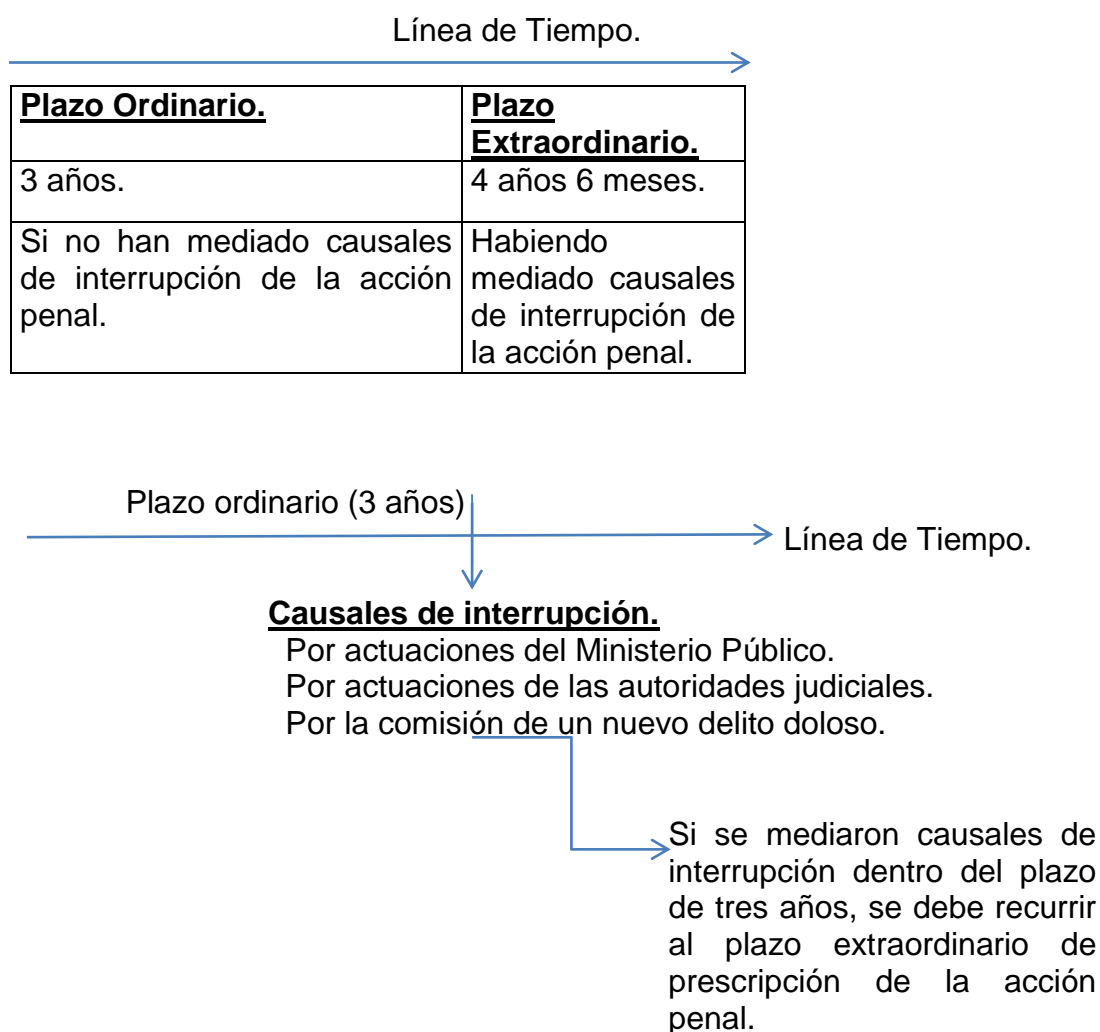
La segunda, opera cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el

²³⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios de Derecho Penal. La ley el delito. Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana S.A. Pág. 528

²³⁵ Artículo 205. Daño simple: “El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa.” Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30076, publicada el 19 agosto 2013, en el diario oficial *El Peruano*.

plazo ordinario de prescripción, una vez producida la interrupción. Recogiendo el ejemplo anterior, si la interrupción se dio en el 2009 por el delito de Estafa, que fue cometido en el 2005, la acción penal prescribirá extraordinariamente en el año 2014, es decir, al año 2005 se le suma 6 años, más tres años que es la mitad del plazo ordinario de prescripción, arribándose al año 2014. En los ejemplos mencionados, el plazo extraordinario de prescripción que más favorece es el segundo, en consecuencia es el que deberá aplicarse.²³⁶

Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82º del Código Penal. Graficamos el ejemplo planteado:



En síntesis nos encontramos de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema en el Acuerdo plenario N.º 9-2007/CJ-116.

²³⁶ MEZZICH ALARCÓN, Juan Carlos. *La prescripción en el campo penal*. En: Revista Jurídica. Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano. Martes 27 de abril de 2010 • Año 7 / Número 300. Pág. 7.

PRESCRIPCIÓN DEL PLAZO DE LA ACCIÓN PENAL EN DELITOS. ²³⁷		
TEMPORALIDAD.	PLAZO ORDINARIO.	PLAZO EXTRAORDINARIO.
PENA TEMPORAL.	20 AÑOS.	30 AÑOS.
CADENA PERPETUA.	30 AÑOS.	45 AÑOS.

5.3.- Acuerdo plenario N.º 8-2009/CJ-116²³⁸

ASUNTO: La prescripción de la acción penal en el Art. 46º-A y Art. 49º del CP.

A continuación transcribimos los fundamentos más relevantes del acuerdo plenario con relación a la prescripción de la acción penal bajo comentario:

§ 3. La prescripción de la acción penal.

10º. El CP reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal, es decir aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado [RAMÓN RAGUÉS y VALLÉS, *Obra citada*, página 126].

Mediante la prescripción de la acción penal 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. Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción [RAMÓN RAGUÉS y VALLÉS, *Obra Citada*, página 45].

Dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 80º CP, que fija el plazo en el que prescribe la acción penal, el mismo que será igual “...al máximo de la pena -abstracta- fijada por la ley para el delito” -**prescripción ordinaria**-, mientras que el artículo 83º CP reconoce la

²³⁷ Según el artículo 11º del CP., *Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*. Hacemos esta salvedad de la prescripción del plazo de la acción penal en “delitos”, y esto ni es una verdad de perogrullo, todo por cuanto que para el cómputo de prescripción en lo que corresponde a las faltas son otros criterios y aunque parezca sorprendente en las faltas el legislador sí valora las circunstancias cualificadas agravantes, para efectos del cómputo de la prescripción, nos remitimos a los comentarios que realizaremos del A.P., N.º 1-2010/CJ-116, específicamente de los Fundamentos 19 al 22, líneas abajo.

²³⁸ Publicado el día 8 de enero de 2010, en el diario oficial, *El Peruano*.

denominada **prescripción extraordinaria** de la acción penal, que se produce cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Como es sabido, la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente -el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo vía facultades delegadas por aquél- conforme a sus potestades. El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que para efectos de la prescripción de la acción penal se ha de tomar en cuenta la **pena abstracta** fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo.

Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad -como consecuencia de la regulación de la prescripción-, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley.

Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal - Parte General I*, 3ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, página 330].

11º. Estando a lo expuesto, queda por determinar si al plazo de prescripción de la acción "... *fijado por la ley para el delito*" [artículo 80º CP], es posible adicionarle el incremento de pena prevista en la circunstancia agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46º-A CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49º CP).

Según se ha indicado precedentemente, para efectos de determinar la prescripción de la acción penal nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la **pena abstracta** fijada para el delito. Ésta se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en construir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de aquella **pena-marco**. Por ende, su determinación sucede

en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que abona el derecho a saber no solo qué está prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que tendrá la realización de la conducta delictiva: forma y característica de la reacción penal, lo que deriva en dos garantías puntuales: la **criminal** -que exige que la conducta esté prevista en la ley con suficiente precisión o determinación- y la **penal** -que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinadas-.

La **pena concreta**, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el Juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada (**pena concreta**), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (**cuantificación de la culpabilidad**) [PATRICIA S. ZIFFER. *En: Determinación judicial de la pena*, (CLAUS ROXIN, MARY BELOFF, MARIO MAGARIÑOS, PATRICIA S. ZIFFER, EDUARDO ANDRÉS BERTONI y RAMÓN TEODORO RÍOS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, página 91]. Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas “circunstancias” (agravantes o atenuantes), siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), sean cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe entenderse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta.

12º. En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46º-A CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo -funcionario público- y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena -pena concreta-, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito.

Sin duda, el artículo 46º-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado.

Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e

injerencia es al determinar judicialmente la pena.

13º. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado **-delito masa-**, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49º CP, constituye ya un delito en sí **-delito masa-**. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto -la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito-, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

5.3.1.- Comentario: Nos encontramos de acuerdo con los fundamentos expuestos en el A.P, específicamente con el voto en mayoría, pues debe advertirse que hay un voto en minoría de los magistrados Hugo Príncipe Trujillo, Víctor Prado Saldarriaga y César San Martín Castro argumentos que no compartimos, por los fundamentos que brindaremos líneas abajo.

Adentrándonos a nuestra tarea debemos apuntar algunas precisiones a fin de clarificar nuestra posición, el A.P, *in comento*, hace alusión a la determinación judicial de la pena específicamente de los artículos 46º-A y Art. 49º del CP y su relación con la prescripción de la acción penal, la controversia estriba en determinar si la pena a imponerse para estas circunstancias -me refiero al artículo 46º-A del C.P.- y para el delito masa contenido en el artículo 49º del C.P, deberían incluirse para el cómputo de la prescripción de la acción penal. Esa es nuestra labor.

Si advertimos el A.P, contiene reglas sobre la determinación judicial de la pena, y sobre la prescripción de la acción penal, con relación a la determinación judicial de la pena, en el octavo fundamento del el A.P, *in comento*, se concibe a la determinación judicial de la pena como un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal [VÍCTOR PRADO SILDARRIAGA *Obra citada*, página 95]. A nuestro turno la concebimos como un procedimiento tendiente a la valoración de todas las circunstancias (atenuantes genéricas y privilegiadas, agravantes genéricas y calificadas) que hace el magistrado a fin de determinar con cierto grado de discrecionalidad la pena a ser asignada al agente de una infracción dolosa o culposa por acción o por omisión, -dosificación de la pena- debe entenderse que la conducta desplegada por el agente es una conducta típica, antijurídica y culpable, y debe advertirse que usamos la frase circunstancias, lo cual es de vital importancia pues nos ayudara a comprender con cabalidad si es un elemento accidental o constitutivo del tipo penal, pues de la respuesta que brindemos tiene relación directa con la posibilidad o con su negativa de incluirla como criterio para el cómputo de la prescripción de la acción penal.

La doctrina expone: "La determinación de la pena es un proceso dinámico y diferenciado, según la fase en la que se realice. En ese sentido se habla de una determinación legal, realizada por el legislador, cuando conmina con penas determinados delitos. Se alude a una determinación judicial, a cargo del juez,

cuando individualiza e impone una pena concreta a quien ha declarado responsable. Y finalmente se menciona a una determinación administrativa, dependiente de la autoridad penitenciaria y controlable jurisdiccionalmente, para describir la ejecución individualizada de la pena impuesta.²³⁹

“La medición de la pena puede ser entendida como un proceso de elaboración y clasificación de informaciones de distinta clase. En ese proceso habrá que definir cuáles son los factores relevantes para graduar la pena, determinar por qué constituyen atenuantes o agravantes frente al caso concreto, y formular el rango de esos factores, teniendo en cuenta su relación con los principios generales (culpabilidad, hecho, legalidad) y la finalidad que deben cumplir dentro del ordenamiento jurídico.²⁴⁰”

Como se habrá podido percatar el lector (a) utilizamos el término circunstancias, sin embargo de qué circunstancias hablamos, las que vamos a estudiar son aquellas que modifican la responsabilidad penal. A continuación ofrecemos una clasificación de las mismas, a fin de obtener una cabal comprensión de este procedimiento y así poder brindar una respuesta fundamentada sobre si éstas -nos referimos a la circunstancias- pueden ser incluidas como criterios a tomar en cuenta en torno al cómputo de la prescripción de la acción penal.

Al respecto brindamos un adelanto a cargo de la doctrina la cual es clara y contundente: “Últimamente parece negarse la existencia, en nuestro sistema, de circunstancias atenuantes privilegiadas. Se dice que **las circunstancias son elementos accidentales que no pertenecen al delito**. Sin embargo, es de tener en cuenta que, llámese como se le llame, la tentativa, las eximentes incompletas, la imputabilidad restringida, Etc., constituyen supuestos que afectan al injusto y a la culpabilidad, con lo cual, inciden indudablemente en el *quantum* de la pena, fijándola incluso por debajo del mínimo de la pena abstracta; esto es, también modifican el marco punitivo original [aunque, bien es verdad, el legislador no señala aún en qué proporción]. Por otro lado, que una circunstancia *no pertenezca* al delito o a su estructura, sino que se relaciona con la pena o la punibilidad, solo podría ser cierto según el concepto de *delito* que se asuma: como conducta típica, antijurídica y culpable, por un lado, o como un injusto culpable y *punible*, por otro; vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor, 2008, 8° ed., p. 609: *Que las circunstancias modificativas sean **elementos accidentales del delito** por afectar no a su presencia, sino a su gravedad, no impide que afecten a elementos esenciales del delito, aumentando o disminuyendo su cantidad.*²⁴¹” (Subrayado

²³⁹ FIGUEROA NAVARRO, Aldo. “Criterios para la elaboración de un sistema legal de penas conminadas en el Código Penal.” En: *El nuevo Código Penal Peruano. Exposición de motivos, anteproyecto del Código Penal y estudios sobre Derecho Penal*. Fondo editorial del Congreso del Perú. Lima, 2011, p. 415. Citado por PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. *Nuevas reglas de determinación de la pena: “El sistema de tercios.”* Disponible en: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N.º 51. Septiembre de 2013. (Especial: Análisis de las nuevas reglas de la determinación judicial de la pena). Pág 23.

²⁴⁰ ZIFFER, Patricia S. *Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena*. En: Roxin, Claus. Beloff, Mary. Magariños, Mario. Ziffer, Patricia S. Bertoni, Eduardo A. Ríos, Ramón T. Determinación judicial de la pena. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires. 1993.

²⁴¹ ORÉ SOSA, Eduardo. *Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076*. Pie de página número siete. Disponible en: http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/determinacion_judicial_de_la_pena_-_incipp.pdf (Fecha de consulta 06/03/16). Puede consultarse también la versión disponible en: Gaceta Penal &

nuestro).

“Las circunstancias son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, hacen posible valorar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuricidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente). Mediante las circunstancias se puede apreciar, pues, si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que deba imponerse a su autor o partícipe. Por tanto la función principal de las circunstancias no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del quantum o extensión de la pena aplicable al hecho punible cometido.”²⁴²

En una fundada crítica la doctrina expone: “Es constatable que la doctrina nacional ha asumido acríticamente la definición propuesta por el profesor Prado Saldarriaga [*antes transcrita*]. Esta definición ha sido el pivote referencial de todo lo escrito sobre las circunstancias y su operatividad en la D.I.J.P. [determinación e individualización judicial de la pena].”²⁴³

A nuestro turno demostraremos que las circunstancias no inciden en la presencia del delito -pues de hecho el delito sí se verificó- sino en la pena concreta a asignarse al mismo, al respecto las circunstancias que modifican (atenúan o agravan) la responsabilidad penal son:

A.- Circunstancias atenuantes genéricas.

Circunstancia atenuante: motivo legal que goza de aptitud para aliviar la pena del reo²⁴⁴. Atenuantes: circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que, si bien no la suprimen totalmente, la reducen²⁴⁵. Éstas se encuentran reguladas en el primer apartado del artículo 46° del Código Penal.²⁴⁶

Artículo 46° Circunstancias de atenuación.

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

- a) La carencia de antecedentes penales;
- b) El obrar por móviles nobles o altruistas;
- c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;

Procesal Penal. Tomo N.° 51. Septiembre de 2013. (Especial: Análisis de las nuevas reglas de la determinación judicial de la pena. Págs: 11-27).

²⁴² PRADO SILDARRIAGA, Víctor. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*, Idemsa Lima, 2010. Pp. 138-139. Citado por PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. *Nuevas reglas de determinación de la pena: “El sistema de tercios.”* Ob. Cit. Pág 32.

²⁴³ MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *Presupuesto acusatorio determinación e individualización de la pena. Proceso Penal. La medida del dolor*. Jurista Editores. Edición Mayo 2015. Págs. 169 - 170.

²⁴⁴ CASADO, María Laura. *Diccionario Jurídico*. - 6a Ed. - Florida: Valletta Ediciones S.R.L. 2009. 6ta Edición 2009. Pág. 166.

²⁴⁵ CASADO, María Laura. Ob. Cit. Pág. 92.

²⁴⁶ Artículo modificado por el artículo único del Decreto legislativo N.° 1237, publicado el **26 septiembre 2015, en el Diario Oficial El Peruano**.

- d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;
- e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;
- f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;
- g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;
- h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

B.- Circunstancias agravantes genéricas.

Circunstancia agravante: motivo legal que tiene por consecuencia hacer más gravosa la pena que le correspondería al autor del hecho²⁴⁷. Agravante: circunstancia que concurre en el perpetrador del delito, o en el delito mismo, y que aumenta su responsabilidad penal²⁴⁸.

Artículo 46° Circunstancias de agravación.

(...)

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

- a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;
- b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;
- c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;
- d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole;
- e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;
- f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;
- g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito;
- h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición

²⁴⁷ CASADO, María Laura. Ob. Cit. Pág. 166.

²⁴⁸ Ibídem. Pág. 59.

económica, formación, poder, oficio, profesión o función;

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;

l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.”

Artículo 46°-A.- Circunstancia agravante por condición del sujeto activo.

Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

En estos casos el Juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible.

Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro. En tal caso, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando

ésta sea elemento constitutivo del hecho punible.

“El artículo 46º-A CP regula una circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo -funcionario público-. El texto legal de dicha norma fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997, modificado por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. El referido artículo 46º-A CP posibilita al Juez incrementar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido -segundo párrafo del artículo mencionado-. Asimismo, fija un límite, al precisar que ésta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29º CP -35 años-”²⁴⁹.

C.- Circunstancias atenuantes privilegiadas.

Al respecto tenemos dos problemas: **El primero:** Las Circunstancias atenuantes privilegiadas, no se encuentran textualmente estipuladas en el Código Penal, entonces cuáles son las *Circunstancias atenuantes privilegiadas*, “No cabe duda que sería práctico tener un registro de éstas. Pero podemos mencionar a fin de facilitar el trabajo, que las circunstancias privilegiadas normalmente se pueden identificar con las frases “podrá reducir prudencialmente la pena”, “la pena será atenuada”²⁵⁰; (...)”²⁵¹ **El Segundo:** Al aplicar la pena, el Código Penal menciona que el juez podrá atenuar la pena ¿Pero hasta dónde, podrá hacerlo, cual es el límite? “Ubicar el extremo mínimo ante la presencia de circunstancias privilegiadas, vaticino, será una tarea que generará problemas de aplicación. Esto en razón de que son muy pocas las circunstancias privilegiadas que establecen cual será el extremo mínimo, tampoco encontraremos operaciones aritméticas que ayuden a dicha labor, dado que, como se expresó líneas arriba, estas circunstancias se expresan bajo el cuantitativo de “prudencialmente.”²⁵²

A nuestro turno, argumentamos que la pena inicial abstracta anterior ahora es mi máximo legal pero cuál será el mínimo legal. Al respecto el artículo 29º del C.P, estipula que *La pena privativa de libertad puede ser temporal, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años*. En consecuencia apelando al Principio de Legalidad²⁵³ y de Proporcionalidad²⁵⁴, mi prognosis de pena

²⁴⁹ Sexto fundamento del Acuerdo Plenario 9-2008/CJ-116.

²⁵⁰ Ejemplos: La tentativa del artículo 16º, la responsabilidad restringida por edad del artículo 22º, la complicidad secundaria del artículo 25, entre otras. Ejemplo propuesto por JIMÉNEZ NIÑO, Sergio. *La determinación de la pena en la Ley N.º 30076: ¿De dónde parto?* Disponible en: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N.º 51. Septiembre de 2013. (Especial: Análisis de las nuevas reglas de la determinación judicial de la pena). Pág 46.

²⁵¹ JIMÉNEZ NIÑO, Sergio. *La determinación de la pena en la Ley N.º 30076: ¿De dónde parto?* Ob. Cit. Pág 46.

²⁵² Ibídem. Pág. 48.

²⁵³ principio de legalidad este encuentra asidero legal en el ámbito internacional en la Convención americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

A nivel interno contamos con los siguientes dispositivos:

Artículo 2º Inciso 24. Literal D de la Constitución Política del Perú. Reza que toda persona tiene derecho, a la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley,

iría de dos días hasta el mínimo de la pena abstracta anterior (que ahora sería mi nuevo máximo), veamos un ejemplo líneas más abajo, para aterrizar en la realidad:

A su turno el Tribunal Constitucional peruano específicamente, con relación a la proporcionalidad de las penas:

Principio de proporcionalidad en el ámbito de determinación de las penas.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

En el presente caso, se ha cuestionado la desproporcionalidad de las penas establecidas en el Decreto ley N.º 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira sobre uno de los ámbitos de la determinación de la pena. En concreto, sobre la denominada “determinación legal”.

de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”

Artículo II.- Principio de Legalidad del Código Penal “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”

Al respecto el profesor Claus Roxin, distingue cuatro consecuencias del principio de legalidad. “Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de “prohibiciones”, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas”. Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo 1 (Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. 1ª edición, Madrid, 1997,5/2, Págs. 140-141.

Entre nosotros el jurista Urquiza Olaechea comentando el artículo 2º Inciso 24 literal D de la Constitución argumenta: “De esas exigencias [salvaguarda de la dignidad y la libertad] surge el principio de legalidad; institución que constituye, si no el más, uno de los pilares o piedra angular más importante del Derecho en general, y del Derecho Penal en particular, pues limita la arbitrariedad y con ello garantiza la libertad. Vid. URQUIZA OLAECHEA, José. *Principio de Legalidad en materia penal*. (Comentarios al artículo 2 Inciso 24 literal D de la Constitución). En: *La Constitución comentada*. Tomo I. Análisis artículo por artículo. Segunda edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Pág. 389.

²⁵⁴ - Relación del Derecho penal y la Constitución.

La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estrictas y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del Legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. Si bien las referidas ideas fundamentales se presentaban inicialmente como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo en las Constituciones y en los Códigos Penales con diversa amplitud y precisión. (STC N.º 0012-2006-PI/TC, FJ 1. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial).

En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”.

El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución.

Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma. (STC N.º 0010-2002-AI/TC F.J. 196-199, Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 Ciudadanos).

Proporcionalidad.

- Noción

“La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella”.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental).” (STC N.º 00090-2004-PA/TC, párrafos 8º y 9º del FJ 35. Caso Juan Carlos Callegari Herazo.)

Veamos un ejemplo: Juan Pérez, es policía de la comisaría X, se encuentra de turno y recibe una comunicación anónima (llamada telefónica) en la que se le comunica que al interior de la casa de Juanito Alimaña, se están vendiendo drogas psicotrópicas, Juan Pérez, sin hacer las averiguaciones previas del caso, y a fin de indagar la veracidad de las versiones, y creyendo que se encontraba ante un supuesto de flagrancia delictiva²⁵⁵, decide ingresar por la fuerza y sin permiso y sin mediar orden judicial alguna, al interior de la casa de Juanito Alimaña, y no encuentra nada de estupefacientes, al parecer se había tratado de una broma, sin embargo es denunciado por el delito de: Allanamiento ilegal de domicilio: Artículo 160º del C.P. *El funcionario o servidor público que allana un domicilio, sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 3.*

Juan Pérez, alega que fue inducido al error, y actuó de esa manera pues estaba en cumplimiento de la ley - su deber, al respecto es menester recordar que este tipo de delito es un delito propio - especial: “El sujeto activo tiene que ser un funcionario o servidor público, por lo que este delito se constituye no sólo por la simple calidad del sujeto activo, sino porque el hecho supone un abuso de su función.”²⁵⁶ Como lo anotamos al ser un delito especial no se puede configurar el delito de Violación de domicilio, al respecto la jurisprudencia: “1. *Principio de especialidad y delito de allanamiento de morada agravado. "Al haber ingresado el efectivo de la Policía Nacional al domicilio de los agraviados, abusando de su condición de policía, procediendo a registrarlo con la finalidad de buscar bienes sustraídos el día anterior de los hechos, se trata de un ilícito penal que, por la aplicación del principio de especialidad, se adecúa al injusto penal de allanamiento ilegal de morada cometido por funcionario público.* (EJECUTORIA SUPERIOR DE LA SALA PENAL DE APELACIONES PARA PROCESOS SUMARIOS CON REOS LIBRES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA DEL 01/10/98, EXP. N.º 1272-98].”²⁵⁷

Con relación al primer problema planteado: Para cierto sector de la doctrina no existen circunstancias atenuantes privilegiadas veamos la doctrina especializada la cual asume una posición crítica al respecto: “Antes de las modificaciones reguladas por la Ley N.º 30076, no estaba en cuestión la naturaleza de circunstancias atenuantes privilegiadas de esas las mencionadas categorías -

²⁵⁵ Existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo. Vid. Artículo 259º inciso 2 del nuevo Código Procesal Penal.

²⁵⁶ BRAMONT ARIAS. *Temas de Derecho Penal*. T.V., op. cit. pág. 52. Citado por BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ta. Edición. Quinta Reimpresión: 2006. Lima - Perú. Editorial San Marcos. Pág. 208.

²⁵⁷ URQUIZO OLACHEA, José. *Código Penal*. Tomo I. Idemsa. Primera Edición. Lima - Abril 2010. Pág. 496.

tentativa, complicidad secundaria, etc.²⁵⁸- Empero, posteriormente un sector de la doctrina, se ha reposicionado; ahora niega esa naturaleza, y las conceptualiza como *causas de disminución o aumento de punibilidad*.

Este reposicionamiento doctrinal no es neutral; tiene su explicación en el contexto expansivo de la sobre criminalización. Los efectos operativos de asumir una u otra posición son directos. Para quienes niegan la regulación normativa de las circunstancias atenuantes privilegiadas no es posible determinar un nuevo marco concreto por debajo del tercio inferior; en ese orden, la pena se tiene que individualizar dentro de los *límites de la pena abstracta y/o en el marco concreto reducido*, pero nunca en un marco por debajo del tercio inferior; los efectos operativos de considerarlas como “causas de aumento o disminución de punibilidad” es similar a los de las circunstancias genéricas de atenuación.²⁵⁹ (...) Quienes sostienen que sí son circunstancias atenuantes privilegiadas realizan una interpretación desde la realidad; en ese orden el problema no es la ubicación de estas categorías en la teoría del delito, sino en la modulación normativa del injusto y la culpabilidad y los efectos punitivos atenuados que producen. En ese orden la configuración de cualquiera de estas categorías condicionan una mayor o menor gravedad del injusto, por ejemplo: La tentativa, o condicionan un mayor efecto limitante de la culpabilidad, por ejemplo el error de prohibición vencible. La configuración de cualquiera de estas categorías -circunstancias atenuantes privilegiadas- incide directamente en la penalidad (punibilidad) “por debajo del mínimo legal”, “disminuir prudencialmente la pena.”²⁶⁰

Con relación al segundo problema planteado: “Subsiste, sin embargo, el problema de determinar hasta dónde se ha de extender el espacio punitivo ante la concurrencia de atenuantes privilegiadas [no parece suceder lo mismo con las agravantes cualificadas, pues el legislador generalmente señala el *quantum* agravatorio] que no indiquen la proporción por debajo del mínimo hasta donde procede la reducción de la pena. Una opción, sería entender que podría reducirse hasta el mínimo previsto para las penas privativas de libertad, esto es, dos días. De ser este el caso, sería aconsejable modificar de una vez el artículo 29 del Código Penal y elevar la duración mínima de este tipo de pena, pues existe consenso en repudiar penas privativas de libertad de cortísima duración. Otra opción sería concretar, en una próxima reforma, la proporción en que se ha de disminuir las penas en los casos de tentativa, error de prohibición vencible, complicidad secundaria, eximentes incompletas, etc.”²⁶¹

²⁵⁸ En el 2010, Prado Saldarriaga señalaba que “cuando concurre en el caso circunstancias privilegiadas lo que varía de modo descendente es el mínimo legal el original y que será sustituido por uno nuevo e inferior. Un ejemplo de esta clase de circunstancias lo encontramos en el artículo 22 del Código Penal, el cual valorando la edad del agente al momento de la comisión del delito, permite al Juez imponer una pena concreta cuya expresión cuantitativa estará siempre por debajo del mínimo legal conminado para el hecho punible. Algo similar ocurrirá en el caso de la complicidad secundaria del artículo 25 *in fine* o de la tentativa conforme a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 162° (PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*, p. 142. 138-139. Citado MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Ob. Cit. Pág. 124.

²⁵⁹ MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Ob. Cit. Págs. 124-125.

²⁶⁰ *Ibíd.* Págs. 126-127.

²⁶¹ ORÉ SOSA, Eduardo. *Determinación judicial de la pena. reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076*. Ob. Cit. Pág. 05.

Volviendo al ejemplo planteado advertimos que Juan Pérez, ha incurrido en un error de tipo vencible (Art. 14° del Código Penal), pues una llamada lo indujo al error, pero no advirtió que haciendo las averiguaciones mínimas del caso habría salido de su error²⁶² y creyó *que obraba por disposición de la ley, en cumplimiento de su deber, en el ejercicio legítimo de su derecho, oficio o cargo*, como policía PNP, (Art. 20 Inc. 8 del C.P.) sin embargo no se trataba de ninguna caso de flagrancia delictiva, por lo que al no haber concurrido alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad (Art. 21° del C.P.), el Juez atenuará la pena, los artículos que acabamos de anotar constituyen circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena privativa de libertad a imponerse más su correspondiente inhabilitación se encuentra en un rango de dos días a un año, la pena de inhabilitación también deberá ser reducida proporcionalmente.

No cabe aplicar criterios de oportunidad, pues de conformidad con el Art. 2° inciso 1 Literal B del nuevo Código Procesal Penal:

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

(...)

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

“Para poder aplicar esta hipótesis, el extremo mínimo de la pena imputable al delito, no puede ser superior a los dos años de pena privativa de la libertad. Si el dispositivo no hace mención a un específico elemento del tipo subjetivo del injusto, quiere decir, que ambas modalidades (dolo y culpa), son amparables en esta causal. Asimismo, se sustrae de esta hipótesis, el hecho de que el ilícito penal haya sido cometido por un funcionario público, esto es, se basa en razones estrictas del reproche de culpabilidad. Si bien el precepto no hace alusión alguna, se infiere que el delito debe ser producto de un aprovechamiento o abuso de la función pública, por lo tanto, el injusto se comete en el ámbito de la actividad pública, pues, sobre él subsiste una mayor exigibilidad de tutela sobre los bienes jurídicos que se encuentra obligado a tutelar. Estos son delitos especiales propios, en tanto, exigen una especial condición del agente a efectos de ser considerado autor, por eso se dice que son delitos intrainstitucionales, donde el autor solo puede ser un funcionario o servidor público. Por tanto, los efectos antijurídicos deben ser consecuencia de un riesgo no permitido creado por el comportamiento del autor, sostenidos sobre una infracción del deber público. En el caso, de que el delito sea cometido por un funcionario público, pero, su realización típica no se encuentra conectada con la función pública, por ejemplo, lesiones leves que se pueden producir en el ámbito

²⁶² (...) para apreciar el carácter inevitable del error resulta conveniente recurrir a los criterios utilizados para determinar si se da o no un delito culposo. Lo decisivo es, en consecuencia, comprobar si el agente tomó, para evitar el error, las precauciones necesarias de acuerdo con las circunstancias personales y materiales en que actuó (ESup del 23 de mayo de 1996, Exp. N.° 217-92 Lima, en Diálogo con la Jurisprudencia, T. N.° 4; REAÑO, 2003, p. 196 ss.). Citado por HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. 4Ta. Edición Lima - Octubre de 2013. Idemsa Págs. 460-461.

doméstico, no estaría en principio excluido de esta hipótesis, siempre y cuando no supere los dos años como extremo mínimo de pena privativa de la libertad.²⁶³

Omisión impropia.

Artículo 13°- El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.

Error de tipo y error de prohibición.

Artículo 14°. El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

Tentativa.

Artículo 16°. En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.

El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Eximentes incompletas.

Artículo 21°. En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

Artículo 22°. Responsabilidad restringida por la edad.

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena

²⁶³ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis nuevo Código Procesal Penal Parte*. Tomo I. 2Da. Edición Febrero 2009. Editorial Rodhas. Págs. 215-216.

privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

Complicidad secundaria.

Artículo 25°. (...)

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

D.- Circunstancias agravantes cualificadas.

Éstas sí se encuentran textualmente reguladas en el Código Penal, a saber son las siguientes:

Artículo 46°-B. Reincidencia.

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.

Artículo 46°-C. Habitualidad.

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres

años.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados.

De la revisión de la exposición de motivos del actual Código Penal, atinente a la Reincidencia y Habitualidad, se pueden advertir que dichas circunstancias fueron excluidas en su debido momento del Código Penal: “Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del proyecto de Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. **Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor).** La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio bis non inidem (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233º inc. 11 de la Carta Política. La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social.²⁶⁴” (Resaltados nuestros).

Como es de público conocimiento la constitucionalidad de la reincidencia y la habitualidad, ha sido confirmada por Tribunal Constitucional Peruano (TC en adelante) mediante el Exp. N.º 0014-2006-PI/TC, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N.º 28726, veamos al respecto:

“3. ¿En qué consiste la reincidencia?

En primer término, la reincidencia constituye una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con

²⁶⁴ Versión oficial extraída de la página del Ministerio de Justicia disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdmo> (Fecha de consulta 08/03/16).

miras a determinar la graduación de las penas. (...) Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior.” (Fundamento jurídico 17).

Proceso de Inconstitucionalidad: Expediente N.º 0014-2006-PI/TC
Fecha: 5 de diciembre de 2007

5. ¿Cuáles son los alcances de la reincidencia en el ordenamiento jurídico peruano?

“Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el nomen iuris que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación).

Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de la sanciones: una sanción por la comisión per se del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona.” (Fundamento jurídico 18).

Proceso de Inconstitucionalidad: Expediente N.º 0014-2006-PI/TC
Fecha: 5 de diciembre de 2007.

9. ¿En qué consiste la habitualidad?

“En el derecho penal se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos. En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempos diversos e independientes unos de otros.” (Fundamento jurídico 48)

Proceso de Inconstitucionalidad: Expediente N.º 0014-2006-PI/TC.
Fecha: 5 de diciembre de 2007.

10. ¿Qué precisiones hace el Tribunal Constitucional al legislador y al juez respecto a la constitucionalidad de la habitualidad?

“(…) el Tribunal Constitucional considera que el legislador, a quien le corresponde definir la política de persecución criminal del Estado, tiene un margen de razonabilidad para ello, pero con límites como los derechos fundamentales de las personas; límites que, por lo demás, este Colegiado no estima sobrepasados por las leyes ahora impugnadas. Lo que no obsta, como es obvio, para que los jueces penales, al momento de considerar la habitualidad como una agravante de la pena, motiven suficiente y objetivamente sus decisiones jurisdiccionales, respetando

siempre las garantías procesales y sustantivas que se derivan del derecho fundamental al debido proceso, tal como dispone el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución.” (Fundamento jurídico 53).

Proceso de Inconstitucionalidad: Expediente N° 0014-2006-PI/TC.

Fecha: 5 de diciembre de 2007.²⁶⁵

Finalmente otro punto que debemos resaltar es lo atinente al Derecho Penal del enemigo, al respecto cabe citar al mentor del término, nos referimos al profesor Jakobs: “(...) el derecho vigente en Alemania cuando se enfrenta en determinados ámbitos a aquellos sujetos que muestran una postura abiertamente delictiva no los trata ya más como *personas en Derecho* sino precisamente como *fuentes de peligro*: la expectativa *normativa* en función de la cual el autor pueda comportarse de una manera tolerable para la Sociedad cede ante la aceptación *cognitiva* según la cual frente al peligro de que el sujeto pueda cometer más delitos se hace incluso necesario no solo una hetero administración excepcional sino aun intensiva del individuo peligroso.”²⁶⁶

En sentido similar el *Magister Iuris Comparativi* Polaino-Orts “Pues bien, las situaciones de Derecho penal del enemigo son, en los estados democráticos actuales, una reacción frente a la erosión intolerable de esas normas imprescindibles para la convivencia: las que el profesor Jakobs denomina “normas de flanqueo.”²⁶⁷

Otra opinión autorizada que grafica sobremanera *mutatis mutandis* el derecho penal del enemigo imbricado en las reformas penales comentario que es perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico: “Pero si de la criminalidad menor en importancia cualitativa pasamos a la criminalidad de mayor gravedad, observamos en las reformas recientes al Código Penal español una tendencia que más que a la idea de “tolerancia cero” responde a lo que el penalista alemán, Günther Jakobs, denomina “Derecho penal del enemigo”²⁶⁸. Con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de

²⁶⁵ RAE Jurisprudencia. Julio de 2008. *La constitucionalidad de la reincidencia y la habitualidad en el Código Penal Peruano*. Págs. 467 a 469. Disponible también en:

<http://www.raejurisprudencia.com.pe/data-jurisprudencial/descargas.php?p=149> (Fecha de consulta 08/03/16).

²⁶⁶ JAKOBS, Günther. *¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho Penal del enemigo?* (Traducción española del manuscrito alemán por Miguel Polaino-Orts) En: *JUS Doctrina & Práctica*. N.º 5 Mayo. 2007. Editora Grijley. Pág. 35.

²⁶⁷ POLAINO-ORTS, Miguel. *El derecho penal del enemigo como garantía de la juridicidad democrática estatal*. En: *JUS Doctrina & Práctica*. N.º 5 Mayo. 2007. Editora Grijley. Pág. 38.

²⁶⁸ Cfr. Jakobs, “La ciencia penal ante los retos del futuro”, trad. De teresa Manso, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *La ciencia del Derecho Penal ante el cambio de milenio*, coordinador de la edición española Francisco Muñoz Conde, Valencia, 2004, pp. 53 y ss. (esp. 59 ss.) La expresión en alemán “Feindstrafrecht” fue utilizada ya por el citado autor en su ponencia a las Jornadas de Penalistas alemanes de Frankfurt en 1985, aunque en un sentido más bien crítico. Citado por MUÑOZ CONDE, Francisco. *Las reformas de la parte especial del Derecho Penal español en el 2003: De la “Tolerancia Cero” al “Derecho Penal del enemigo”*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo II. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Págs. 32-33.

la lesión de un bien jurídico. Un[a] panorama sin duda duro y desolador, pero, según dice el citado autor, inevitable, “pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad”²⁶⁹.

Delito continuado.

Artículo 49°. Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos.”

Al respecto la doctrina: “**El delito continuado** consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en el mismo o en diversos momentos, pero en análogas ocasiones que infringen la misma ley penal, como acciones efectivas de una misma resolución criminal.

El delito Masa es aquel en que el sujeto activo mediante una sola acción o por varias, que consideradas independientemente constituiría cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas, cuyos componentes individuales (en principio indeterminados) no están unidos entre sí por vínculos jurídicos.²⁷⁰”

5.3.2.- Toma de posición.

Avocándonos a nuestra tarea y resolviendo la controversia la cual anotábamos que estribaba en determinar si la pena a imponerse en concurrencia con las circunstancias del artículo 46°-A del C.P y el delito masa contenido en el artículo 49° del C.P, deberían incluirse, valorarse, tomarse en cuenta para el cómputo de la prescripción de la acción penal. La respuesta es un rotundo NO, pues nos plegamos y hacemos nuestros los argumentos del A.P. in comento:

12°. En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46°-A CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo -funcionario público- y, como tal, **se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito**, que influye en la determinación judicial de la pena -pena concreta-, mas no en la pena abstracta. **Su carácter accidental implica que no constituye el injusto**

²⁶⁹ JAKOBS, *op. cit.*, p. 61. Citado por MUÑOZ CONDE, Francisco. *Las reformas de la parte especial del Derecho Penal español en el 2003: De la “Tolerancia cero” al “Derecho Penal del enemigo”*. Ob. Cit. Pág. 33.

²⁷⁰ JIMÉNEZ CASTAÑEDA, Francisco. *Balotario desarrollado - Derecho Penal*. En: Asociación de Derecho y Justicia en el Perú. ADJP. Balotario desarrollado para la selección y nombramiento de vocales, jueces y fiscales. Primera reimpression 2008. Editorial EDILEGSA E.I.R.L. Pág. 258.

ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito.

Sin duda, el artículo 46º-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado.

Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Conviene establecer como conclusión y dejar bien en claro que para el cómputo de la prescripción de la acción penal se toma en cuenta la pena abstracta, tomando en cuenta los pasos para la determinación judicial de la pena el juez calificará el delito, luego ubicará la pena abstracta realizando un adecuado juicio de tipicidad²⁷¹ después determinará la pena concreta, nosotros vamos a centrarnos en la pena abstracta, dicha pena es la sanción que se impone al agente de infracción dolosa o culposa (por acción u omisión) y viene prestablecida por la ley, constituye nuestro marco punitivo, sobre el cual va a determinarse la pena concreta luego de evaluar si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (agravantes, atenuantes, cualificadas, etc) para graficar nuestra posición veamos la estructura de un tipo penal.

Tenemos elementos estructurales de la imputación del tipo objetivo:

- Los sujetos.
- La conducta.
- Aspectos descriptivos y normativos.
- Objeto de la acción.

Como ha podido notarse no hemos incluido a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal como parte de la estructura del tipo objetivo, y esto no es un mero capricho dogmático, nos remitimos al pie de página²⁷², en conclusión éstas (circunstancias modificativas de la responsabilidad penal) no están incluidas no han sido tomadas en cuenta como parte de la estructura interna del tipo objetivo y mucho menos han servido para asignar la pena abstracta, salvo que el legislador las

²⁷¹ Tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación se denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal. Si luego de realizado dicho proceso se determina que el hecho encaja en los caracteres abstractos del tipo, existe adecuación típica, lo contrario nos llevaría a negarla. Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Editora Jurídica Grijley. 2006. Pág. 296.

²⁷² Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley. 2006. Págs. 304 y sgts. Vid. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Tercera edición 2005. Editorial Grijley. Págs. 409 y Sgts.

haya incluido como tal en un tipo penal, *nota bene* (nótese bien), en consecuencia estas circunstancias son elementos accidentales al respecto el A.P. 8-2009/CJ-116, in comento expone:

9º. Las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su **carácter accidental** implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato, y en general de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser **circunstanciado** [JUAN BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho Penal - Parte general*, Obra completas, Tomo I, Ara editores, Lima, 2004, página 1192]. En virtud a ello es que se señala que sólo se pueden considerar las circunstancias (agravantes o atenuantes) a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas de los hechos punibles o modificatorios de la responsabilidad. (Resaltado nuestro).

Afianza lo antes expuesto una voz muy autorizada por cierto: “Pergeñar una teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad presupone unir conceptualmente dos aspectos: realidad y concepto, para darle armonía explicativa. En ese orden, definimos provisionalmente a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, como aquellos hechos no vinculados a la realización formal de los elementos del tipo, -ajenos a la estructura del tipo-, que el legislador ha considerado directamente vinculados con la intensidad del injusto, y la modulación de la culpabilidad y; por tanto, **tienen el efecto jurídico de determinar el marco concreto de la pena, y aún de individualizar la pena exacta**, en cada caso concreto.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad presentan dos características fundamentales: accidentales y accesorias²⁷³ **Accidentales**. No son constitutivas del injusto, ni de la culpabilidad; pueden estar presentes o no en la realización del delito; empero, condicionan un mayor o menor contenido de injusto, o una culpabilidad modulada.²⁷⁴ **Accesorias o secundarias**. Presuponen un tipo penal, pues solo en función de éstos, tienen efectos jurídicos; empero, la configuración del hecho punible no se ve afectada por la concurrencia o inconcurrencia de alguna de estas circunstancias.²⁷⁵

¿Cuál es el objeto, cuál es la función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad? Al respecto el A.P, materia de estudio expone:

²⁷³ Algunos reconocen otras características como el ser ocasional o extraordinaria. *Vid.* MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Ob. Cit. Pág. 171.

²⁷⁴ Las circunstancias atenuantes o agravantes previstas en el Art. 46 del CP no son constitutivas del injusto típico ni de culpabilidad; en efecto, estas circunstancias solo rodean el contorno de la imputación, solo “circundan” el hecho imputado; por consiguiente, éstas no constituyen el núcleo o la esencia del injusto o de la culpabilidad. En otras palabras, son periféricas al injusto. Se trata de comprender, que si la proposición fáctica está vinculada al núcleo típico de la imputación, obviamente, luego no puede ser circunstancia tangencial que rodea a la imputación. *Vid.* MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Ob. Cit. Págs. 171 - 172.

²⁷⁵ MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Ob. Cit. Págs. 171-172.

9.- (...) Las circunstancias tienen, pues, **por objeto** una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales [JUAN BUSTOS RAMÍREZ/HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉ: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, páginas 396-397].

La función de las circunstancias es determinar el *quantum* de la pena, es decir, afectan su medida, ya sea para aumentarla o disminuirla. Por eso mismo, aquellas que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida [JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Obra citada*, página 1195].

A fin de no dejar cabos sueltos nos plegamos a las razones esgrimidas en el A.P, bajo comentario y suscribimos el siguiente argumento:

13º. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado **-delito masa-**, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49º CP, constituye ya un delito en sí **-delito masa-**. **Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto** -la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito-, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto. (Resaltados nuestros).

Tal como lo hemos expuesto *in extenso*, líneas arriba, en la prescripción de la acción penal se toma en cuenta solo única y exclusivamente sobre la pena abstracta más no sobre la pena concreta, por lo tanto es de recibo lo expuesto por la Corte Suprema.

Finalmente cabe hacer la crítica respectiva al voto en minoría, el cual no compartimos:

3.- (...) Al respecto, es pertinente señalar que las circunstancias agravantes y sus efectos están también sometidos a iguales principios y garantías, que derivan del principio de legalidad (taxatividad, regulación expresa y previa, certeza en la descripción legal de sus componentes). Sobre todo aquéllas que como las reguladas en el artículo 46º-A CP modifican los estándares de la pena máxima abstracta o conminada originalmente para el delito. Esto es, por imperio del principio de legalidad, las circunstancias agravantes cualificadas y sus efectos punitivos deben tener una presencia formal o abstracta igual que la

prevista y regulada en la penalidad de cada hecho punible. **Esta exigencia garantista demanda que, de antemano, el delincuente y el juez deben tener siempre previsto por la ley un espacio potencial de sanción o pena básica.**

Por consiguiente, no puede haber pena concreta posterior que difiera de los límites precedentes de una pena conminada o básica. El juez sólo puede evaluar y aplicar procesalmente la pena que la ley considera (en abstracto) como posibilidad cierta y previamente regulada para el caso global imputado (delito y circunstancias). En tal sentido, si la posibilidad de extensión de la pena se amplía por las circunstancias agravantes cualificadas también debe ampliarse el plazo de persecución del delito circunstanciado cometido. Siendo así, resulta coherente y legal sostener que la presencia formal en la imputación de las circunstancias agravantes del artículo 46º-A CP crea un nuevo marco penal abstracto o conminado cuyo extremo máximo corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado. **Por tanto, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos deberá tomarse también como base ese nuevo marco punitivo abstracto o conminado.**

Como es natural nosotros no compartimos estas líneas argumentativas del pleno en minoría todo por cuanto estaría valorando circunstancias (las cuales son accidentales) que por su naturaleza no integran la estructura del tipo objetivo como ya tuvimos la oportunidad de explicar, y por lo tanto el legislador no lo ha incluido como parte de la pena abstracta, con ello la judicatura vía jurisprudencial, so pena de transgredir las funciones de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, no puede ni debe tomar en cuenta para ampliar los plazos de la prescripción de la acción penal.

Sí el argumento esgrimido por el pleno en minoría sería correcto, entonces si estamos ante circunstancias atenuantes genéricas o en el mejor de los casos ante atenuantes privilegiadas, ¿entonces los plazos de la prescripción de la acción penal serían más cortos? ¿Tendrían que reducirse los plazos para el cómputo de la prescripción de la acción penal?, estos argumentos como ya lo dijimos no son de recibo, porque el pleno en minoría está tomando como base del cálculo de la prescripción a la pena concreta, lo cual es una infracción interpretativa, *si cabe el término*, mas no toma en cuenta la pena abstracta, que por el principio de legalidad viene asignada por la ley, y es justamente el criterio a tomarse en cuenta para calcular el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal.

5.4.- Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116²⁷⁶

ASUNTO: Prescripción: Problemas actuales.

A continuación transcribimos los fundamentos más relevantes del acuerdo plenario con relación a la prescripción de la acción penal bajo comentario:

²⁷⁶ Publicado el día 30 de diciembre de 2010, en el diario oficial, *El Peruano*.

§ 2. Planteamiento de los problemas.

9º. Determinar los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal: la dúplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado.

10º. La prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas.

11º. Establecer el sentido del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación Preparatoria.

§ 3. Desarrollo del primer tema.

12º. El legislador incrementó el plazo de prescripción -duplicó- en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41º de la Constitución Política del Perú -“*el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos*”-. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa.

En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se les confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos. Esto implica un mayor desvalor de la acción -como conducta peligrosa para los bienes jurídicos- complementada con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

13º. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

14º. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó -método lógico-sistemático-. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80º del Código Penal se

orienta al *Capítulo II, Título XVIII, del Libro segundo* del mismo cuerpo legal, *“Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos”*, atendiendo a dos aspectos concretos:

- A.** En este capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.
- B.** Dicho capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisonal, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

15º. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre éstos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

- A.** Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito -funcionario o servidor público- y el patrimonio del Estado.
- B.** El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que éste ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
- C.** Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional, una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

16º. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos

comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

17º. Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.

A. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.

B. La segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40º y 60º de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2º del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

C. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

18º. El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal.

§ 4. Desarrollo del segundo tema.

19º. El Libro tercero del Código Penal está dedicado a las faltas. Esta clase de infracciones penales no incluyen en su penalidad conminada penas privativas de libertad. Ellas son sancionadas sólo con penas principales de multa o de prestación de servicios a la comunidad. En lo que respecta al plazo ordinario de la prescripción de la acción penal y de la pena en las faltas, el inciso 5 del artículo 440º señala de manera específica en un año. Además, dicha disposición consigna también que **“la acción penal y la pena prescriben en caso de reincidencia a los dos años”**.

20º. Sin embargo, el citado artículo no ha precisado cuáles son las reglas especiales sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas. Por consiguiente, dado que el mismo numeral 440º *ab initio* establece que: *“Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro primero (...)”*, es pertinente delinear los alcances de esa regulación supletoria para tales casos.

21º. Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción

extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo 83º *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.

22º. Ahora bien, el artículo 440º, inciso 5, señala también que en caso de reincidencia el plazo ordinario de prescripción de la acción penal y de la pena para las faltas es de dos años, por lo que en tales supuestos el plazo extraordinario será de tres años. No obstante, dicho artículo no identifica en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia en las faltas. Es en el artículo 46º B del Código Penal en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: *“Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas”*. Corresponde, pues, sobre la base de las disposiciones legales mencionadas desarrollar fórmulas de interpretación que las hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios:

- A.** La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.
- B.** La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.
- C.** Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo 440º.

§ 6. Desarrollo del tercer tema.

23º. Tercer tema. El apartado uno del artículo 339º del nuevo Código Procesal Penal prescribe que *“la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal”*. Entonces la discusión de ese párrafo está centrada en las cuestiones de legitimidad, legalidad y razonabilidad.

24º. La **“suspensión”** de la prescripción prevista en el artículo 84º del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal -constituye la excepción al

principio general de la continuidad del tiempo en el proceso-. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25º. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.

26º. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339º del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión “*sui generis*”, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde este acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

27º. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la “**suspensión**” con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de “**interrupción**” de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

28º. Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos:

A. Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos, y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo.

B. El Estado por medio del Ministerio Público ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la aplicación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo.

29º. Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada -el acto del Fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la norma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso- para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado.

30º. Por tanto, la suspensión del plazo de prescripción significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito. Constituye la manifestación de voluntad objetivamente idónea del Estado para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo y contribuye a consolidar el principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público prescrita en el artículo 159º de la Carta Política.

31º. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139º de la Constitución -inserto en la garantía del debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable, por lo siguiente:

A. El fenómeno de la prescripción regulado en la norma constitucional y sustantiva está determinado esencialmente por una autolimitación del Estado para ejercer su potestad represiva cuando no ejerce la acción eficaz y oportunamente en un tiempo determinado. Por tanto, el legislador es el que decide si los actos que se realizan para iniciar la persecución penal, como “**la Formalización de la Investigación Preparatoria**” es una causa que suspende el curso de la prescripción.

B. **Dicha institución sustantiva** está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interés social en la persecución de los delitos. (Resaltado nuestro)

- C. La suspensión del plazo de la prescripción no origina un problema de condiciones de desigualdad entre el Ministerio Público y el imputado por la creación de una posibilidad que afecta derechos fundamentales pues cuando el hecho imputado de carácter delictivo conserva su contenido de lesividad, es necesario una sanción a su autor por ser legítima. En ese sentido, no se puede sostener la existencia de desigualdad -relevante jurídicamente- cuando se persigue y castiga una infracción punible.
- D. No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse.
- E. La reforma del sistema procesal implicó cambios radicales importantes constituyendo uno de los más significativos relevar a los jueces de las labores de investigación dentro del proceso penal - propio de un sistema acusatorio- y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones dentro del nuevo sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la “**suspensión de la prescripción**” se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso, promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva.
- F. En el nuevo Código Procesal Penal las etapas del proceso tienen un plazo establecido: La Investigación policial o Fiscal sesenta días, la Investigación Preparatoria ciento veinte días, ampliado a sesenta días y para casos complejos hasta ocho meses y si bien el juzgamiento no tiene plazo definido, no obstante una de sus características principales como innovación del nuevo modelo procesal es su celeridad y continuación ininterrumpida hasta su conclusión, evitando dilaciones y pérdida de concentración, como la propia Ley lo señala en el artículo 360° [inciso 1 y 5]-“*si no fuera posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión y no podrá realizarse otros juicios hasta su culminación*”-. Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de Justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente.
- G. Por otro lado, la propia norma procesal en los artículos 334° [inciso 2] y 343° regula las situaciones en las que el plazo de la investigación preliminar y preparatoria exceda su duración y reconoce al afectado el derecho de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria -Juez de Garantías considerado como el custodio de la legalidad del procedimiento de investigación que realiza el Ministerio Público y tiene como función esencial tutelar las garantías del imputado- para que resuelva el conflicto y ordene la culminación de esas etapas

procesales cuando las considere excesivas -se materializa por medio de una audiencia de control de plazos-. Es evidente el interés y voluntad del legislador de someter a control el plazo del proceso por el Juez que ejerce las funciones del control de garantías -y reglado en el sistema procesal penal- en virtud del principio medular del Estado de Derecho para no dejar a completo arbitrio del Fiscal la duración de la investigación.

32º. En ese contexto, es claro que el plazo de la suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro. Con esto debe resaltarse que si bien los actos del procedimiento suspenden el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hacen hasta cierto límite.

5.4.1.- Comentario: Para comentar acertadamente los fundamentos expuestos en el A.P. Sobre problemas actuales de la prescripción, como hemos podido reparar la Corte Suprema centra su análisis en tres problemas principales que se propone solucionar al respecto son los siguientes:

Planteamiento de los problemas:

9º. Determinar los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal: la dúplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado.

10º. La prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas.

11º. Establecer el sentido del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación Preparatoria.

A.- Comentario sobre la determinación de los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal: la dúplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado.

Antes de proceder al análisis respectivo, es menester traer a colación qué es lo que se entiende por Administración Pública: “La administración pública en un Estado democrático de Derecho está debidamente organizada por leyes, reglamentos y directivas que deben ser observadas y cumplidas por los funcionarios o servidores en el desempeño de sus labores y actividades al interior de la

administración. El quebrantamiento de aquellas normas, sin duda, acarrearán responsabilidad administrativa, cual o dependiendo de la magnitud -hasta penal- por parte del sujeto público. No cualquier conducta de quebrantamiento de aquellas normas constituye hecho punible. Solo constituirán delito cuando así esté tipificadas en nuestro Código Penal o leyes penales especiales, ello con base en el principio de legalidad que fundamenta el Derecho Penal.²⁷⁷

“Los órganos del gobierno central, así como los gobiernos regionales, concejos municipales y varios organismos constitucionales con funciones específicas, tienen por debajo de sus jefes ti organismos internos rectores, un conjunto más o menos amplio de funcionarios, organizados en distintas reparticiones, que son los que ejecutan, supervisan y evalúan las acciones propias del Estado y constituyen la administración pública.”²⁷⁸

Con relación a la **definición jurídico-penal de funcionario y servidor público, el artículo 425º del Código Penal** señala que se consideran Funcionario o servidores públicos: *1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley. Dicha definición debe ser completada con el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción -aprobada mediante resolución legislativa N.º 26757 del 13 de marzo de 1997-* cuando señala que *Funcionario público o Servidor público, es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.*²⁷⁹

A su turno el profesor Peña-Cabrera Freyre: “Ahora bien, desde un vistazo de la *lege lata*, apreciamos que el legislador ha pretendido construir un concepto *omnicomprensivo de funcionario público*, tal como se desprende del tenor literal del artículo 425º del CP, concordante con la llamada “Extensión de la punibilidad” contenida en el artículo 392º del CP. Por consiguiente, se advierte una orientación *criminalizadora* del legislador, a efectos de hacer ingresar a la red de punición a una mayor cantidad de personas, lo que si bien puede resultar políticamente satisfactorio es dogmáticamente desacertado, cuando se incluyen a personas que

²⁷⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Editora Jurídica Grijley. 2da Edición. Noviembre 2011. Págs. 4-5.

²⁷⁸ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Décima Edición, Aumentada. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda reimpresión de la Décima edición, Junio de 2011. Pág. 65.

²⁷⁹ MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N.º 1-2010/CJ-116*. En: *Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*. N.º 155, agosto 2011, Año 17. Gaceta Jurídica. Pág. 43.

no se encuentran vinculados *funcionalmente* con la administración pública²⁸⁰

El profesor Fidel Rojas Vargas anota: “El funcionario público es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país. De acuerdo a las diversas legislaciones de los países asume distintos nombres²⁸¹ o se halla confundido en una denominación común. Funcionario público es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por nombramiento, delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal. Como señala BIELSA, “funcionario público” es todo aquel que, en virtud de designación especial y legal, y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando éste se dirige a la realización de un fin público²⁸².

Intensos y numerosos son los debates sobre su naturaleza jurídica (de derecho público o también contractual) y su relación con los demás agentes públicos en el ámbito amplio de la administración pública. A nosotros nos interesa, desde la perspectiva de la relevancia penal, dar respuesta a algunas interrogantes: 1) ¿Es idéntica su conceptualización en el ámbito administrativo y jurídico-penal?; 2) La amplitud del concepto funcionario público, ¿Es igual en materia penal y administrativa?; 3) ¿Existen diferencias sustanciales entre funcionario y servidor público?; 4) ¿Qué características hacen de la persona física un funcionario público?; 5) ¿Es lo mismo funcionario y autoridad?; 6) ¿Los asesores son funcionarios públicos?; 7) ¿Admite nuestro ordenamiento jurídico la existencia del funcionario público por determinación normativa penal? (...).²⁸³

Nosotros nos preguntamos ¿Qué hacemos con la figura del funcionario de hecho que atente contra el patrimonio del Estado por un delito contenido en *capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo* del mismo cuerpo legal, “*Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*”? ¿Le duplicamos el plazo de prescripción de la acción penal? El A.P, no menciona o evita dicha pregunta, a nuestra opinión no debería duplicarse el plazo de prescripción de la acción penal para un Funcionario de hecho, nuestro primer argumento es recurrir al Principio de legalidad, segundo el Funcionario de hecho, a fin de cuentas es un *extraneus* pues no tiene lo que la doctrina penal denomina *infracción del deber*, deber especial, que sí deviene en exigible a los funcionarios o servidores públicos que sí pertenecen al Estado, por lo tanto no se les puede extender por analogía

²⁸⁰ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo V. 2Da Ed. Agosto 2014. Editorial Idemsa. Págs. 52-53.

²⁸¹ Por ejemplo en la Constitución mexicana son denominados *servidores públicos*, incluyéndose con tal nombre a los *empleados*. En la legislación penal colombiana -modificada en este punto al entrar en vigencia la Constitución Política de 1991- la frase “servidor público” (que sustituyó a la de *empleado oficial*) abarca los funcionarios, empleados públicos, trabajadores y otros. En la legislación penal italiana, antes de la reforma de 1990, *funcionario* y *empleado público* eran sinónimos. Citado por ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición 2002. Editorial Grijley. Pág. 28.

²⁸² BIELSA, Rafael: “La función pública”, en CABRERA VÁSQUEZ, Marco Antonio y QUINTANA VIVANCO, Rosa: *Introducción al estudio de la función pública (Antología)*, Lima, Sagsa, 1985, p. 158. Citado por ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. Cit. Pág. 28.

²⁸³ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. Cit. Págs. 28-29.

dicha calidad a los funcionarios de hecho y peor aún establecerles la dúplica del plazo de prescripción de la acción penal, avalan nuestros argumentos en este extremo *mutatis mutandis* el fundamento 16 del A.P. N.º 2-2011/CJ-116 -lo comentaremos líneas abajo-²⁸⁴, además no debemos olvidar que según el artículo 139º inciso 9 de la Constitución se proscribe la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

En dicha línea damos paso a la doctrina especializada: “**La prohibición de analogía** (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricto*): Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos). Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica). Dicha argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho penal y para proteger al reo está prohibida por el Art. 103 II GG en la medida en que opere en perjuicio de aquél; pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada legalmente la punibilidad. Por eso, en los casos de los aparatos automáticos (...) hubo que descartar la punición por aplicación analógica del precepto sobre la estafa y absolver a sus autores. Por lo tanto, en caso de aplicación del Derecho en perjuicio del sujeto el poder del juez penal termina en los límites de la interpretación (...).²⁸⁵”

Con relación al funcionario de hecho citamos: “En el derecho penal se distinguen dos supuestos:

- El particular que sin nombramiento nulo ejerce funciones públicas.
- El particular que con nombramiento nulo ejerce funciones públicas.

El primer supuesto no es admitido como funcionario de hecho por el derecho penal dado que se trata de un usurpador de funciones.²⁸⁶

El segundo supuesto es causa de división; se discute en el derecho penal sobre si se debe considerar como funcionario público legítimo o válido a una persona que carece de título de habilitación precisamente por ser nulo, en otras palabras, si se admite o no la figura del funcionario de hecho.²⁸⁷”

²⁸⁴ **16** (...) En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*. A.P. N.º 2-2011/CJ-116º.

²⁸⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo 1 (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. 1ª edición, Madrid, 1997, 5/2, Págs. 140-141.

²⁸⁶ OLAIZOLA NOGALES, Inés. *Op. cit.*, Pág. 159. Citado por NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. *Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I*. Ara editores E.I.R.L. 2006. Pág. 779.

²⁸⁷ NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. *Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú*. Ob. Cit. Págs. 779-780.

Una vez dicho esto, a nuestro turno y a fin de dar un cabal entendimiento a los argumentos que vamos a esgrimir y por razones de orden hemos decidido comentar los problemas que subyacen en el A.P, para lo cual debemos transcribir algunos dispositivos, a fin de clarificar la posición que vamos a asumir que por cierto es la misma que adopta la Corte Suprema por lo menos en este primer problema, sin embargo hemos creído por conveniente trabajar algunas ideas que la Corte Suprema omite o también “*actualizar y corregir*” las reglas, si se nos permite el término, expuestas en el A.P, abordemos el primer problema para una mayor ilustración:

Constitución Política del Perú.

Artículo 41° Declaración jurada de bienes y rentas

(...)

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

Código Penal.

Artículo 80° Plazos de prescripción de la acción penal.

La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.

“En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.²⁸⁸” (Resaltados nuestros).

Tal como se puede colegir, y no es ocioso precisarlo que el A.P, ha sido publicado con fecha 30 de diciembre de 2010, es decir las reglas que a manera de doctrina jurisprudencial, están pensadas y diseñadas en base a la modificatoria insumida por la Ley N.º 28117, publicada el 10 de diciembre del año 2003, en simples palabras: *En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica*, y mediante la ley N.º 30077 Ley contra el Crimen Organizado, publicada el 20 de agosto del año 2013, se extendió la duplicación del plazo a los delitos cometidos como integrantes de organizaciones criminales²⁸⁹.

²⁸⁸ Extremo modificado por la Primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N.º 30077, publicada el 20 agosto 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014.

²⁸⁹ **Ley N.º 30077, artículo 2°. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal.**

1. Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de **tres**

Como es de costumbre y tal como lo demanda el rigor que se debe insumir y aplicar, en este trabajo materia de investigación, nosotros trataremos de ir más allá de lo expuesto en el A.P y formularemos nuestros fundados argumentos para apuntalar la posición asumida por la Corte Suprema, antes de abordar la tarea deviene en un imperativo categórico señalar que lo expuesto en el Art. 41° de la Constitución Política del Perú, como es de verse es la fuente del Art. 80° del Código Penal, sin embargo reparamos que el Código Penal actual data del año 1991, y la Constitución data del año 1993, a esto debemos agregar que no podemos soslayar que una de las características principales de la Constitución, es que ésta es *norma normarum*²⁹⁰, es decir, es la fuente de fuentes, y si esto es así la ley ordinaria, pues

o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.

2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.

A su turno la doctrina: “El crimen organizado es un verdadero desafío no solo a la estructura tradicional del sistema penal sino también a todo el esquema fundamental del poder político, administrativo y económico sobre el que se construye la noción de Estado. Por eso explica Sergio MOCCIA que el crimen organizado adquiere una significación particular a partir de la crisis política e institucional, que se concreta en la perversión de los controles y límites del poder, la corrupción, la lucha pública y privada por espacios de dominio político y económico. En términos duros, nos dice el profesor de Nápoles, que existe una degeneración criminal en la gestión de la cosa pública. Es en ese contexto que se puede entender el crecimiento de la criminalidad organizada, su extensión territorial su carácter transnacional y su influencia en el circuito económico, financiero y político. La respuesta penal a ese fenómeno adquiere entonces el aspecto de una “lucha” y posee características que MOCCIA define como propias de una situación de emergencia: “la criminalità organizzatta rappresenta una tipica espressione di normativa emergenziale, con tutti di difetti che connotano questo tipo di provvedimenti: approssimazione, caoticità, rigorismo represivo, simbolicità, caduta in termini di garanzie” Cfr. MOCCIA, Sergio, “Prospettive non “emergenziale” di controllo dei fatti di criminalità organizzat”, en *Criminalità Organizzatta e Risposte Ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, pp. 151 y ss. En sentido similar, MOCCIA en *La perenne emergenza*, misma editorial, Napoli, 1995, pp. 27 y ss. Citado por YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *La noción de crimen organizado desde la Política Criminal y la Teoría del Delito*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Págs. 619-620.

²⁹⁰ 17.- La Constitución no está sujeta a una evaluación de validez formal, dado que no existe un precepto [superior] que haga las veces de una norma sobre su producción jurídica, en virtud de ser ella misma el fundamento y cúspide de todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Y es que la Constitución “define el sistema de fuentes formales del derecho... es la primera de las normas de producción, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes... es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa...” (Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ra. Edición, Civitas, Madrid 1985, pág. 50). De manera que no adquiere esa validez a partir de que haya sido emitida por un órgano investido con dicha potestad y de acuerdo a un procedimiento previsto por el Derecho vigente, pues es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el Pueblo. En efecto, al Poder Constituyente no se le pueden imponer límites formales, pues se encuentra más allá del Derecho positivo; y, siendo un poder *extra ordinem*, se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes.

Por las mismas razones, tampoco puede ser objeto de una evaluación de validez material, pues no existe una norma superior sobre ella, que determine sus contenidos mínimos. Lo anterior, desde luego, no significa que cualquier documento pueda ser considerado como una Constitución. Ésta debe ser obra del Poder Constituyente y, en su texto, como expresa el artículo 16° de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debe mínimamente reconocerse y garantizarse los derechos esenciales del hombre, así como la separación de poderes, que son los

el Código Penal técnicamente es un Decreto Legislativo²⁹¹ N.º 635 y tiene rango de ley, al recurrir a la clásica pirámide de Kelsen, la ley no puede contravenir a la Constitución, lo que la ley puede hacer es desarrollarla²⁹² mas no desnaturalizarla, dicho esto podríamos concluir que el artículo ochenta párrafo *in fine*, sería inconstitucional, pues ha extendido indebidamente la duplica del plazo de prescripción para a los delitos cometidos como integrantes de organizaciones criminales, y en dicha línea para salvar la constitucionalidad del párrafo final del Art. 80º del Código Penal suscribimos la siguiente argumentación que transcribimos *Ad pedem litterae* (al pie de la letra) agregando que el autor del ensayo, posteriormente ha aumentado algunas líneas argumentativas a su trabajo, y por la amistad que ambos profesamos gentilmente nos ha brindado sus argumentos, naturalmente citamos a la fuente, veamos al respecto:

“Considero que la norma ha extendido indebidamente la duplica del plazo de la prescripción a los *integrantes de organizaciones criminales*, a pesar que la Constitución solo ha previsto la duplica del plazo para aquellos funcionarios o servidores públicos, que atenten contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, por lo que la consideramos inconstitucional en este extremo. Sin embargo fungiendo de órgano de justicia constitucional, podemos ensayar alguna solución a esta controversia, primero debemos anotar que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el Exp. N.º 00010-2002-AI/TC, enfatizó que el fundamento y la legitimidad del uso de las sentencias manipulativas (debe entenderse que se emite esta tipología de sentencias dentro de un proceso de inconstitucionalidad) radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, y a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional y la seguridad jurídica. Considero que de

valores primarios del Estado Constitucional... *Vid.* Exp. N.º 014-2003-AI/TC Fundamento 17. Caso Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos. El caso que estamos citando es muy conocido por dos atingencias, la primera el recurrente es un connotado Constitucionalista que hasta donde tenemos conocimiento sigue impulsando la propuesta de retornar a la Constitución de 1979 y la segunda se solicitó al TC declare la inconstitucionalidad de la Constitución, lógicamente el TC con buenos argumentos denegó lo solicitado y no se iba a hacer Harakiri.

A turno la doctrina “(...) La forma de entender que la ‘Constitución’ es una norma jurídica vinculante frente todos los poderes y a todo ciudadano dentro del Estado, y no solo un programa político, ha sido considerada una exaltación del constitucionalismo reinante después de la Segunda Guerra Mundial. El periodo constitucional adverso al legalismo jurídico (positivismo) puro ha considerado y con razón que la Constitución es la fuente primigenia del derecho estatal en la medida que contiene normas jurídicas que irradian a todo el sistema de normas infra constitucionales e infra legales” PÉREZ CASAVARDE, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial ADRUS. Primera Edición Lima Octubre 2013. Pág. 147

²⁹¹ La Constitución de 1979, introdujo la figura de que el Congreso podía delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa; asimismo, el Presidente debería dar cuenta al Congreso de la dación de dichas normas. La Constitución de 1993 ha mantenido la delegación de facultades legislativas, estableciendo algunas disposiciones complementarias... *Vid.* Domingo García Belaunde; *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, Editorial Cuzco, 1987, pp. 395 ss. Citado por LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1999. Primera Edición Octubre 1999. Págs. 443-444.

²⁹² Por ejemplo la Ley N.º 27806, ley de transparencia y acceso a la información pública, desarrolla el artículo 2º inciso 5 de la Constitución.

expedirse una potencial sentencia manipulativa-interpretativa²⁹³, a fin de salvar la constitucionalidad del artículo 80° del Código Penal específicamente del enunciado lingüístico: delitos cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica. Se presume que la frase subrayada es conforme a la Constitución si se interpreta de la siguiente manera [salvo mejor parecer]: *se duplica el plazo de prescripción si los delitos son cometidos como integrantes de organizaciones criminales, debiendo entenderse que estos últimos son funcionarios o servidores públicos*, por supuesto para algún sector de la doctrina podrá argumentar válidamente que esto se sobreentiende, pero esta afirmación no es de recibo pues no es necesario ser funcionario o servidor público para integrar una organización criminal.

Con relación al comentario del artículo 41° de la Constitución la doctrina expone: “La Constitución establece la duplicación del plazo de prescripción a fin de establecer mayores dificultades para que el delito en cuestión pueda quedar impune. La prescripción, como bien se sabe, es el mecanismo a través del cual se extingue la acción penal como resultado del transcurso del tiempo. Es el Código Penal el que establece los plazos de prescripción a partir de la pena privativa de libertad prevista para cada delito. Ahora bien, no todos los delitos contra la Administración Pública tienen contenido patrimonial, siendo éstos a los cuales se aplica esta disposición. En consecuencia, el plazo de prescripción ampliado no es susceptible de ser aplicado a aquellos delitos que no afectan el patrimonio del Estado.”²⁹⁴

En el mismo hilo argumentativo el Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116 (Asunto: Prescripción: Problemas actuales)²⁹⁵ expone si el delito es

²⁹³ Las sentencias interpretativas son el resultado de actuar según *el principio de conservación de las leyes (rectius: de los textos o disposiciones legales)*, directamente relacionado con la interpretación conforme. En virtud de dicho principio -y evitar los vacíos normativos que se seguirían de la eventual declaración de inconstitucionalidad de las leyes- un precepto legal sólo debe ser declarado inconstitucional cuando no admita una interpretación conforme a la Constitución, de manera que ha de conservarse en la medida que sea susceptible de una interpretación constitucionalmente adecuada. De acuerdo con esto, pueden definirse las sentencias interpretativas como aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida en que admita alguna interpretación conforme a la Constitución. Se conjugan, así, la primacía de la Constitución y la conservación de las leyes. [GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La Argumentación en el Derecho*. 2Da Edición Corregida. Abril de 2005. Palestra Editores. Lima 2005. Pág. 288]. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la Prescripción de la Acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Disponible en: Revista Institucional “Ipso Jure” Año 7 N.º 29 Mayo 2015. Edición de Aniversario. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Págs: 77-93. <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/57d962004896a3c489578950d8336ffa/IPSO+JURE+N%C2%B0+29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=57d962004896a3c489578950d8336ffa>

²⁹⁴ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Comentarios al artículo 41° de la Constitución política del Perú. Responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos*. En: Gutiérrez, Walter. (Director). *La Constitución comentada. Tomo I Análisis artículo por artículo*. Obra colectiva escrita por 166 destacados juristas del país. Segunda edición aumentada actualizada y revisada. Enero 2013. Gaceta jurídica S.A. Pág. 917. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la Prescripción de la Acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Págs. 77 y sgts.

²⁹⁵ Publicado el 30 de diciembre del año 2010, en el diario oficial el Peruano. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la Acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Págs. 77 y sgts.

cometido por un funcionario o servidor público y afecta el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de la prescripción se duplica, dichos delitos se circunscriben al capítulo II, Título XVIII, del Libro segundo del Código Penal, “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos”. Según a lo expuesto en fundamento décimo segundo del citado Acuerdo plenario 12.- *El legislador incrementó el plazo de prescripción -duplicó- en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú (...).*

[En lo atinente a la dúplica del plazo de la prescripción] También nuestro Tribunal Constitucional ha avalado la legitimidad de la ampliación de los plazos de prescripción en este tipo de delitos, estableciendo incluso como doctrina jurisprudencial que “(...) duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado, sería atentar contra el principio de legalidad, (...) dicha duplicidad solo es aplicable en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado o de organismos sometidos por éste, de conformidad con el artículo 41°, *in fine*, de la Constitución.”²⁹⁶

[Sin embargo] En el ámbito internacional, la posibilidad de ampliar los plazos de prescripción en este tipo de delitos ha sido avalada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -aprobada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.° 28357 de fecha 6 de octubre de 2004- cuyo artículo 29 autoriza expresamente que: “Cada Estado parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.” En el mismo sentido, el Convenio de lucha contra la Corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, establece en su artículo 6 que: “En las normas sobre prescripción de los delitos de corrupción de agentes públicos extranjeros se establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la acción de la justicia”. Como se aprecia, el ordenamiento jurídico internacional también avala el establecimiento de un sistema de prescripción especial para este tipo de delitos.”²⁹⁷

²⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de abril de 2005, Exp. N.° 1805-2005-HC/TC-LIMA, Fundamento 18. Citado por MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N.° 1-2010/CJ-116*. En: Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. N.° 155, Agosto 2011, Año 17. Gaceta Jurídica. Pág. 44. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Págs. 77 y sgts.

²⁹⁷ MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N.° 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 44.

“Para dar respuesta a dicha interrogante, resulta necesario hacer mención a las convenciones internacionales que el Gobierno Peruano ha suscrito, así tenemos la Convención de las Naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención Palermo) Resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones unidas, de fecha 15 de noviembre de 2000, en su artículo 11 apartado 5 señala que [c]ada Estado parte establecerá cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los delitos comprendidos en la presente convención y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.”

Como se aprecia en virtud de dicho convenio se busca que los delitos cometidos por organizaciones criminales no prescriban en cortos plazos, estando en sintonía con lo previsto con la Ley N.º 30077. Así mismo sería aplicable cuando se cometan delitos de corrupción a través de organizaciones criminales, supuesto que con la anterior legislación no se duplicaban los plazos de prescripción por no ser ilícitos penales que afectaran el patrimonio estatal, lo cual también guarda coherencia con la legislación internacional que considera al delito de corrupción como parte del crimen organizado, como el convenio de la OCCE para la lucha anticorrupción de funcionarios públicos en transacciones comerciales internacionales, realizado en noviembre de 1977, o la Convención Interamericana contra la Corrupción²⁹⁸

Por nuestra parte solo nos queda anotar que en virtud del artículo 55º de la Constitución: *Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*²⁹⁹. Y estando con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución: *Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*³⁰⁰. En dicha línea es de recibo y la parte final del

²⁹⁸ PISFIL FLORES, Daniel Armando. *Notas sobre la prescripción de la acción penal: Especial referencia a la duplicación de los plazos de prescripción señalada por la Ley N.º 30077*. En: Gaceta Penal N.º 51. Septiembre 2013. Pág. 61. Citado por Cruzado Portal, Martin Tonino. *La Prescripción de la acción penal y su tratamiento a través de los Acuerdos Plenarios N.º 1-2010/CJ-116 y N.º 3-2012/CJ-116: Un análisis crítico desde la perspectiva Constitucional. (En prensa)*.

²⁹⁹ Buena cuenta de ello son por ejemplo la suscripción de la Convención de imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad, en dicha línea la doctrina: “En 1948, las Naciones Unidas acordaron por unanimidad la Convención sobre prevención y castigo del crimen de genocidio, consistente en el exterminio de grupos humanos por razones políticas, raciales o religiosas. Los Estados se han obligado a incorporar en sus legislaciones las normas necesarias para la aplicación de dicha convención. Dichos delitos serán juzgados por los Tribunales del Estado en que se realice el hecho o por un Tribunal Internacional con jurisdicción suficiente.” *Vid.* FERRERO REBAGLIATI, Raúl. *Derecho Internacional. Tercer mundo temas de derecho internacional*. Lima 1989. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Pág. 87.

³⁰⁰ Caso de colisión entre un Tratado y una Norma Constitucional.

El modelo peruano..... Al igual que la Constitución derogada adopta una postura novedosa. Así, para que se apruebe un tratado en conflicto con una norma constitucional, solo se requiere la aprobación de dicho acuerdo utilizando el procedimiento que está previsto para la reforma constitucional. En este sentido, la norma constitucional sigue rigiendo fuera del ámbito de aplicación del tratado y recupera su plena vigencia en caso de que éste fuese objeto de una denuncia o terminara. En consecuencia, la sustitución de la norma constitucional por la norma del tratado solo se verifica sobre

Artículo 80° del Código Penal es Constitucional -*Rectius* es convencional³⁰¹.-

Para terminar con los comentarios en estos extremos, debemos mencionar que suscribimos plenamente los fundamentos del A.P, en el fundamento catorce: pues debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal se orienta al *capítulo II, Título XVIII, del Libro segundo* del mismo cuerpo legal, “*Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios públicos*”, atendiendo a dos aspectos concretos:

A. En este capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

B. Dicho capítulo protege **además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales**, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio,

el campo de aplicación de éste. En todos los demás casos, la Constitución mantiene plena vigencia. La postura adoptada por la actual Constitución presenta consecuentemente algunas ventajas:

a) En caso de denuncia (retiro) o expiración del plazo del tratado, la entrada en vigor de la norma constitucional es automática. No es necesario volver a incorporar la norma constitucional al sistema jurídico.

b) Podría darse el caso -de adoptar la tercera postura- que se reforme la Constitución y el tratado no entre en vigor (por ejemplo, por faltar un número determinado de ratificaciones), en cuyo caso, se presentaría un vacío legislativo que no se configuraría con la fórmula adoptada. *Vid.* NOVAK, Fabián. NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual para magistrados y auxiliares de Justicia*. Academia de la Magistratura. Primera edición noviembre de 2004. Lima-Perú. Págs. 69-70.

³⁰¹ En el Caso Almonacid Arellano vs. Chile del año 2006, fundamento 124 de la mencionada sentencia, por vez primera, el pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos referimos a los siete Jueces que lo integran, hace alusión al control de la convencionalidad, pues anteriormente ya había sido usado por su creador don Sergio García Ramírez por primera vez en el año 2003, así en mayoría y exponen al respecto: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisonal, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

Al respecto transcribimos una cita jurisprudencial a guisa de ejemplo a fin de apuntalar lo expuesto por la Corte Suprema, como es natural en la presente investigación el lector(a) podrá colegir que nuestra investigación no se rige por el *argumentum ad verecundiam*, argumento de autoridad o *magister dixit* (es cierto porque lo dijo el maestro), es decir no vamos a tomar por cierto a pie juntillas, con un espíritu acrítico las consideraciones de la Corte Suprema, sólo porque es la Corte Suprema, pues ciertos conferencistas haciendo mofa y cuando no, con cierta socarronería, manifiestan “*por supuesto, como ya se sabe la Corte Suprema nunca se equivoca...*” pero eso lo reservamos cuando comentemos el tercer problema planteado en el A.P, materia de análisis, brindaremos nuestros fundamentados argumentos, pero citemos la jurisprudencia que ofrecimos a fin de corroborar que acertadamente no se discute la dúplica del plazo de la prescripción de la acción penal, pues no afecta a bienes del Estado o de empresas sostenidas por este:

“Cohecho impropio: Prescripción de la acción: En tanto el marco temporal de imputación se encuentra circunscritas a setiembre de dos mil cuatro, la norma penal pertinente para el caso de autos es el artículo trescientos noventa y cuatro en su formulación primigenia, el que no diferencia supuestos de cohecho impropio en párrafos distintos y sanciona dicho delito con una sola pena no menor de dos ni mayor de cuatro años -disposición que fue modificada por Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicada el seis de octubre de dicho año- Consiguientemente, confrontando la data de los hechos incriminados (septiembre de dos mil cuatro) con el plazo extraordinario de prescripción -regulado en el artículo ochenta y tres del Código Penal- resultante de la pena máxima antes indicada pues su mitad: seis años, se comprueba que a la fecha de emisión de la presente ejecutoria dicho plazo se encuentra vencido en exceso.³⁰²”

Como se habrá podido advertir que el delito sea contra la administración pública no significa que siempre y en todos los casos, se pueda y deba duplicar los plazos de prescripción de la acción penal, pues se debe advertir si este delito ha afectado el patrimonio del Estado. Suscribimos lo expuesto por la Corte Suprema:

15º. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre éstos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

- A.** Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito -funcionario o servidor público- y el patrimonio del Estado.
- B.** El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que éste ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.

³⁰² Recurso de Nulidad N.º 1409-2010-Áncash, Corte Suprema de Justicia Sala Penal Transitoria de la República, disponible en: DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. *Delitos contra la Administración publica en la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica. Primera edición mayo 2013. Págs. 367 y sgts.

- C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

B.- La prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas.

Antes de abordar este tópico queremos dejar en claro que sí estamos de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema, sin embargo debemos hacer algunas precisiones al respecto:

Nuestra primera precisión es que el A.P. N.º 1-2010/CJ-116, publicado el 30 de diciembre de 2010, ha sido elaborado, pensado e interpretado a la luz del artículo 440º del CP, bajo la vigencia del artículo 1 de la Ley N.º 29407, publicada el 18 septiembre de 2009, sin embargo el vigente Art. 440º del CP, fue modificado por la Ley N.º 30076, publicada el 19 agosto de 2013, por lo que su interpretación y comentario de por sí justifica unas precisiones al A.P. *in comento*, específicamente lo que nos interesa comentar en torno a la prescripción de la acción penal en las faltas, la clave de bóveda reside en el artículo 440º inciso 5 del C.P, veamos los artículos en un cuadro comparativo:

Artículo 440.- Disposiciones comunes.	Artículo 440.- Disposiciones comunes. (Redacción actual)
Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro primero, con las modificaciones siguientes:	Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro primero, con las modificaciones siguientes:
1. No es punible la tentativa, salvo en el caso de las faltas previstas en el primer y segundo párrafos de los artículos 441 y 444.	1. No es punible la tentativa, salvo en el caso de las faltas previstas en el primer y segundo párrafos de los artículos 441 y 444.
2. Solo responde el autor.	2. Solo responde el autor.
3. Las penas que pueden imponerse son las restrictivas de derechos y multa, salvo el caso de reincidencia en faltas dolosas reguladas en los artículos 441 y 444. En este caso, se aplica pena privativa de libertad, para cuyo efecto se procede a efectuar la conversión de las penas limitativas establecidas, aplicando lo dispuesto en los	3. Las penas que pueden imponerse son las limitativas de derechos y multa, salvo los casos de reincidencia o habitualidad en faltas dolosas reguladas en los artículos 441 y 444, en cuyos casos se reprime con pena privativa de libertad del delito aplicable.
	4. Los días-multa no serán menos de diez ni más de ciento ochenta.
	5. La acción penal y la pena prescriben

<p>artículos 55 y 56 del presente Código.</p> <p>4. Los días multa no serán menos de diez ni más de ciento ochenta.</p> <p>5. La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, prescriben a los dos años.</p> <p>6. La investigación está a cargo de la autoridad policial y el juzgamiento corresponde a los jueces de paz, letrados o no letrados.</p> <p>7. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez puede aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado.</p>	<p>al año. En caso de reincidencia y habitualidad, prescriben a los dos años. Las faltas previstas en los artículos 441 y 444 prescriben a los tres años, salvo en los supuestos de reincidencia o habitualidad, en cuyo caso es de aplicación el artículo 80.</p> <p>6. La investigación está a cargo de la autoridad policial y el juzgamiento corresponde a los jueces de paz letrados o a los jueces de paz.</p> <p>7. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez puede aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado, salvo en el caso de reincidencia en las faltas dolosas previstas en los artículos 441 y 444, según lo dispuesto en el numeral 3 del presente artículo.</p>
---	---

Como se puede colegir el A.P, se interpretó en base al artículo 440° inciso cinco: La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia y **habitualidad**, prescriben a los dos años. Sólo hasta aquí, y mediante modificatoria se añadió, una circunstancia cualificada agravante como es *la habitualidad* y un párrafo más: **Las faltas previstas en los artículos 441 y 444 prescriben a los tres años, salvo en los supuestos de reincidencia o habitualidad, en cuyo caso es de aplicación el artículo 80.**

Del análisis de los argumentos expuestos en el A.P, nos encontramos de acuerdo con la interpretación de la Corte Suprema, mas no con la fórmula legal del legislador, pues desatinadamente éste [nos referimos al legislador] incluye, considera, valora, toma en cuenta para el cómputo de la prescripción de las faltas, a las circunstancias cualificadas agravantes como son la Reincidencia y la Habitualidad, y como ya lo explicamos *in extenso*, líneas arriba esta fórmula legal no es de recibo, pues las circunstancias como elementos accidentales sirven para la determinación de la pena concreta y para efectos del cómputo de la prescripción se toma en cuenta la pena abstracta (sin incluir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y peor aun cuando estas son circunstancias cualificadas agravantes), por lo que de *lege ferenda*, en una eventual reforma no se debe considerar a la *reincidencia y habitualidad*, a efectos del cómputo de la prescripción de la acción penal por faltas.

Una idea que salta a la vista ya que estamos en un espacio académico, porque de eso trata la presente investigación, nos preguntamos si el juez se puede desvincular de la ley, sin aplicar control difuso ni mucho menos control de convencionalidad³⁰³, o sea realizando una interpretación veamos lo expuesto por la

³⁰³ Aunque parezca difícil la tarea que insume ubicar la norma, regla principio, valor o disposición constitucional o supranacional conculcada por la ley, para luego de sus contrastación respectiva proceder a su inaplicación creemos que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es la norma vulnerada en este caso. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable (Exp. N.º

doctrina: “La moderna doctrina del Juez creador del Derecho, hace alusión a que el Juez moderno no debe estar atado a la Ley, sino al Derecho, basando sus decisiones en las fuentes formales e informales éste; de manera que un juez tome como base la Justicia o la Equidad, aunque su decisión sea distinta al sentido normativo de la Ley o que sea escasa en su argumentación jurídica, no puede ni debe configurar el delito de Prevaricato. De no ser así, el mensaje normativo para todos los jueces, es que todos hagan lo que la ley manda, no importando para nada que su decisión sea injusta, pues el magistrado no debe razonar con otro sentido distinto a como esta reza. De darse esto, significaría que el Juez moderno estaría atado a la vieja camisa de fuerza del siglo anterior, donde el Juez es un mero

00295-2012-HC/TC; Exp. N.º 02141-2012-HC/TC), es un derecho implícito que se encuentra incluido dentro del artículo 139º Inciso 3º, y también se encuentra regulado en el artículo 8º Inc. 1, Inc. 2. Lit. C. de la Convención Americana de Derechos Humanos, no debiendo olvidar que nuestra Constitución se encuentra convencionalizada y los Tratados Internacionales forman parte justamente del Derecho interno en virtud del artículo 55º de la Constitución *Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*.

“La CIDH en los últimos tiempos ha irradiado la universalización e internacionalización de los Derechos Humanos, al ser invasivo sus sentencias de mérito, podríamos decir irradia su legitimidad y universalidad, de tal manera que sus sentencias son parte de los tratados, por ser consecuencia nacida de la interpretación de los mismos. Pero no solo eso sino que además la CIDH como organismo irradiante orienta el actuar del Estado. El control de convencionalidad tiene su base en la expresión del ex presidente de la CIDH, Sergio García Ramírez, en el caso *Tibi Vs. Ecuador* específicamente en su voto concurrente razonado.” *Vid.* PÉREZ CASASVERDE, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*. Primera Edición. Lima octubre 2013. Editorial Adrus. Pág. 483.

Sobre el control de la convencionalidad: Contamos con los casos Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Sentencia de 26 de septiembre de 2006.), Caso Radilla Pacheco vs. Los Estados Unidos de México. (Sentencia de 23 de noviembre de 2009), Caso Gelman Vs. Uruguay (Sentencia de 24 de febrero de 2011) que versan sobre el control de convencionalidad. *Vid.* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29018.pdf> (fecha de consulta 19/03/16).

Para una mayor ilustración sobre los derechos implícitos y los nuevos derechos fundamentales, se puede consultar la siguiente doctrina: GARCÍA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. Editorial Adrus. Segunda Edición. Abril 2013. Págs. 59 y sgts. CARPIO MARCOS, Edgar. *Comentarios al artículo 3º los Derechos no enumerados*. En: Gutiérrez, Walter. (Director) *La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis artículo por artículo*. Segunda edición enero 2013. Gaceta Jurídica. Págs. 484 y sgts. MURO ROJO, Manuel. (Director). MESINAS MONTERO, Federico. (Coordinador). *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución*. Tribunal Constitucional & Dialogo con la jurisprudencia. Primera reimpression setiembre 2006. Gaceta Jurídica S.A. Págs. 206 y sgts. ETO CRUZ, Gerardo. *Los Derechos Humanos en las constituciones latinoamericanas: A propósito de las cláusulas de los derechos implícitos y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En: ETO CRUZ, Gerardo. *Estudios de Derecho Constitucional*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Universidad Nacional de Trujillo. Primera edición febrero 2002. Págs. 131 y sgts.

Y en la jurisprudencia del TC: El derecho a la Verdad Exp. N.º 2488-2002-HC/TC, El derecho a interrogar testigos Exp. N.º 1808-2003-HC/TC, El derecho a la objeción de conciencia Exp. N.º 0895-2001-AA/TC, El derecho de acceso a la justicia Exp. N.º 010-2001-AI/TC, El derecho a la prohibición de *reformatio in peius* Exp. N.º 1918-2002-HC/TC, El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica Exp. N.º 02432-2007-PHC/TC, El derecho al agua Exp. N.º 6546-2006-PA/TC, 02064-2004-AA/TC, El derecho al libre desarrollo de la personalidad Exp. N.º 007-2006-PI/TC, El derecho a la Seguridad Jurídica Exp. N.º 0016-2002-AI/TC, El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas Exp. N.º 041-2004-HC/TC, El derecho a la igualdad de armas Exp. N.º 06135-2006-AA/TC, El derecho a la prueba Exp. N.º 01014-2007-HC/TC, El derecho al ahorro Exp. N.º 00410-2002-AA/TC, El derecho a la prohibición de incurrir en *Ne bis in Idem* Exp. N.º 2493-2012-PA/TC, El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable Exp. N.º 00295-2012-HC/TC; Exp. N.º 02141-2012-HC/TC, Derecho al ascenso a la carrera diplomática. Exp. N.º 2254-2003-AA/TC

instrumento del aparato jurídico.³⁰⁴

A su turno el Tribunal Constitucional en un comentario aplicable *mutatis mutandis*, en relación a que el juez debe aplicar la ley y no puede crear derecho el TC expone:

“58. Esta actividad interpretativa de la jurisdicción respecto de la legislación penal no está exenta de peligros. El mayor de ellos es desnaturalizar o reemplazar en todo, vía interpretativa, el contenido normativo establecido por el legislador (supuesto de hecho general y sanción) al dictar una determinada disposición penal, pues ello no sólo afectaría el principio de legalidad penal, pues conforme al artículo 2º, inciso 24), apartado “d”, de la Norma Fundamental, “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 mismo que expresamente ha delegado al legislador, y no a los jueces, la labor de determinación de las conductas punibles y respectivas sanciones; sino que también afectaría el principio democrático representativo (artículo 93º de la Constitución), así como el principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución, pues conforme a dicho principio, al realizar su labor de interpretación, el juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales (*cfr.* Exp. N.º 05854-2005-PA/TC, FJ 12 c. y Exp. N.º 0032-2010-PI/TC, FJ 119).” Exp. N.º 00008-2012-PI/TC Fund. 58.

Siguiendo estos lineamientos aquel juez o fiscal, que mediante resolución o dictamen respectivamente que contravenga el texto claro y expreso de la ley cometerá el delito de prevaricato³⁰⁵, estando con la doctrina “Si el TC ya se pronunció sobre la constitucionalidad de una norma, y sin embargo el juez la inaplica desvinculándose de la jurisprudencia del TC entonces sí prevarica, por inobservancia del artículo VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional.³⁰⁶” “En caso de que se aplique una ley discrepando de la interpretación que resulten de las sentencias del Tribunal Constitucional que constituyen jurisprudencia obligatoria (doctrina jurisprudencial), también formalmente cabe apreciar una conducta típica de prevaricato, por contradecir el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional; salvo que los jueces o fiscales se hayan apartado del criterio jurisprudencial fundamentando sus razones.³⁰⁷”

³⁰⁴ PANTA CUEVA, David Fernando. *Entre la discrecionalidad del juzgador y el delito de Prevaricato. Sobre la moderna doctrina del juez creador del Derecho*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 206. Enero 2011. Pág. 149.

³⁰⁵ Artículo 418.- Prevaricato.

El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

³⁰⁶ CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *¿Prevarica el juez o fiscal que resuelve en contravención de las reglas establecidas como precedente vinculante por el Tribunal Constitucional?* En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N.º 66. Diciembre 2014. Págs. 326.

³⁰⁷ CHATPMAN RODRÍGUEZ, Jennifer. *El delito de prevaricato en el Código Penal Peruano*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N.º 17. Noviembre 2010. Pág. 201.

En dicha línea el juez debe aplicar la ley, por el principio de legalidad, sin embargo por los fundamentos que hemos esgrimido ya hemos dado cuenta que se debe modificar el artículo 440° inciso 5 del CP, retomando los lineamientos del A.P, pues como ya lo hicimos ver el A.P, está en función a la ley que imperaba hasta antes de la modificación impetrada por la Ley N.° 30076, la cual no a ha tenido injerencia solo en el ámbito penal sino también en el ámbito procesal penal,³⁰⁸ en estos extremos al juez debe aplicar la ley simplemente, pero ya se demostró que las circunstancias no pueden ni deben servir como parámetro a ser tomados en cuenta para cuestiones de la prescripción de la acción penal.

Nosotros suscribimos los lineamientos esgrimidos en el A.P, el cual concluye de la siguiente manera, y nos adherimos a las siguientes reglas y luego comentaremos las modificaciones realizadas por la ley N.° 30076:

PRESCRIPCIÓN DEL PLAZO DE LA ACCIÓN PENAL EN FALTAS.		
FALTAS.	PLAZO ORDINARIO.	PLAZO EXTRAORDINARIO.
Faltas sin concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas.	1 año.	1 año y 6 meses.
Faltas con concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas: Reincidencia y Habitualidad.³⁰⁹	2 años.	3 años.

Con la modificatoria del artículo 440° inciso 5 del CP, el legislador ha agregado: (...) **Las faltas previstas en los artículos 441° y 444° prescriben a los tres años, salvo en los supuestos de reincidencia o habitualidad, en cuyo caso es de aplicación el artículo 80.** Nuestro nuevo recuadro en este extremo sería el siguiente con estas precisiones:

Se debe entender que la reincidencia en las faltas, se configura cuando la

³⁰⁸ Mediante las leyes 30076 y 30077 se modificaron diversas normas penales y procesales, bajo el rótulo de “combate contra la inseguridad ciudadana”... En: ALCÓCER POVIS, Eduardo. *Comentario a las leyes 30076 y 30077. Modificaciones a la parte especial del Código penal peruano*. En: Boletín N.° 41, Pág 30, disponible en:

<http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/BOLETÍN-ACADÉMICO-41---última-versión.pdf> (Fecha de consulta 19/03/16). Véase también BENAVENTE CHORRES, Hesbert. BENAVENTE CHORRES, Saby Sandra. *Comentarios a las modificaciones del Código Procesal Penal de 2004 efectuadas por la Ley N° 30076*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N.° 55. Septiembre 2013. Págs. 246-269.

³⁰⁹ Antes de la modificatoria del 440° del CP, por la ley N.° 30076, y de acuerdo al fundamento 22 del A.P., 1-2010/CJ-116, la interpretación y comentario solo versaba sobre la Reincidencia, sin embargo según el C.P, y de eso no hay discusión en la doctrina pues el mismo CP., lo menciona textualmente en los artículos 46°-B y 46°-C respectivamente la reincidencia y la habitualidad constituyen circunstancias cualificadas agravantes. Por lo tanto los comentarios e interpretaciones sobre el plazo ordinario y extraordinario de la prescripción son igualmente extrapolados y aplicables a la habitualidad, aunque antes de la modificatoria el Art. 440° del CP, inciso 5, solo haya incluido a la reincidencia y no a la habitualidad. Es decir recurrimos al clásico aforismo *donde hay la misma razón hay el mismo derecho*. Se entiende además que este extremo se refiere a cualquier falta que no sea contra la vida el cuerpo y la salud: Lesión dolosa, o contra el patrimonio: Hurto simple y daños, pues si así fuere el legislador le da otro tratamiento y estos plazos de dos y tres años de prescripción ordinaria y extraordinaria respectivamente no son aplicables.

nueva falta cometida ha sido a título doloso y en un lapso no mayor de tres años, en este caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Lo mismo fluye para la habitualidad, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441° y 444°, en un lapso no mayor de tres años, al respecto la doctrina expone: “En el caso de la habitualidad, la Ley 30076 no solo amplía los supuestos de habitualidad cualificada a otros delitos (parricidio, receptación agravada, marcaje y otros), sino que admite la habitualidad en las *faltas* dolosas contra la persona o el patrimonio, caso en el cual el horizonte temporal o plazo en el que se pueden cometer tres o más faltas para configurar dicha agravante no es de cinco, sino de tres años. Más criticable resulta el hecho de que en los supuestos de reincidencia y habitualidad de las faltas, según el modificado artículo 440 Inc. 3 del Código Penal, deba reprimirse “con pena privativa de libertad del *delito* aplicable”, y que, estos mismos casos, según el inciso 5 del mismo artículo, se sujeten a las normas de prescripción del artículo 80 del Código Penal. En buena cuenta, para el legislador, una pluralidad de faltas cambia la naturaleza del injusto cometido.”³¹⁰

Entonces nos permitimos concluir que de acuerdo al modificado artículo 440° del Código Penal inciso 5, para el caso de faltas por: Lesión dolosa y lesión culposa, Hurto simple y daños sin concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas (reincidencia y habitualidad), el plazo ordinario de prescripción de la acción penal y la pena prescriben a los tres años.

Y la prescripción extraordinaria, según el Art. 440° inciso 5 del CP, sería cuatro años seis meses, a dicha conclusión arribamos todo por cuanto según el artículo 440 del CP, *son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro primero* -parte general del CP-, en dicha línea la interrupción y la suspensión como vicisitudes del decurso del tiempo también son aplicables a las faltas, por ejemplo en la interrupción dejamos sentado que las actuaciones del Poder Judicial, Ministerio Público y la comisión de nuevo delito doloso interrumpen la acción penal, veamos un ejemplo: Juan Pérez está siendo investigado ante la fiscalía por el delito de daños simples, sin embargo se advierte que el bien mueble no sobrepasa la remuneración mínima vital, el fiscal provincial decide remitir los actuados al Juzgado de Paz Letrado. Un ejemplo de suspensión sería que el proceso civil recién se esté discutiendo sobre la propiedad del bien dañado pues si no sabemos quién es el titular del bien mueble dañado no se puede ejercer *el ius puniendi*, en este caso la prescripción de la acción penal por faltas se suspende.

Algunos postulan que solo interrumpen -en el caso de faltas- las actuaciones del Poder Judicial, y la comisión de un nuevo delito doloso, mas no las actuaciones del Ministerio Público, sin embargo debemos postular que una cosa es, que el Ministerio Público no sea competente para conocer el proceso de faltas, y otra muy distinta es que sus actuaciones no posean la facultad de poder interrumpir la prescripción de la acción penal y de la pena. Nuestro recuadro quedaría conformado de la siguiente manera:

³¹⁰ ORÉ SOSA, Eduardo. *Determinación judicial de la pena. reincidencia y habitualidad. a propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076*. En: Boletín N.º 41. Págs. 25-26. Disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/BOLETÍN-ACADÉMICO-41---última-versión.pdf> (Fecha de consulta 19/03/16).

PRESCRIPCIÓN DEL PLAZO DE LA ACCIÓN PENAL EN FALTAS.		
FALTAS.	PLAZO ORDINARIO.	PLAZO EXTRAORDINARIO.
Faltas por: Lesión dolosa y lesión culposa. Hurto simple y daños <u>SIN</u> concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas.	3 años.	4 años y 6 meses.
Faltas <u>CON</u> concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas: Reincidencia y Habitualidad.	Las faltas previstas en los artículos 441° y 444° prescriben a los tres años, salvo en los supuestos de reincidencia o habitualidad, en cuyo caso es de aplicación el artículo 80°.	

Las faltas previstas en los artículos 441° y 444° del CP, en caso de reincidencia o habitualidad, hacen mención a las Lesiones dolosas, Hurto simple y daños (hemos suprimido la falta de lesiones culposas porque la reincidencia y habitualidad, debemos recordar que siempre son a título doloso, nunca a título de culpa), en cuyo caso -según el legislador- es de aplicación el artículo 80° del CP, en este punto nos encontramos en una encrucijada, pues el legislador nos remite al artículo 80° del CP, y en el citado artículo no hay ninguna referencia a la reincidencia y habitualidad, entonces ¿Qué hacemos, cómo solucionamos el problema?

Según el artículo 139° de la Constitución Política del Perú, son principios de la Administración de Justicia: (...) 8. *El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.* (...) 11. *La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.* Se podría decir que hay un vacío de la ley, o hay duda en la aplicación de la ley, consideramos que la remisión al artículo 80° del CP, es un dislate del legislador y lo demostramos a continuación: en el artículo 80° del CP, estipula “*En los delitos que merezcan otras penas -el legislador se refiere a penas distintas a las penas privativas de la libertad³¹¹-, la acción prescribe a los dos años.*” En dicha línea según el artículo 440° inciso 3 del CP, las penas a imponerse para las faltas son dos: **Las limitativas de derechos y multa**. Entonces se puede interpretar que para casos de Faltas dolosas previstas en los artículos 441° y 444° del CP con concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas: Reincidencia y Habitualidad. Prescriben a los dos años para prescripción ordinaria y aumentando una mitad de la misma sería a los tres años la prescripción extraordinaria.

Tal interpretación no es recibo, pues a pesar que no concordamos con el legislador en el extremo que haya considerado circunstancias cualificadas agravantes para el cómputo de la prescripción, nos preguntamos ¿Cómo es posible que asigne un plazo de prescripción mucho más gravoso o sea de tres años, para Faltas por lesión dolosa y lesión culposa. Hurto simple y daños sin concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas? Y en cambio asigne un plazo mucho menor de prescripción de dos años para faltas con concurrencia de circunstancias

³¹¹ Según el Código Penal peruano -artículo 28°- Las penas aplicables son: - Privativa de libertad; - Restrictivas de libertad; - Limitativas de derechos; y - multa. Debemos agregar la pena de vigilancia electrónica personal prevista en el artículo 29°-A del CP.

agravantes cualificadas. Dicha interpretación no tiene lógica, y no se puede considerar que sea la más tuitiva.

C.- Comentarios sobre el sentido del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación Preparatoria.

En este extremo nos reservamos nuestros fundamentados argumentos, por cuanto en capítulo aparte, pues así lo amerita el título de la investigación que hemos escogido *“Problemáticas en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal y su incidencia en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable: a propósito del Acuerdo plenario N.º 3-2012”*. Vamos a esgrimir nuestros argumentos en contra de lo expuesto en el AP, N.º 3-2012, el cual viene a reforzar y a delinear los argumentos expuestos en el AP, *in comento*.

5.5.- Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116³¹²

ASUNTO: Alcances de la prescripción en delitos funcionariales.

13º. Con base a las explicaciones anotadas y las normas generales sobre accesoriedad de la participación, es preciso determinar si las reglas de la dúplica de los plazos de prescripción previstas en el artículo 80º CP, y aplicables a los “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos” que afectan el patrimonio del Estado, también alcanzan a los sujetos *-extraneus-* que no ostentan el deber especial.

14º. En el Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó lo siguiente: *“la dúplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa [...] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos.*

Esto implica un mayor desvalor de la acción [...] y resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas”.

15º. Ahora bien, el Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80º CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el

³¹² Publicado el día 30 de mayo de 2012, en el diario oficial, *El Peruano*.

patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste.

16º. De la lectura de estas dos proposiciones es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen los funcionarios y servidores públicos por el poder que ostentan.

En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*.

17º. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88º CP que estatuye “*La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible*”.

18º. En suma, los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro segundo del CP-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá la dúplica del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que legalmente sólo corresponde al autor.

19º. Se estima que lo precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, sólo responden por el delito de infracción deber en calidad de inductores o cómplices -sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó-, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El

principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal.

5.5.1.- Comentario: Con relación a los fundamentos expuestos por la Corte Suprema de la República, suscribimos y nos adherimos a los argumentos del AP, 2-2011/CJ-116, simplemente nos vemos en la obligación de hacer algunas precisiones la pregunta que se plantea en el AP, *in comento*, estriba en averiguar si efectivamente se puede extender el plazo de la duplicidad de la prescripción para aquellas personas que no tienen, no ostentan el deber especial de preservar el buen funcionamiento de la administración pública, específicamente nos estamos refiriendo al delito de infracción de deber, que solo lo ostentan los *intranei* (nos referimos a los funcionarios y servidores públicos - los autores) mas no a los *extraneus* (que puede ser un particular - los partícipes).

Conviene precisar antes de delinear los argumentos que subyacen en el AP, las formas de intervención en la actuación delictiva, nótese que no usamos la terminología de grado de participación, por cuanto con dicha frase “*grado de participación*” podemos confundir a la categoría de los partícipes, como ya lo expusimos los *intranei*, tienen un deber especial³¹³ por ejemplo velar por el buen funcionamiento de la administración pública, dicho deber no lo ostenta un particular un *extraneus*, y dependiendo de la teoría a la cual nos afiliemos, por ejemplo la Teoría de la unidad del título de la imputación o de la Teoría de la ruptura del título de la imputación éstos -los *extraneus*- podrían ser sancionados, dejamos éstos comentarios sobre las teorías para comentarlos líneas abajo por el momento solo nos interesa precisar los grados de intervención en la participación delictiva, nuestro Código Penal acoge hasta seis formas de intervención delictiva veamos:

1.- Autor directo. 2.- Autor mediato. 3.- Coautoría. 4.- Complicidad necesaria 5.- Complicidad secundaria. 6.- Instigación.

Se puede sancionar tanto al autor como a los partícipes, en los delitos especiales que contienen la prohibición de infringir un deber con relación a la participación en delitos especiales: “Bajo las consideraciones expuestas, el tratamiento de los problemas que implica la aplicación de las reglas de la participación a los delitos especiales que contienen elementos personales, precisa distinguir, en primer lugar, si se tratan de “delitos de dominio” o “delitos de infracción del deber”.

Dentro de los “delitos de dominio” rige pues el criterio del “dominio del hecho” para distinguir entre autores y partícipes, sean estos delitos comunes o delitos especiales. Autor del delito será siempre quien tiene dominio del hecho y partícipe quien sin dominio del hecho haya contribuido al delito mediante un ataque accesorio al bien jurídico. Ahora bien, en relación a los casos problemáticos planteados, los

³¹³ En el caso de los **delitos de infracción de deber** existe la dificultad que para caracterizar al autor, sería insuficiente el dominio del hecho pues solamente al que le incumbe el cumplimiento de un *deber especial*, se le considerará autor. La posibilidad de la **autoría** se halla limitada al círculo de los denominados autores cualificados expresados en el tipo penal. (MAURACH/GÖSSEL/ZIFF II, 1995, p.325). Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Autoría y participación*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). El Derecho Penal Contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Págs. 696-697.

“*extranei*” que participen en el delito de parricidio, entre otros, que es perpetrado con dominio del hecho por el “*intraneus*” responderán como “partícipes en el delito especial”, aplicándose el “marco punitivo del delito común subyacente”, en su caso del homicidio o asesinato.

La “asignación del mismo título de imputación” obedece a criterios que sustentan en el fundamento de punición del partícipe. El partícipe no realiza su propio delito, él instiga o ayuda a la comisión del delito que con dominio del hecho realiza el autor. En el caso tratado, ayuda a la perpetración de un parricidio, no a la realización de un homicidio que en realidad no se ha cometido. Se sanciona al partícipe porque a través de su ayuda ha realizado un ataque accesorio al bien jurídico de un tipo concreto. Por ello responde como partícipe del delito especial que ha cometido el autor. De otro lado, la “asignación de un marco penal distinto³¹⁴” obedece a lo prescrito por el “principio de incomunicabilidad de circunstancias” del Art. 26 CP que dispone que no son transmisibles las circunstancias o elementos personales que modifiquen la responsabilidad. En el Art. 107 CP la relación de parentesco es un elemento personal que incide en la culpabilidad modificando la penalidad, por lo que no es transmisible a efectos de fijar el marco punitivo.

El tratamiento de la problemática en los “delitos de infracción del deber” es distinto. Aquí se distingue en función del criterio de “infracción del deber especial”. Lo característico en estos delitos es que el tipo penal exige en el autor la infracción del deber especial que éste posee. El autor debe poseer un deber especial específico que va más allá del deber general y común que tienen todas las personas de no lesionar bienes jurídicos ajenos. Éste es un deber especial que se sustenta en especiales consideraciones, y la cual es fundada por un mandato legal, un acto jurídico privado o público, o unas circunstancias especiales. Autor en estos delitos siempre es quien tiene el deber especial. Todos los demás que intervienen lo harán a título de partícipes ya sea como instigadores o cómplices.

Luego, en cuanto a la problemática que aquí nos ocupa, los “*extranei*” que participen en el delito de violación del secreto profesional, prevaricato, entre otros, cometido por los “*intranei*” responderán como cómplices en el delito especial cometido. Con esta interpretación se supera también los problemas de imputación en casos de utilización de “instrumento doloso no cualificado”. Así, por ejemplo, en el caso del juez que con el fin de emitir una sentencia contra el texto expreso y claro de la ley se vale de un particular, quien realiza la conducta descrita en el Art. 418 CP, la solución dogmática conforme al criterio de la “infracción del deber especial” consistiría en hacer responder al juez como autor del delito de prevaricato, pues aun cuando haya tenido el dominio del hecho, pues él no tenía un deber especial. Se salva así con esta interpretación los vacíos a los que llegaban las teorías que se basan en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos.³¹⁵

³¹⁴ En este mismo sentido Roxin, al comentar el § 28 II del Código Penal alemán, cfr. Roxin, AT I, § 27, n. marg. 16 y ss. Citado por PARIONA ARANA, Raúl. *Participación en delitos especiales*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 769.

³¹⁵ PARIONA ARANA, Raúl. *Participación en delitos especiales*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Págs. 769-770.

Sin embargo, según el profesor Villavicencio: “Participación es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno³¹⁶. En *sentido amplio* abarca a todos los que intervienen en el hecho (autor directo, autor mediano, co-autor, instigador y cómplice). En *sentido específico* son partícipes aquéllos que no son autores, es decir, participación se contrapone a autoría. *Partícipes* son aquellos cuya actividad se encuentra en dependencia, en relación a la de autor. El partícipe interviene en un hecho ajeno por ello es imprescindible la existencia de un autor, respecto del cual se encuentra en una posición secundaria, por ende, no es posible un partícipe sin un autor³¹⁷. Todas las conductas de los partícipes deben adecuarse bajo el mismo título de imputación por el cual responde el autor (unidad del título de imputación o unidad de calificación jurídica)³¹⁸”.

5.6.- Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116³¹⁹

ASUNTO: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º.1 del Código Procesal Penal 2004.

§ 1. El Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116 y la suspensión de la prescripción de la acción penal por formalización de la Investigación Preparatoria.

6º. El Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del artículo 339º inciso 1 “*La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal*” declaró expresamente en su fundamento jurídico 27 lo siguiente: “*La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la ‘suspensión’ con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de ‘interrupción’ de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la*

³¹⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, 2002, P. 454. MAURACH, II, 1962, P. 350, quien además considera que la participación representa un subalterno “concepto de referencia, con cuya ayuda los partícipes en el delito, no autores por falta de dominio del acto, pueden ser sometidos, dentro de ciertos límites, a una pena” (MAURACH, II, pp. 350-351) Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Autoría y participación*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). El Derecho Penal Contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 698.

³¹⁷ BACIGALUPO, 1998, p. 378. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, 2002, p. 455; BERDUGO, 1999, p. 293. Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Autoría y participación*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). El Derecho Penal Contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 699.

³¹⁸ BERDUGO, 1999, p. 294. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, 2002, p. 455. Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Autoría y participación*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). El Derecho Penal Contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 699.

³¹⁹ Publicado el día 26 de julio de 2012, en el diario oficial, *El Peruano*.

responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara”.

7º. Sin embargo, con posterioridad a este Acuerdo plenario un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional ha vuelto **a insistir en la conveniencia de asumir que lo previsto en dicha norma como suspensión debe ser entendido como interrupción** y que, incluso, procede a apartarse de lo establecido en el Acuerdo plenario sobre la materia (Cfr. Sentencia de apelación del 21 de marzo de 2011, recaída en el expediente N.º 00592-2008-49-1302-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de Huaura, fundamentos 4.1 a 4.10 y voto singular del Juez Superior Reyes Alvarado. Asimismo, comentario a dicha sentencia de José David Burgos Alvarado: La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. abril 2011, p. 261 y ss.). Entre estas posturas también se ha afirmado, sin mayor detalle argumental y de modo reiterado, que la disposición del artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal, ha derogado las reglas sobre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que contienen los artículos 83º y 84º del Código Penal sustantivo. Frente a ello, otro calificado sector de la doctrina ha ratificado la coherencia y validez de lo establecido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Raúl Pariona Arana. La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011, p. 221 y ss.). Las ponencias presentadas en la audiencia pública preparatoria del 12 de marzo han puesto también de manifiesto estas discrepancias con diferentes argumentos en uno y otro sentido, siendo común a todas, la **ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del artículo 339º** y que resulta imprescindible para esclarecer definitivamente la función y alcances dogmáticos así como prácticos de tal disposición legal.

§ 2. La fuente legal extranjera del artículo 339º inciso 1 valida la posición hermenéutica asumida en el Acuerdo plenario de 2010.

8º. La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339º inciso 1 es plena y evidente. En efecto, al igual que la norma nacional, el literal a) del artículo 233º del Código Procesal Penal de Chile también establece que **“La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal”**. Ahora bien, en el artículo aludido del texto fundamental del Derecho Penal sustantivo del vecino país del sur los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción: **“Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él”**. Esto significa, sencillamente, que en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho

punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, la interpretación hecha por el Acuerdo plenario es correcta y tiene plena validez técnica y práctica.

§ 3. La suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal en el derecho penal histórico peruano han regulado siempre causales y efectos distintos.

9º. En el derecho penal histórico nacional, también los efectos y las causales de interrupción y suspensión de la acción penal han estado claramente estipulados sin que haya posibilidad alguna de confundirlos. Remitiéndonos únicamente al Código Penal de 1924 podemos constatar que los artículos 121º sobre interrupción y el 122º sobre suspensión, ponían en evidencia tales diferencias. Es más, en el segundo de los artículos citados, incluso se estipulaba que los efectos de la suspensión no alcanzaban a los plazos de la prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo *in fine* la primera de dichas normas: “*Si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido, salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior*”. Importante salvedad que no fue reproducida por el actual artículo 84º del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal. De esta manera, desde el plano histórico, se vuelve a ratificar la pertinencia y solidez hermenéutica de lo acordado en el Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116.

§ 4. Las relaciones intrasistémicas entre los artículos 83º y 84º del Código Penal de 1991, con el artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 son de plena compatibilidad funcional.

10º. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339º inciso 1 del código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83º de Código Penal vigente. El artículo 84º del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339º del código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. ***Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.*** Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción

penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5º en sus incisos 1 y 2:

“1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado.

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido”.

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116.

§ 5. Necesidad de un plazo razonable para la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1 del código Procesal Penal de 2004.

11º. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia pública preparatoria del I pleno jurisdiccional extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional.

Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del **principio de plazo razonable** para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122º del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo**. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art. 96º), de octubre de 1984 (Art. 83º), de agosto de 1985 (Art. 89º) y de abril de 1986 (Art. 88º) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible.

Vamos a transcribir algunas experiencias que se dan en la doctrina y legislación comparada, a manera de preámbulo, por cuanto tenemos reservado un capítulo aparte para el AP 3-2012 veamos al respecto: “La prescripción de la pretensión penal es el resultado de la falta de “secuela de juicio” o sea de la inactividad específica durante el plazo legal³²⁰.

³²⁰ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Rubinzal - Culzoni Editores. Pág. 163.

“El C.P. distingue la “prescripción de la acción”, ello es, prescripción de la pretensión punitiva *antes* de un pronunciamiento firme y “prescripción de la pena”, ello es, prescripción *después* de un pronunciamiento ejecutoriado.

Los *plazos* de la prescripción encuéntrase en los § § 67, 70, 71. (Plazo especial para la prescripción de los delitos de imprenta.

Ley de I., § 22, y para las infracciones financieras, Ley de impuestos, 384, 1).

La prescripción de la acción *comienza* en el día en que se cometió la acción, 67, IV; ver, sin embargo, 171, iU.

La prescripción de la pena comienza con la ejecutoria de la sentencia, 70, IV.

La prescripción de la acción *se interrumpe* por todo acto *judicial* contra el autor por causa del hecho, 68, comp., sin embargo, C. de Proc, 413, IV, 419, IV, y Ord. de Imp. 384, II; la prescripción de la pena se interrumpe por todo acto tendiente a la ejecución proveniente de la *autoridad ejecutiva de la pena*, 72. Después de la interrupción comienza una prescripción *nueva*.

La *suspensión* de la prescripción es distinta de la interrupción de la misma. Después del plazo de suspensión continúa la prescripción ya *comenzada*. La prescripción de la acción se suspende (C. P., 69, conforme a la ley de 26 de marzo de 1893, llamada *jex Rintelen*), mientras la prosecución de la acción se encuentra jurídicamente excluida, ver, p. ej. Constitución, art. 37; C. P., 191. Téngase presente, sin embargo, el § 69, II, C. P.

El efecto de la prescripción de la acción consiste en la extinción de la pretensión punitiva (según otro punto de vista, sólo implica extinción del derecho de acusar). Por el contrario, la prescripción *de la pena* debe remitirse al derecho *procesal* como una causa que excluye el derecho a la ejecución de la pena y no la pretensión punitiva.

La prescripción legal extranjera extingue la pretensión punitiva alemana en los casos de los § § 4 y 5 del C. P.

b) Por la ley de 9 de abril de 1920 sobre los informes sumarios del Registro Penal y cancelación de las anotaciones penales, se ha agregado una *Prescripción de los efectos de la pena* (rehabilitación, ello es, *rehabitat ion de droit*).³²¹

En la misma línea argumentativa la doctrina argentina expone:

6. Causas de extinción de la pena.

6.1 - La Prescripción.

³²¹ VON BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*. Análisis de Carlos M. de Elía. Librería “El Foro”. Buenos Aires 2002. Pág. 160.

“La prescripción fue conocida desde antiguo, si bien referida a la acción penal. Como causa extintiva de la pena, su adopción por las legislaciones solamente tiene lugar a fines del siglo XVIII en Francia. El fundamento de este instituto es el mismo, tanto para la no aplicación de la pena como para impedir que el delito sea perseguido: el olvido y la presunción de enmienda, y con ello la inutilidad de la pena. Mediante la prescripción, el Estado renuncia al castigo del culpable, autolimitando a su soberano poder de castigar (**MANZINI, Tratado**, Vol. V, nro. 601). La diferencia entre la prescripción de la acción y la de la pena reside en que en la primera la renuncia estatal opera sobre el derecho de perseguir la imposición de una pena, en tanto que en la segunda recae sobre el derecho de ejecutar las penas ya impuestas por los organismos oficiales (cfr. **VALOTTA**, Marcelo R., “Prescripción de la pena”, L.L., t. 117, nota al fallo 53.27 1).

En la ley argentina prescriben las penas privativas de la libertad y la multa. El Código no se refiere a la inhabilitación, lo que ha llevado a la doctrina dominante a sostener que esa pena no prescribe, y no parece que pueda hallarse otra solución sin decir algo que la ley no dice (en contra, **MALAGARRIGA, Código Penal Argentino, T. 1**, pág. 415, sosteniendo que la inhabilitación prescribe al año). Es un tema a no descuidar en una reforma de la legislación penal.

Tampoco prescriben las **medidas de seguridad**. Con criterio dogmático, porque la ley no las menciona. Tomando en cuenta la naturaleza de esas medidas, porque ellas se fundamentan en determinadas condiciones personales y su aplicación interesa mientras persistan tales condiciones; inversamente, desaparecidas las causas que motivaron la medida no se aplicarán, pero por esa razón, y no porque hayan prescripto.

1. **El término de la prescripción.** El artículo 65 del Código Penal argentino enumera en sus cuatro incisos los plazos de **prescripción** de las penas: la de reclusión perpetua, y la de prisión perpetua a los veinte años; la de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena y la de multa, a los dos años.

La prescripción de la pena comienza a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena si ésta hubiera empezado a cumplirse. El primer día computable es el siguiente a la notificación. También en los casos de quebrantamiento de la condena el primer día computable para la prescripción es el siguiente al del quebrantamiento”³²².

Continúa el profesor FONTAN BALESTRA: “Las penas privativas de la libertad se quebrantan cuando el condenado se sustrae a la detención; la multa, cuando se omite pagarla en la fecha que la condena fija para hacerlo. Ello es así, porque la prescripción comienza al notificarse la sentencia, y la condena se quebranta cuando la pena de multa es exigible (C.S.J.N., *Fallos*, t. 137, pág. 20; t. 191, pág. 400; t. 194, pág. 40). Si el condenado fue autorizado a pagar la multa en cuotas, de acuerdo con la facultad que la ley confiere al juez, la pena se está ejecutando mientras las cuotas son pagadas en los plazos estipulados, de suerte que se quebranta la condena cuando no se efectúa alguno de esos pagos, y la prescripción comienza a correr desde el día siguiente al de la fecha fijada para el

³²² FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. 1998. Abeledo - Perrot. Buenos Aires Argentina. Págs. 639-640.

pago de la cuota no cumplida (Cám. Cnm. Capital, **J.A.**, 1942-IV, pág. 901; L.L., t. 24, pág. 920).

La exigencia legal de que la condena sea notificada al reo, torna poco menos que imposible la prescripción de la pena por incumplimiento en las penas privativas de libertad, puesto que, notificado el reo, es aprehendido y comienza a cumplir la pena. Esta situación ha decidido a algunos de nuestros tribunales a tener por válida para el comienzo del término de la prescripción la notificación al defensor del condenado (en contra, Cám. Crim. Capital en pleno, causa "BARBASH, oracio D.", 23-III-1979, L.L., 9-IV-1979).

2. Suspensión e interrupción de la prescripción. La ley argentina no prevé causales de *suspensión de la prescripción de la pena*; sin embargo, la solución no puede ser otra cuando el condenado no puede comenzar a cumplirla por tener pendiente otro hecho delictuoso en distinta jurisdicción, por el que debe ser juzgado antes (cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. 11, pág. 545; VERAB ARROSO, N., *Prescripción penal*, cit., pág. 181; Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. IV, pág. 656).

La prescripción de la pena sólo se *interrumpe* por *la comisión de otro delito* (Art. 67, Cód. Pen.; **J.A.**, 1958-IV, pág. 18). Cuando la prescripción ha comenzado a correr porque la pena privativa de la libertad no ha sido ejecutada en ningún momento, la detención del condenado interrumpe la prescripción, borrando el tiempo transcurrido. La prescripción sólo es entonces posible por quebrantamiento de la condena, (Pág 640) y este hecho fija el punto de partida para *comenzar a contar nuevamente el término total de prescripción*. Lo mismo ocurre cuando la prescripción ha comenzado a correr por quebrantamiento de la condena y el autor es nuevamente detenido; sólo un segundo quebrantamiento puede abrir el cómputo de una nueva prescripción, que comienza a correr *desde ese momento y por un nuevo plazo total*.³²³

"3. Otros problemas. La práctica ha presentado algunas otras dudas en la aplicación de las normas que prevén la extinción de las penas por prescripción:

a. En las penas conjuntas, el plazo de la prescripción es el que corresponde a la pena mayor. La inhabilitación, cuando es accesoria, prescribe en el término de la pena principal. La jurisprudencia ha resuelto que la prescripción de la pena de multa prevista en el artículo 94 del Código Penal para las lesiones culposas comprende también la inhabilitación especial conjunta establecida para el caso (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. 4, pág. 654; L.L., t. 57, pág. 413).

b. Cuando la pena ha sido disminuida por conmutación, el cómputo de la prescripción se hace sobre el tiempo fijado en definitiva; es decir, sobre la pena que real y efectivamente debe sufrir el condenado, ya que la parte reducida por la conmutación es pena extinguida (L. L., t. 24, pág. 295).

c. En los casos de concurso de delitos, el término de prescripción es el que corresponde a la pena aplicada en la sentencia, lo mismo que en todos los casos de pena única, previstos en el artículo 58 del Código Penal. Ello es así, porque lo que

³²³ FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Ob. Cit. Págs. 640-641.

aquí se toma en cuenta para efectuar el cómputo es la pena efectivamente aplicada. La ley dice que la reclusión o prisión temporal se prescribe en un tiempo igual *al de la condena* (art. 65, inc. 3°, Cód. Pen.).³²⁴

“La secuela del juicio. Esta expresión no se caracteriza precisamente por la exactitud de su significado. Gramaticalmente, **secuela** quiere decir tanto como consecuencia o resulta de una cosa, pero de prisa se ve que este significado ninguna relación guarda con el que le da la ley en la disposición que nos ocupa. El significado jurídico que aquí ha querido asignársele equivale a trámite, desenvolvimiento o desarrollo del juicio. Se ha criticado, con razón, lo impreciso de este término, pues no siempre resulta fácil afirmar que determinado trámite, diligencia o nota forma parte o no de la secuela del juicio; y, como puede apreciarse, las consecuencias que de ello resulta son graves.

En el transcurso de los años, una laboriosa tarea jurisprudencial ha ido fijando y uniformando criterios, al punto que hoy puede ya considerarse con alguna certeza el concepto -más adjetivo que sustantivo- de esta causa interruptiva de la prescripción. Secuela del juicio es todo acto con suficiente entidad para dar **real dinámica al proceso manteniendo en efectivo movimiento la acción penal** (del voto del Dr. MILLÁN, J.A., 1959-11, pág. 79; Cám. Crim. Capital, **L.L.**, t. 109, pág. 1077; Cám. Cnm. Capital en pleno, **Doct. Pen.**, 8-X-1997, pág. 400), siempre que se haya llamado a prestar declaración indagatoria al imputado (Cám. Crim. Capital, en pleno, causa “Czemicer, Sergio **A.**”, **L.L.**, t. 1992-D, pág. 344; análogo criterio se revela en decisiones de otros tribunales: **L.L.**, t. 100, pág. 311; t. 101, pág. 61; t. 108, pág. 459; 9-XI- 1973, t. 152; sin embargo, ha considerado que en el nuevo Código Procesal [ley 23.984] no constituye **secuela del juicio** el llamado a indagatoria, por su carácter de medio de defensa, sino el auto de procesamiento, la Sala la del mismo tribunal, causa “Palomo, Miguel”, del 1-X-1996).³²⁵

³²⁴ Ibídem. Pág. 641.

³²⁵ Ibídem. Pág. 655.

SUB-CAPÍTULO IV.

LAS IMPRECISIONES DEL ACUERDO PLENARIO N.º 3- 2012/CJ-116. Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A SER JUZGADO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE.

LAS IMPRECISIONES DEL ACUERDO PLENARIO N.º 3-2012/CJ-116. Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A SER JUZGADO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE.

1.- Generalidades.-

Como se ha podido apreciar, a lo largo de toda nuestra investigación se han realizado estudios previos para afrontar las problemáticas generadas en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal y su incidencia en el derecho implícito a ser juzgado dentro de un plazo razonable: a propósito de lo expuesto en el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116, (Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal 2004) publicado el 26 de julio de 2012, en el diario oficial *El Peruano*, en dicha línea nos estamos refiriendo a los acuerdos plenarios que se expedieron en el I Pleno jurisdiccional extraordinario de las salas penales permanente y transitoria.³²⁶

Abocándonos al punto final de nuestra investigación debemos traer a colación lo expuesto en los artículos 83º y 84º del Código Penal y el artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal Peruano a fin de confrontarlos y entrar al tratamiento del tema los mencionados dispositivos a la letra estipulan:

Código Penal Peruano.

Artículo 83º.- Interrupción de la prescripción de la acción penal.

*La prescripción de la acción **se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público** o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.*

Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por 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.* (Resaltado nuestro)

Artículo 84º.- Suspensión de 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 concluido³²⁷. (Resaltado nuestro)*

³²⁶ Adicionalmente al AP que hemos aludido se han publicado los Acuerdos plenarios N.º 1-2012-CJ/116 (Asunto: Artículo 170º del código penal y agresión sexual violenta perpetrada contra mayores de 14 y menores de 18 años) y el AP N.º 2-2012/CJ-116 (Asunto: Audiencia de tutela e imputación suficiente). Sin embargo con el mismo número de AP, existe el AP N.º 3-2012/CJ-116, (Asunto: Función y operatividad de la libertad anticipada). Dicho AP ha sido expedido en el VIII Pleno jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria. Por lo que cuando hagamos referencia al AP N.º 3-2012/CJ-116, estamos haciendo alusión al AP sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal 2004.

³²⁷ De conformidad con el resolutivo 2 del fallo del expediente N.º 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 parlamentaria.

Código Procesal Penal Peruano.

Artículo 339° Efectos de la formalización de la investigación.- (Código Procesal Penal).

1.- La formalización de la investigación **suspenderá** el curso de la prescripción de la acción penal.

2.- Asimismo, el Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial. (Resaltado nuestro)

Después del análisis y confrontación de dichos dispositivos (pues es una imprecisión catalogarlos como normas) surgen dos cuestiones problemáticas:

La primera tendiente a determinar si la formalización de la investigación preparatoria (Artículo 339° Inciso 1 del Código Procesal Penal) se configura propiamente como un supuesto de suspensión “*sui géneris*” de la prescripción de la acción penal. Para arribar a una solución armónica, debemos recurrir a un análisis teleológico y sistemático de los artículos 339° del Código Procesal Penal en concordancia con los artículos 83° y 84° del Código Penal a fin de brindar nuestras fundamentadas conclusiones con relación a las problemáticas que se han generado en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal³²⁸.

Como segundo problema cabe preguntarnos cómo ha incidido lo resuelto en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como producto de la expedición del Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116.

A fin de lograr una cierta legitimidad para abordar la crítica a los AP, debemos concluir en este extremo que la Corte Suprema como órgano supremo del Poder Judicial, no ha solucionado el problema en torno a la formalización de la investigación preparatoria como un supuesto de suspensión, en dicha línea formularemos críticas y brindaremos propuestas de solución³²⁹.

El profesor Peña-Cabrera Freyre con la acuciosidad a la que nos tiene acostumbrados ya advierte el problema:

“La formalización de la investigación preparatoria, por parte del persecutor público trae consigo consecuencias jurídicas muy importantes: primero, faculta a los sujetos legitimados solicitar su constitución de partes; segundo, faculta a las partes a que puedan solicitar la adopción de medidas correctivas, así como a la práctica de prueba anticipada; tercero, delimita el contenido de la imputación delictiva, en cuanto a los cargos que han de sostenerse sobre las figuras delictivas que son recogidas en la disposición respectiva; cuarto, los plazos de prescripción

³²⁸ Cfr. CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. En: La Revista Institucional “Ipsa Jure” Año 7 N.º 29 mayo 2015. Edición de Aniversario. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Pág. 81.

³²⁹ Artículo 139° Inciso 20 de la Constitución. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 20. *El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley*. Cfr. SAR SUAREZ, Omar. *Comentarios al artículo 139° inciso 20 de la Constitución. Derecho a analizar y criticar las resoluciones judiciales*. En: Gutiérrez Camacho, Walter. (Director). *La Constitución Comentada. Artículo por artículo*. Tomo III. Gaceta Jurídica. Segunda edición enero 2013. Págs. 246 y sgts.

son interrumpidos, según lo previsto en el artículo 83 del CP, no obstante que en el artículo 339.1 el legislador ha empleado el término de “suspensión”, **el cual no resulta correcto conforme a la naturaleza de una y otra institución** y; quinto, toma lugar la relación adversarial entre el persecutor público y la defensa del imputado. A decir de Carocca Pérez, su efecto más importante es el de impedir que la persona pueda ser acusada por un hecho distinto al que ha sido objeto de formalización de la investigación, ni condenada por un hecho por el que no se le ha acusado³³⁰.” (Resaltados nuestros).

2.- La formalización de la investigación preparatoria.

“Investigación preparatoria formalizada: El CPP de 2004 señala que, cuando de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares realizadas por el fiscal, aparezcan indicios reveladores de la existencia del delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, aquel dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria, comunicándoselo al imputado y al juez de la investigación preparatoria.³³¹”

A nuestro turno, por la formalización de la investigación preparatoria, en virtud del artículo 3° del código Procesal Penal, el órgano fiscal le comunica al órgano jurisdiccional que está conociendo una noticia criminal, contra un sujeto individualizado, que la acción penal no ha prescrito contra el mismo, es decir se pone en conocimiento que existe formalmente un proceso penal, decimos formalmente por cuanto como ya es doctrina consolidada por parte de la Corte IDH y el TC, el proceso y todas sus garantías están dadas para el imputado, desde un primer momento y no a partir que se entable un proceso formalmente ante el órgano jurisdiccional veamos al respecto:

“71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (Cfr. Eur. Court H.R., Campbell and Fell judgment of 28 June 1984, Series A no. 80, para. 76; y Eur. Court H.R., case of X v. the United Kingdom of 5 November 1981, Series A no. 46, para. 53.). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente

³³⁰ Carocca Pérez, Alex. El nuevo sistema procesal penal. Lexis Nexis, 2005, p. 143. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *El nuevo proceso Penal Peruano*. Gaceta Jurídica. Pág. 150. (Extraído de la colección de publicaciones digitales de la Gaceta Penal & Procesal Penal) Disponible también en:

<http://www.gacetapenal.com.pe/index.php/publicaciones>

³³¹ SALAS BETETA, Christian. *El proceso penal común*. Gaceta Jurídica. Pág. 199. (Extraído de la colección de publicaciones digitales de la Gaceta Penal & Procesal Penal) Disponible también en: <http://www.gacetapenal.com.pe/index.php/publicaciones>

jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas) Fundamento 71.

Volviendo a nuestro tema, tal como hicimos mención en el primer subcapítulo de nuestra investigación nos habíamos reservado, nuestros comentarios en torno a la suspensión e interrupción de la acción penal, pues es un imperativo ineludible contar con ideas previas sobre dichos institutos, en dicha líneas habíamos dejado expuesto que la doctrina denomina a estos dos institutos (*Interrupción y suspensión*) Vicisitudes de la prescripción, al respecto transcribimos las siguientes líneas:

“El decurso prescriptorio ya iniciado contra la pretensión que nace del ejercicio del derecho de acción, puede ser alterado por motivos diversos, que se distinguen entre sí, y que la codificación civil [*mutatis mutandis* la codificación penal] clasifica como causales de suspensión y causales de interrupción.

La vicisitudes que alteran el decurso prescriptorio, que se configuran en las causales de suspensión y en las causales de interrupción, se distinguen, según lo detengan mientras subsisten para luego continuar el decurso cuando desaparecen las causas sumándose el transcurso anterior, como ocurre con la suspensión, y, según dejen sin efecto el tiempo transcurrido, como ocurre con la interrupción, cuyas causales, una vez desaparecidas, determinan que el decurso se reinicie pero sin que sea de cómputo el transcurso anterior a la aparición de la causal.³³²”

3.- Interrupción de la acción penal.

La doctrina expone: “Recurriendo a la doctrina resulta relevante precisar: “que nuestro anterior cuerpo normativo en materia penal [PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal parte general*. Rhodas, Lima, 2009, p. 1113] con relación a las circunstancias procesales que motivan la interrupción del plazo de la prescripción, especificaba que éstas eran: a) la orden judicial de detención y la citación para instrucción o juzgamiento; b) las diligencias judiciales que le sigan -entiéndase las posteriores a dichos actos-, siendo que según acotaba el profesor Raúl Peña Cabrera [PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho Penal Peruano parte general*. Lima, 1977, p. 383] tratándose de delitos para los que no era posible la detención, la interrupción se producía por la simple interposición de la denuncia -entiéndase del entonces agente fiscal. Tal nivel de precisión en nuestro antecedente normativo, con relación a las causas interruptivas de la prescripción penal, torna inexplicable la indefinición al respecto de nuestro legislador [el legislador del Código Penal de 1991.] y la utilización de la fórmula absolutamente abierta como “las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales”, para referirse a éstas, más aún si tenemos en cuenta la afincada cultura inquisitiva y la tendencia a la literalidad

³³² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción extintiva y caducidad*. Gaceta Jurídica. Cuarta edición. Marzo 2002. Págs. 129-130. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 83.

interpretativa que resultaba mayoritaria en los operadores de nuestro sistema penal, al momento de [la] promulgación del Código vigente.³³³”

A nuestro turno debemos argumentar que entendemos a la interrupción de la acción penal como aquellas circunstancias que dejan sin efecto el tiempo que ha transcurrido como plazo de prescripción, reduciendo a cero el mismo, transcurriendo un nuevo plazo, sin embargo indefectiblemente la acción penal prescribirá, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. No resulta ocioso precisar que las causales de interrupción que desarrollaremos líneas abajo como son las actuaciones del Ministerio Público (MP, en adelante), Poder Judicial (PJ, en adelante) y la comisión de un nuevo delito doloso, deben darse dentro del plazo de prescripción de la acción penal, es decir asistimos a dos momentos:

Primer momento: Si estamos dentro del plazo de la prescripción ordinaria de prescripción de la Acción penal, se entiende que la interrupción se ha producido durante el decurso prescriptorio de la prescripción ordinaria, pues si ha producido la causal de interrupción cuando ha transcurrido el plazo ordinario, ya no se puede alegar que se ha interrumpido el plazo prescriptorio.

Segundo momento: Habiéndose interrumpido dentro del plazo de la prescripción ordinaria de prescripción de la Acción penal, entonces el plazo de prescripción será el plazo extraordinario o sea la regla del uno y medio, es decir, el máximo de la pena más la mitad.

3.1.- Causales de interrupción de la acción penal.

Con relación a las causales de interrupción el legislador penal sí las ha regulado en el artículo 83° del Código Penal, al respecto:

Artículo 83.- La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.

Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por 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.

Del análisis del artículo se desprenden tres causales de suspensión de la acción penal, por lo que la acción se interrumpe por: A.- Actuaciones del Ministerio Público. B.- De las autoridades judiciales. C.- La comisión de un nuevo delito doloso.

A.- Actuaciones del Ministerio Público.

Con la entrada en vigencia de manera parcial del nuevo orden procesal nos

³³³ BROUSSET SALAS, Ricardo Alberto. *De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria. Sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal.* En: Actualidad Penal. Abril 2015 N.º 10. Págs. 224-225.

referimos al código Procesal Penal, cobra vital importancia el papel que desempeña el Ministerio Público, en la persecución del delito y en el ejercicio público de la acción penal, y de acuerdo al artículo 159° incisos 4 y 5 de la Constitución, conduce desde su inicio la investigación del delito, ejerciendo la acción penal de oficio o a petición de parte, asimismo en dicha línea el órgano fiscal expide dentro del proceso, disposiciones y providencias, y formula requerimientos.³³⁴

Sin embargo como es natural, el legislador no lo puede regular todo, aunque dentro del ámbito penal, el legislador es el más hiperactivo y conyuntural³³⁵ en comparación a otros ámbitos del derecho, si se nos permite el término, pues si nos percatamos tal como argumentan algunas voces autorizadas, algunos creen supinamente que el derecho penal, cual orden paternal ha sido configurado como un herramienta de *primera ratio* para solucionarnos todos nuestros problemas recurriendo para tal efecto a la sobre criminalización, incluso punibilizando actos preparatorios en algunos casos³³⁶.

En dicha línea en su actuación el órgano fiscal es el ente persecutor del delito y ostenta el monopolio de la acción pública del delito, sin embargo debemos preguntarnos con relación a nuestro tema materia de investigación ¿Qué actos del Ministerio Público, interrumpen el plazo de prescripción de la acción penal? ¿Cuáles serían esas actuaciones?

Una primera posición anclada en el positivismo, argumentaría basándose en el artículo 122° del código Procesal Penal, que las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen la acción penal son aquellas que se materializan a través de la emisión de disposiciones, providencias y requerimientos, es decir su simple emisión basta para se produzca la interrupción de la acción penal.

³³⁴ Vid. Artículo 122° Actos del Ministerio Público. (Código Procesal Penal).

1. El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos.
2. Las Disposiciones se dictan para decidir:
 - a) El inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones;
 - b) La conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación;
 - c) La intervención de la Policía a fin de que realice actos de investigación;
 - d) La aplicación del principio de oportunidad; y,
 - e) Toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley.
3. Las Providencias se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación.
4. Los Requerimientos se formulan para dirigirse a la autoridad judicial solicitando la realización de un acto procesal.
5. Las disposiciones y los requerimientos deben estar motivados. En el caso de los requerimientos, de ser el caso, estarán acompañados de los elementos de convicción que lo justifiquen.
6. Rige, en lo pertinente, el artículo 127°.

³³⁵ Son ejemplos palpables y coyunturales sobre la sobrecriminalización del delito de **Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones** previsto en el artículo 366° del CP (Tipo base) y su tipo agravado 367° del CP, cuando el agraviado es un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armada, a raíz el caso la parada. Hecho que ha motivado que la Corte suprema expida el Acuerdo plenario N.º 1-2016/CJ-116 Asunto: *La agravante del delito de violencia y resistencia contra la Autoridad Policial: Tipicidad y determinación judicial de la pena*. A fin de paliar casos coyunturales como el conocido caso de la señora Silvana Buscaglia Zapler.

³³⁶ Vid. El artículo 317°-A del CP, por el delito de Marcaje o reglaje.

Creemos afiliándonos a una segunda posición, que el argumento anterior sin ser falaz, es parcialmente correcto y decimos parcialmente correcto por cuanto no cualquier actuación del órgano fiscal tendría la plena capacidad para producir la interrupción de la acción penal, en simple palabras solo cuando el Ministerio Público ejerza una imputación concreta y válida³³⁷ (atribuya una conducta determinada a un sujeto determinado³³⁸) sus actuaciones tendrán plena eficacia para interrumpir la acción penal buena cuenta de este argumento se refleja en la **Casación N.º 347-2011-Lima**, la dispuso con calidad de **Doctrina Jurisprudencial**³³⁹ de conformidad con el inciso 4 del artículo 433º del código Procesal Penal³⁴⁰, que *Solo las Actuaciones del Ministerio Público en las que se efectuó una imputación válida contra el investigado pueden interrumpir el plazo ordinario de la prescripción.*³⁴¹

“4.7. Estando a lo expuesto, debemos determinar en el caso concreto cuáles son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada; pues aun cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si éste no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal; ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de

³³⁷ Vid. MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*. Segunda edición. Editorial Idemsa. Lima Perú. Marzo 2015.

³³⁸ Nada impide que pueda ser también comprendida una persona jurídica, pues también es sujeto procesal, de conformidad con el artículo 90º del Código Procesal Penal (*Las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104º y 105º del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal.*)

³³⁹ “Se entiende por doctrina jurisprudencial al pronunciamiento emitido por el más alto órgano jurisdiccional del país en torno a un determinado tema, que a su vez es vinculante o de estricta observancia por las instancias jurisdiccionales inferiores.” Vid. BENAVENTE CHORRES, Hesbert. AYLAS ORTIZ, Renato. *La casación penal en el Código Procesal Penal del 2004*. Manual 1. Gaceta Jurídica. Pág. 112. (Extraído de la colección de publicaciones digitales de la Gaceta Penal & Procesal Penal) Disponible también en: <http://www.gacetapenal.com.pe/index.php/publicaciones>

³⁴⁰ **Artículo 433º Contenido de la sentencia casatoria y Pleno casatorio.-**

(...) 3. En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

³⁴¹ Casación 347-2011-Lima. Del motivo casacional: Indebida interpretación de la Ley penal.

la imputación, su derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros.”

B.- De las autoridades judiciales.

Entendemos que el CP hace referencia al Poder Judicial, no contamos con una casación similar a la que hemos hecho referencia líneas arriba, sin embargo el extremo de este análisis es más fácil de afrontar por cuanto en el nuevo modelo procesal el poder judicial y con el cambio de paradigma que ello ha implicado, ya no actúa de oficio ni a instancia de un privado entiéndase para los delitos de acción pública. En este contexto entendemos que la interrupción se podría producir con la notificación válida (entiéndase dentro de un proceso judicial) de algún acto procesal dirigido al imputado, como puede ser con la notificación de las resoluciones (autos y sentencias)³⁴².

Otra lectura distinta merece los delitos de persecución privada a manera de ejemplo la calumnia, la difamación y la injuria, que se ventilan en el proceso especial de querrela³⁴³ de conformidad con los artículos 107° y siguientes del código Procesal Penal, en dicha línea entendemos que el Poder Judicial sí podrá interrumpir la acción penal sin la participación del Ministerio Público, lógicamente con la debida notificación. Con la imputación concreta correspondiente.

C.- La comisión de un nuevo delito doloso.

La acción u omisión puede ser a título de culpa o dolo³⁴⁴, sin embargo solo aquellos actos que se reputen intencionales (conocimiento y voluntad), tienen la plena capacidad para interrumpir la prescripción de la acción penal.

4.- Análisis del Acuerdo plenario N.° 3-2012/CJ-116.

Para la Corte Suprema de la República, es doctrina consolidada, que la formalización de la investigación preparatoria, según lo estipula el artículo 339° inciso 1 del código Procesal Penal **suspende** el curso de la prescripción de la acción penal.

Al respecto se han expedido dos Acuerdos plenarios N.° 1-2010/CJ-116, y N.°

³⁴² **Artículo 123° Resoluciones judiciales.-** (Código Procesal Penal).

1. Las Resoluciones judiciales, según su objeto son decretos, autos y sentencias. Salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la Ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso.

³⁴³ Un ejemplo tangente recayó en el Exp. N.° 05637-2006-PA/TC de fecha 12 de abril de 2007, en el cual señaló lo siguiente:

“Derecho fundamental al honor

4. La Constitución protege el derecho fundamental al honor y a la buena reputación (artículo 2, inciso 7). A este respecto, este Tribunal Constitucional ha considerado que este derecho “está estrechamente vinculado con la dignidad de la persona, (...); su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva” (STC 2790-2002-AA/TC, fundamento 3)”.

³⁴⁴ **Delito doloso y delito culposo. (Código Penal).**

Artículo 12.- Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

3-2012/CJ-116 (Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del código Procesal Penal 2004) expone:

10. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339° inciso 1 del código Procesal Penal de 2004 **no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente**, las reglas contenidas en el artículo 83° de Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339° del código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. ***Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.*** Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5° en sus incisos 1 y 2:

“1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado.

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido”.

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116.

Al respecto la doctrina válidamente se pregunta: “Si nos decantamos por la posición del acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116, sobre la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal como producto de la formalización de la investigación preparatoria, entonces cabría formularse la siguiente interrogante sobre si dicha suspensión ¿Acaso no vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable?”³⁴⁵

³⁴⁵ El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es un Derecho Constitucional implícito que se deriva del artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú. “Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. ...3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...”

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al plazo razonable de la investigación fiscal en las sentencias recaídas en el expediente N.º 5228-2006-PHC/TC caso Samuel Gleiser Katz, y en el expediente N.º 02748-2010-PHC/TC caso Alexander Mosquera Izquierdo. Asimismo según jurisprudencia del TC cabe precisar que no podemos fijar una perspectiva de plazo razonable si no entendemos su aplicación desde la conjunción de tres requisitos procedimentales: actividad procesal

La regla que ha quedado preestablecida en el fundamento décimo primero del AP N.º 3-2012/CJ-116, consiste en que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1 del código Procesal Penal, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, lo que se acaba de exponer constituye en sí la Prescripción extraordinaria de la acción penal, pues según el artículo 83º del Código penal, La prescripción de la acción penal prescribe, **EN TODO CASO**, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Es decir con dicha interpretación, podemos concluir que al plazo transcurrido en la etapa preliminar se le puede adicionar otro plazo adicional al momento de formalizar la investigación preparatoria, pues según el AP. 3-2012, la prescripción de la acción penal se suspende y esta puede durar un máximo de la prescripción ordinaria más la mitad, con lo cual si sumamos todos los plazos desbordaremos *in extenso* el plazo extraordinario de la prescripción, veamos un ejemplo que grafica nuestro argumento:

Homicidio piadoso.

Artículo 112.- El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

El delito de Homicidio piadoso previsto en el artículo 112º del CP, es sancionado con una pena privativa de libertad **no mayor de tres años**. Supongamos que al órgano fiscal tuvo conocimiento tardío del delito y por cuestiones técnicas tardó otro lapso de tiempo en la realización de la investigación preliminar y la acción penal está a punto de prescribir, con la interpretación del AP 3-2012, simplemente basta con formalizar la investigación para obtener un plazo adicional de cuatro años y medio de suspensión del plazo de la acción penal. Con lo que sumado al plazo transcurrido en la investigación preliminar y el plazo de suspensión como producto de la formalización, se excedería con creces el plazo extraordinario de la prescripción de la acción penal, contraviniendo el artículo 83º del CP, el cual es claro al estipular que: *la acción penal prescribe, **EN TODO CASO**, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.*

Por lo que el AP N.º 3-2012, vulnera el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, al respecto el ilustre jurista Daniel R. Pastor, argumenta:

del interesado; conducta de las autoridades judiciales, y la complejidad del asunto. También se puede consultar sobre el tema tangencial al plazo razonable, específicamente sobre la aplicación del Test de las dilaciones indebidas nos referimos a la polémica sentencia expedida por el Tribunal Constitucional peruano sobre el EXP. N.º 3509-2009-PHC/TC caso Walter Gaspar Chacón Málaga. Sobre las sentencias que favorecieron la impunidad en materia de lucha contra la corrupción se puede ver el excelente trabajo De RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012*. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N.º 65. Disponible en:

http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la Prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 89.

“Desde el punto de vista estrictamente material la prescripción es la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo. Siguiendo a BINDER³⁴⁶, puedo definir la prescripción como mecanismo delimitador del poder penal del Estado. Por ello la prescripción sólo puede tener naturaleza material, a pesar de las muy serias repercusiones que ella tiene en el ámbito del derecho procesal penal. Entre ellas, la más importante a mi juicio, es la de ser todavía, para algunos casos, **el instrumento jurídico realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable**, sobre todo ante la ausencia de auténticos instrumentos procesales realizadores (reglamentarios) de ese derecho fundamental. Claro que obviamente, este rol no puede ser cumplido por la prescripción en todos los supuestos: cuando el límite temporal para que ella opere es muy prolongado (...)”³⁴⁷

4.1.- Problemáticas del AP. 3-2012/CJ-116.

La doctrina se pregunta: “Las preguntas que saltan a la vista son ¿La formalización de la investigación preparatoria, no es una actuación del Ministerio Público? Y si la respuesta es afirmativa ¿Dicha actuación no debería interrumpir la prescripción de la acción penal? ¿La formalización de la investigación preparatoria, depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento?

Si recurrimos a los acuerdos plenarios antes citados (**N.º 1-2010/CJ-116 y 3-2012/CJ-116**), tendríamos que decir que la Corte Suprema aparentemente habría zanjado la controversia, por lo que estas modestas líneas serían un ejercicio mental en vano, al respecto creemos que la Corte Suprema ha recurrido a un criterio interpretativo literal del artículo 339º Inc. 1 del nuevo código Procesal Penal, pero no ha realizado una interpretación sistemática³⁴⁸ y teleológica³⁴⁹ conjuntamente con los artículos 83º y 84 del Código Penal, nos explicamos:

Se ha dicho que la formalización de la investigación preparatoria suspende el plazo de la prescripción de la acción penal, *ergo* si recurrimos al artículo 84º del

³⁴⁶ Cf. Prescripción, cit. Citado por R. PASTOR, Daniel. *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal. Hacia un cambio de paradigma de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal*. Del Puerto Editores. Pág. 39.

³⁴⁷ R. PASTOR, Daniel. *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal. Hacia un cambio de paradigma de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal*. Del Puerto Editores. Págs. 39-40.

³⁴⁸ Para el método sistemático por comparación con otras normas, el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el “qué quiere decir” la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella. En: RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico (Introducción al derecho)*. Décima edición aumentada. Segunda reimpresión de la décima edición, junio de 2011. Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 242. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

³⁴⁹ La interpretación ideológica se orienta a determinar el sentido de la norma que sea más conforme con los fines pretendidos por toda regulación jurídica y en orden a la realización de tales fines... Con el criterio teleológico de interpretación se propende a las realizaciones ético-jurídicas que inspiren o que están por encima del texto normativo. En: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría general del derecho*. Tercera edición. Abril 2006. Idemsa. Pág. 574. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

Código penal, la investigación preparatoria ¿Depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento? La respuesta es negativa, pues la formalización de la investigación preparatoria depende única y exclusivamente del órgano fiscal.

Al respecto la doctrina expone: “En suma, la suspensión del plazo de prescripción tiene como fundamento la existencia de una determinada cuestión que imposibilita el comienzo o continuación del proceso penal, de forma tal que el ejercicio de la acción penal no puede realizarse con normalidad por una causa no imputable al Estado; por lo cual, el trascurso del tiempo ocasionado por esta cuestión extraprocesal no puede causar efectos en el tiempo otorgado para el ejercicio del *ius puniendi*. De ello se desprende que, el efecto que produce la suspensión del plazo de prescripción es el no contabilizar el tiempo que dura en resolverse la cuestión extraprocesal, de la cual depende el inicio o continuación del proceso penal.”³⁵⁰

El proceso penal comienza con la formalización de la investigación preparatoria, etapa procesal que depende del órgano fiscal, la doctrina la define como un acto no jurisdiccional y unilateral del titular de la acción penal (fiscal) que determina el inicio de una investigación formal contra determinada persona, cumpliendo una función de garantía, puesto que permite al imputado un conocimiento cierto de la imputación y comienza, inevitablemente, la actividad de su defensa³⁵¹...La formalización de la investigación tiene dos efectos fundamentales: A) Comienza a computarse plazo de investigación preparatoria. B) **Suspender el curso de la prescripción de la acción penal.** En una interpretación sistemática, se trataría más bien de la interrupción de la prescripción, tomando en consideración lo regulado por el artículo 83 primer párrafo del Código Penal que establece: “la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido”. Sin embargo, mediante el acuerdo plenario N.º 1-2010, se establece como la causa *sui generis* de suspensión que el plazo de prescripción deje de correr desde el acto procesal hasta que se obtenga una sentencia o resolución firme que ponga fin al proceso, siendo el sustento para interpretación de esta naturaleza darle eficacia a la persecución penal³⁵².

La doctrina³⁵³ se muestra reacia con lo expuesto en el artículo 339º Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal en el extremo que la Formalización de la investigación

³⁵⁰ MADRID, Cecilia. *Suspensión de la prescripción*. En: Boletín N.º 33 de fecha 19 de setiembre de 2011. Págs. 17-18. Disponible en:

<http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-33.pdf> (Fecha de consulta 06/04/15) Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

³⁵¹ CALDERÓN SUMARRIVA; Ana C. *Colección de temas procesales conflictivos II. El nuevo sistema procesal penal. Análisis crítico*. Egacal. Editorial San Marcos E.I.R.L. Segunda reimpresión: 2013. Pág. 200. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

³⁵² *Ibidem*. Págs. 203-204. Citado por CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

³⁵³ *Vid.* BURGOS ALVARADO, José David. *La Formalización de la investigación preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011. Págs. 254 y ss. *Vid.* ALCOCER POVIS; Eduardo. *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal*. En: Instituto pacífico. Actualidad Penal. Agosto 2014 N.º

Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal y argumenta que en la realidad la Formalización de la investigación preparatoria no suspende el plazo de la prescripción de la acción penal, pues debe interpretarse como un supuesto de interrupción de la misma, para lo cual apela a una interpretación sistemática del artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal con el artículo 83° del Código Penal.

Pero ya advertimos que el artículo 83° del Código Penal y el artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal son claros en regular dos instituciones distintas “interrupción” y “suspensión” de la prescripción de la acción penal respectivamente.

Según el artículo 22° si la judicatura decide apartarse de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Un comentario aplicable a lo expuesto: “Como se aprecia, sustentamos algunos puntos y criticamos otros al interior del acuerdo plenario *submateria*, debiéndose entender que si bien todos los principios jurisprudenciales establecidos son de obligatorio cumplimiento y deben ser invocados por los magistrados en todas las instancias judiciales, el propio artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial plantea la posibilidad de que *por excepción* los magistrados que decidan apartarse de dicho criterio “*están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan*”, significando en definitiva que dependerá de la capacidad argumentativa de los magistrados de todas las instancias a nivel nacional impedir el quebrantamiento de las instituciones procesales. Esperamos que las ideas vertidas sirvan para tal fin y permitan el desarrollo de una impecable ciencia procesal penal en nuestra patria.”³⁵⁴

4.2.- Suspensión de la prescripción de la acción penal: ¿La formalización de la investigación preparatoria es un supuesto de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal?

Para responder a esta pregunta, es ineludible traer a colación lo expuesto en el artículo 84° del CP, que a la letra estipula:

Suspensión de la prescripción.

Artículo 84.- 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.
(Resaltados nuestros)

Como ya hemos hecho referencia líneas arriba la Formalización de la investigación preparatoria depende de una cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, la respuesta es un rotundo NO.

2. Págs. 110 y sgts. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 91.

³⁵⁴ MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* Ob. Cit. Pág. 1017. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 92.

La formalización de la investigación preparatoria es un acto del MP, la respuesta es un Sí rotundo, y de acuerdo al artículo 83° del CP, la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público, sin embargo por si quepa algunas dudas vamos a analizar los supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal, a fin de colegir si la formalización de la investigación preparatoria, también configuraría un supuesto de suspensión.

En la misma línea, apuntalando nuestros argumentos la profesora Calderón Sumarriva:

“La formalización de la investigación tiene **tres efectos fundamentales**:

a) El plazo de la investigación preparatoria comienza a computarse desde que se comunica la disposición de formalización al juez de la investigación preparatoria.

b) **Suspende el curso de la prescripción de la acción penal.** En una interpretación sistemática, se trataría más bien de una interrupción de la prescripción, tomando en consideración lo regulado en el primer párrafo del artículo 83° del Código Penal, que establece: “La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido”. Sin embargo, luego de que mediante el Acuerdo plenario N.° 1-2010 se estableció que era una **causa sui generis de suspensión**, esto es, que el plazo de prescripción dejaba de correr desde este acto procesal hasta que se obtenga una sentencia o resolución firme que pongan fin al proceso, se emitió el Acuerdo plenario N.° 3-2012, que mantuvo la idea de que se trataba de una causa de suspensión de la prescripción; pero un plazo razonable que no es otro, que el plazo ordinario de prescripción más la mitad. Somos de la opinión de que la tarea interpretativa de los jueces debe permitir dilucidar las dudas o ambigüedades o determinar los alcances de una norma, pero de ninguna manera debe significar la incorporación de reglas en materias que están reservadas al legislador.

c) **Necesitar intervención de la autoridad judicial.** Corresponde comunicar de esta disposición al juez de la investigación preparatoria, que constituye un juez de garantía y cumple la función de observador imparcial. Solamente actuará en caso de que se afecten las garantías fundamentales de los intervinientes. No tiene, en cambio, ninguna potestad de juzgar o expedir sentencia, salvo en el proceso de terminación anticipada.

Al juez de la investigación preparatoria no le corresponde calificar o evaluar la corrección de este acto, pero sí controlar que la formulación sea clara, precisa y comprensible. Dentro de este marco, podría pedirle al fiscal que complete algunos datos; siendo este el resultado si por la imprecisión o vaguedad de la imputación se planteara una acción de tutela. (A.P. 2-2012)³⁵⁵”

³⁵⁵ CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. *Derecho procesal penal*. EGACAL. Editorial San Marcos. Tercera Reimpresión. Agosto 2015. Págs. 135 a 136.

Los supuestos de suspensión no están positivizados, a contra posición de los supuestos de interrupción de la prescripción de la acción penal, para hacer un tratamiento de dichos supuestos debemos recurrir a la doctrina:

“A nuestro turno podemos agregar que la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal se presenta como un obstáculo de la acción penal, bien sea para su inicio o para su continuación, pues siempre va a depender de una cuestión que deba resolverse previamente en otro procedimiento, veamos el hipotético caso que se requiera procesar a un alto funcionario (Artículo 99° de la Constitución) por la comisión de un delito de función, la judicatura ordinaria está imposibilitado de hacerlo pues, no puede procesar al alto funcionario hasta que se dé el correspondiente Antejudio Político, y se emita la resolución acusatoria con contenido penal, luego de cumplir con dicho procedimiento recién los jueces y fiscales supremos a su turno podrán procesar al alto funcionario.

A su turno la Corte Suprema, da luces sobre qué es lo que entiende por suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal, al respecto el Acuerdo plenario de las Salas Penales permanente y transitorias **N.º 1-2010/CJ-116** (Asunto: Prescripción: Problemas Actuales) en los fundamentos 24 y 25 expone: *“24°. La “suspensión” de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal - constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso-. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.*

25°. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.”

Como lo expusimos líneas arriba, precisamos que los supuestos de suspensión de la acción penal no están especificadas en la norma penal, labor que se ha encargado de desarrollar la doctrina teniendo como casos específicos de los supuestos de la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal: a la cuestión previa, la cuestión prejudicial, el antejudio constitucional, el desafuero constitucional, la extradición. Desarrollemos una por una.

4.2.1.- La Cuestión previa.

Es un medio de defensa instrumental con que cuenta el imputado que ataca la acción penal en virtud de no haberse satisfecho previamente con un requisito de procedibilidad con el objetivo medular que la acción penal sea válidamente instruida. En otras palabras, es un medio de defensa dirigido a paralizar la sustanciación de un hecho aparentemente delictivo en la justicia criminal, por adolecer de elementos esenciales susceptibles de ser subsanados. Para MORENO CATENA las cuestiones previas se refieren a los presupuestos procesales, o sea, a las condiciones formales de admisibilidad del procedimiento o de una fase o un acto de él.³⁵⁶

En nuestras palabras, podríamos definirla como un "filtro de pureza" como un mecanismo conducente a evitar que se sustancian causas que adolecen de un requisito de procedibilidad que no tienen nada que ver con la punibilidad misma del comportamiento calificable como delito³⁵⁷.

Constituye *requisito de procedibilidad* aquel supuesto previsto taxativamente en la ley penal o extrapenal, que condiciona el ejercicio de la acción penal.

Por su parte, la cuestión previa representa el medio técnico de defensa a través del cual se invoca la omisión del cumplimiento de un requisito de procedibilidad, alegación que puede plantearse ya sea durante la investigación preliminar o una vez iniciado el proceso penal.³⁵⁸

Encontramos, entonces, una relación de causa-efecto, sólo existiendo en el ordenamiento jurídico un requisito de procedibilidad podrá ser susceptible la invocación de la cuestión previa; siendo de similar criterio el maestro Sánchez Velarde³⁵⁹, quien refiere que el legislador ha estimado que por la naturaleza de determinados delitos o por la persona imputada, previo a ejercitar la acción penal, resulta necesario el cumplimiento de requisitos ineludibles previstos en la ley penal material, la ley material, la ley procesal penal o en la ley administrativa, por lo que:

³⁵⁶ MORENO CATENA, Víctor; *El proceso penal - doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 646. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis nuevo Código Procesal Penal*. Ob. Cit. Pág. 234. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 85.

³⁵⁷ PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I. Editorial Rodhas. Ob. Cit. Pág. 235. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 85.

³⁵⁸ MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes En Materia Penal de la Corte Suprema*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008. Pág. 996. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 85.

³⁵⁹ Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho procesal penal*, Idemsa, Lima, 2004, p. 337. Citado por MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008. Pág. 997. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 85.

“La cuestión previa constituye un medio de defensa técnico dirigido contra la acción penal al haberse inobservado un requisito necesario previsto taxativamente en la ley para iniciar debidamente el proceso penal [...] previamente al ejercicio de la acción penal se debe haber satisfecho la condición de procesabilidad que establece la ley.³⁶⁰”

“Se entiende por cuestiones previas aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin su presencia no es posible promover y perseguir la acción penal, interponiéndose cuando falta algún requisito de procedibilidad, vale decir, un requisito procesal.³⁶¹”

4.2.2.- La Cuestión prejudicial.

Esta cuestión procede cuando debe determinarse en la vía extra-penal (en lo civil, en el fuero laboral, etc) el “carácter delictuoso del hecho imputado” o “la existencia de uno de los elementos constitutivos del delito”. Declarada fundada esta cuestión se suspenderá el proceso, en tanto en la otra exista resolución firme sobre el carácter delictuoso o no. Si se resolviera que no contiene elemento constitutivo de delito, se resuelve el sobreseimiento definitivo del proceso penal, de lo contrario continuará su prosecución. Mientras se resuelva en la vía extra-penal se suspende la prescripción para luego reanudarse y sumarse el plazo que antecedió a la suspensión³⁶².

4.2.3.-La Acusación constitucional: (El Antejudio político).

“El principio de igualdad ante la ley constituye una garantía jurídica de la persona, a ser tratado igualmente, sin discriminación alguna; a estar sometido a las mismas leyes y a ser objeto de idéntica protección penal (PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 241). Empero, la Constitución en su Art. 99° permite la acusación constitucional que puede hacer la Comisión permanente del Congreso al Presidente de la República; a los Congresistas, Ministros de Estados; etc.

El artículo 10° del C.P permite ciertas “prerrogativas de aplicación de la ley penal a personas en razón de su función o cargo, lo que constituye una excepción a la regla general de la “igualdad ante la ley”.

Este proceso previo se conoce en Inglaterra como “*impeachment*” que ha dado origen a la “responsabilidad de un funcionamiento”. El jurista Valle-Riestra nos

³⁶⁰ Ibídem. Pág. 997. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de Suspensión de la Prescripción de la Acción Penal y Algunas Consideraciones Problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 86.

³⁶¹ Expediente N.º 99-98-A de fecha 8 de junio de 1998. Citado por MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008. Pág. 997. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de Suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 86.

³⁶² ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal*. Ob. Cit. Pág. 540. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 86.

ilustra que “*impeachment*” al igual acusación o delación y viene del francés *empêchement*, impedimento. Este autor hace un estudio detallado sobre esta materia. (Véase VALLE-RIESTRA, Javier, *La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado*, p. XVIII).

Lo cierto es que en un Estado de Derecho los funcionarios, cualquiera sea su investidura, están sometidos al imperio de la ley (APARICIO, Estif, El *impeachment* o juicio político del presidente p. 57)- De allí, cumpliendo con el Art. 10° del C.P, se sometió la ley N.° 26231 (vigente el 7 de octubre 1993) modificada luego por la Ley N.° 26339.

Mientras no se resuelva el procedimiento para la acusación constitucional de funcionarios públicos beneficiados por el antejuicio se suspende la prescripción de la acción penal. Concluida la vía extra-penal continúa el decurso prescriptorio.”³⁶³

Queremos anotar que no hemos consignado al Juicio Político como supuesto de suspensión de la acción penal y lo hemos hecho adrede pues no es presupuesto o causal de prescripción de la acción penal, para diferenciarlo del antejuicio político el cual sí es presupuesto de suspensión de la acción penal (se configura por delitos de función³⁶⁴), y está en directa conexión con el problema planteado en este trabajo específicamente con el artículo 450° inciso 9 del código Procesal Penal.

El tipo de delitos cometidos por los altos funcionarios son Delitos en ejercicio de la función: El Art. 99 de la Constitución establece el requisito para iniciar una investigación penal en contra de los altos funcionarios de la República, la acusación constitucional o antejuicio político; que deberá ser planteada por la comisión Permanente ante el Pleno del Congreso³⁶⁵.

Este requisito será exigible cuando dichos funcionarios, en el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones, infrinjan la Constitución o cometan conductas ilícitas (Art. 100 Const. y Art. 89 Reglamento del Congreso de la República)³⁶⁶.

³⁶³ Ibídem. Págs. 540-541. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 86.

³⁶⁴ Sobre delitos de función se puede revisar el excelente trabajo de MEDINA OTAZÚ, Augusto. *Marco conceptual del delito de función en el control político peruano*. Disponible en:

<http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/delitodefucionmedinaotazu.pdf> Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 86.

³⁶⁵ La resolución Legislativa 002-2010-CR (13.11.2010) modificó el Art.89 del Reglamento del Congreso precisando que el procedimiento de acusación constitucional se tramitará ante la subcomisión de acusaciones constitucionales. Citado por ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual Derecho procesal penal*. Tomo 1. Editorial Reforma. SAC. Primera edición diciembre 2011. Pág. 450. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 87.

³⁶⁶ Los denominados altos dignatarios en razón a la especialidad de su cargo gozan de inmunidad, beneficio otorgado con el objeto de no ser pasibles de acusaciones por delitos de función sin un previo antejuicio político, a fin de evitar persecuciones políticas o abusos, sin que implique la inmunidad. De esta manera, para la prosecución de un proceso penal iniciado contra ellos se requiere levantar la inmunidad previa autorización del Congreso. Ver Exp. N.° 006-2003-AI (f.J. 3,4 y 6), caso: acción de inconstitucionalidad en contra del inciso J) del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República. Citado por ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. Cit. Pág. 451. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas*

Al respecto es ilustrativo el Exp. N.º 0006-2003-AI/TC veamos las diferencias:

Juicio político por infracción constitucional.

18. Por otra parte, el Tribunal Constitucional considera que la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafo del artículo 100º de la Constitución, no sólo puede ser ejercida en aquellos casos en los que exista una sentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su artículo 99º, sino también en los casos en que se configuren responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. Y es que si bien la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón jurídica”), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón política”) no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial.
19. Lo expuesto permite afirmar que en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99º, en razón de las “faltas políticas” cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de “retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser re investido de poder en el futuro.” (Broussard, Paulo. *O impeachment*. Editora Saraiva. 2da. Ed, 1992. p. 77). Al respecto, Bidart Campos refiere que “se lo denomina juicio “político” [...] porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado”. (*Manual de Derecho Constitucional argentino*. Ediar., 1986. p. 612).
20. Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por “infracción de la Constitución”. Y es que toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.
21. De esta manera, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas.

4.2.4.- El Desafuero Constitucional.

Es el procedimiento que se establece para el Congresista según el cual 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, caso en el cual son puestos a disposición del congreso de la Comisión Permanente delito de las veinticuatro horas,

a fin de que autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento del Congresista.³⁶⁷

4.2.5.- La extradición.

Ésta es la entrega del acusado o del condenado, para juzgarle o ejecutar la pena, mediante petición del Estado donde el delito perpetróse, hecha por aquel país en que buscó refugio.³⁶⁸

Nuestro nuevo Código Procesal Penal lo regula en el artículo 513° y siguientes llama mi atención lo estipulado en el inciso 1 del artículo 513° del citado cuerpo normativo.

1. La persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe que se encuentra en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o de cumplir la sanción penal que le haya sido impuesta como acusada presente.

Del tenor literal, como toda regla tiene su excepción, se advierte que la extradición podría calzar como un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena, pues debe procederse previamente a la extradición del condenado a fin que cumpla su pena.

Al respecto la doctrina especializada en estos temas: “Dada la actual vigencia en lo que respecta al libro séptimo (la cooperación judicial internacional), del nuevo código Procesal Penal -decreto legislativo N.° 957-, considero pertinente efectuar algunos comentarios sobre lo que prevé el inciso 1 del artículo 513 de este cuerpo legal.

...Coincido con la precisión que Luciano López hace respecto esta norma en comparación con el texto del artículo 1° de la ley N.° 24710 materia de comentario. (El autor se refiere al prólogo que aparece publicado en su obra).³⁶⁹

Y es que, en efecto, a diferencia de la ley N.° 24710, el inciso 1 del artículo 513 del novísimo código Procesal Penal dice que la extradición se aplica a la persona procesada, acusada o condenada como "autor" o "partícipe", con lo cual, comparativamente con ha regulado en el capítulo IV del título II del libro I (parte general) del código penal vigente, estarían sujetos a extradición los que participaron en la comisión del hecho punible ("partícipes") como instigador o cómplice.”³⁷⁰

³⁶⁷ ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal*. Ob. Cit. Pág. 541. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 87.

³⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el delito*. Decimotercera edición agosto de 1984. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Pág. 176. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 88.

³⁶⁹ VALLE-RIESTRA GONZALES-OLAECHEA, Javier. *Tratado de la extradición volumen 1. Principios, doctrina y análisis exegético de la ley Peruana N.° 24710 y sus modificatorias por el Código Procesal Penal* (Decreto Legislativo N.° 957). A.F.A. Editores importadores S. A. Segunda edición, Lima, 2011. Pág. 91. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 88.

³⁷⁰ Ibídem. Págs. 91-92. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 88.

Sin embargo, el artículo 1 de la ley N.º 24710 alude al autor, cómplice (partícipe) y “encubridor”.

¿Es el “encubridor” un “partícipe” del hecho punible? Y si no lo es, ¿No está sujeto a extradición de acuerdo a lo previsto en el inciso 1 del artículo 513 del nuevo Código Procesal Penal?

Considero que, en realidad, se trata, simplemente, de un problema de técnica legislativa o, en todo caso, de *nomen iuris*. Lo digo porque el inciso 1 del artículo 513 del nuevo código Procesal Penal habría empleado una mejor técnica al referirse, apropiadamente, al “autor” o “partícipe”. Y es que un “encubridor”, desde punto de vista gramatical, es aquel sujeto que “encubre”.³⁷¹

En línea similar la doctrina foránea: “Supuestos de suspensión: “(...) Cuando ha sido dictada sentencia en primera instancia ya no puede tener lugar la prescripción de la persecución (§ 78 III, vid, también el § 78c III 3); los retrasos en el procedimiento de recursos, pues, sin consecuencias en orden a la prescripción³⁷². En determinados casos la prescripción **se suspende** hasta tanto el autor no pueda ser perseguido por razones jurídicas (§78 b, I núm.2)³⁷³. Esto puede darse en el supuesto de que existan causas *personales* para ello como, verbigracia, cuando el autor disfruta de inviolabilidad parlamentaria (§ 78b II), o allí donde concurren causas *materiales* como, por ejemplo, cuando con anterioridad a la continuación del proceso penal hay que aclarar una cuestión prejudicial extrapenal a través de un procedimiento particular (vid. Verbigracia, el § 154e III StPO) o si debe esperarse a la posibilidad de una terminación del proceso sin castigo (§ 59 StPO, § 153a III StPO). Finalmente, la prescripción también se suspende en la medida en que una persecución penal esté excluida debido a acontecimientos bélicos o por motivos similares a causa de la “paralización de la Administración de Justicia” (vid. El § 203 I BGB) (BGH 1, 84 [89]); y ello a pesar de que el requisito del § 78b I núm. 2, consistente en que “de acuerdo con la Ley” no pueda ser comenzada o continuada la persecución, no se cumple realmente en estos casos en los que acaece un perjuicio externo.”³⁷⁴

Ahora sí estamos en condición de dar respuesta a la pregunta ¿La formalización de la investigación preparatoria es un supuesto de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal? Lógicamente es un NO rotundo, y esbozamos como argumento que todos los supuestos de suspensión como son: La

³⁷¹ Ibídem. Pág. 92. Citado por CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Ob. Cit. Pág. 88.

³⁷² Acertadamente crítico al respecto *Kohlmann*, Pfeiffer-Festschrift págs. 212 ss. Citado por JESCHECK, Hans-Heinrich. WEINGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición. Editorial Comares. S.L. Granada diciembre 2002. Pág. 985.

³⁷³ Acerca de su delimitación frente a los obstáculos *materiales* del procedimiento que no paralizan el transcurso del plazo de prescripción, *LK (Jähnke)* § 78b núm.2. Citado por JESCHECK, Hans-Heinrich. WEINGEND, Thomas. Ob. Cit. Pág. 985.

³⁷⁴ Vid. *LK (Jähnke)* § 78b núm. 11; SchönkelSchröderStree, § 78b núm.6; *SK (Rudolphi)* § 78b núm. 9. Para el periodo de tiempo comprendido entre 1945 y 1949 fue aprobada la suspensión de la prescripción a través de una Ley propia (BGBl. 1965 I pág. 315); vid. También el Art. 1 de la Ley sobre la suspensión de la prescripción de hechos ilícitos cometidos bajo el régimen del Partido Socialista Unificado Alemán (SED) (BGBl. 1993 I pág. 392), que tuvo por finalidad la suspensión de la prescripción de delitos que por razones políticas no fueron perseguidos en la RDA. Citado por JESCHECK, Hans-Heinrich. WEINGEND, Thomas. Ob. Cit. Pág. 985.

Cuestión previa³⁷⁵, la Cuestión prejudicial, la Acusación constitucional: (El Antejuicio Político), el Desafuero constitucional y la Extradición. El profesor Prado Saldarriaga considera a la contumacia como supuesto de suspensión³⁷⁶.

En todos los supuestos antes mencionados, el comienzo o la continuación del proceso penal SÍ depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, por lo que el legislador del CP considera acertadamente que se suspende la prescripción hasta que aquel quede concluido. Lo mismo no se predica para la formalización de la investigación preparatoria. Da cuenta de nuestro argumento Arbulú Martínez:

“La suspensión que trae el artículo 339 del NCPP es *sui generis* y puede traer problemas, debido a la forma como se desarrollan los procesos penales. Puede darse el caso de un proceso dilatado no imputable al procesado y; sin embargo, se ve afectado en cuanto al plazo razonable y al hecho que se le aplica la suspensión de la prescripción.

Por otro lado, tenemos que si el Código Penal, en el artículo 83 del CP, señala que la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Interpretado esto, se tiene que si hay intervención fiscal en las diligencias preliminares antes de la formalización de la investigación preparatoria, se interrumpe el plazo ordinario y empieza a correr el plazo extraordinario. ¿Cómo quedan estos plazos si se formaliza la investigación preparatoria? Simplemente ya no existen, ya no corren, porque se encuentran suspendidos.

No nos parece acertado que el legislador haya dispuesto la suspensión de la prescripción con supuestos distintos a los construidos históricamente por la legislación procesal y la doctrina, por lo que es razonable una reforma legislativa que la derogue, y que se opere bajo las reglas del Código Penal.³⁷⁷”

Una voz muy autorizada de la doctrina a contraposición de nuestros argumentos el profesor Pariona Arana señala:

³⁷⁵ “La cuestión previa constituye un medio de defensa técnico dirigido contra la acción penal al haberse inobservado un requisito necesario previsto taxativamente en la ley para iniciar debidamente el proceso penal [...] previamente al ejercicio de la acción penal se debe haber satisfecho la condición de procesabilidad que establece la ley.” (MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008. Pág. 997.)

“Se entiende por cuestiones previas aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin su presencia no es posible promover y perseguir la acción penal, interponiéndose cuando falta algún requisito de procedibilidad, vale decir, un requisito procesal.” (MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* Ob. Cit. Pág. 997.)

³⁷⁶ Vid. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Nuevo proceso penal: Reforma y política criminal*. Primera edición. Idemsa. Lima 2009. Pág. 175.

³⁷⁷ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. *Derecho Procesal Penal*. Primera edición. Ediciones legales. Tomo 1. Lima 2013. Pág 148-149.

“Esta opción político-criminal del legislador es acertada y razonable, puesto que la formalización de la investigación preparatoria revela un avance significativo en la persecución penal. (...) El mérito del nuevo sistema procesal penal radica justamente en que pretende tales supuestos de impunidad, procurando una mayor legitimidad a la administración de justicia en el marco de un Estado democrático de Derecho.”³⁷⁸

El legislador ha establecido expresamente en el artículo 339.1 del NCPP que en todo nuevo proceso penal regido por este Código, la formalización de la investigación preparatoria *suspende* el curso de la prescripción. Y el sentido de ese término parece no generar ningún espacio para la duda. Si se hubiese querido instaurar un supuesto de interrupción se habría introducido una norma que indique de manera expresa que la formalización de la investigación preparatoria *interrumpe* el curso de la prescripción.³⁷⁹

Como es lógico no compartimos, los argumentos anteriores, sobre que la suspensión del plazo de prescripción de la acción se produce a raíz de la formalización de la investigación preparatoria, así mismo se han invocado argumentos de política-criminal, para evitar la impunidad del delito a raíz de la prescripción de la acción penal, se han invocado argumentos del Principio de legalidad.

En relación a los argumentos de política-criminal³⁸⁰, consideramos que no es un argumento de recibo por cuanto la prescripción tiene sustento constitucional directo en la Constitución en el artículo 139° inciso 13³⁸¹, y por lo tanto no es una mera concesión del Estado es un derecho establecido, preestablecido por el Constituyente, y si bien es cierto el Estado es el titular del ejercicio del *Ius Puniendi*, como es una verdad ya consagrada, no cabe el ejercicio extralimitado de ningún derecho fundamental, en consecuencia si bien es cierto el Estado con la aplicación de una adecuada política-criminal, lucha contra el delito, se entiende que dichas potestades se ejercen de acuerdo a la Constitución y los tratados internacionales que ha suscrito el Estado peruano.

Como segundo argumento el profesor Pariona Arana esgrime el Principio de legalidad, *pues el legislador ha establecido expresamente en el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal, que la formalización de la investigación preparatoria*

³⁷⁸ PARIONA ARANA, Raúl. *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales*. Instituto Pacífico. Primera edición octubre 2014. Pág. 22. Del mismo autor puede consultarse PARIONA ARANA, Raúl. *La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011.

³⁷⁹ PARIONA ARANA, Raúl. *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales*. Ob. Cit. Págs. 25-26.

³⁸⁰ “La política criminal sólo tiene que ver con las reacciones jurídico-penales útiles o necesarias para luchar contra el delito”. Vid. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Segunda Edición. Primera reimpresión octubre de 2002. Hammurabi. José Luis Depalma Editor. Pág. 110.

³⁸¹ Artículo 139° Principios de la Administración de Justicia.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

suspende el curso de la prescripción. Y el sentido de ese término parece no generar ningún espacio para la duda.

El derecho es un campo fértil para la confrontación de argumentos. Al respecto exponemos que no es un argumento de recibo esgrimir que la formalización de la investigación preparatoria suspende el curso de la prescripción, solo porque así lo ha establecido el legislador. Dicho argumento sería válido siempre y cuando el legislador nunca se equivocara; pero eso es cierto, es decir, el legislador expide siempre normas constitucionales, legales, desprovistas de incoherencias, galimatías, etc, la respuesta cae por su propio peso y es un rotundo NO. A los dispositivos legales les acompaña una presunción de constitucionalidad³⁸², de legitimidad, y eso es una presunción y nada más, en síntesis no podemos decir que la norma es válida, constitucional, o es coherente, porque así lo estipuló el legislador³⁸³. Dicho argumento no cabe en un Estado constitucional de Derecho³⁸⁴, es decir que la norma pertenezca al ordenamiento jurídico no le garantiza en absoluto que ésta sea válida, pues hay dispositivos vigentes y que pertenecen al ordenamiento jurídico que a la vez son inconstitucionales o ilegales e incoherentes. Con relación a esto último de manera pedagógica el TC expone en el Exp. N.º 0017-2005-PI/TC fundamentos dos a cinco:

La diferencia entre validez y vigencia de las normas jurídicas.

2. El Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el expediente N.º 0014-2003-AI/TC (FJ 15), que el concepto

³⁸² “(...) puede sostenerse que en todo caso constitucional es aplicable una presunción de constitucionalidad a favor del acto impugnado en él. El carácter *prima facie* de tal suposición no es preponderantemente una “deferencia” al “elevado carácter” del legislador, sino un sencillo punto de partida que improbablemente se hubiera establecido en otro lado, atenta la naturaleza dialéctica de la función jurisdiccional.

(...) existen situaciones en las que aparentemente se da una “presunción de inconstitucionalidad” en aquellos actos legislativos que inciden en “derechos constitucionales fundamentales” o en desigualdades de trato en la ley. Pero ya que aun en estos casos es necesario exponer argumentaciones básicas sobre el modo en que el legislador incumple un deber constitucional de respeto a ciertas posiciones jurídicas, sin las cuales la presunta regularidad del acto impugnado no puede desmentirse, podemos concluir que incluso a esos casos particulares subyace la presunción de constitucionalidad a favor de ese acto y que solamente se produce en ellos una normal inversión de la carga de argumentación, propia de todo debate. La anterior consideración se fortalece en atención a que en la actualidad no es tan común observar un “acto inconstitucional en sí mismo” o una burda transgresión a la Constitución, sino que las vulneraciones a las normas fundamentales se dan casi totalmente de manera más bien sutil.

La presunción de constitucionalidad, por lo tanto, no es más que el comienzo de la argumentación procesal -entendida en términos amplios- que arroja en el actor quien pretende la modificación de un determinado statu quo a través de la nulidad o la inaplicación -en el caso estadounidense- de un determinado acto legislativo ya existente en la realidad. Valga la imitación de la nomenclatura, es una manifestación constitucional de una presunción de “inocencia” procesalmente sostenida en forma genérica, es decir, un presupuesto que indica la inexistencia de responsabilidad o de acto ilícito atribuible a todo demandado, salvo prueba en contrario (*juris tantum*).” *Vid.* SÁNCHEZ GIL, Rubén. *La Presunción de Constitucionalidad*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coordinadores). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio En sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo VIII. Procesos Constitucionales Orgánicos. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons México, 2008. Primera Edición: 2008. Págs. 393-394.

³⁸³ Con *animus iocandi gratiae* (en son de broma), es válida porque papá así lo dijo.

³⁸⁴ *Vid.* GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Segunda Edición Actualizada. Palestra Editores. Segunda edición mayo 2008.

de *validez* alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al *íter* procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material).

3. Sin embargo, la validez de una norma no debe confundirse con la cuestión relativa a su “pertenencia” al sistema normativo. Esta última incluye a las normas válidas e, incluso, a las inválidas, pues, tratándose de estas últimas, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare inválida. Y es que si bien, por definición, toda norma válida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma válida.

4. Para que una norma jurídica se encuentre *vigente*, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente, en tanto que su *validez* depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso [formal y material] de su producción jurídica.

5. La vigencia de una norma jurídica depende, *prima facie*, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51.º de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma es eficaz. De este modo, el efecto práctico de la *vigencia* de una norma es su *eficacia*. “Que una norma sea eficaz quiere decir que es de cumplimiento exigible, es decir, que debe ser aplicada como un mandato dentro del Derecho” (RUBIO CORREA. Marcial. “La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Thémis. Revista de Derecho*. N.º 51, Lima, p.9.)

5.- Prescripción y el derecho a ser Juzgado dentro de plazo razonable.

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable³⁸⁵, es un derecho implícito³⁸⁶ de raigambre constitucional que se desprende del derecho al Debido proceso previsto en el artículo 139º inciso 3 de la Constitución, y también se encuentra regulado a nivel supranacional:

“Dicho derecho se encuentra previsto expresamente en el inciso 3 del

³⁸⁵ Vid. Exp. N.º 00295-2012-HC/TC; Exp. N.º 02141-2012-HC/TC.

³⁸⁶ “[...] la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.” (STC N.º 01417-2005-PA/TC. FJ 4)

artículo 9 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el inciso 5 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

El Tribunal Constitucional en el caso Ronald Diez Diez (Expediente N.º 00618-2005-HC/TC) ha señalado, “que se reconoce la existencia implícita del referido derecho en la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, que establece que las normas relativas a los derechos y las libertades que reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.”

Asimismo, ha determinado que “el derecho a un plazo razonable tiene como finalidad impedir que los justiciables permanezcan durante largo tiempo en una situación de indeterminación acerca de su situación jurídica”. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y, por tanto, no puede ser desconocido.

Dicho derecho se plasma en la exigencia de todo justiciable de que en el proceso en donde es parte se realice con celeridad y prontitud. De allí que su materialización y eficacia aparecen la determinación de un lapso razonable para la iniciación y conclusión del proceso.”³⁸⁷

A nivel jurisprudencial el Tribunal Constitucional ha tenido pronunciamientos con relación al derecho ser juzgado de un plazo razonable:

En efecto, aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más común de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal derecho también garantiza al justiciable frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal. Y es que, como expresa Nicolo Trocker, en afirmación válida, *mutatis mutandis*, “Razonable es un término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual estén moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada y sumaria” (Trocker Nicolo: “Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N.º 2, 2001citado, p. 407).

El Tribunal Constitucional considera que un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la litis se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación “de cualquier acusación penal”, vulnera el derecho a un proceso “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”. El factor razonabilidad aquí no está destinado a garantizar la duración excesiva del proceso, sino a cuestionar la desproporcionada perentoriedad con que éste ha sido configurado por el legislador. Tales

³⁸⁷ GARCÍA TOMA, Víctor. *Derechos Fundamentales*. Segunda edición abril 2013. Editorial ADRUS. Págs. 983-984.

alcances del derecho, por lo demás, se derivan directamente del artículo 25º, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención (...)”.

En el “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, de fecha 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana señaló que “Los componentes fundamentales del derecho al Debido proceso y a un juicio justo incluyen también el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Si bien el concepto de plazo razonable no es fácil de definir, se han articulado ciertos requisitos previos en éste y en otros sistemas de derechos humanos que se consideran necesarios para dar debido efecto a este derecho. Se ha sostenido en particular que el plazo razonable abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se hubiere interpuesto”. (STC N.º 0010-2002-AI/TC FFJJ, 166-168).

En lo atinente al plazo de prescripción y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable la doctrina especializada expone:

“REY GONZALES, luego de evaluar los distintos criterios de fundamentación de la prescripción que se han sustentado en la doctrina y jurisprudencia, a lo largo del tiempo, destaca que en el presente ella encuentra sus sustento en “*los principios constitucionales de presunción de inocencia, prohibición de indefensión y derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, todos ellos conectados con el principio de seguridad jurídica*”. (Cfr. CARLOS REY GONZÁLES. La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 43 y ss.)³⁸⁸”

“Y esta imposibilidad de los plazos de prescripción de cumplir en todo caso con el derecho al juicio rápido, no es objetable, pues la extinción de la punibilidad por el transcurso del tiempo y la imposibilidad de mantener a alguien bajo proceso más allá de un tiempo razonable, por fuera de la identidad de alguno de sus elementos (el requisito del paso del tiempo y la consecuencia jurídica de imposibilitar la punibilidad, en un caso por ausencia de hecho punible [prescripción], en el otro por ausencia de un proceso legítimo [pues cumplió su plazo razonable]) y de que, de hecho, en algún supuesto coincidan, responden a motivos bien distintos. Todas las disfunciones señaladas se deben al hecho de la prescripción no está prevista por la legislación con el fin de asegurar el derecho analizado sino que tiene asignada legalmente un tarea distinta³⁸⁹, que determina decisivamente que un mismo plazo, p. ej., de doce años, sea razonable

³⁸⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Nuevo Proceso Penal: Reforma y política criminal*. Primera Edición. Idemsa. Lima 2009. Págs. 171-172.

³⁸⁹ Cf. ROXIN, Imme, p. 230. Citado por PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho*. Primera Edición. Octubre 2002. Editorial Konrad Adenauer Stiftung. Ad HOC. Pág. 450.

como lapso de prescripción pero irrazonable como duración máxima tolerada para el proceso.³⁹⁰”

A nuestro turno el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y su relación con la prescripción de la acción penal solo tendría cabida dentro de un proceso penal formalizado por delitos que presentan penas mínimas, debiendo entenderse que la problemática cobra vital trascendencia dentro de un proceso por delitos comunes, por cuanto si nos encontramos dentro de un proceso penal complejo o por criminalidad organizada³⁹¹, las penas a imponerse por los delitos cometidos, no permitirían encontrar sintonía entre la prescripción y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, no debemos olvidar que con la dación de las leyes N.º 30076³⁹² y 30077³⁹³ se introdujeron cambios importantes con relación a la duplicidad de la prescripción que haría imposible relacionar el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable con la prescripción.

Finalmente dentro de delitos que son de poca monta si hay sintonía entre la prescripción de la acción penal y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, pues si estamos con el AP. N.º 3-2012, además del plazo transcurrido en la investigación preliminar se le puede añadir el plazo extraordinario de la prescripción de la acción, y si reparamos y sumamos los plazos estos desborden con creces el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

³⁹⁰ Cf. ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR, p. 859 (...) Citado por PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho*. Ob. Cit. Pág. 450.

³⁹¹ No debemos perder de vista que en nuestro sistema procesal penal, presenta un sistema tripartita; casos comunes, complejos y de criminalidad organizada, cada uno con plazos de duración distintos en sus etapas preliminares y de investigación preparatoria.

³⁹² Publicada el 19 agosto del año 2013, en el diario oficial *El Peruano*, el legislador aumentó la duración del plazo primigenio de la investigación preliminar es decir se pasó de veinte a sesenta días naturales como plazo inicial para la investigación preliminar, así mismo otro tanto hizo la Corte Suprema mediante la **Casación N.º 2-2008-La Libertad**, con calidad de doctrina jurisprudencial, estipuló que el plazo máximo de las diligencias preliminares es de 120 días como máximo, posteriormente mediante **Casación N.º 144-2012-Ancash**, con calidad de doctrina jurisprudencial, estableció que el plazo máximo de duración de las diligencias preliminares tiene una duración máxima de ocho meses.

³⁹³ Publicada el martes 20 de agosto de 2013, en el diario oficial *El Peruano*.

SUB-CAPÍTULO V.

HIPÓTESIS & VARIABLES.

HIPÓTESIS y VARIABLES.

1.- HIPÓTESIS.

Si el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116 plantea lineamientos incorrectos entonces vulnera el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal.

2.- VARIABLES.

2.1.- Variable independiente:

Lineamientos incorrectos contenidos en el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116.

2.2- Variable dependiente:

Vulneración del Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal.

2.3- Variable extraña:

Suspensión del plazo de la prescripción de la Acción penal.

CUADRO DE VARIABLES.

	VARIABLES.	INDICADORES.	SUB INDICADORES.
<u>VARIABLE DEPENDIENTE.</u>	Vulneración del Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal.	Criterios nacionales.	Criterios Constitucionales.
			Criterios dogmáticos.
			Razones sustantivos.
			Razones procesales.
		Criterios internacionales.	Criterios Constitucionales.
			Criterios dogmáticos.
			Razones sustantivos.
			Razones procesales.
<u>VARIABLE INDEPENDIENTE.</u>	Lineamientos incorrectos del Acuerdo plenario 3-2012/CJ-116.	Lineamientos del acuerdo.	Interpretación teleológica de los lineamientos.
		Efectividad del acuerdo.	Análisis interpretativo del AP.
		Análisis del Acuerdo plenario 3-2012/CJ-116.	Nivel de claridad en redacción del Acuerdo.
			Nivel de fundamentación del acuerdo.
		Cantidad de resoluciones judiciales en los que se haya utilizado dicho acuerdo plenario.	Desarrollo jurisprudencial comentado de sentencias en las que se ha fundamentado la aplicación de dicho acuerdo.
			Nivel de afectación de los justiciables, en los que se haya aplicado dicho acuerdo.
<u>VARIABLE EXTRAÑA.</u>	Suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal.	Criterios nacionales.	Criterios Constitucionales.
			Criterios dogmáticos.
			Razones sustantivos.
			Razones procesales.
		Criterios internacionales.	Criterios Constitucionales.
			Criterios dogmáticos.
			Razones sustantivos.
			Razones procesales.

3.- DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

Como se podrá apreciar se ha formulado una hipótesis al problema planteado. En ese sentido, correspondería establecer si la hipótesis formulada es confirmada o negada.

Efectivamente, en el informe final de la Tesis, se estudió sobre las múltiples problemáticas que se suscitan en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal y cómo ésta incide en el derecho a ser juzgado en un plazo en un proceso penal a propósito del Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116.

Se contrastó y comprobó las hipótesis recurriendo para tal efecto a la doctrina especializada y a la jurisprudencia expedida por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Derecho Internacional y se realizó múltiples análisis jurisprudenciales de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de tener por confirmada la hipótesis formulada, también se pudo colegir que para contrastar la hipótesis formulada se recurrió a encuestas, cuyos datos estadísticos obran en cuadros esquemáticos a color con balance positivo, así como también se realizó una entrevista a la doctora Judith Verónica Pinto Zavalaga, Fiscal Provincial Titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo. Así mismo contamos con un análisis de la jurisprudencia pertinente emitida por el Tribunal Constitucional, los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de la República especialmente el Acuerdo plenario 3-2012/CJ-116, siendo que la tesista contrastó las hipótesis haciendo uso de la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

CAPÍTULO III.

RESULTADOS & DISCUSIÓN.

RESULTADOS y DISCUSIÓN.

1.- MARCO METODOLÓGICO.

1.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN:

La presente es una investigación de tipo exclusivamente DOGMÁTICA; pues busca consultar la ley la doctrina y la jurisprudencia fuentes primarias del derecho y así poder demostrar que la pena abstracta regulada por el legislador para determinar el plazo de la prescripción es se ha contradicho en las diferentes fuentes del derecho lo cual deja en desprotección el derecho a la libertad personal y al plazo razonable de las investigaciones.

1.2.- UNIVERSO, POBLACIÓN Y MUESTRA.

Universo: Las sentencias, e investigaciones fiscales que versan en materia Procesal Penal, con respecto al plazo de prescripción, a nivel nacional.

Población: La población se encuentra conformado por la cantidad de trabajadores administrativos y fiscales de la Fiscalías Provinciales Penales Corporativas del Distrito Fiscal de Lambayeque, que comprende las sedes de Chiclayo, Jaén, San Ignacio, Cutervo, Motupe, Olmos, Lambayeque, La Victoria, José Leonardo Ortiz, Ferreñafe y Cayalti; cuya población se desconoce, por lo que se aplicará la primera fórmula.

Muestra:

1. CUALITATIVA.

Se extraerá como muestra el número de trabajadores Administrativos y Fiscales de las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Chiclayo.

2. CUANTITATIVA.

Muestra preliminar:

Z: 1

p: 0.04

q: 0.2

e: 0.01

N: 179

$$N = \frac{Z^2 (p)(q)}{e^2}$$

$$n = \frac{1^2 (0.04)(0.2)}{0.01^2}$$

n= 30 encuestados

Muestra ajustada:

$$No = \frac{n}{1 + \frac{n-1}{N}}$$

$$No = \frac{30}{1 + \frac{30-1}{179}}$$

$$No = 25.86$$

No= 26 encuestados

1.3.- ÁREA y UBICACIÓN.

El área en la cual se desarrolla la presente investigación, se circunscribe en la labor que realizan todos los magistrados peruanos especialistas en derecho penal durante la sustanciación de los procesos penales.

2.- MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

El instrumento o técnica utilizadas en la investigación fueron el análisis documental, la encuesta y la entrevista: Mediante la lectura se debe conducir mediante reglas precisas que hagan posible la fijación del valor documento, incidiendo en su grado de veracidad, su sentido de exactitud su verdadero alcance³⁹⁴.

2.1.- Materiales.

En la presente investigación, como ya se ha detallado líneas arriba, se emplearon encuestas y entrevistas.

2.2.- Técnicas.

a. Bibliográficas: Se utilizó para llevar a cabo la revisión y el análisis de la bibliografía relacionada con el tema objeto de estudio, siendo aplicable a todas las fases de la presente investigación. La información requerida fue obtenida de las bibliotecas especializadas de las Facultades de Derecho locales y nacionales, Colegios de abogados, Gestión de indicadores del Ministerio Público, páginas web y de la biblioteca personal de la investigadora.

b. Fichaje: Para la elaboración del marco teórico, se procedió al empleo de las siguientes clases de fichas: Bibliográficas, textuales, resumen, comentario y mixtas.

c. Observación: Permitió percibir cómo se desenvuelve el fenómeno estudiado.

d. Acopio documental: para la presente investigación se efectuó

³⁹⁴ RAMOS SUYO, J. A. *Elabore su tesis en Derecho pre y postgrado*. 2da. Edición editorial San Marcos. Segunda reimpresión. Mayo 2010. Pág. 347.

una extradición de datos preexistentes contenidos en la doctrina, ley y jurisprudencia.

e. Estadística descriptiva: para una mejor presentación y explicación de los resultados obtenidos el acopio documental se plasmó en cuadros estadísticos y gráficos.

2.3.- Instrumentos de recolección de datos.

El instrumento o técnica utilizados, son el análisis documental la encuesta y la entrevista: Mediante la lectura se debe conducir mediante reglas precisas que hagan posible la fijación del valor documento, incidiendo en su grado de veracidad, su sentido de exactitud su verdadero alcance³⁹⁵.

A.- Entrevistas.

Se realizó una entrevista a la Dra. Judith Verónica Pinto Zavalaga (**J.V.P.Z.**), Fiscal Provincial Titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo del distrito fiscal de Lambayeque, que a continuación se detalla:

ENTREVISTA

TEMA DE TESIS: “PROBLEMÁTICAS EN TORNO A LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE: A PROPÓSITO DEL ACUERDO PLENARIO N.º 3-2012”.

Entrevista realizada por la maestrante María Cira Rojas Chupillon (**M.C.R.C.**), a la Doctora Judith Verónica Pinto Zavalaga (**J.V.P.Z.**), Fiscal Provincial Titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo.

Transcripción de la entrevista, que se anexa a la presente, la cual se ha realizado como parte de trabajo de campo y que se ha desarrollado de la siguiente manera:

M.C.R.C. 9 de diciembre del año 2015, contamos con la grata presencia de la Doctora Judith Verónica Pinto Zavalaga (**J.V.P.Z.**), ella es Fiscal Provincial Titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo.

Doctora le saluda María Cira Rojas Chupillon, egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo:

J.V.P.Z. *Buenas tardes.*

M.C.R.C. Buenas tardes doctora ¿Cómo está?

J.V.P.Z. *Muy bien, gracias a Dios.*

³⁹⁵ RAMOS SUYO, J. A. *Elabore su tesis en Derecho pre y postgrado*. 2da. Edición editorial San Marcos. Segunda reimpresión. Mayo 2010. Pág. 347.

M.C.R.C. Muchas gracias, ante todo le agradezco la gentileza de haberme concedido la entrevista, doctora mi tema de tesis lo he denominado: *Problemáticas en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal y su incidencia en el derecho al plazo razonable: A propósito del Acuerdo plenario N.º 3-2012*. Quisiera formularle algunas preguntas al respecto a fin de conocer su opinión.

J.V.P.Z. *Por supuesto, por supuesto.*

M.C.R.C. Doctora estas son las preguntas:

1.- ¿PODRÍA USTED DEFINIR EN QUE CONSISTE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL?

Bueno en primer lugar, considero que es conveniente definir el instituto jurídico de la prescripción en sentido general, pues no es una institución que de manera exclusiva sea aplicable solo al ámbito penal, por la prescripción en sentido genérico, se adquiere derechos o se pierden los mismos, específicamente en el ámbito penal, se le puede conceptualizar como aquella sanción que se le impone a las agencias de persecución penal (Ministerio Público, Poder Judicial y Policía Nacional del Perú), a fin de que luego de transcurrido cierto tiempo, el Estado pierda el Derecho al *Ius Puniendi* (prescripción de la acción penal), o pierda el derecho a la ejecución de la pena, en esta última variante, no es ocioso precisar, que nos estamos refiriendo a la prescripción de la ejecución de la Sentencia o de la resolución que le ponga fin al proceso.

Para terminar debemos agregar que dentro del ámbito penal, contamos con dos clases de prescripciones; la prescripción ordinaria (la cual establece como plazo máximo de la prescripción de la acción penal o de la ejecución de la pena, el máximo de la pena y como segunda clase contamos con la prescripción extraordinaria en virtud de la cual, la acción penal prescribe, en todo caso cuando ha transcurrido indefectiblemente el plazo máximo de la pena, más su mitad.

2.- SEGÚN EL ARTÍCULO 83° DEL CÓDIGO PENAL: LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, SE INTERRUMPE POR LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO O DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES, O POR 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. TENIENDO EN CUENTA LO ANTES EXPUESTO ¿USTED CONSIDERA QUE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA ES UNA “ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO”?

Por supuesto que sí, definitivamente lo es, puesto que inclusive es la actuación bandera del Ministerio Público, ya que en virtud de dicho acto el Ministerio Público pone en conocimiento del Poder Judicial, la noticia criminal, a los autores del delito, señala al sujeto pasivo del delito (víctima - agraviada), asimismo precisa el delito por cual se va investigar, se establece un plazo de 120 días naturales para dicha investigación, y así poder reunir los elementos de convicción que permitan postular en la etapa procesal correspondiente, una tesis inculpatoria o absolutoria.

Finalmente debemos agregar, que con la Formalización de la investigación Preparatoria, el Órgano Fiscal pierde la potestad de archivar la investigación, debiendo recurrir ante el Órgano jurisdiccional vía requerimiento de sobreseimiento, para poder archivar dicha investigación, en este último extremo, el Juez de la investigación preparatoria (Juez de Garantías como dicen los colombianos -la rama Judicial-) podrá rechazar el requerimiento de sobreseimiento, para lo cual elevara los actuados al Fiscal Superior Penal, siendo que en dicho extremo, tenemos dos alternativas; en la primera, el Fiscal Superior Penal, podrá confirmar el sobreseimiento, con lo cual se archiva la investigación, o como segunda opción podrá disponer que otro fiscal penal formule requerimiento acusatorio.

Adicionalmente, no quiero dejar pasar la oportunidad para formular mi opinión -crítica por cierto- contra la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Republica, en la cual se estaría exigiendo, que en la etapa de formalización de la investigación preparatoria se cumpla con el Principio de imputación necesaria, lo cual considero que no es de recibo, por cuanto cabría preguntarnos cuál es la finalidad de la investigación preparatoria, y como ya lo hicimos referencia líneas arriba, es reunir los elementos de convicción, por lo que en dicho extremo, no es muy difícil darse cuenta que el Fiscal, en dicha etapa continua investigado, por lo que el órgano judicial, en este estadio Judicial, no nos podría pedir a nosotros los Fiscales válidamente, en virtud del principio de imputación necesaria, establezcamos categorías como son de autoría y participación criminal, es decir no podemos establecer a ciencia cierta, quién es autor (directo, mediato y coautor) o participe (cómplices necesarios y secundario e instigadores) eso recién se sabrá luego de haber recabado los elementos de convicción no antes.

3.- DE LA ANTERIOR PREGUNTA Y DE ACUERDO AL ARTÍCULO 83° DEL CÓDIGO PENAL ¿NO CREE USTED QUE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA COMO ACTO DEL MINISTERIO PÚBLICO, LO QUE EN REALIDAD HACE ES INTERRUPIR (NO SUSPENDER) LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL?

Primero definamos, cuándo la prescripción de la acción penal se suspende y cuándo se interrumpe, como se puede colegir, el legislador penal, ha mencionado cuales son los supuestos de la interrupción de la acción penal, pero no ha mencionado cuáles son los supuestos de la suspensión de la acción penal.

Ambas categorías, interrupción y suspensión, se les puede asimilar como categorías pertenecientes al tópico de las vicisitudes de la acción penal, con sus propias características cada una, mediante la interrupción de la prescripción, el plazo transcurrido, se pierde, al haberse verificado las causales de interrupción de la acción penal (Art. 83° de la Acción penal), por otro lado la suspensión, la cual se encuentra regulada en el Art. 84° del Código Penal, mediante la cual se requiere en el ámbito extrapenal, el cumplimiento o verificación de un determinado requisito, y una vez cumplido dicho requerimiento, el plazo transcurrido se suma, una vez que sea verificado el cumplimiento de dicho requisito, el Código Penal no menciona cuales son los supuestos de suspensión de la acción penal, pero según doctrina son los siguientes: Cuestión previa, Cuestión prejudicial, Extradición, levantamiento del Fuero parlamentario, Antejjuicio político.

Nótese bien que para iniciar la acción penal, se necesita por ejemplo que el Fiscal cumpla con un requisito de procedibilidad (cuestión previa) en el ámbito extrapenal se establezca los indicios de un delito (cuestión prejudicial), se traiga al investigado al territorio nacional vía extradición, para que esta pueda ser juzgada, se le levante la inmunidad parlamentaria, en el plazo de 5 años, a los altos funcionarios Públicos, contemplados en el Art. 99° de la Constitución, siendo que en todos los supuestos antes mencionados, se advierte que las agencias de persecución penal no pueden ejercitar válidamente, la acción penal, si es que previamente no han cumplido con los requisitos antes mencionados.

En síntesis, el cómputo del plazo se reduce a cero y en la suspensión, el plazo se suspende y reanuda su decurso una vez que se ha levantado la causal de suspensión, adicionándose el plazo ya ganado, es decir en la suspensión el plazo ganado no se pierde a comparación de la interrupción.

Ahora bien, contestando la pregunta, la Formalización de la investigación preparatoria, lo que en realidad hace es interrumpir el plazo de la prescripción de la acción penal, la cual se entiende que se encuentra dentro del plazo máximo más la mitad, pues si nos ubicamos fuera de dicho margen, nos encontraríamos ante una abierta vulneración al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el cual es un derecho implícito, según el Tribunal Constitucional, que se desprende del artículo 139° inc. 3 de la Constitución.

4.- SEGÚN EL ACUERDO PLENARIO Nº 1-2010/CJ-116, LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA (ARTÍCULO 339° INCISO 1 DEL NCPP) SE CONFIGURA PROPIAMENTE COMO UN SUPUESTO DE SUSPENSIÓN “SUI GÉNERIS” DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. ¿USTED SE ENCUENTRA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR LA CORTE SUPREMA?

No, bajo ningún punto de vista, por cuanto ya he demostrado en la pregunta anterior que la Formalización de la investigación preparatoria, interrumpe el plazo de la prescripción, no la suspende, pues si los argumentos esgrimidos en el acuerdo plenario, antes mencionado fueran correctos, se tendría que responder la siguiente pregunta, ¿La Formalización de la investigación preparatoria depende de una actuación fuera del Proceso Penal?, la respuesta es negativa, pues es una verdad de perogrullo, que la investigación preparatoria, solo depende única y exclusivamente del órgano Fiscal, pues es él, el señor de la investigación preparatoria, si nos decantamos por la lógica asumida, por la Corte Suprema, arribaríamos al siguiente argumento: La investigación preliminar, forma parte de la investigación preparatoria, siendo que en dicho extremo, si iniciamos investigación preliminar, el plazo de la investigación se interrumpe, pero si formalizamos, esta se suspende, es ilógico que una sola etapa procesal, como lo es la investigación preparatoria, pueda encerrar en su celda, dos etapas procesales con efectos disímiles, siendo que ambas forman parte de una sola actuación del Ministerio Público.

Finalmente, es menester precisar, y sin ánimos de irreverencia, los acuerdos plenarios no son Jurisprudencia, pues éstos no se derivan de un caso concreto, sino

que más bien constituyen una opinión de naturaleza orientadoras, mas no son vinculantes para la judicatura nacional, siendo que ésta se puede apartar en aplicación del artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, considero que la Corte Suprema, debe enmendar el error vertido en dicho acuerdo, tomando en cuenta y *so pena* de no traicionar las funciones que tiene como lo son de orientación y pacificación del ordenamiento jurídico.

5.- SEGÚN EL PLENO ANTERIOR (A.P. Nº 1-2010/CJ-116), Y ESTANDO CON EL I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO PENAL ACUERDO PLENARIO N.º 3-2012/CJ-1161 (ASUNTO: SOBRE LA NECESIDAD DE REEVALUAR LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISPUESTA EN EL ARTÍCULO 339°.1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004) EXPONE:... “11.- ES PERTINENTE Y OPORTUNO ESTABLECER UN LÍMITE TEMPORAL PARA LA DURACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, GENERADA POR LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. (...) ESTO ES, EN ADELANTE DEBE ENTENDERSE QUE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CASO DEL ARTÍCULO 339º INCISO 1, NO PODRÁ PROLONGARSE MÁS ALLÁ DE UN TIEMPO ACUMULADO EQUIVALENTE AL PLAZO ORDINARIO DE PRESCRIPCIÓN MÁS UNA MITAD DE DICHO PLAZO...”. ¿USTED CREE QUE DICHA “REGLA JURISPRUDENCIAL”, VULNERA EL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE, POR CUANTO ADICIONALMENTE AL PLAZO YA TRANSCURRIDO, SE TENDRÍA QUE ADICIONAR EL PLAZO HABILITADO, COMO PRODUCTO DE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA?

Definitivamente sí vulnera al Derecho al plazo razonable, por cuanto con dicha creación de las reglas que se desprenden de los acuerdos plenarios antes mencionados, se estaría adicionando un plazo adicional en la vertiente de la prescripción extraordinaria, lo cual sumado al plazo ya transcurrido, hasta antes de formalizarse la Investigación Preparatoria, se tendría que sumar el plazo extraordinario de la acción penal (el máximo de la pena, más la mitad), lo cual vulnera abiertamente, el derecho implícito a ser juzgado dentro de un plazo razonable, que se desprende el Art. 139° inc. 3 de la Constitución, y tiene asidero supranacional en los tratados internacionales.

Finalmente cabe hacer una precisión, en torno a la pregunta sobre la frase, *regla jurisprudencial*, siendo que los acuerdos plenarios, no ostentan la calidad de Jurisprudencia, por cuanto no nacen de un caso en concreto, no son un conjunto de decisiones que de manera uniforme se dan en las resoluciones de la judicatura (nota característica de la Jurisprudencia), siendo que por dicho fundamento, no cabría calificarlo como una regla jurisprudencial, pero paradójicamente, los acuerdos plenarios, reúnen en este caso, a las dos Salas (Transitoria y Permanente), a diferencia de las casaciones que sí constituyen Jurisprudencia, pero éstas emanan de una sola Sala (Transitoria o Permanente) de la Corte Suprema de la República

6.- ADVERTIMOS QUE LOS OPERADORES JURÍDICOS CON ELLO ABOGADOS, JUECES Y FISCALES NO SABEN INVOCAR O UTILIZAN INDEBIDAMENTE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA QUE NOS PUEDE DECIR AL RESPECTO?

Usamos la prescripción ordinaria cuando se pretende ejercer la acción penal fuera del plazo del máximo de la pena asignada para el delito, es decir un día después de haber transcurrido el plazo de la pena máxima abstracta, las agencias de persecución penal, no podrán ejercer válidamente la acción penal, e incluso ante una eventual negativa, el Juez la puede declarar de oficio.

Invocamos la prescripción extraordinaria, cuando dentro del plazo del máximo legal de la pena, ha mediado una causal de suspensión o interrupción de la acción penal; esto quiere decir que si ha mediado una causal de suspensión, -como lo es- una cuestión previa, una cuestión prejudicial, un antejuicio político o una extradición, o han mediado causales de interrupción, como son las actuaciones del Ministerio Público, actuaciones del Poder Judicial, se ha verificado que el agente beneficiario de la prescripción ha cometido un nuevo delito doloso, indefectiblemente si ha transcurrido el plazo máximo de la pena abstracta más la mitad, indefectiblemente la acción penal habrá prescrito, por eso el Art. 83° del código Penal, utiliza la frase “en todo caso”, dichos argumentos que acabamos de advertir, refuerzan nuestra posición de los argumentos que hemos brindado líneas arriba, y guardan estricta lógica con el principio de interpretación teleológica, en el sentido de que no importa, si se formaliza la investigación, pues si ha trascurrido el plazo máximo de la pena más la mitad, y utilizando la frase del Ar. 83 del Código Penal, en todo caso habrá prescrito la acción penal, y con ello la pretensión punitiva del Estado.

7.- ¿SÍ USTED FUERA EL ABOGADO(A) DEFENSOR DEL IMPUTADO, PODRÍA ARGUMENTAR, HACIENDO UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y TELEOLÓGICA (FINALIDAD DE LA NORMA) DE LOS ARTÍCULOS 83° y 84° DEL CP, EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 339°, INC. 1 DEL NCPP, QUE LO REGULADO POR EL LEGISLADOR ES EN REALIDAD UN SUPUESTO DE INTERRUPCIÓN Y NO DE SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, PUES SEGÚN EL PRE CITADO ARTÍCULO 83° DEL CP, JUSTAMENTE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, SE INTERRUMPE POR LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO, SIENDO LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA UNA DE LAS MÚLTIPLES ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO ESTA DE ACUERDO CON DICHS RAZONAMIENTOS?

Estoy de acuerdo con dichos razonamientos, y como abogada defensora, los haría valer como medio técnico de defensa, como los son, las excepciones procesales, específicamente la excepción de Prescripción, si recurrimos a las clasificación de las excepciones éstas se clasifican en perentorias y dilatorias; la excepción que comentamos se configura como una excepción perentoria, por cuanto hace fenecer la pretensión punitiva del Estado, o de la ejecución de la pena.

Finalmente debemos agregar y tomando en cuenta que hay mucha confusión en los operadores jurídicos en precisar la tipología de la prescripción, al momento de interponer la excepción de prescripción (la cual puede ser interpuesta, hasta antes de la terminación de la etapa intermedia), la cual puede ser prescripción ordinaria y prescripción extraordinaria.

8.- DE ACUERDO A LO EXPUESTO EN EL ARTÍCULO 339° INC. 1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL “LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN SUSPENDERÁ EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL”

¿CREE USTED QUE MEDIANTE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA SE EVITARÍA QUE PROSPERE, LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL?

Eso depende, si es que ha transcurrido el plazo máximo de la pena más la mitad, indefectiblemente la acción penal habrá prescrito, por lo que la excepción de prescripción, prosperara sin mayor restricción alguna. Sin embargo debo agregar, que los acuerdos plenarios 1-2010-CJ/116 y 3-2012-CJ/116, son acuerdos plenarios que convienen a la pretensión Punitiva de la Fiscalía y del poder Judicial, y si bien es cierto, dotan de un mayor tiempo para realizar una investigación, y sancionar a los autores de los delitos, generando confianza en la sociedad, y revitalizando la figura de la Justicia penal en el Perú, sin embargo nosotros como magistrados, con ello, Jueces y Fiscales, no vivimos de las apariencias, sino vivimos bajo los postulados de la Constitución y de la Convencionalidad, aunado a ello debemos agregar, que ningún Derecho Fundamental es ilimitado, por lo que luego de haberse verificado el plazo establecido corresponde que prospere la prescripción de la acción penal, finalmente, es importante precisar, que el Juzgador deberá aplicar la prescripción, evaluando la conducta procesal del imputado, pues no es lo mismo, que un imputado haciendo uso de las argucias y artimañas, pretenda sustraerse a la acción de la justicia, para así ganar la prescripción, como buena cuenta de ello lo tenemos en el caso Ernesto César Schütz Landázuri (Exp. N.º 3681-2010-PHC/TC), en la cual el procesado, habiéndose exiliado, invocó la prescripción de la acción penal, circunstancia que acertadamente, el Tribunal Constitucional, ha denegado su pedido, por maniobras propias del imputado, y no por la negligencia o impericia del Estado.

Comentario aparte merece el caso del general Walter Gaspar Chacón Málaga, (Exp. N.º 3509-2009-PHC/TC) siendo que en dicho proceso, el Tribunal Constitucional, vía proceso de Habeas Corpus, procedió a excluir del proceso penal al antes mencionado general, por violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, decisión deplorable, que generó una ola de críticas a los magistrados del Tribunal Constitucional anterior (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz), y que acertadamente ha sido corregido por los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, vía sentencia con calidad de doctrina Jurisprudencial, recaída en el caso Aristóteles Román Arce Paucar Exp. N.º 00295-2012-PHC/TC, en la cual dejó sentado que bajo ningún punto, y con criterio vinculante en virtud del Art. VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, vinculante para toda la judicatura nacional, que bajo ningún punto, cabe la exclusión del proceso penal de ningún justiciable, siendo que a los Órganos Jurisdiccionales, se les otorga un plazo determinado para que emitan Sentencia.

9.- EN SU CALIDAD DE FISCAL PROVINCIAL PENAL APLICA O HA TENIDO LA OPORTUNIDAD DE APLICAR EN LOS DISTINTOS PROCESOS PENALES LOS ACUERDOS ADOPTADOS POR LA CORTE SUPREMA EN RELACIÓN A LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL CASO DEL ARTÍCULO 339º INCISO 1 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL? ¿COMO ESTA APLICANDO LA JUDICATURA LOS MENCIONADOS ACUERDOS PLENARIOS?

A la fecha, no he tenido oportunidad de aplicar los precitados acuerdos plenarios, sin embargo la Sala penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia

de Lambayeque, está empleando los lineamientos esgrimidos en los acuerdos plenarios evacuados por la Corte Suprema de la República del Perú.

10.- A SU OPINIÓN Y RECURRIENDO A LO ESTABLECIDO EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 22° DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL: “(...) ESTOS PRINCIPIOS [LOS ACUERDOS PLENARIOS] DEBEN SER INVOCADOS POR LOS MAGISTRADOS DE TODAS LAS INSTANCIAS JUDICIALES, CUALQUIERA QUE SEA SU ESPECIALIDAD, COMO PRECEDENTE DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO. EN CASO QUE POR EXCEPCIÓN DECIDAN APARTARSE DE DICHO CRITERIO, ESTÁN OBLIGADOS A MOTIVAR ADECUADAMENTE SU RESOLUCIÓN DEJANDO CONSTANCIA DEL PRECEDENTE OBLIGATORIO QUE DESESTIMAN Y DE LOS FUNDAMENTOS QUE INVOCAN” ¿CONOCE USTED DE ALGUNA EXPERIENCIA EN LA CUAL LA JUDICATURA SE HAYA APARTADO DE LOS CRITERIOS DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL?

No conozco a la fecha un apartamiento o -como técnicamente diríamos- una inobservancia, de los acuerdos plenarios señalados, sin embargo es preciso argumentar, si recurrimos a los precedentes Constitucionales Vinculantes y a la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ningún Tribunal Nacional e Internacional, tiene digamos coloquialmente hablando, *la última palabra*, pues la doctrina moderna, concluye categóricamente que primará la interpretación más tuitiva de los derechos Humanos, esto quiere decir, que el operador jurídico que ofrezca una interpretación más tuitiva de los mismos, y siempre que motive su decisión se podrá apartar válidamente de cualquier precedente, nacional o extranjero, incluyendo con este argumento a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos o las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos.

Finalmente, cabe precisar que la Judicatura posee una herramienta poderosa que aún no se ha percatado que la tiene, me refiero específicamente a la aplicación del control difuso de Convencionalidad, para lo cual me remito a los considerandos expuestos en el Caso Almonacid Arellano y otros, Vs. Chile, sentencia del año 2006, en la que el pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace uso por primera vez del término control de la Convencionalidad, y tiene como antecedentes el voto razonado (voto en discordia), del Magistrado Sergio García Ramírez, asimismo agregamos que según el Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer Macgregor, los jueces no solo pueden, sino deben aplicar control difuso de Convencionalidad.

M.C.R.C. Doctora muchas gracias por su valioso tiempo, ha sido muy amable.
J.V.P.Z. Gracias a ti también, hasta pronto.

B.- Encuestas

Se aplicó con previo estudio de la doctrina y la correspondiente jurisprudencia objeto de la presente investigación.

En la presente investigación se aplicó una encuesta como trabajo de campo para optar el grado de Maestro en Derecho con mención en ciencias penales. Encuesta aplicada en las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Chiclayo - Perú, se acompaña el modelo de encuesta que se realizó y se acompaña copias de las mismas en los anexos del informe final de tesis; el modelo de la encuesta se encuentra en los anexos del presente informe final.

ENCUESTA.

Trabajo de campo para optar el grado de maestro en derecho con mención en ciencias penales. Encuesta aplicada en las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Chiclayo.

Tema de tesis: “El Acuerdo plenario N.º 3-2012 y la vulneración al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal”.

INSTRUCCIONES:

1.- La presente encuesta es totalmente anónima. / 2.- Deje los espacios en blanco si no comprende la pregunta. / 3.- Tribunal Constitucional (TC), Acuerdo plenario (AP), Código Penal (CP), Ministerio Público (MP), nuevo Código Procesal Penal (NCP).

1.- La prescripción extintiva desde la óptica penal, es aquella sanción que se le impone a los órganos de persecución penal por el decurso del tiempo, siendo que dicha Institución engloba dos supuestos: La prescripción de la Acción penal y de la Ejecución de la Pena, en base a ello, podría precisar usted, si se aplican indistintamente, y a qué lineamientos obedecen su aplicación?

SI	
NO	

2.- La Prescripción de la Acción penal, presenta vicisitudes (Sucesión de acontecimientos favorables o adversos) como son la interrupción y la suspensión de los plazos de la prescripción. ¿Podría usted señalar si existen diferencias o similitudes entre ambas? Marque con un aspa Sí, No, Especifique:

SI	
NO	

3.- El CP, desarrolla las causales de interrupción del plazo de la prescripción de la acción penal y de la ejecución de la pena, regulándolas en los artículos 83º y 87º del CP. ¿Precise si el CP. Ha desarrollado los supuestos de la suspensión del plazo de

la prescripción de la acción penal (Artículo 84° del CP.)? Marque con un aspa Sí, No. Especifique:

SI	
NO	

4.- Según el artículo 83° del CP, la prescripción de la acción penal se **interrumpe** por: Actuaciones del MP, actuaciones de las autoridades judiciales, la comisión de un nuevo delito doloso. ¿Considera usted, que la formalización de la investigación preparatoria, es una actuación del MP.? Sí, No.

SI	
NO	

5.- De la pregunta anterior, y conforme a lo estipulado en el artículo 339° inc.1 del nuevo Código Procesal Penal, que establece: “La formalización de la investigación **suspenderá** el curso de la prescripción de la acción penal”. De la concordancia de estos dos artículos (83° CP. y 339° inc. 1 NCPP.), usted considera que se ha producido una antinomia (dos o más normas que regulan los mismos supuestos con efectos jurídicos distintos)? Sí, No.

SI	
NO	

6.- Según el A.P. N.º 1-2010/CJ-116, la formalización de la investigación preparatoria (Artículo 339° inciso 1 del NCPP) se configura propiamente como un supuesto de suspensión “*sui generis*” (Frase entrecomillada, extraída del fundamento 26 del Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116, publicado el 30 de diciembre de 2010, asunto: Prescripción problemas actuales) de la prescripción de la acción penal. ¿Usted está de acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema? Marque con un aspa.

SI	
NO	

7.- Según el pleno anterior (A.P. N.º 1-2010/CJ-116), y estando con el I Pleno jurisdiccional extraordinario penal Acuerdo plenario N.º 3-2012/Cj-1161 (Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del código procesal penal 2004) expone:... “11.- *Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. (...) Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo...*”. ¿Usted cree que dicha “regla

jurisprudencial”, vulnera el derecho al plazo razonable, por cuanto adicionalmente al plazo ya transcurrido (duración de la Investigación preliminar, Principio de Oportunidad, etc), se tendría que adicionar el Plazo habilitado para los órganos de persecución Penal, como producto de la Formalización de la investigación preparatoria, cuya eventual sumatoria excedería con creces el plazo extraordinario de la prescripción de la acción penal (Artículo 83º del CP, “*La acción penal prescribe en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad, al plazo ordinario de la Prescripción*”)? Marque con un aspa Sí, No, Especifique:

SI	
NO	

8.- ¿Según el AP N.º 1-2010/CJ-116 (Prescripción problemas actuales) con relación a la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal en el fundamento 26 expone “...*en consecuencia queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto fiscal [formalización de la investigación preparatoria] hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su defecto hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del fiscal.*” Usted se encuentra de acuerdo con el fundamento antes expuesto? Marque con un aspa Sí, No. Especifique:

SI	
NO	

9.- Si nos decantamos por las posturas acogidas en los AP(s) antes mencionados, ¿Cree usted que la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal, vulnera el derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable, tomando en cuenta que este derecho, es una manifestación implícita del derecho al Debido Proceso (Artículo 139º, inciso 3 de la Constitución)? Marque con un aspa. Sí, No.

SI	
NO	

10.- ¿Sí usted fuera el abogado(a) defensor del imputado, podría argumentar, haciendo una interpretación sistemática y teleológica (finalidad de la norma) de los artículos 83º y 84º del CP, en concordancia con el artículo 339º, inc. 1 del NCPP, que lo regulado por el legislador es en realidad un supuesto de **interrupción** y no de **suspensión** de la acción penal, pues según el pre citado artículo 83º del CP, justamente la prescripción de la acción penal, se interrumpe por las actuaciones del MP, acaso la formalización de la investigación preparatoria no es también una

actuación del MP? Marque con un aspa Sí, No, Especifique:

SI	
NO	

_____.

_____.

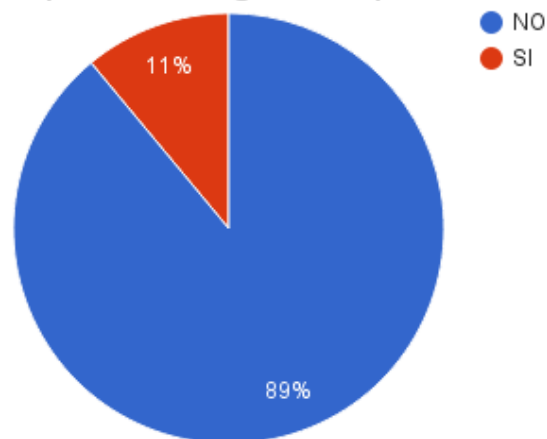
Muchas gracias.

RESULTADO ESTADISTICO.

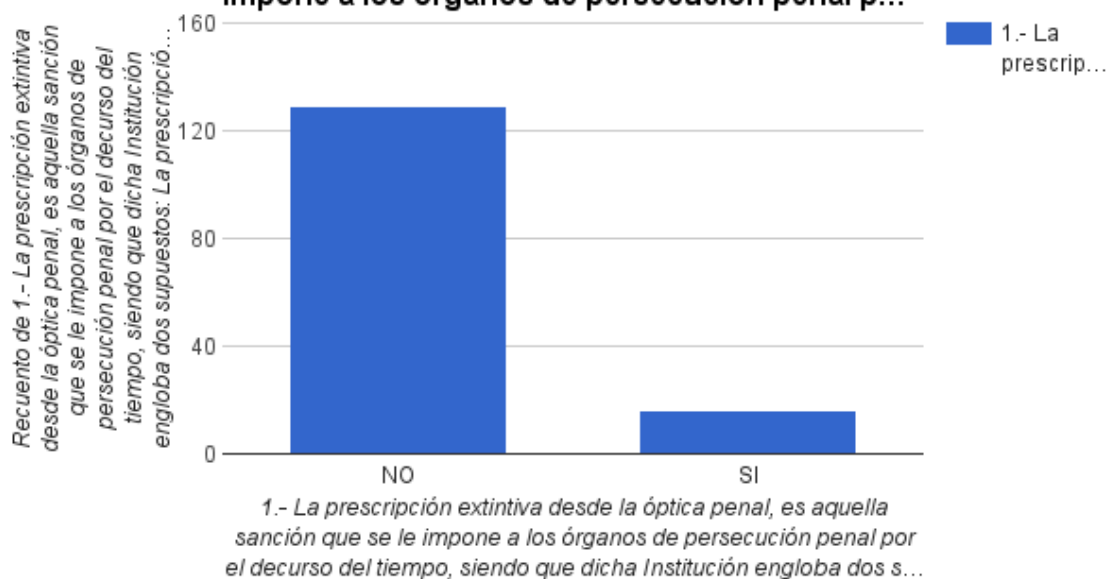
Trabajo de campo para optar el grado de maestro en derecho con mención en ciencias penales. Encuesta aplicada en las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Chiclayo.

Tema de tesis: “El Acuerdo plenario N.º 3-2012 y la vulneración al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal”.

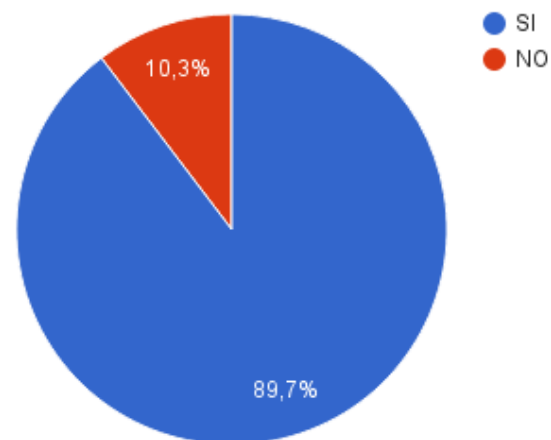
Recuento de 1.- La prescripción extintiva desde la óptica penal, es aquella sanción que se le impone a los órganos de persecución penal p...



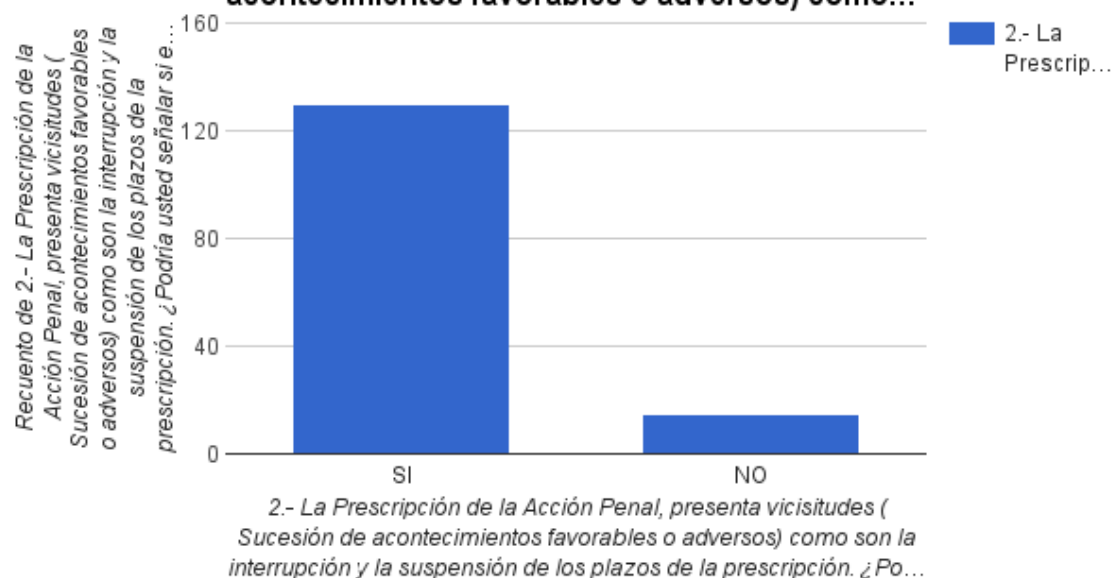
Recuento de 1.- La prescripción extintiva desde la óptica penal, es aquella sanción que se le impone a los órganos de persecución penal p...



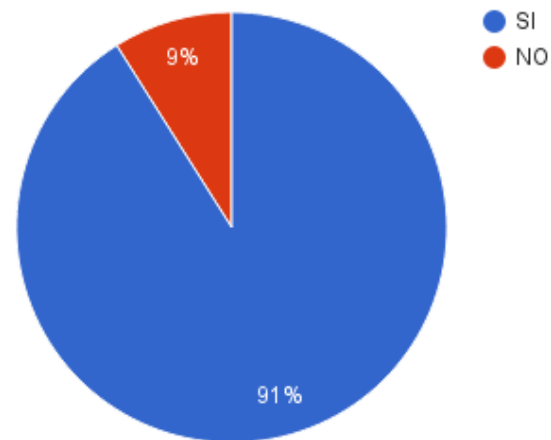
Recuento de 2.- La Prescripción de la Acción Penal, presenta vicisitudes (Sucesión de acontecimientos favorables o adversos) como...



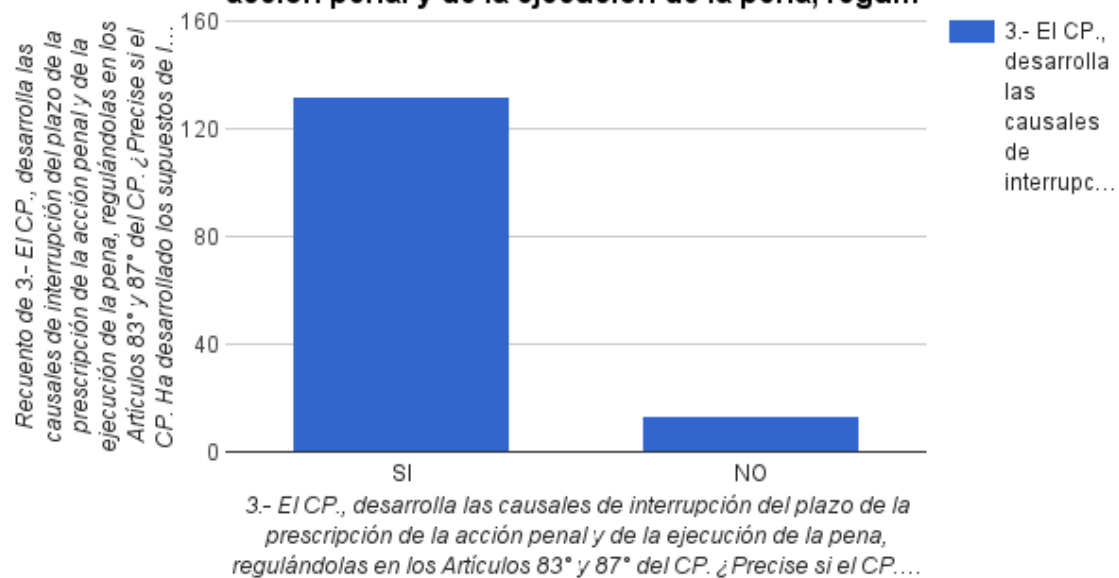
Recuento de 2.- La Prescripción de la Acción Penal, presenta vicisitudes (Sucesión de acontecimientos favorables o adversos) como...



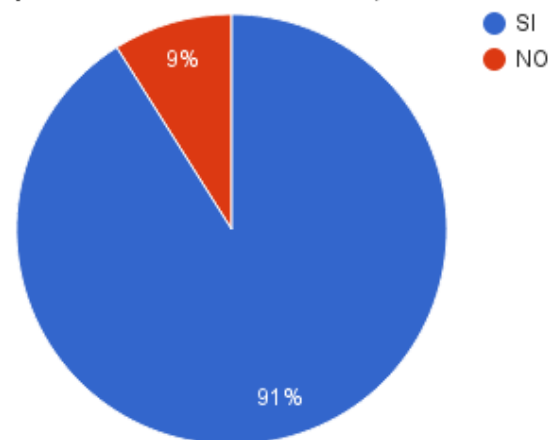
Recuento de 3.- El CP., desarrolla las causales de interrupción del plazo de la prescripción de la acción penal y de la ejecución de la pena, regu...



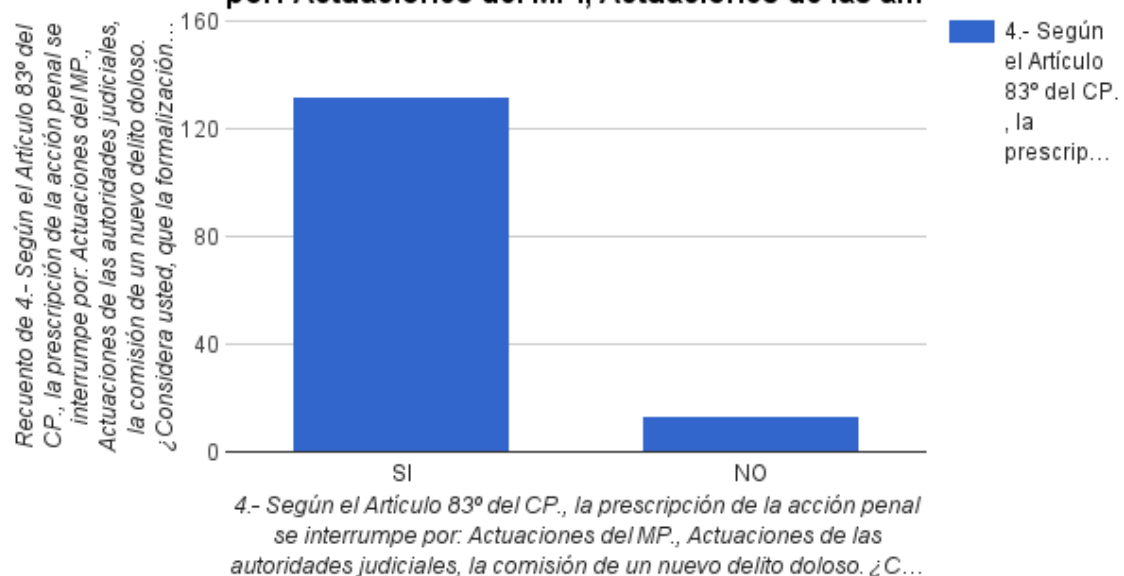
Recuento de 3.- El CP., desarrolla las causales de interrupción del plazo de la prescripción de la acción penal y de la ejecución de la pena, regu...



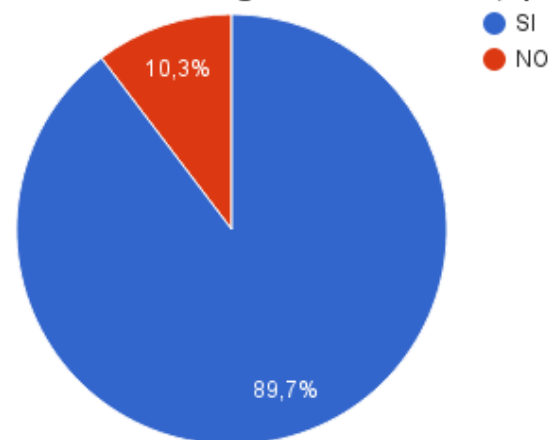
Recuento de 4.- Según el Artículo 83° del CP., la prescripción de la acción penal se interrumpe por: Actuaciones del MP., Actuaciones de las a...



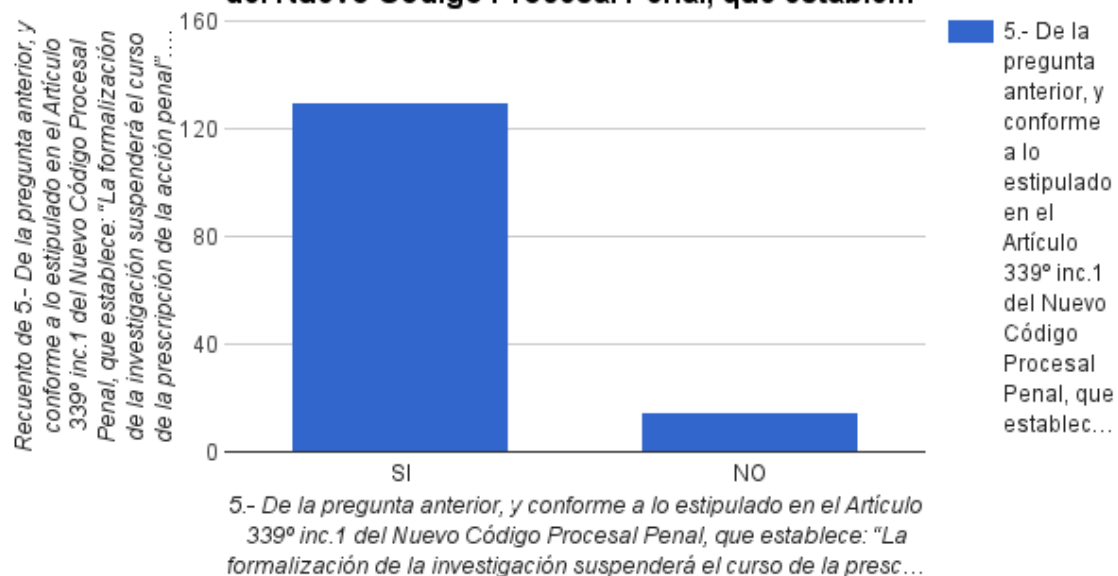
Recuento de 4.- Según el Artículo 83° del CP., la prescripción de la acción penal se interrumpe por: Actuaciones del MP., Actuaciones de las a...



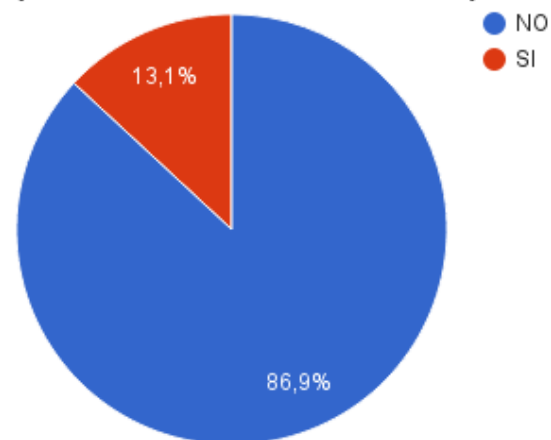
Recuento de 5.- De la pregunta anterior, y conforme a lo estipulado en el Artículo 339° inc.1 del Nuevo Código Procesal Penal, que estable...



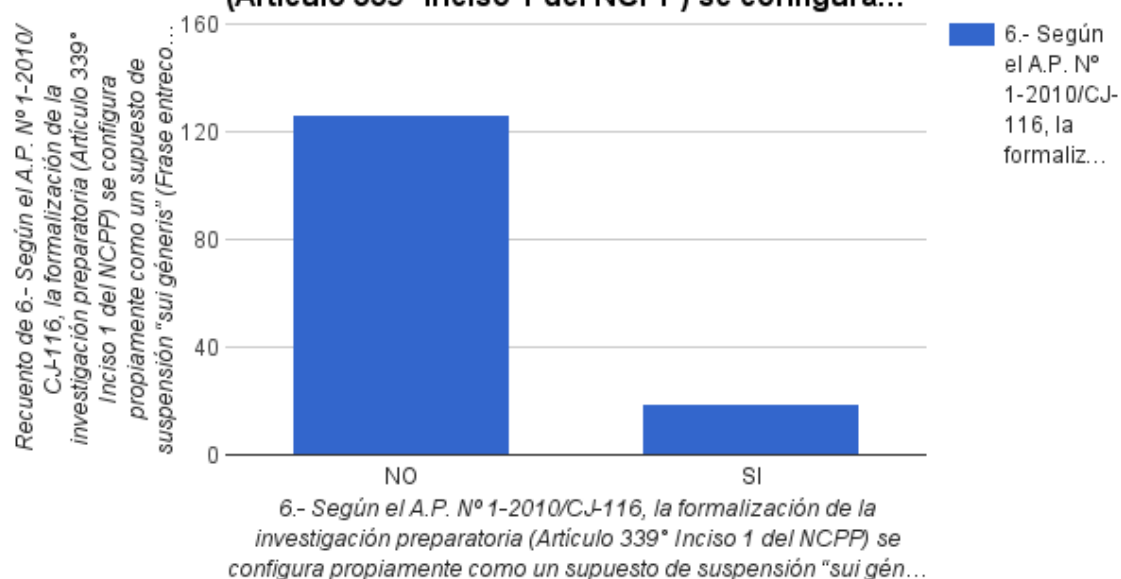
Recuento de 5.- De la pregunta anterior, y conforme a lo estipulado en el Artículo 339° inc.1 del Nuevo Código Procesal Penal, que estable...



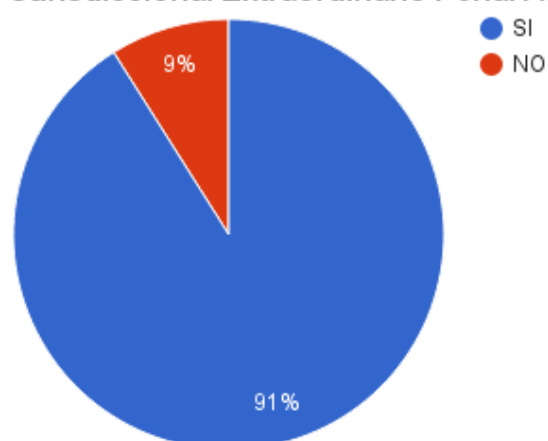
Recuento de 6.- Según el A.P. N° 1-2010/CJ-116, la formalización de la investigación preparatoria (Artículo 339° Inciso 1 del NCPP) se configura...



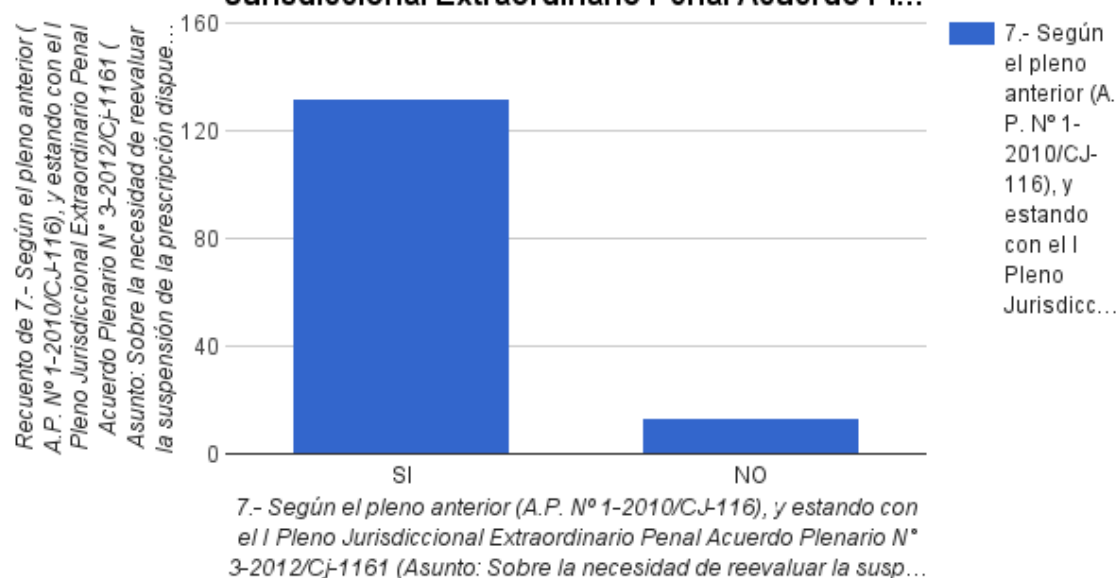
Recuento de 6.- Según el A.P. N° 1-2010/CJ-116, la formalización de la investigación preparatoria (Artículo 339° Inciso 1 del NCPP) se configura...



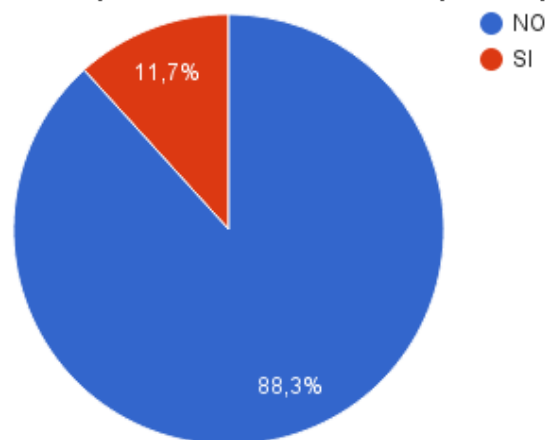
Recuento de 7.- Según el pleno anterior (A.P. N° 1-2010/CJ-116), y estando con el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Pl...



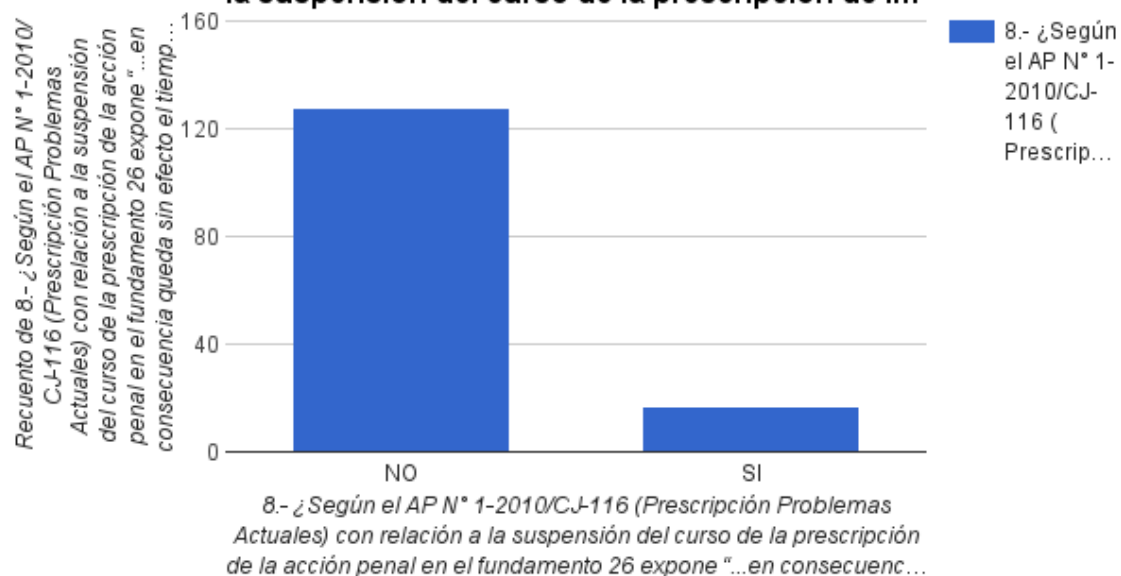
Recuento de 7.- Según el pleno anterior (A.P. N° 1-2010/CJ-116), y estando con el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Pl...



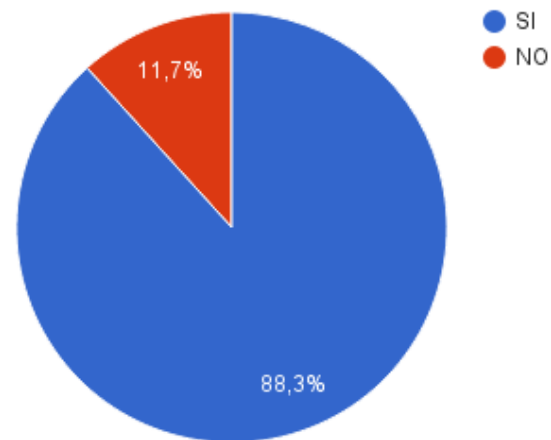
Recuento de 8.- ¿Según el AP N° 1-2010/CJ-116 (Prescripción Problemas Actuales) con relación a la suspensión del curso de la prescripción de l...



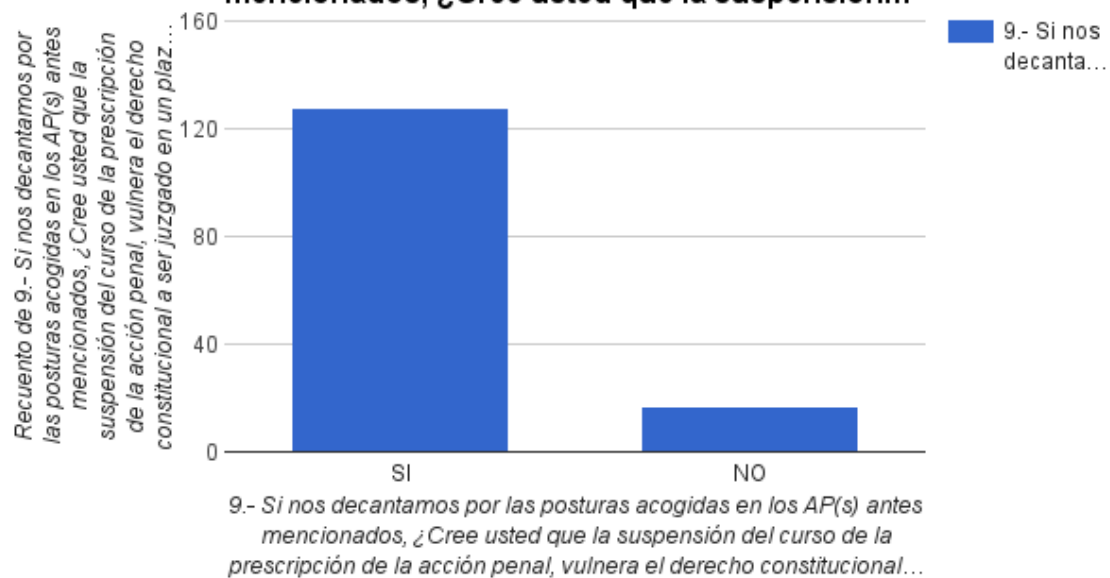
Recuento de 8.- ¿Según el AP N° 1-2010/CJ-116 (Prescripción Problemas Actuales) con relación a la suspensión del curso de la prescripción de l...



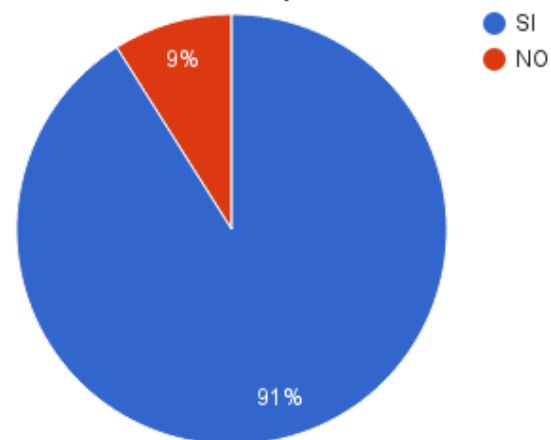
Recuento de 9.- Si nos decantamos por las posturas acogidas en los AP(s) antes mencionados, ¿Cree usted que la suspensión...



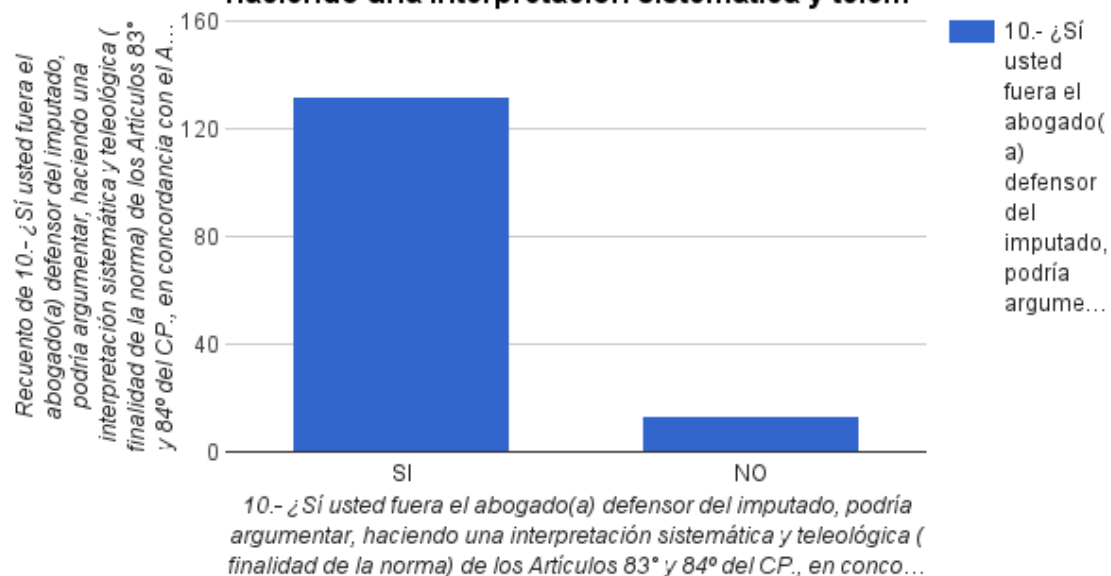
Recuento de 9.- Si nos decantamos por las posturas acogidas en los AP(s) antes mencionados, ¿Cree usted que la suspensión...



Recuento de 10.- ¿Sí usted fuera el abogado(a) defensor del imputado, podría argumentar, haciendo una interpretación sistemática y tele...



Recuento de 10.- ¿Sí usted fuera el abogado(a) defensor del imputado, podría argumentar, haciendo una interpretación sistemática y tele...



C.- ANÁLISIS DOCUMENTAL.

“Mediante esta técnica que Valles denomina también Documentación se recurrió a diversas fuentes preexistentes, sobre todo escritas, que nos proporcionan información retrospectiva, acerca de diversos puntos, para la temática de nuestra investigación.

Importancia y nociones, el procedimiento de la recopilación o análisis documental es importante para todo estudio, y en algunos trabajos resulta ser el principal medio empleado. Asimismo en todos los casos es utilizado para preparar el *Background* de la investigación. Sin embargo este procedimiento constituye una tarea ardua y laboriosa, y el material seleccionado debe contener información congruente con el problema o aspectos que se han planteado como objeto de estudio. Por ello los diversos documentos relacionados con el propósito de nuestro trabajo, son útiles al proporcionarnos los datos o informes adecuados a dicho fin”³⁹⁶.

Es así que de los diversos documentos relacionados con el propósito de nuestro trabajo, hemos logrado “Demostrar y hacer conocer las técnicas de las que puede hacer uso la Judicatura Ordinaria, para poder desvincularse de los acuerdos plenarios, sin incurrir en responsabilidad penal y administrativa, por cuanto esto genera problemáticas en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal así mismo incide en el derecho a ser juzgado en un plazo razonable: a propósito del Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116.

En ese sentido, se procedió al análisis documental de las siguientes jurisprudencias, legislaciones y jurisprudencia aplicable al tema de investigación que nos ha convocado:

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA APLICABLE:

A.- LEGISLACIÓN:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
- Constitución Política del Perú.
- Código Procesal Constitucional Ley N.º 28237
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ley N.º 28301
- Ley Orgánica del Poder Judicial. Decreto Supremo N.º 017-93-Jus
- Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Res. Ministerial N.º 095-2004-P/TC.
- Código Penal D. Leg. N.º 635.
- Código Procesal Penal D. Leg. N.º 957.

B.- JURISPRUDENCIA:

B.1.- Sentencias del Tribunal Constitucional.

³⁹⁶ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídica Social*. Lima Editorial Fecat E.I.R.L. 2001 Págs. 208-209.

Exp. N.º 00001-2010-CC/TC.
Exp. N.º 05961-2009-PA/TC.
Exp. N.º 00005-2003-AI/TC.
Exp. N.º 00018-2009-PI/TC.
STC. N.º 01680-2006-PA/TC.
STC. N.º 3741-2004-AA/TC.
STC. N.º 024-2003-AI/TC.
STC. N.º 04878-2008-PA/TC.
Exp. N.º 00004-2009-PA/TC.
STC. N.º 1052-2006-PHD/TC.
STC. N.º 2763-2003-AC/TC.
STC. N.º 0030-2005-AI/TC.
STC. N.º 0006-2006-CC/TC.
STC. N.º 0007-2007-PI/TC.
STC. N.º 00010-2002-AI/TC.
STC. N.º 00008-2005-PI/TC.
STC. N.º 00047-2005-PI/TC.
STC. N.º 00025-2005-PI/TC.
STC. N.º 04252-2011-AA/TC.
STC. N.º 4853-2004- PA/TC.
STC. N.º 5228-2006-PHC/TC Caso Samuel Gleiser Katz.
STC. N.º 3509-2009-PHC/TC Caso Walter Gaspar Chacón Málaga.
STC. N.º 02748-2010-PHC/TC Caso Alexander Mosquera Izquierdo.
STC. N.º 00295-2012-PHC/TC Caso Aristóteles Román Arce Paucar³⁹⁷.

B.2.- Resoluciones del Poder Judicial:

Acuerdos plenarios del Poder Judicial, en materia de Prescripción de la acción penal:

Acuerdo plenario N.º 6-2007/CJ-116.

Asunto: Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia.

Acuerdo plenario N.º 9-2007/CJ-116.

Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80º y 83º del Código Penal.

Acuerdo plenario N.º 8-2009/Cj-116.

Asunto: La Prescripción de la acción penal en el Art. 46º - A y Art. 49º del CP.

Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116.

Asunto: Prescripción: Problemas actuales.

Acuerdo plenario N.º 2-2011/CJ-116.

³⁹⁷ Sentencia con calidad de doctrina jurisprudencial, según el Art. VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional. Específicamente sobre el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Asunto: Alcances de la prescripción en delitos funcionariales.

Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116.

Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º.1 del Código Procesal Penal 2004.

3.- MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.1.- Métodos para la recolección de datos.

I. Histórico: Se utilizó en el estudio de los antecedentes de los Acuerdos Plenarios, del precedente constitucional vinculante, las excepciones al precedente vinculante y a los acuerdos plenarios.

II. Sintético: Por intermedio de este método hemos llegado a sistematizar y estructurar toda la información encontrada.

III. Descriptiva: Se ha utilizado para la descripción de cada concepto básico del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, la desvinculación de los acuerdos plenarios emitidos por la Corte Suprema de la República.

IV. Analítico: Nos ha permitido analizar, ordenadamente cada uno de los conceptos básicos para comprender la institución jurídica de la prescripción y de la problemática que ha insumido el acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116, con vulneración directa del derecho al plazo razonable.

V. Inductivo: Mediante el presente método, se ha pasado del estudio particular de cada uno de los conceptos empleados en la sustanciación de un proceso o procedimiento penal, para aplicarlos al objeto de estudio y la desvinculación de los Acuerdos plenarios.

VI. Deductivo: Por intermedio de este método que va de lo universal a lo particular se ha llegado a la conclusión, que los jueces y fiscales no se desvinculan de los Acuerdos plenarios vulnerando con ello el derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable.

3.2.- TÉCNICAS.

I.- Observación: Esta técnica nos ha permitido desenvolver el fenómeno estudiado.

II.- Acopio documental: Para la presente investigación se efectuó una extradición de datos preexistentes contenidos en la ley, doctrina y jurisprudencia.

III.- Estadística descriptiva: para una mejor presentación y explicación de los resultados a obtener, el acopio documental se plasmó en cuadros estadísticos y gráficos.

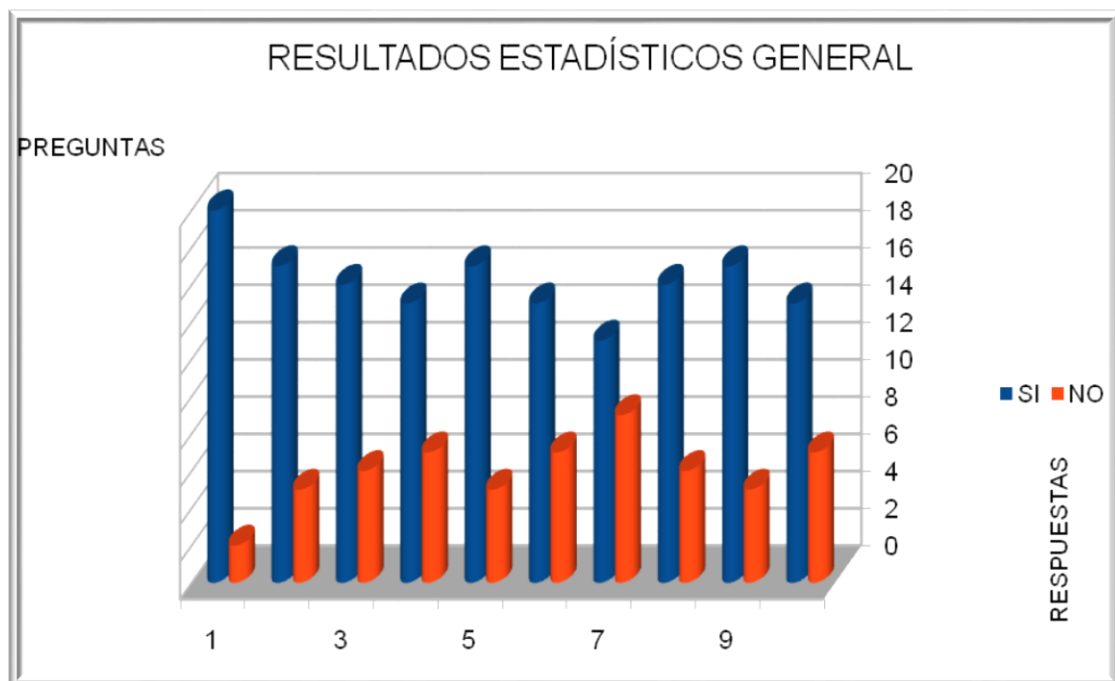
3.2.- Procedimientos para la recolección de datos.

Para la recolección de los datos a investigar, se elaboraron las encuestas utilizando los indicadores y sub-indicadores, luego, se repartió a todos los trabajadores de las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de Chiclayo - Perú, posteriormente se recabaron dichas encuestas llenadas, y luego se los vació a una plantilla, para efectuar el conteo, finalmente se elaboraron los datos estadísticos preliminares los cuales serán detallados en el informe final de la presente tesis.

Con respecto a las entrevistas, en primer lugar se entrevistó a la Doctora Judith Verónica Pinto Zavalaga, Fiscal Provincial Titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo, utilizando las variables y los indicadores y sub indicadores, obteniendo el primer resultado y plasmado incluso en este proyecto, el mismo que será plasmado en el informe final de la tesis.

4.- ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS.

Del resultado de la encuesta realizada se ha obtenido el siguiente resultado preliminar estadístico.



Luego de haber realizado la encuesta dirigida a los trabajadores del poder Judicial y Ministerio Público, según la muestra obtenida, se ha logrado apreciar el gran desconcierto que existe en ambas instituciones, al momento de operar en algún caso en donde existe la posibilidad de Prescripción, y definitivamente ha sido necesaria e imprescindible la presente investigación para lograr una correcta aplicación normativa sin mellar el derecho a Plazo razonable que se prevé en nuestra Constitución Política.

5.- ANÁLISIS GENERAL Y CRÍTICO DE LA INVESTIGACIÓN.

A nuestro proyecto de investigación se plantearon dos objetivos generales, que han guiado toda nuestra investigación:

Primero: Determinar la problemática suscitada por el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116, en torno a la suspensión de la prescripción de la acción penal y detallar cómo éste incide en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal.

Como ya tuvimos oportunidad de tratar *in extenso*, a lo largo de toda nuestra investigación, hemos logrado determinar la problemática que acarrea el AP. N.º 3-2012/CJ-116, que consiste en que se lo asimila erróneamente como presupuesto de suspensión de la prescripción de la acción penal, y en dicha línea propugna que la formalización de la investigación preparatoria suspende el plazo de la prescripción de la acción penal, con tal razón se ha estipulado en dicho acuerdo, que la suspensión no podrá durar más allá del plazo ordinario más una mitad, fuera del plazo transcurrido en la etapa de investigación preliminar, por lo tanto se le puede añadir el plazo extraordinario de la prescripción de la acción, y si sumamos los plazos estos desbordan con creces el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable con la prescripción.

Segundo: Demostrar que mediante la interpretación teleológica y sistemática del artículo 339º del Código Procesal Penal con los artículos 83º y 84º del Código Penal, que la formalización de la investigación preparatoria siempre interrumpe el plazo de la prescripción de la acción penal, y nunca suspende el plazo de prescripción de la acción penal como desatinadamente es sostenido por el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116.

El segundo objetivo general radicó en demostrar que mediante la interpretación teleológica y sistemática del artículo 339º del Código Procesal Penal conjuntamente con los artículos 83º y 84º del Código Penal, que la formalización de la investigación preparatoria siempre interrumpe el plazo de la prescripción de la acción penal, y nunca suspende el plazo de prescripción de la acción penal como desatinadamente es sostenido por el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116, para tal efecto se demostró que la formalización de la investigación preparatoria es un acto del Ministerio Público y de acuerdo al artículo 83º del Código Penal, la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público, sin embargo por si quedó algunas dudas se analizaron los supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal, a fin de colegir si la formalización de la investigación preparatoria, también se configuraba como un supuesto de suspensión, para tal efecto se hizo un estudio de todos los supuestos de suspensión como son: La Cuestión previa, la Cuestión prejudicial, la Acusación constitucional: (El Antejudio político), el Desafuero Constitucional y la extradición. Y se coligió que en todos los supuestos antes mencionados, el comienzo o la continuación del proceso penal Sí dependía de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, por lo que el legislador del Código Penal considera acertadamente que se suspende la prescripción hasta que aquel quede concluido. Sin embargo lo mismo no se puede predicar para la formalización de la investigación preparatoria, con lo que es evidente que es un supuesto de interrupción pues es una actuación del Ministerio Público.

Así mismo en nuestro proyecto de investigación se plantearon tres objetivos específicos, que han guiado toda nuestra investigación:

Primero: Analizar si las Salas penales permanentes y transitorias de la Corte Suprema de la República del Perú al expedir acuerdos plenarios como es el Acuerdo plenario N.º 03-2012-CJ/116, sobre la prescripción de la acción penal ha efectuado una interpretación que no se encuentra conforme con los preceptos constitucionales y tratados internacionales.

Se logró analizar y determinar que los lineamientos interpretativos esbozados por las Salas penales permanentes y transitorias de la Corte Suprema de la República del Perú al expedir acuerdos plenarios como es el Acuerdo plenario N.º 03-2012-CJ/116, sobre la prescripción de la acción penal han efectuado una interpretación que no se encuentra conforme con los preceptos constitucionales y tratados internacionales, por cuanto dentro de la Constitución subyace *El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable*, que como derecho implícito se desprende del derecho al debido proceso previsto en el artículo 139º inciso 3 de la Constitución, y también se encuentra regulado a nivel supranacional expresamente en el inciso 3 del artículo 9º del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el inciso 5 del artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Segundo: Aclarar que el ejercicio de las facultades de las Salas penales permanentes y transitorias de la Corte Suprema de la República del Perú, no suponen un ejercicio de poder ilimitado, el cual se encuentra sujeto a realizar interpretaciones desde y para la Constitución.

Se logra aclarar y precisar que el ejercicio de las facultades de las Salas penales permanentes y transitorias de la Corte Suprema de la República del Perú, no suponen un ejercicio de poder ilimitado, el cual se encuentra sujeto a realizar interpretaciones desde y para la Constitución. Es decir todo Poder Constituido como son los órganos Constitucionales, entre ellos el Poder Judicial, no pueden ni deben tener un poder ilimitado para realizar el encargo que le ha asignado el Poder Constituyente, en este caso la potestad de administrar justicia, la cual se hace de acuerdo a los postulados que subyacen en la Constitución. En dicha línea, es un argumento consolidado que todos los derechos tienen límites; en este caso el Estado tiene límites en el ejercicio del *ius puniendi*, y ello está en directa conexión con el Derecho que tienen los investigados de no ser perseguidos *ad infinitum*, o si están siendo procesados que el Proceso Penal, no se pueda extender más allá del plazo razonable, lo cual implica que no se pueda introducir un plazo de prescripción extraordinario adicional, so pretexto de la formalización de la investigación preparatoria. Una interpretación desde y para la Constitución implica concluir que se debe afectar en lo menos posible los derechos de los imputados.

Tercero: Advertir que si los acuerdos plenarios son expresión de arbitrariedad y discrecionalidad, éstos pueden ser inobservados recurriendo al uso de los mecanismos jurídicos correspondientes haciendo transitar sus decisiones por la vía de la mejor tutela de los derechos fundamentales.

Se logró advertir y determinar que si los acuerdos plenarios son expresión de

arbitrariedad y discrecionalidad, éstos pueden ser inobservados recurriendo al uso de los mecanismos jurídicos correspondientes haciendo transitar sus decisiones por la vía de la mejor tutela de los derechos fundamentales. Es decir en dicha línea durante nuestra investigación se puso en tela de juicio la legitimidad de los acuerdos plenarios, en relación a si se constituirían verdaderos precedentes de observancia obligatoria. En ese sentido siguiendo nuestros argumentos no es difícil reparar que los acuerdos plenarios no son reglas o principios extraídos de un caso en concreto, pues éstos no tienen origen o no emanan de un caso en concreto, o de una controversia que vía impugnación -derecho a la doble instancia- haya sido sometida a conocimiento de una corte vértice (técnicamente hablando ni siquiera constituyen jurisprudencia, pues no nacen de un caso en concreto, ni mucho menos constituyen la consolidación y reiteración de opiniones de los magistrados que de manera continua y reiterada se materializan a través de las resoluciones) éstos no siguen esta lógica elemental, no son sentencias ni autos que resuelven controversias, son emitidos en sala plena por la corte suprema pero dichos pronunciamientos NO son emitidos porque vía impugnación se halla interpuesto el recurso extraordinario de casación, sino constituyen doctrina, opiniones sentadas por la máxima instancia del Poder Judicial.

6.- RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO.

Se ha planteado el problema:

¿En qué medida el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116 vulnera el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal?

El AP N.º 3-2012/CJ-116, estipula y reafirma que la formalización de la investigación preparatoria (Artículo 339° Inciso 1 del Código Procesal Penal) se configura propiamente como un supuesto de suspensión “*sui géneris*” de la prescripción de la acción penal.

Empero del análisis teleológico y sistemático de los artículos 339° del Código Procesal Penal en concordancia con los artículos 83° y 84° del Código Penal no se desprende tal conclusión, sino todo lo contrario, es decir es un supuesto de interrupción de la acción penal.

Sin embargo el mencionado acuerdo plenario, ha incidido en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable al precisar que el plazo de suspensión de la prescripción de la acción penal puede durar el plazo que dura la Prescripción extraordinaria no importando el plazo que hubiera transcurrido en la investigación preliminar. Es decir, en un hipotético caso en el que por ejemplo esté por vencer el plazo extraordinario de la prescripción de la acción penal, simplemente basta con formalizar la investigación preparatoria, para que el órgano fiscal suspenda el plazo de prescripción de la acción penal, la que increíblemente puede durar NUEVAMENTE lo que dura el Plazo extraordinario de prescripción de la acción penal. Y, si bien es cierto dicho argumento solo tendría cabida dentro de un proceso penal formalizado por delitos que presentan penas mínimas, debe entenderse que la problemática cobra vital trascendencia dentro de un proceso por delitos comunes, por cuanto si nos encontramos dentro de un proceso penal complejo o por

criminalidad organizada, las penas a imponerse son tan altas que habría tiempo suficiente para sancionar a los autores o partícipes de los mismos.

Lo más importante para nosotros es encontrar sintonía entre la prescripción y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, lo cual es perfectamente compatible con los delitos que son de poca monta, pues si estamos con el AP. N.º 3-2012, además del plazo transcurrido en la investigación preliminar se le puede añadir el plazo extraordinario de la prescripción de la acción, y si reparamos y sumamos los plazos, éstos desborden con creces el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Finalmente en qué medida el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116 vulnera el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal. Vulnera el derecho mencionado en la medida que dicho Acuerdo plenario estipula que con la formalización de la investigación preparatoria, se suspende el plazo de prescripción de la acción penal, por lo que después de la etapa de investigación preliminar se puede adicionar un Plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, con la correspondiente vulneración al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Finalmente se tiene por comprobada la hipótesis que se formuló en nuestro proyecto de investigación: *Si el Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116 plantea lineamientos incorrectos entonces vulnera el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso penal.*

CONCLUSIONES.

- 1.- Cuando las agencias de persecución de la acción penal persiguen, juzgan y sancionan el delito nos encontramos dentro del ejercicio de la Acción penal-prescripción de la acción penal; en cambio cuando se ha impuesto una pena (*rectius* una pena concreta), se entiende que nos encontramos ante la prescripción de la pena. Es decir comienza el ejercicio de la acción penal cuando el Estado tiene la oportunidad para procesar a una persona por un delito y la sanciona; en cambio el inicio de prescripción de la pena, se da cuando existe una sentencia con calidad de firme y el plazo se comienza a computar desde que la sentencia quedó firme.
- 2.- El Estado no puede ejercer el *ius puniendi ad infinitum*, pues debe observar siempre los derechos fundamentales de los investigados y dentro de la Constitución se encuentra implícito el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, que se desprende del derecho al debido proceso previsto en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución.
- 3.- Para proceder al cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal el legislador ha estipulado reglas bien claras, para realizar el cómputo del mismo, sin embargo el problema se suscita cuando el operador jurídico se pregunta sobre la naturaleza jurídica del delito sobre el cual va a proceder a realizar el cómputo de la prescripción, lo cual es de vital importancia, pues si erramos sobre la naturaleza jurídica del delito vamos a aplicar mal el comienzo del plazo de la prescripción de la acción penal.
- 4.- La Prescripción de la acción penal posee una naturaleza mixta, es decir, tendría de naturaleza material y procesal. La tesis adoptada sintoniza con la aplicación del Principio de *in dubio pro homine*, cuando se pretenda la aplicación retroactiva de las modificatorias insumidas en la prescripción de la acción penal, eso en lo atinente a la naturaleza material. Pero también la concebimos como un obstáculo procesal para el Estado que pasado cierto tiempo ya no podrá ejercitar el *Ius Puniendi*. En consecuencia con la aplicación del Principio *Pro Homine*, los derechos se aplicaran en la medida que sean las interpretaciones más favorables para los derechos fundamentales de las personas contra las que se ejerce el *ius puniendi*.
- 5.- Los acuerdos plenarios no se les puede considerar como jurisprudencia, por cuanto éstos no tienen origen o no emanan de un caso en concreto, o de una controversia que vía impugnación -derecho a la doble instancia- haya sido sometida a conocimiento de la Corte Suprema, tampoco constituyen la consolidación y reiteración de opiniones de los magistrados que de manera continua y reiterada se materializan a través de las resoluciones.
- 6.- Los acuerdos plenarios no constituyen jurisprudencia, sin embargo, no postulamos una total irreverencia pero sí subyace un atisbo de la misma. Pues si la Corte Suprema se equivoca en las reglas que proceda a establecer como precedentes vinculantes o principios jurisprudenciales, estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, siendo que la judicatura al seguir de manera acrítica las reglas establecidas

podrían expandir aún más sus efectos perniciosos y nocivos en todo nuestro ordenamiento jurídico.

- 7.- La formalización de la investigación preparatoria NO es un supuesto de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, por cuanto todos los supuestos de suspensión como son: La Cuestión previa, la Cuestión prejudicial, la Acusación constitucional: (El Antejuiicio político), el Desafuero Constitucional y la extradición, todos ellos dependen de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, por lo que el legislador considera acertadamente que se suspende la prescripción hasta que aquel quede concluido. Lo mismo no se predica para la formalización de la investigación preparatoria, que es una actuación que depende única y exclusivamente del Órgano Fiscal.
- 8.- No es un argumento de recibo esgrimir que la formalización de la investigación preparatoria suspende el curso de la prescripción, porque así lo establecido el legislador. Dicho argumento sería válido siempre y cuando el legislador nunca se equivocara, y si bien es cierto, a los dispositivos legales les acompaña una presunción de constitucionalidad, de legitimidad, eso es una presunción y nada más. En síntesis no podemos decir que la norma es válida, porque así lo estipuló el legislador, dicho argumento no cabe en un Estado Constitucional de Derecho, es decir que la norma pertenezca al ordenamiento jurídico no le garantiza en absoluto que ésta sea válida, pues hay dispositivos vigentes y que pertenecen al ordenamiento jurídico que a la vez son inconstitucionales, ilegales e incoherentes.
- 9.- La regla que ha quedado preestablecida en el fundamento décimo primero del AP N.º 3-2012/CJ-116, consiste en que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, lo que se acaba de exponer constituye en sí la Prescripción extraordinaria de la acción penal, pues según el artículo 83º del Código penal, la prescripción de la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Es decir con el Acuerdo plenario, podemos concluir que al plazo transcurrido en la etapa preliminar se le puede adicionar otro plazo adicional al momento de formalizar la investigación preparatoria, pues según el AP. 3-2012, la prescripción de la acción penal se suspende y ésta puede durar un máximo de la prescripción ordinaria más la mitad, con lo cual si sumamos todos los plazos desbordaremos *in extenso* el plazo extraordinario de la prescripción.

- 10.- El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y su relación con la prescripción de la acción penal tiene cabida dentro de un proceso penal formalizado por delitos que presentan penas mínimas, debiendo entenderse que la problemática cobra vital trascendencia dentro de un proceso por delitos comunes, por cuanto si nos encontramos dentro de un proceso penal complejo o por criminalidad organizada, las penas a imponerse por los delitos

cometidos, no permitirían encontrar sintonía entre la prescripción y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

- 11.- Dentro de delitos que son de poca monta sí hay sintonía entre la prescripción de la acción penal y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, pues si estamos con el AP. N.º 3-2012, además del plazo transcurrido en la investigación preliminar se le puede añadir el plazo extraordinario de la prescripción de la acción, y si reparamos y sumamos los plazos, éstos desbordarán con creces el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.
- 12.- La interrupción de la acción penal son aquellas circunstancias que dejan sin efecto el tiempo que ha transcurrido como plazo de prescripción, reduciendo a cero el mismo, transcurriendo un nuevo plazo, sin embargo indefectiblemente la acción penal prescribirá, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. En dicha línea son causas de interrupción de la acción penal las actuaciones del Ministerio Público, por lo tanto la formalización de la investigación preparatoria es un acto del Ministerio Público que interrumpe el plazo de prescripción de la Acción penal.

RECOMENDACIONES.

- 1.- Mientras la Corte Suprema, no rectifique los Acuerdos plenarios, mediante la expedición de un acuerdo plenario posterior, la judicatura, podrá desvincularse de los mismos recurriendo a la aplicación del artículo 22° de la ley orgánica del Poder Judicial.
- 2.- Se recomienda que si la judicatura busca desvincularse de los Acuerdos plenarios, sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad, podrá hacer uso del Control de Convencionalidad. Sin perjuicio que previamente realice todo un ejercicio argumentativo.
- 3.- Se recomienda que la judicatura recurra al Principio Pro Homine, a fin que los derechos se interpreten en la medida que sean las concreciones más favorables para los derechos fundamentales de las personas contra las que el Estado ejerce el *ius puniendi*.

VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la naturaleza de la prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006.

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Décimo cuarto curso de formación de Aspirantes -primer, segundo, tercero y cuarto nivel de la magistratura. Precedentes judiciales. Material autoinstructivo. Lima julio de 2010.

ALCOCER POVIS; Eduardo. *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal*. En: Instituto pacífico. Actualidad Penal. Agosto 2014 N.º 2.

ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. *Derecho Procesal Penal*. Primera Edición. Ediciones legales. Tomo 1. Lima 2013.

ASTETE VIRHUEZ, Jorge. *El Poder Neutro - Teoría del equilibrio de poderes*. Editorial Euroamericana. Lima - Perú. Edición 2009.

BACIGALUPO Z, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Tercera reimpresión. Editorial Temis. Santa fe de Bogotá - Colombia. 1996.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Ediciones de Palma Buenos Aires. 1986.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. BENAVENTE CHORRES, Saby Sandra. *Comentarios a las modificaciones del Código Procesal Penal de 2004 efectuadas por la Ley N.º 30076*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N.º 55. Septiembre 2013.

BINDER M., Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2da. Edición actualizada y ampliada, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires-Argentina. 2009.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. 4ta. Edición, aumentada y actualizada. Editorial San Marcos. Quinta Reimpresión. 2006.

BROUSSET SALAS, Ricardo Alberto. *De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria. Sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal*. En: Actualidad Penal. Abril 2015 N.º 10.

BURGOS ALVARADO, José David. *La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011.

CALDERÓN SUMARRIVA; Ana C. *Colección de temas procesales conflictivos II. El nuevo sistema procesal penal. Análisis crítico*. Egacal. Editorial San Marcos E.I.R.L.

Segunda reimpresión: 2013.

CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. *Derecho procesal penal*. EGACAL. Editorial San Marcos. Tercera Reimpresión. Agosto 2015.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La interpretación Judicial Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Comisión Nacional de Derechos Humanos. Primera edición abril de 1996.

CASADO, María Laura. *Diccionario Jurídico*. - 6a Ed. - Florida: Valletta Ediciones S.R.L. 2009. 6ta. Edición 2009.

CASTILLO ALVA, José Luis. *La prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. 1805-2005-PHC/TC*. En: Castañeda Otsu, Susana. (Directora). Velezmoro, Fernando (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora jurídica Grijley 2010. Primera Edición.

CHATPMAN RODRÍGUEZ, Jennifer. *El delito de prevaricato en el Código Penal Peruano*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N.º 17. Noviembre 2010.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Rubinzal - Culzoni Editores.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derechos procesal civil*. Tomo I. La Constitución y el proceso civil. Tercera edición. Ediciones Depalma Buenos Aires 1979.

CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Disponible En: La Revista Institucional Ipso Jure. Año 7 N.º 29 mayo 2015. Edición de Aniversario. Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

CRUZADO PORTAL, Martin Tonino. *¿Prevarica el juez o fiscal que resuelve en contravención de las reglas establecidas como precedente vinculante por el Tribunal Constitucional?* En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N.º 66. Diciembre 2014.

CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*. Tercera Edición actualizada y ampliada 1992. Editorial Astrea. Buenos Aires.

CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda reimpresión de la Décima edición. Junio 2011.

DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. *Delitos contra la administración publica en la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica. Primera edición mayo 2013.

DIAZ CABELLO, Jorge Luis. *La casación en el nuevo Código Procesal Penal*. En: *Los medios impugnatorios en el nuevo Proceso Penal*. (Materiales de enseñanza). Colección jurídica procesal. Volumen 4. Área de investigación. Primera edición julio 2009.

ETO CRUZ, Gerardo. *Estudios de Derecho Constitucional*. Biblioteca peruana de Derecho Constitucional. Universidad Nacional de Trujillo. Primera edición febrero 2002.

ETO CRUZ, Gerardo. *Índice analítico de la Constitución Política del Perú 1993*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Editorial libertad. Primera edición octubre de 1997.

FERRERO REBAGLIATI, Raúl. *Derecho Internacional. Tercer mundo temas de derecho internacional*. Lima 1989. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. 1998. Abeledo - Perrot. Buenos Aires Argentina.

GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. *Diccionario Penal Jurisprudencial. Index completo de figuras e Instituciones Penales, Procesales Penales y Penitenciarias desarrolladas en la Jurisprudencia*. Primera edición. Noviembre 2009.

GAIRAUD BRENES, Alfonso. *Los mecanismos de interpretación de los Derechos Humanos: Especial referencia a la jurisprudencia peruana*. En: Palomino Manchego, José F. (Coordinador). *El Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo I. Editora Jurídica Grijley. 2005.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal. Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos Tomo I*. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2008.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Derechos Fundamentales*. Segunda edición abril 2013. Editorial ADRUS.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Segunda edición actualizada. Palestra Editores. Segunda edición mayo 2008.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Primera edición Julio de 2001. Editorial Jurídica de Chile.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos. BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. Tercera edición. 2003. McGraw-Hill Interamericana Editores.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Tercera edición 2005. Editorial Grijley.

HURTADO POZO, José. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte General Tomo II*. Cuarta edición Lima octubre 2013. Editorial Idemsa.

HUERTA OCHOA, Carla. *Teoría del Derecho Cuestiones Relevantes Universidad Nacional Autónoma de México*. México, 2008. Primera edición: 2009.

JAKOBS, Günther. *¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho Penal del enemigo?* (Traducción española del manuscrito alemán por Miguel Polaino-Orts) En: JUS Doctrina & Práctica. N.º 5 mayo. 2007. Editora Grijley.

JESCHECK, Hans-Heinrich. WEINGEND, Thomas, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición. Editorial Comares. S.L. Granada diciembre 2002.

JIMÉNEZ CASTAÑEDA, Francisco. *Balotario desarrollado - Derecho Penal*. En: Asociación de Derecho y Justicia en el Perú. ADJP. Balotario desarrollado para la selección y nombramiento de vocales, jueces y fiscales. Primera reimpresión 2008. Editorial EDILEGSA E.I.R.L.

JIMÉNEZ NIÑO, Sergio. *La determinación de la pena en la Ley N.º 30076: ¿De dónde parto?* Disponible en: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N.º 51. Septiembre de 2013. (Especial: Análisis de las nuevas reglas de la determinación judicial de la pena).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el Delito*. Decimotercera edición agosto de 1984. Editorial Sudamericana. Buenos Aires.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios de Derecho Penal. La ley el delito. Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana S.A.

KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho del Estado. Textos Universitarios*. Universidad Nacional Autónoma de México. Cuarta reimpresión: 1988

La jurisprudencia penal de la corte suprema: en lo sustantivo Código de procedimientos penales código procesal penal. 2007 - 2011. Primera edición, marzo del 2013. Ediciones Nova Print S.A.C

LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial 1999. Primera edición octubre 1999.

MEZZICH ALARCÓN, Juan Carlos. *La prescripción en el campo penal*. En: Revista Jurídica. Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano. Martes 27 de abril de 2010 • Año 7 / Número 300.

MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo plenario de la Corte Suprema N.º 1-2010/CJ-116*. En: Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. N.º 155, agosto 2011, Año 17. Gaceta Jurídica.

MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). Comentarios a los Precedentes Vinculantes en materia Penal de la Corte Suprema. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*. Segunda edición. Editorial Idemsa. Lima Perú. Marzo 2015.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *Presupuesto acusatorio determinación e individualización de la pena. Proceso Penal. La medida del dolor*. Jurista Editores. Edición mayo 2015.

MINISTERIO DE JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de doctrina legal y jurisprudencia vinculante emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Primera parte materia Penal (I): Acuerdos plenarios*. Primera edición Oficial: Octubre 2013.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. *Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición: 2003.

NOVAK, Fabián. NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual para Magistrados y Auxiliares de Justicia*. Academia de la Magistratura. Primera edición noviembre de 2004. Lima-Perú.

NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de derecho penal. Parte General*. 4Ta. Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix Gonzáles. Marcos Lerner. Editora Córdoba 1999.

NUÑEZ, II, 175. Citado por NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de derecho penal. Parte General*. 4Ta. Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix Gonzáles. Marcos Lerner. Editora Córdoba 1999.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual derecho procesal penal*. Tomo 1. Editorial Reforma. SAC. Primera edición. Diciembre 2011.

PALACIOS DEXTRE, Darío Octavio. *Comentarios del nuevo Código Procesal*. Editorial Grijley 2011.

PALOMINO MANCHEGO, José F. *¿Reforma, mutación o enmienda Constitucional?* En: Sagüés, Néstor Pedro. Palomino Manchego, José F. *Imprevisión y Reforma: Dos problemas contemporáneos del Derecho Constitucional*. Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Lima Perú Primera edición abril 2005. Editora Jurídica Grijley.

PANTA CUEVA, David Fernando. *Entre la discrecionalidad del juzgador y el delito de Prevaricato. Sobre la moderna doctrina del juez creador del Derecho*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 206. Enero 2011

PARIONA ARANA, Raúl. *La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la Prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011.

PARIONA ARANA, Raúl. *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales*. Instituto Pacífico. Primera edición Octubre 2014.

PARIONA ARANA, Raúl. *Participación en delitos especiales*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006.

PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. *Nuevas reglas de determinación de la pena: “El sistema de tercios.”* Disponible en: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo N.º 51. Septiembre de 2013. (Especial: Análisis de las nuevas reglas de la determinación judicial de la pena).

PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales I. Teoría General*. Editorial Eudema (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.). 1991.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso R. *La discusión sobre la naturaleza jurídica de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal prevista en el nuevo CPP*. En: Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. N° 155, Agosto 2011, Año 17. Gaceta Jurídica.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I. Editorial Rodhas. Segunda edición Febrero 2009.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis nuevo Código Procesal Penal Parte*. Tomo I. Segunda edición febrero 2009. Editorial Rodhas.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II. 2D.a Ed. Marzo 2014. Editorial Idemsa.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo V. 2Da. Ed. Agosto 2014. Editorial Idemsa.

PÉREZ CASASVERDE, Efraín. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial ADRUS. Primera edición Lima octubre 2013.

POLAINO-ORTS, Miguel. *El derecho penal del enemigo como garantía de la juridicidad democrática estatal*. En: JUS Doctrina & Práctica. N.º5 Mayo. 2007. Editora Grijley.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Nuevo Proceso Penal: Reforma y política criminal*. Primera Edición. Idemsa. Lima 2009.

R. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Konrad Adenauer Stiftung. Ad Hoc. Primera edición octubre

2002.

R. PASTOR, Daniel. *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal. Hacia un cambio de paradigma de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal*. Del Puerto Editores.

RAMOS SUYO, J. A. *Elabore su tesis en Derecho pre y postgrado*. 2da. Edición Editorial San Marcos. Segunda reimpresión. Mayo 2010.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Volumen I. Instituto Pacífico. Segunda reimpresión. Octubre 2014.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho Penal Parte Especial*. Volumen 2. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Tercera edición 2014.

RÍOS GUZMAN, Carlos. (Coordinador) *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la corte suprema*. Editorial Grijley. 2008.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición 2002. Editorial Grijley.

ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal*. Jurista Editores EIRL. Primera edición: Marzo 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1 (Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Primera edición. Madrid. 1997. 5/2.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Segunda edición. Primera reimpresión octubre de 2002. Hammurabi. José Luis Depalma Editor.

RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico (Introducción al derecho)*. Décima edición aumentada. Segunda reimpresión de la décima edición. Junio de 2011. Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición, aumentada. Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda reimpresión de la Décima edición, Junio de 2011

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte especial*. Volumen 2. Editora Jurídica Grijley. 6Ta. Edición. Octubre 2015.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Editora Jurídica Grijley. 2da. Edición. Noviembre 2011.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. *La Presunción de Constitucionalidad*. En: Ferrer MacGregor, Eduardo. Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coordinadores). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio En sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo VIII. Procesos

Constitucionales Orgánicos. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional Marcial Pons México, 2008. Primera edición: 2008.

SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. *La prescripción: Naturaleza procesal, aplicación en el tiempo y la lucha contra la corrupción*. Instituto Pacífico. Actualidad Penal. Octubre 2014 N.º 4.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Fondo editorial INPECCP. Fondo editorial CENALES. Primera edición: Noviembre 2015.

SAR SUAREZ, Omar. *Comentarios al artículo 139º inciso 20 de la Constitución. Derecho a analizar y criticar las resoluciones judiciales*. En: Gutiérrez Camacho, Walter. (Director). *La Constitución comentada. Artículo por artículo*. Tomo III. Gaceta Jurídica. Segunda edición enero 2013.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídica Social*. Lima Editorial Fecat E.I.R.L. 2001

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Tercera Edición Idemsa. Lima - Perú. Abril 2006.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Comentarios al artículo 203º de la Constitución*. En: La Constitución comentada. Tomo II. Análisis artículo por artículo. Segunda edición aumentada y revisada. Enero 2013. Editora Gaceta Jurídica.

VALLEJO, José Antonio. NEGRÓN MUÑOZ, César Augusto. *Código Civil. Código Procesal Civil. Código de los Niños y Adolescentes*. Jurista Editores. Primera edición: Julio 2010.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Autoría y participación*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006.

URQUIZO OLACHEA, José. *Código Penal*. Tomo I. Idemsa. Primera edición. Lima - abril 2010.

URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de Legalidad En materia Penal*. (Comentarios al artículo 2 inciso 24, literal D de la Constitución). En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Análisis artículo por artículo. Segunda edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica.

VALLE-RIESTRA GONZALES-OLAECHEA, Javier. *Tratado de la extradición volumen 1. Principios, doctrina y análisis exegético de la ley Peruana N.º 24710 y sus modificatorias por el Código procesal penal* (Decreto Legislativo N.º 957). A.F.A. Editores importadores S. A. Segunda edición, Lima, 2011.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Editora

Jurídica Grijley. 2006.

VON BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*. Análisis de Carlos M. de Elía. Librería "El Foro". Buenos Aires 2002.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *La noción de crimen organizado desde la Política Criminal y la Teoría del Delito*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006.

ZIFFER, Patricia S. *Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena*. En: Roxin, Claus. Beloff, Mary. Magariños, Mario. Ziffer, Patricia S. Bertoni, Eduardo A. Ríos, Ramón T. *Determinación judicial de la pena*. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires. 1993.

BIBLIOGRAFÍA DIGITAL.

ALCÓCER POVIS, Eduardo. *Comentario a las leyes 30076 y 30077. Modificaciones a la parte especial del código penal peruano*. En: Boletín N.º 41, Pág 30, disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/BOLETÍN-ACADÉMICO-41---última-versión.pdf>

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. AYLAS ORTIZ, Renato. *La casación penal en el Código Procesal Penal del 2004*. Manual 1. Gaceta Jurídica. (Extraído de la Colección de publicaciones digitales de la Gaceta Penal & Procesal Penal): <http://www.gacetapenal.com.pe/index.php/publicaciones>

CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. *Prescripción civil y penal. Un enfoque doctrinario y Jurisprudencial*. Gaceta Jurídica. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/236439084/33-Prescripcion-Civil-y-Penal>

CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas*. Disponible en: Revista Institucional “Ipsa Jure” Año 7 N.º 29 Mayo 2015. Edición de aniversario. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Págs: 77-93. <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/57d962004896a3c489578950d8336ffa/IPSO+JURE+N%C2%B0+29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=57d962004896a3c489578950d8336ffa>

Extraído de: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29018.pdf>

FIX-ZAMUDIO, Héctor; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Centro de estudios constitucionales del Tribunal Constitucional. Editorial Adrus S.R.L. Lima, 2009. 1ra. Reimp. De la primera edición. Pág. 31. Disponible también en la página web del Tribunal Constitucional Peruano. http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/sentencias_tri_bconstitucionales.pdf

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

Jurisprudencia vinculante, Acuerdo plenario N.º 6-2007/CJ-116. Citado por MEINI, Iván. *Sobre la prescripción de la acción penal*. En la revista Foro Jurídico N.º 9 Pág. 80. Disponible también en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bb79728049ac723791a4f78128021553/2.+Tema+-1+Plazo+de+Prescripcion+en+Relacion+al++Adolescente.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bb79728049ac723791a4f78128021553>

La referida norma entra en vigencia el 1 de julio de 2017. Disponible en:

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

La Revista Institucional “Ipso Jure” N.º 31. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. (Edición en prensa): http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e

MADRID, Cecilia. *Suspensión de la prescripción*. En: Boletín N.º 33 de fecha 19 de setiembre de 2011. Disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-33.pdf>

MEDINA OTAZÚ, Augusto. *Marco conceptual del delito de función en el control político peruano*. Disponible en: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/delitodefucionmedinaotazu.pdf>

MEINI, Iván. *Sobre la prescripción de la acción penal*. En Foro Jurídico N.º 9 Pág. 80. Disponible también en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bb79728049ac723791a4f78128021553/2.+Tema+-1+Plazo+de+Prescripcion+en+Relacion+al++Adolescente.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bb79728049ac723791a4f78128021553>

ORÉ SOSA, Eduardo. *Determinación Judicial de la Pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076*. En: Boletín N.º 41 Año 2013. Disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/BOLET%C3%8DN-ACAD%C3%89MICO-41.pdf>

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *El nuevo proceso Penal Peruano*. Gaceta Jurídica. (Extraído de la Colección de publicaciones digitales de la Gaceta Penal & Procesal Penal) Disponible también en: <http://www.gacetapenal.com.pe/index.php/publicaciones>

RAE Jurisprudencia. Julio de 2008. *La constitucionalidad de la reincidencia y la habitualidad en el Código Penal Peruano*. Págs. 467 a 469. Disponible también en: <http://www.raejurisprudencia.com.pe/data-jurisprudencial/descargas.php?p=149>

ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012*. Instituto de Defensa legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N.º 65. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

Revista Institucional “Ipso Jure” Año 7 N.º 28 marzo 2015. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Págs. 21-42. Disponible en: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2b9a200047cbc8d7be73ffbe39c68ac4/IPSO_JURE_No_28.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2b9a200047cbc8d7be73ffbe39c68ac4

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012*. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N.º 65. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

Sobre delitos de función se puede revisar el excelente trabajo de MEDINA OTAZÚ, Augusto. *Marco conceptual del delito de función en el control político peruano*. Disponible en: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/delitodefucionmedinaotazu.pdf>

SALAS BETETA, Christian. *El proceso penal común*. Gaceta Jurídica. Pág. 199. (Extraído de la Colección de publicaciones digitales de la Gaceta Penal & Procesal Penal) Disponible también en: <http://www.gacetapenal.com.pe/index.php/publicaciones>

Versión oficial extraída de la página del Ministerio de Justicia disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción extintiva y caducidad*. Gaceta Jurídica. Cuarta edición. Marzo 2002. Disponible en: http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e

JURISPRUDENCIA EMPLEADA

A) Sentencias del Tribunal Constitucional.

STC N.º 5228-2006-PHC/TC Caso Samuel Gleiser Katz.
STC N.º 3509-2009-PHC/TC Caso Walter Gaspar Chacón Málaga.
STC N.º 02748-2010-PHC/TC Caso Alexander Mosquera Izquierdo.
STC N.º 00295-2012-PHC/TC Caso Aristóteles Román Arce Paucar.
Exp. N.º 0006-2003-AI/TC.
Exp. N.º 1805-2005-HC/TC.
Exp. N.º 2506-2005-PHC/TC.
Exp. N.º 0331-2007-PHC/TC.
STC N.º 1805-2005-HC/TC.
Exp. N.º 9314-2005-HC/TC.
Exp. N.º 01969-2011-PHC/TC.
Exp. N.º 218-2009-PHC/TC.
Exp. N.º 03693-2008-PHC/TC.

Exp. N.º 024-2010-PI/TC.

B) Resoluciones del Poder Judicial:

Acuerdos plenarios del Poder Judicial, en materia de Prescripción de la acción penal:

Acuerdo plenario N.º 6-2007/CJ-116

Asunto: Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia

Acuerdo plenario N.º 9-2007/CJ-116.

Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80º y 83º del Código Penal.

Acuerdo plenario N.º 8-2009/Cj-116.

Asunto: La Prescripción de la acción penal en el Art. 46º - A y Art. 49º del CP.

Acuerdo plenario N.º 1-2010/CJ-116.

Asunto: Prescripción: Problemas actuales.

Acuerdo plenario N.º 2-2011/CJ-116.

Asunto: Alcances de la prescripción en delitos funcionariales.

Acuerdo plenario N.º 3-2012/CJ-116.

Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º.1 del código Procesal Penal 2004.

Abog. María Cira Rojas Chupillón.